

Interés en el  
cumplimiento del contrato  
y operación de reemplazo  
(La influencia del modelo  
angloamericano)

Isué Natalia Vargas Brand

 Derecho Privado

INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO  
Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

(La influencia del modelo angloamericano)

# COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

## DIRECTOR

### **Antonio Manuel Morales Moreno**

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

## CONSEJO ASESOR

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

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

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

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

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

**INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO  
DEL CONTRATO Y OPERACIÓN  
DE REEMPLAZO**  
**(La influencia del modelo angloamericano)**

---

ISUÉ NATALIA VARGAS BRAND



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2023

Primera edición: mayo de 2023

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

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

© Isué Natalia Vargas Brand  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



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

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-23-069-9 (edición en papel)  
090-23-068-3 (edición en línea, PDF)  
090-23-067-8 (edición en línea, ePUB)  
ISBN: 978-84-340-2924-8  
Depósito legal: M-11959-2023

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

*«Una no puede mas que mostrar cómo llegó a formarse la opinión que tiene. Una no puede mas que darles a sus oyentes la posibilidad de sacar sus propias conclusiones mientras observan las limitaciones, los prejuicios y las peculiaridades de la conferenciante».*

*Virginia Woolf, Un cuarto propio, 1929.*

*A mis padres*

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es producto de mi tesis doctoral, defendida a finales de diciembre de 2019, en la Universidad Autónoma de Madrid. Etapa previa a la distopía que nos tocó vivir y sufrir, por la pandemia de la Covid-19, lo que explica un enorme paréntesis en la vida de muchos, de profundas reflexiones personales y académicas.

El libro que aquí presento no sería igual sin los valiosos comentarios, observaciones y críticas que me hicieron, en su momento, el honorable Tribunal de tesis, compuesto por el Prof. Dr. Reiner Schulze, de la Universidad de Münster (Alemania), la Profa. Dra. María Paz García Rubio, de la Universidad Santiago de Compostela (España) y el Prof. Dr. Máximo Juan Pérez García, de la Universidad Autónoma de Madrid. A ellos, mi profundo agradecimiento desde aquí.

Si en este trabajo se encuentra una base de rigor y técnica del derecho de obligaciones y su modernización, ello se debe a mis mentores y directores: el prof. Dr. Antonio Manuel Morales Moreno y la Profa. Dra. Nieves Fenoy Picón. Ha sido un lujo contar con su dirección y seguimiento. Pero, sobre todo, con su amistad y apoyo. A Nieves, un agradecimiento especial, por enseñarme a escribir en Derecho. A Antonio Manuel, especialmente, inspirarme y motivarme por el estudio constante del Derecho de obligaciones. Todo ello es lo que está cultivando mi camino académico.

Gracias al equipo de investigación del Departamento de Derecho privado, social y económico y a los recursos académicos de la biblioteca de la Universidad Autónoma de Madrid, que me permitieron acceder a las mejores fuentes del Derecho español y europeo. A la Columbia Law School, que durante mi estancia como Visiting Scholar, bajo la dirección del Prof. Alejandro Garro, me permitió asistir a las clases del Prof. Robert Scott y obtener buenas fuentes del derecho estadounidense. También, al Ministerio de Economía y Competitividad español, que financió esta investigación. De igual manera, a la Universidad Sergio Arboleda, en especial, al Prof. José María del Castillo, que me apoyaron y creyeron en este proyecto, desde el principio. Sin todo ello, difícilmente habría salido.

Este trabajo se nutrió de las horas compartidas en el Despacho 28, con mi amigo, Antonio Ismael Ruiz Arranz, con sus aportes académicos, en concreto, del Derecho español y alemán. Y mi amiga, Gema Alvear, con quien compartíamos alegrías y penas, típicas de dos extranjeras latinoamericanas en Madrid.

Profundamente, quiero agradecer a mis amigos, quienes, estando lejos de mi país natal, se convirtieron en mi familia en Madrid y me hicieron una madrileña más. En este sentido a: Laura Cuesta, Cristina López, Carla Rico, Edith Guzmán, Mildred Arias, Vanessa Barbosa, Gloria Herraiz, Luis y Pedro López.

Finalmente, y más especial agradecimiento, a mi familia en Colombia, que, entusiasta y pacientemente, me apoyaron desde la distancia, a: Marisol, Ricardo, Julián, Gabriela, Juan David y, sobre todo, a la razón de mi vida, mis padres, Rafael y Gloria, a quienes dedico este trabajo.

# ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO .....	25
ABREVIATURAS .....	29
INTRODUCCIÓN GENERAL: CONSIDERACIONES PRELIMINARES .	33
CAPÍTULO PRIMERO. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO INGLÉS .....	41
I. <b>Introducción</b> .....	41
II. <b>Algunas consideraciones previas sobre el Derecho de Contratos         inglés</b> .....	42
1. Las fuentes .....	42
1.1 El <i>Common Law</i> .....	42
1.2 La <i>Equity</i> .....	43
1.3 El <i>Statutory Law</i> .....	44
1.4 La <i>Sale of Goods Act</i> .....	46
2. Los <i>Contracts</i> , los <i>Torts</i> y la <i>Restitution</i> .....	47
3. Breves referencias al concepto de contrato, al del incumplimiento contractual y sus consecuencias .....	48
3.1 La noción de contrato y la denominada <i>consideration</i> .....	48
3.2 ESWI incumplimiento y el sistema de remedios .....	49

	Páginas
4. Algunas consideraciones sobre la indemnización de daños y perjuicios .....	51
4.1 Las diferencias entre el <i>expectation interest</i> , el <i>reliance interest</i> y el <i>restitution interest</i> en la indemnización de los daños contractuales .....	53
4.2 Las limitaciones típicas a la extensión de los daños contractuales indemnizables: la previsibilidad y la mitigación del daño .....	56
<b>III. El ejercicio del cumplimiento específico y el límite de la satisfacción del crédito a través de un tercero .....</b>	<b>60</b>
1. Una aproximación a los criterios para decretar el cumplimiento específico .....	60
2. Cuando la prestación no se encuentra fácilmente en el mercado ...	62
3. El cumplimiento específico en la SGA 1979. La revisión del concepto <i>Unique Goods</i> .....	65
<b>IV. La operación de reemplazo dentro del sistema indemnizatorio inglés .....</b>	<b>67</b>
1. La determinación del daño en la operación de reemplazo .....	68
1.1 La relación entre la regla del mercado y la operación de reemplazo: el precio relevante .....	71
1.2 La relación entre la regla del mercado y la operación de reemplazo: el momento relevante .....	72
2. La particular venta de reemplazo de la S. 48 SGA 1979 .....	74
3. La operación de reemplazo como una manifestación de la mitigación del daño .....	78
3.1 Aspectos generales del principio de la mitigación en el sistema inglés .....	78
3.2 La mitigación del daño: un aspecto de la <i>causalidad</i> , que no, necesariamente, comienza a partir del plazo para el cumplimiento (la doctrina de Kramer) .....	79
3.3 La operación de reemplazo como medida de mitigación de los daños y perjuicios .....	80
3.4 La mitigación del daño y la operación de reemplazo en el incumplimiento anticipado .....	82
<b>V. Conclusiones del primer capítulo .....</b>	<b>85</b>

CAPÍTULO SEGUNDO. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: LA CONSTRUCCIÓN DE UN «REMEDIO» AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE ...	87
I. <b>Introducción</b> .....	87
II. <b>Consideraciones previas del Derecho Contractual estadounidense</b> ...	88
1. Las fuentes .....	88
1.1 El <i>Common Law</i> estadounidense .....	88
1.2 El <i>Restatement of Contracts</i> .....	89
1.3 El <i>Uniform Commercial Code</i> .....	90
2. Las nociones de contrato y de incumplimiento .....	92
2.1 El concepto de contrato en los instrumentos estadounidenses .....	92
2.2 El incumplimiento .....	94
3. Breve descripción del sistema de remedios .....	95
4. Generalidades de la indemnización .....	96
4.1 Principios básicos de la cuantificación del daño: interés positivo e interés negativo .....	97
4.2 Los criterios específicos para la determinación del daño ...	97
4.2.1 El <i>loss in value</i> .....	98
4.2.2 Los daños adicionales o especiales: los <i>incidental</i> y los <i>consequential damages</i> .....	99
4.2.3 El <i>cost avoided</i> .....	100
4.2.4 El <i>loss avoided</i> .....	101
III. <b>El cumplimiento específico y la satisfacción del cumplimiento a través de un tercero</b> .....	101
1. ¿Hacia el libre ejercicio del cumplimiento específico? .....	102
1.1 El requisito de la autorización judicial del cumplimiento específico: ¿una visión tradicional que debe mantenerse? ...	102
1.2 La flexibilización de la restricción del cumplimiento específico: un debate de la doctrina estadounidense (Schwartz y Muris) ...	106
2. El carácter excepcional del cumplimiento específico bajo los postulados de la teoría del incumplimiento eficiente (La Doctrina Scott/Kraus) .....	109
2.1 El incumplimiento eficiente y la pretensión de cumplimiento ...	109

	Páginas
2.2	La pretensión de cumplimiento según las condiciones de mercado de la prestación ..... 111
2.3	Conclusiones prácticas sobre el incumplimiento eficiente . 112
3.	El cumplimiento específico del § 2 – 716 <i>UCC</i> ..... 113
3.1	Generalidades del § 2 – 716 <i>UCC</i> ..... 113
3.2	La revisión del <i>uniqueness test</i> ..... 113
3.3	La autonomía de la voluntad y el ejercicio del cumplimiento específico ..... 115
3.4	La insolvencia del deudor ..... 115
3.5	La ineficiencia de la operación de reemplazo para la satisfacción del interés contractual del perjudicado ..... 116
IV.	<b>La regla de la operación de reemplazo en el Derecho Estadounidense</b> ..... 116
1.	Fundamentación y aplicación ..... 117
1.1	Fundamentos ..... 117
1.2	La generalización de la operación de reemplazo a los contratos en general ..... 117
1.3	La ecuación de la regla de la operación de reemplazo ..... 119
1.4	Del <i>substitution principle</i> a la formulación de la regla del mercado ..... 120
2.	La función mitigadora de la operación de reemplazo ..... 121
3.	La operación de reemplazo en el <i>UCC</i> ..... 124
3.1	Generalidades de la <i>cover rule</i> (§ 2 – 712 <i>UCC</i> ) ..... 126
3.2	Los propósitos y los antecedentes de la regulación de la compra de reemplazo en el <i>UCC</i> ..... 128
3.2.1	El caso <i>Missouri Furnace Co. v. Cochran</i> ..... 129
3.2.2	El caso <i>Reliance Cooperage Corp. v. Treat</i> . ..... 131
3.2.3	Algunas conclusiones sobre los <i>pre-code cases Missouri Furnace Co. v. Cochran</i> y <i>Reliance Cooperage Corp. v. Treat</i> ..... 133
3.3	La compra de reemplazo como un remedio autónomo e independiente en el <i>UCC</i> ..... 135
3.4	¿Puede el acreedor, que ha celebrado una compra de reemplazo, preferir la regla del mercado (§ 2 – 713 <i>UCC</i> )? ..... 137
3.5	¿Es obligatorio celebrar una operación de reemplazo? ..... 139

	Páginas
3.6	Requisitos de la compra de reemplazo: la buena fe y la razonabilidad en el tiempo y la forma ..... 140
3.6.1	La buena fe del comprador-acreedor ..... 141
3.6.2	La razonabilidad de la compra de reemplazo ..... 145
3.6.3	El periodo de tiempo razonable para la compra de reemplazo ..... 146
3.6.4	La equivalencia del contrato de reemplazo con el contrato original ..... 149
3.7	Compras de reemplazo entre las mismas partes (acreedor y deudor) ..... 154
3.8	Los daños que van más allá de la compra de reemplazo (daños especiales) ..... 158
3.8.1	Los <i>incidental damages</i> ..... 158
3.8.2	Los <i>consequential damages</i> ..... 159
4.	La venta de reemplazo del <i>UCC</i> ..... 159
4.1	Generalidades de la venta de reemplazo [§ 2 – 706 (1) <i>UCC</i> ] .. 160
4.2	Los requisitos y las características especiales de la <i>resale rule</i> [§ 2 – 706, (2) a (6) <i>UCC</i> ] ..... 162
4.2.1	La venta de reemplazo privada ..... 164
4.2.2	La venta de reemplazo pública ..... 164
4.3	El incumplimiento de los requisitos de la venta de reemplazo ... 165
4.4	Los <i>incidental damages</i> de la venta de reemplazo (§ 2 – 710 <i>UCC</i> ): ¿qué ocurre con los <i>consequential damages</i> del vendedor? ..... 168
4.5	Supuestos inusuales de aplicación de la venta de reemplazo y sus interpretaciones, a partir del trabajo de Robert J. Nordstrom ..... 170
4.6	La inaplicabilidad de la regla de la venta de reemplazo ..... 173
4.6.1	<i>Goods not reasonably resalable</i> : la acción para el cobro del precio por el vendedor ..... 173
4.6.2	El daño de la pérdida de volumen de venta y el daño de la venta de reemplazo ..... 176
5.	La doctrina de <i>Campbell</i> (académico inglés) frente a la de Gergen (académico estadounidense): un análisis crítico y comparatista de la operación de reemplazo en el derecho inglés y estadounidense ..... 180
5.1	<i>Campbell</i> : su crítica sobre la poca relevancia de la operación de reemplazo en el sistema contractual inglés ..... 181

	Páginas
5.2 Respuesta de Gergen a Campbell .....	184
5.3 Conclusiones del debate <i>Campbell-Gergen</i> .....	185
<b>V. Conclusiones del segundo capítulo</b> .....	<b>186</b>
<b>CAPÍTULO TERCERO. BREVES NOTAS SOBRE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO FRANCÉS, ALEMÁN, ITALIANO Y HOLANDÉS</b> .....	<b>189</b>
<b>I. Introducción</b> .....	<b>189</b>
<b>II. La operación de reemplazo en el ordenamiento francés</b> .....	<b>190</b>
1. La <i>Faculté de Remplacement</i> en el Código Civil Francés de 1804 .....	191
2. La <i>Faculté de Remplacement</i> en la reforma de la ordenanza N° 2016-131: ¿ejecución <i>in natura</i> o indemnización en lugar del cumplimiento? .....	192
<b>III. La operación de reemplazo en el Derecho alemán</b> .....	<b>196</b>
1. La compraventa de reemplazo como un daño indemnizable en el HGB .....	196
2. La indemnización en lugar del cumplimiento de la prestación en el BGB .....	197
3. La venta de reemplazo como una ejecución del contrato, ante la <i>no</i> recepción de mercancías del comprador, en el HGB .....	199
<b>IV. La regla de reemplazo en el Código Civil italiano (como ejecución de la prestación)</b> .....	<b>200</b>
<b>V. La moderna regulación del reemplazo en el Código Civil holandés</b> .....	<b>202</b>
<b>VI. Conclusiones del capítulo tercero</b> .....	<b>203</b>
<b>CAPÍTULO CUARTO. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL MODERNO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN (EL DERECHO UNIFORME Y EL <i>SOFT LAW</i>)</b> .....	<b>205</b>
<b>I. Introducción</b> .....	<b>205</b>
<b>II. La regla de la operación de reemplazo en el ámbito supranacional: un puente entre el <i>Common Law</i> y el <i>Civil Law</i></b> .....	<b>207</b>
<b>III. La compraventa de reemplazo en la CISG</b> .....	<b>211</b>
1. Contenido y generalidades del artículo 75 CISG .....	213
2. La génesis del artículo 75 CISG: una influencia del <i>Uniform Commercial Code</i> .....	214

3.	Los requisitos y la aplicación de la regla de reemplazo (art. 75 CISG) .....	218
3.1	La exigencia de la previa resolución .....	218
3.1.1	La compra o venta de reemplazo «posterior» a la declaración de la resolución .....	219
3.1.2	La compra o venta de reemplazo «previa» a la declaración de la resolución: ¿es un daño? .....	222
3.2	La razonabilidad (forma y plazo) de la compraventa de reemplazo .....	225
3.2.1	La manera razonable: la equivalencia de las prestaciones y la mitigación subyacente de los daños .....	225
3.2.2	El tiempo razonable .....	227
3.3	La relación entre la regla del reemplazo (art. 75) y la regla del mercado (art. 76) en la CISG .....	229
3.4	La liquidación de los daños en la operación de reemplazo ...	232
4.	La mitigación del daño como fundamento de la celebración de la operación de reemplazo en la CISG .....	234
<b>IV.</b>	<b>La regla de la operación de reemplazo en los Principios UNIDROIT .....</b>	<b>235</b>
1.	Los artículos 7.4.5 Y 7.4.6 Principios UNIDROIT 2016 .....	236
2.	Adaptación de la regla de reemplazo a los contratos internacionales (discusiones de sus redactores) .....	237
3.	Consideraciones particulares sobre la aplicación y excepciones del artículo 7.4.5. Principios UNIDROIT .....	242
3.1	La aplicación de la regla y sus excepciones .....	242
3.2	Dos aclaraciones sobre la indemnización del daño adicional al de la operación de reemplazo (art. 7.4.5 <i>in fine</i> Principios UNIDROIT) .....	243
<b>V.</b>	<b>La regla de la operación de reemplazo en los PECL/DCFR/CESL .....</b>	<b>244</b>
1.	Los artículos 9:506 Y 9:507 PECL, III. -3:706 y 3:707 DCFR y 164 y 165 CESL .....	246
2.	El nuevo concepto de <i>Value</i> adoptado a partir del DCFR: el caso del contrato de arrendamiento .....	247
3.	Criterios de la regla de reemplazo en el <i>soft law</i> europeo .....	250

	Páginas
VI. <b>La regla de la operación de reemplazo en los instrumentos de <i>soft law</i> latinoamericanos (principios OHADAC/PLDC) .....</b>	253
1. Los principios OHADAC .....	254
1.1 El artículo 7.4.5 Principios OHADAC .....	254
1.2 La operación de reemplazo y su diferencia con la ejecución forzosa por un tercero: la naturaleza procesal de la <i>condemnatio pecuniaria</i> .....	255
2. Los PLDC: la inconveniencia de no regular la regla de la operación de reemplazo .....	259
VII. <b>Conclusiones del capítulo cuarto .....</b>	261
 CAPÍTULO QUINTO. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO DE CONTRATOS ESPAÑOL .....	
I. <b>Introducción .....</b>	263
II. <b>La naturaleza jurídica de la operación de reemplazo en el derecho español .....</b>	264
1. La operación de reemplazo como una modalidad del ejercicio de la pretensión de cumplimiento .....	265
1.1 La doctrina de Alcalde Silva .....	265
1.2 Una valoración inicial de este enfoque .....	270
2. La operación de reemplazo y los artículos 1096. II y 1098. I CC ....	270
2.1 El origen ejecutivo-procesal de los artículos 1096. II y 1098. I CC .....	271
2.2 Comparación del artículo 1098 CC con la <i>faculté de remplacement</i> del artículo 1144 CC fr. de 1804: la doctrina española cercana a su promulgación .....	272
2.3 El enfoque moderno de la operación de reemplazo en el Derecho español y su comparación con el <i>nuevo</i> artículo 1222 CC fr. d.o.: del plano procesal-ejecutivo al plano sustantivo-extrajudicial .....	274
2.4 Conclusiones sobre los artículos 1096. II y 1098. I CC .....	275
3. ¿Procede encuadrar la operación de reemplazo en la pretensión de cumplimiento? .....	276

4.	La operación de reemplazo como una partida del remedio indemnizatorio y daño imputable al deudor contractual .....	277
4.1	Las ventajas de situar la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio y su posibilidad en <i>incumplimiento anticipado</i> .....	278
4.2	¿Es necesaria la previa resolución de la relación contractual para poder realizar una operación de reemplazo? .....	279
4.3	La calificación del daño de la operación de reemplazo como daño emergente y como lucro cesante (art. 1106 CC) .....	282
4.3.1	Como un daño emergente .....	282
4.3.2	Como lucro cesante y la innecesaria calificación del daño de la operación de reemplazo .....	285
4.4	La previsibilidad del daño (art. 1107. I CC) y la operación reemplazo .....	288
<b>III.</b>	<b>La mitigación del daño como fundamento esencial del reemplazo ....</b>	<b>289</b>
1.	La delimitación del daño y la operación de reemplazo en Pothier ...	290
1.1	Casos de operación de reemplazo y delimitación del daño en incumplimientos <i>no dolosos</i> .....	290
1.2	La mitigación del daño en incumplimientos dolosos .....	293
2.	Algunas consideraciones sobre el deber de mitigar el daño en el ordenamiento español .....	295
2.1	El concepto de la mitigación del daño .....	295
2.2	Los fundamentos de la mitigación del daño: la buena fe y las distintas tesis sobre la fundamentación en la causalidad del daño .....	295
3.	La operación de reemplazo como medio de mitigación del daño ....	297
3.1	La mitigación del daño y la operación de reemplazo en las propuestas de modificación del Código civil (PMCC/PAPDC) ....	297
3.1.1	En la PMCC .....	297
3.1.2	En la PAPDC .....	300
3.2	La limitación del daño indemnizable por la <i>no</i> celebración de una operación de reemplazo según la jurisprudencia española .....	300
3.2.1	Como manifestación del deber de mitigar el daño ....	300

	Páginas
3.2.2 El desconocimiento del deber de mitigar el daño en algunas sentencias del Tribunal Supremo .....	303
3.2.3 La incidencia del ejercicio de la pretensión de cumplimiento en la mitigación de los daños .....	304
<b>IV. La regla de la operación de reemplazo en la doctrina y jurisprudencia españolas .....</b>	<b>305</b>
1. La compraventa de reemplazo en el ámbito mercantil .....	306
1.1 La doctrina de Garrigues sobre la compraventa de reemplazo ...	306
1.1.1 El cálculo concreto conforme a la compra de reemplazo desplaza al cálculo abstracto del daño (la regla del mercado) .....	307
1.1.2 Los antecedentes legales de compra de reemplazo ...	307
1.1.3 Los requisitos de la compra de reemplazo .....	309
1.1.4 La naturaleza indemnizatoria y efectos de la compra de reemplazo .....	309
1.2 La venta de reemplazo como pretensión de cumplimiento: su inconveniente en Garrigues .....	310
1.3 Algunas reflexiones sobre la compra y la venta de reemplazo .....	312
1.3.1 Sobre la compra de reemplazo: dos visiones distintas sobre su eficacia en la doctrina mercantilista ....	312
1.3.2 Sobre la venta de reemplazo y la razonabilidad del depósito judicial .....	313
2. La generalización de la regla de la operación de reemplazo y su indemnización .....	315
2.1 La aplicación de la regla a los contratos en general .....	315
2.2 La aplicación generalizada de la regla en la determinación del daño: ¿el cálculo concreto (operación de reemplazo) <i>desplaza</i> al cálculo abstracto del daño (regla del mercado)? .....	315
2.2.1 La jurisprudencia .....	315
2.2.2 La doctrina de los autores .....	320
A. La tesis favorable: Díez-Picazo, Garrigues y Fenoy Picón .....	320
B. La tesis en contra: Pantaleón Prieto, Soler Presas y Juárez Torrejón .....	321

2.2.3	A modo de conclusión: por qué la regla del reemplazo no se limita al cálculo abstracto del daño (regla del mercado) y debe tener un reconocimiento propio .....	325
2.3	Parámetros para una correcta indemnización basada en la operación de reemplazo .....	327
2.3.1	La identificación del precio del reemplazo .....	327
2.3.2	Delimitación del tiempo razonable .....	329
2.3.3	La determinación del lugar del reemplazo .....	332
2.3.4	La indemnización de los costes incidentales o adicionales a la operación de reemplazo .....	332
2.3.5	El cómputo de beneficios de la operación de reemplazo con otros daños .....	334
2.3.6	El daño de la pérdida de volumen de venta y su incompatibilidad con el daño del reemplazo .....	337
2.4	La operación de reemplazo en el nuevo modelo de la responsabilidad contractual: una alternativa a la pretensión de cumplimiento .....	340
2.5	Algunas manifestaciones concretas de la regla de la operación de reemplazo .....	343
2.5.1	En la oferta vinculante .....	344
2.5.2	En el Derecho de protección de los consumidores ...	344
2.5.3	En la contratación inmobiliaria .....	347
2.5.4	En la responsabilidad médica (en la medicina voluntaria): sustitución en obligaciones de hacer .....	348
V.	<b>¿Hacia la positivización de la regla de la operación de reemplazo? ...</b>	349
1.	La venta de reemplazo en el Código Civil de Cataluña .....	350
2.	La operación de reemplazo en el ACM .....	351
2.1	Breves notas sobre el ACM y sus antecedentes .....	351
2.2	Presentación, motivos y antecedentes del artículo 417.4 ACM (la Operación de Reemplazo) .....	353
2.3	La relación de la regla de la operación de reemplazo (art. 417.4 ACM) con la regla del mercado (art. 417.3 ACM) .....	355
2.4	Algunas breves reflexiones sobre la regulación de la operación de reemplazo en el ACM .....	355
2.4.1	El debate de la regulación de la normativa de las obligaciones y contratos en el ACM .....	356

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

	Páginas
2.4.2 El problema de la regulación aislada de la operación de reemplazo en el ACM .....	358
VI. Conclusiones capítulo quinto .....	359
A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA Y DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	363
BIBLIOGRAFÍA .....	367
LISTA DE RESOLUCIONES JUDICIALES .....	387
Sentencias del Tribunal Supremo .....	387
Sentencia Tribunal Constitucional .....	389
Sentencias de la Audiencia Provincial .....	389
Jurisprudencia de Estados Unidos .....	389
Jurisprudencia del Reino Unido .....	393
Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT) .....	395

## PRÓLOGO

1. Este libro está dedicado al estudio de la *operación de reemplazo*. Como señala la autora, al comienzo, «mediante ella, el acreedor, de manera razonable y extrajudicialmente, acude al mercado para sustituir la prestación del deudor. En consecuencia, el acreedor podrá reclamar al deudor la diferencia (desfavorable) entre el precio de la operación de reemplazo y el establecido en el contrato».

La operación de reemplazo ofrece un ángulo de visión del derecho de contratos muy amplio. Permite una consideración de derecho comparado entre los sistemas del *Common Law*, en los que más se ha desarrollado, y los del *Civil Law* en los que ha ido penetrando. Y así mismo, impone estudiar dos importantes remedios del incumplimiento del contrato, la pretensión de cumplimiento y la de indemnización de daños. La autora aprovecha las posibilidades que ofrece el tema para explorar todos estos campos. La comparación del derecho angloamericano con el del *Civil Law* y el estudio de la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños son las columnas que vertebran este libro.

2. ¿Por qué en la operación de reemplazo aflora necesariamente el derecho comparado? No es una casualidad. La operación de reemplazo se ha desarrollado en los sistemas jurídicos que no admiten, o solo lo hacen de modo restringido, que el acreedor pueda exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación al deudor. Y esto ha ocurrido en los ordenamientos del *Common Law*, en los que el reconocimiento de la pretensión de cumplimiento es excepcional. En ellos ha surgido y se ha desarrollado la operación de reemplazo. Y desde ellos ha influido en los sistemas del *Civil Law*.

En el *Civil Law*, se ha sentido menos la necesidad de la operación de reemplazo, porque el sistema de remedios permite al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor. El acreedor cuenta con la vía jurídica necesaria para satisfacer su interés por la prestación del deudor, conforme a la

estructura inicial de la relación obligatoria, sin necesidad de acudir a una vía alternativa. Pero el reconocimiento de esta vía, a menudo, lejos de favorecer al acreedor, le perjudica: porque necesariamente judicializa el ejercicio de su derecho al cumplimiento; porque le obliga a contar con un título ejecutivo para poder pedir la ejecución (por ej. una sentencia); porque dilata la satisfacción de su interés y en algunos casos lo impide (frustra la satisfacción).

La modernización del derecho de contratos está marcada por una tendencia a la desjudicialización, a evitar, en lo posible, que el acreedor insatisfecho tenga que acudir al juez para ejercitar los remedios del incumplimiento. Esta tendencia ha favorecido, en los sistemas continentales, la penetración de la operación de reemplazo (con denominaciones diferentes), para satisfacer el interés del acreedor evitando el proceso.

3. Admitida la operación de reemplazo, aparece toda la problemática que implica su aplicación. ¿Cuál es la cantidad (indemnización) que el acreedor puede reclamar al deudor? La determinación de esta cantidad está conectada al modo en que ha de llevarse a cabo la operación. La autora nos demuestra que la respuesta a esta pregunta no es coincidente en el derecho inglés y en el de los Estados Unidos de América. Una de dos: o utilizamos criterios rígidos de mercado o atendemos, en concreto, a la operación realizada por el acreedor, razonablemente, en sus circunstancias concretas. Esta aproximación a la operación concreta impone establecer criterios o pautas que se deben cumplir, lo cual exige un desarrollo casuístico más rico, que tiene que atender a las dificultades con las que se ha encontrado en cada caso el acreedor que realiza la operación de reemplazo. Esta es la línea seguida en el desarrollo del derecho de los Estados Unidos de América, a partir del *Uniform Commercial Code*. La riqueza casuística del derecho americano, que estudia la autora en este libro, es aprovechada por ella en el derecho español, para diseñar en este diversas constelaciones de casos.

4. Un aspecto importante de la operación de reemplazo es su conexión con el principio de mitigación del daño. Como es sabido, el acreedor insatisfecho no puede reclamar indemnización de aquellos daños que pudo y debió haber evitado. En este marco, la operación de reemplazo no es solo una vía de satisfacción del interés del acreedor, sino también un modo de mitigar el daño indemnizable. El acreedor no podrá reclamar aquellos daños que pudo haber evitado realizando razonablemente una operación de reemplazo. De este modo, la operación de reemplazo tiene una función importante en el cálculo del daño. Las condiciones en las que debe realizarse (fijadas por el ordenamiento) determinan los límites del daño reclamable.

5. Hay otra cuestión que se desliza a lo largo de este libro: la de la naturaleza jurídica de la reclamación del acreedor fundada en la operación de

reemplazo realizada por él. La autora se pregunta: “¿bajo qué concepto tiene justificación ...?: ¿bajo el de la pretensión de cumplimiento?, ¿bajo el de la indemnización del daño? Su respuesta es que debe encuadrarse en la indemnización de daños y “tiene un papel muy relevante en la limitación de la extensión de los daños”. “Como considera Anderson, es difícil imaginarse un mejor ejemplo de mitigación de daños”.

En el sistema angloamericano resulta necesario encuadrar esta reclamación en la indemnización de daños pues la pretensión de cumplimiento está muy limitada. En cambio, en los sistemas continentales, en los que no ocurre esto, puede ofrecer mayores dudas cómo calificarla. Podría pensarse que se trata de una manifestación de la pretensión de cumplimiento. Pero la autora considera que esta calificación no es adecuada. Se trata de la indemnización de un tipo de daño.

En apoyo de la naturaleza indemnizatoria pueden invocarse algunos argumentos. En primer lugar, esta es la naturaleza que le asigna la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, modelo en buena medida de la recodificación del derecho de contratos. Además, la operación de reemplazo se sitúa en un momento en el que ha quedado cerrada la posibilidad del cumplimiento, bien porque el acreedor ha resuelto el contrato, bien porque, sin haberlo resuelto, el deudor no ha atendido su requerimiento para cumplir (*Nachfrist*). En fin, la operación de reemplazo tiene una función mitigadora del daño, que está más en la lógica de la indemnización que en la de la pretensión de cumplimiento del contrato. Permite limitar la cuantía del daño indemnizable.

Sin embargo, una cosa es la naturaleza que pueda atribuirse a la operación de reemplazo y otra distinta la consideración que merezca al legislador, en los ordenamientos continentales. La autora nos informa de que el BGB alemán sitúa la operación de reemplazo en la indemnización (la indemnización en lugar del cumplimiento del contrato), mientras el *Code civil* francés, tras la reforma de 2016, la sigue considerando como una medida de ejecución del contrato, por vía extrajudicial.

6. El último capítulo de este libro está dedicado al derecho español. Fue Garrigues, según la autora, el primero que estudió entre nosotros la compra y la venta de reemplazo. A la compra le asigna una función indemnizatoria; a la venta una función distinta. Después de Garrigues, algunos mercantilistas se han mostrado críticos hacia esta figura. Consideran que la posibilidad del comprador de celebrar una compra de reemplazo debe estar previamente pactada, mediante una cláusula contractual expresa, pues de lo contrario la compra de reemplazo sería una forma de obligar al vendedor a aceptar la resolución del contrato. Los civilistas que se han ocupado de esta figura han sido, en general, más favorables a la operación de reemplazo, aunque entre ellos haya diferencias.

La autora desarrolla en este capítulo su aportación al estudio de la operación de remplazo en el derecho español. Ofrece diversas constelaciones de casos, inspiradas en su estructura, no en las soluciones, en el derecho americano. Y busca la respuesta a los problemas de cada grupo de casos en nuestra jurisprudencia y en las opiniones de nuestros autores. Esta es, sin duda, una valiosa aportación de la obra.

8. No queremos terminar este prólogo sin referirnos a la autora, Isué Vargas Brand. Es doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, en la que defendió su tesis doctoral sobre el tema de esta monografía, en 2019. Actualmente es profesora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Vino a España a realizar sus estudios de posgrado. Primero, hizo el Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Posteriormente se incorporó a la Universidad Autónoma de Madrid, como investigadora predoctoral, en el grupo dirigido por quienes firmamos este prólogo. En esta universidad preparó su tesis doctoral sobre la operación de reemplazo. Durante ese periodo de formación realizó una estancia de investigación en los Estados Unidos de América, en la *Columbia University* de Nueva York. Allí, bajo la dirección del Profesor Garro, tuvo la oportunidad de conocer de primera mano y debatir en seminarios las orientaciones del derecho de contratos americano y el desarrollo actual de su tema de investigación.

El tiempo que Isué Vargas Brand ha estado con nosotros en España, en la Universidad Autónoma de Madrid, nos ha permitido conocerla. De ella tenemos que elogiar su sólida vocación universitaria y su capacidad de entrega en el desarrollo de su tarea. Supo aprovechar muy bien esta etapa de formación y obtuvo en ella una gran madurez en su oficio. Es por otra parte una persona a la que debemos agradecer el tiempo que dedicó, de modo desinteresado, a colaborar en la gestión del proyecto de investigación en el que estuvo integrada y en cuyo marco desarrolló este trabajo que prologamos (DER 2017-84947-P, “Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas”). Hoy, desde la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, en la que trabaja, sigue manteniendo su colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid, formando parte del proyecto de investigación “La protección del consumidor en la era digital” PID2021-122985NB-I00, de la Agencia Estatal de Investigación, del que también formamos parte los autores de este prólogo. Por todo esto queremos darle las gracias.

Madrid

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO  
NIEVES FENOY PICÓN

## ABREVIATURAS

<i>ACM</i>	<i>Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho</i>
<i>ALI</i>	<i>American Law Institute</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. Soc’y Int’l L.</i>	<i>American Society of International Law</i>
<i>Bell J. E.</i>	<i>The Bell Journal of Economics</i>
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán de 2002)</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado Español</i>
<i>B. C. Indus. &amp; Com. L. Rev.</i>	<i>Boston College Industrial and Commercial Law Review</i>
<i>B. U. L. Rev.</i>	<i>Boston University Law Review</i>
<i>BW</i>	<i>Burgerlijk Wetboek (Código Civil holandés; reformado en 1992)</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Chicago L. Rev.</i>	<i>Chicago Law Review</i>
<i>CC</i>	<i>(Sin otra referencia) Código Civil de España</i>
<i>CCCat.</i>	<i>Código Civil de Cataluña</i>
<i>CC fr. a.o.</i>	<i>Versión antigua del Código Civil Francés (antes de las modificaciones en materia de Derecho de contratos y del régimen general y de la prueba de las obligaciones, mediante la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, en vigor desde el 1 de octubre de 2016).</i>
<i>CC fr. d.o.</i>	<i>Nueva versión del Código Civil Francés (tras las modificaciones en materia de Derecho de contratos y del régimen general y de la prueba de las obligaciones, mediante la Ordenanza n.º 2016-131).</i>

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

<i>CCo.</i>	<i>(Sin otra referencia) Código de Comercio de España</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CC it.</i>	<i>Código Civil italiano</i>
<i>CESL</i>	<i>(Abreviatura en inglés) Derecho Europeo Común de la Compraventa</i>
<i>CISG</i>	<i>(Abreviatura en inglés) Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980</i>
<i>CLOUT</i>	<i>Sentencias y Laudos sobre textos de la CNUDMI</i>
<i>CNUDMI</i>	<i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Case W. Res. L. Rev.</i>	<i>Case Western Reserve Law Review</i>
<i>DCFR</i>	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
<i>DOGC</i>	<i>Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
<i>Duke L. J.</i>	<i>Duke Law Journal</i>
<i>Georgetown. J. I. L.</i>	<i>Georgetown Journal of International Law</i>
<i>Harv. L. Rev</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>HGB</i>	<i>Handelsgesetzbuch (Código de Comercio alemán)</i>
<i>Int'l &amp; Comp. L. Q.</i>	<i>The international and Comparative Law Quarterly</i>
<i>J. L. &amp; Com.</i>	<i>Journal of Law and Commerce</i>
<i>Ky. L. J.</i>	<i>Kentucky Law Journal</i>
<i>LCTTM</i>	<i>Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, «BOE» núm. 273</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LUF</i>	<i>Ley Uniforme Sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales</i>
<i>LUVI</i>	<i>Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales</i>
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>NCCUSL</i>	<i>National Conference of Commissioners on Uniforms State Laws</i>
<i>Northwestern University L. Rev</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>NYU Law Review</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>PAPDC</i>	<i>Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil</i>
<i>PAMCCO 2006</i>	<i>Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad</i>
<i>PCC 1851</i>	<i>Proyecto de Código civil de 1851</i>

<i>PCM 2013</i>	<i>Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación</i>
<i>PECL</i>	<i>(abreviatura en inglés) Principios Europeos de Derecho de Contratos</i>
<i>PMCC</i>	<i>Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos de 2009</i>
<i>PLDC</i>	<i>Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos</i>
<i>Principios UNIDROIT</i>	<i>Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales</i>
<i>Principios OHADAC</i>	<i>Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (2015)</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RCDP</i>	<i>Revista Catalana de Dret Privat</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Civil</i>
<i>Restatement of Contracts</i>	<i>Restatement of the Law of Contract (1932)</i>
<i>Restatement (Second) of Contracts</i>	<i>Restatement Second of the Law of Contract (1981)</i>
<i>Rev. chil. Derecho</i>	<i>Revista chilena de Derecho</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>RCHDP</i>	<i>Revista Chilena de Derecho Privado</i>
<i>R. E. D. I.</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado (REUS)</i>
<i>RDPUCV</i>	<i>Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>
<i>RDUN</i>	<i>Revista de Derecho Universidad del Norte</i>
<i>RDUSS</i>	<i>Revista de Derecho Universidad de San Sebastián</i>
<i>S.</i>	<i>Section o Sección</i>
<i>S. Cal. Int. L. J.</i>	<i>Southern California Interdisciplinary Law Journal</i>
<i>SGA 1893</i>	<i>Sale of Goods Act de 1893</i>
<i>SGA 1979</i>	<i>Sale of Goods Act de 1979</i>
<i>SSGCR 2002</i>	<i>Sale and Supply of Goods to Consumers Regulation 2002</i>
<i>Tex. L. Rev</i>	<i>Texas Law Review</i>
<i>Tex. Wesleyan L. Rev.</i>	<i>Texas Wesleyan Law Review</i>
<i>Chicago L. Rev.</i>	<i>The University of Chicago Law Review</i>
<i>TRLGDCU</i>	<i>Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, BOE, núm. 287, de 30/11/2007)</i>
<i>UCC</i>	<i>Uniform Commercial Code</i>
<i>UCCLJ</i>	<i>Uniform Commercial Code Law Journal</i>
<i>U. Fla. L. Rev</i>	<i>University of Florida Law Review</i>

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

*UNSWL Law J.*

*U. Pac. L. Rev.*

*V.*

*Vid.*

*Virginia L. Rev.*

*Yale L. J.*

*University of New South Wales Law Journal*

*University of the Pacific Law Review*

*Versus*

*Véase*

*Virginia Law Review*

*The Yale Law Journal*

## INTRODUCCIÓN GENERAL: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. Este trabajo tiene por objeto el estudio de lo que hoy, en el Derecho de contratos, suele denominarse la operación de reemplazo, como una vía alternativa de satisfacción *in natura* del interés del acreedor a través de un tercero y con cargo al deudor, en caso de incumplimiento del contrato.

Conviene recordar qué es la operación de reemplazo. Mediante ella, el acreedor, de manera razonable y extrajudicialmente, acude al mercado para sustituir la prestación del deudor. En consecuencia, el acreedor podrá reclamar al deudor la diferencia (desfavorable) entre el precio de la operación de reemplazo y el establecido en el contrato. Esto nos abre una cuestión: ¿bajo qué concepto tiene justificación esta reclamación?

Voy a anticipar mi opinión: bajo el concepto de indemnización de daños. O mejor, de determinados daños. El concepto de operación de reemplazo del que parto nos ofrece un criterio mínimo de cuantificación del daño contractual. Mínimo significa que no excluye, por sí mismo, la indemnización de otros daños.

El cálculo de la indemnización mediante la operación de reemplazo que acabo de definir se diferencia de otro sistema de cálculo; el denominado *cálculo abstracto del daño, o según la regla del mercado*. En las normas que regulan esta materia, por ejemplo, la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), es también un criterio del cálculo mínimo del daño (art. 76 CISG). Consiste en la diferencia entre el precio del mercado (no el efectivamente pagado) y el precio del con-

trato. Este sistema de cálculo del daño no va a ser objeto de mi estudio. Pero, lo tendré en cuenta para establecer su relación con el sistema de cálculo de la operación de reemplazo.

II. La operación de reemplazo no es desconocida en el Derecho español, pues ya se regula en el artículo 75 CISG, en vigor en España desde el 30 de enero de 1991<sup>1</sup>. El modelo de regulación de la operación de reemplazo de la CISG lo han seguido los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT 2016) (art. 7.4.5), los Principios Europeos de Derecho de Contratos (en adelante, PECL) (9:506), el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) (art. III. -3:706), el Derecho Europeo Común de la Compraventa (en adelante, CESL) (art. 164) y Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (2015) (en adelante, Principios OHADAC) (art. 7.4.5.). En todos estos textos normativos se plasman los principios del denominado moderno Derecho de contratos<sup>2</sup>.

III. El moderno Derecho de los contratos fomenta la operación de reemplazo no solo desde el punto de vista de la determinación del daño contractual, sino desde la construcción de un nuevo modelo de responsabilidad contractual y la desjudicialización de los remedios contractuales del acreedor, en concreto, de la pretensión de cumplimiento. *En primer lugar*, la operación de reemplazo permite, en palabras de MORALES MORENO, que «el centro de gravedad de la relación obligatoria se desplace de la pretensión de cumplimiento a la pretensión indemnizatoria»<sup>3</sup>. *En segundo lugar*, favorece la indemnización de los daños y perjuicios como una vía habitual para la satisfacción del interés del acreedor (como en los sistemas angloamericanos). Y *en tercer lugar*, la alternativa del reemplazo evita que el acreedor deba acudir al engorroso proceso de la pretensión de cumplimiento, cuando se trata de obligaciones de objeto genérico, fácilmente sustituibles en el mercado. Esto facilita, además, la mitigación del daño.

Al valorar la importancia que tiene la operación de reemplazo en el moderno Derecho de contratos, debemos tener en cuenta el cambio de perspectiva que en el mismo se produce sobre la consideración de la relación obligatoria. En ella se destaca la idea de satisfacción del interés del acreedor y de garantía

---

<sup>1</sup> BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991, pp. 3170 a 3179.

<sup>2</sup> MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 25-29; *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 37-38.

<sup>3</sup> MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., p. 100.

de resultado<sup>4</sup>. En este nuevo enfoque, la operación de reemplazo tiene un papel muy relevante.

Al respecto, OLIVA BLÁZQUEZ resalta que el nuevo modelo contiene una «apuesta implícita por el remedio de la indemnización de daños y perjuicios», en cuanto que, cuando se trate de bienes fungibles, lo normal y razonable es que el acreedor vea satisfecha sus expectativas con la indemnización de daños y perjuicios. Pues, así funciona en la práctica de las relaciones mercantiles. Por tanto, el autor aduce que el remedio indemnizatorio cobra una especial importancia<sup>5</sup> y puedo añadir que también lo cobra la operación de reemplazo.

IV. Sobre el alcance efectivo, la operación de reemplazo, no solo se circunscribe al contrato de compraventa, aunque su estudio muchas veces deba partir de este contrato, por su claridad prestacional y tipicidad, sino que puede ser generalizada a los contratos en general. Ahora bien, sobre el tipo de incumplimiento, como se estudiará, se discute sobre si se puede ejecutar cuando se trate de un incumplimiento total, o, si, además, también podría versar sobre un incumplimiento defectuoso. Al respecto, este trabajo muestra cómo, en ciertos casos, como en el contrato de obra, no hace falta una inejecución total, para que, mediante un tercero, el acreedor pueda conseguir la satisfacción total de su derecho de crédito.

V. Si bien, la operación de reemplazo es una vía alternativa de satisfacción del acreedor, ante el incumplimiento, es decir, un medio de tutela del acreedor de su derecho de crédito, este estudio no puede obviar su importancia dentro de *la mitigación del daño contractual*. Como se estudiará a lo largo de este trabajo, *la operación de reemplazo puede resultar en un deber del acreedor frente a la cadena de daños* que se producen por el incumplimiento del deudor. En este sentido, si, razonablemente, el acreedor puede acudir a una operación de reemplazo, para evitar o disminuir el daño, debe llevarla a cabo, so pena de la limitación del *quantum* indemnizatorio al de una razonable operación de reemplazo.

VI. Una vez que he destacado la importancia de la operación de reemplazo en el marco del moderno Derecho de contratos, se abre una importante tarea, la de estudiar su regulación, teniendo a la vista dos aspectos: los ordena-

---

<sup>4</sup> La idea de satisfacción y garantía de resultado se destaca frente a la tradicional idea de la relación obligatoria simplemente como un deber de conducta o de cumplimiento de la prestación debida, típica de la tradición del Derecho continental. Vid. MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 32-33; *Claves de la modernización...*, cit., pp. 81-90.

<sup>5</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Prólogo», en PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2016, p. 21.

mientos que, de un modo, o de otro, la han utilizado y las diferentes constelaciones de casos en los que la misma se ha aplicado.

Para ello, encontré que el trabajo debe partir por un estudio mucho más amplio y riguroso del Derecho anglosajón de contratos, en relación con los otros ordenamientos e instrumentos normativos que se estudian. Lo que marca el método principal de esta obra: *la influencia del derecho anglosajón en la operación de reemplazo del Derecho español*. Ello, debido a la importancia que tiene el Derecho inglés y, especialmente, el estadounidense en el desarrollo casuístico de la operación de reemplazo y su innegable influencia en la forma como se adoptó en la CISG.

Con todo, este trabajo explora las posibilidades de la aplicación de la operación de reemplazo en el Derecho español.

Hay que reconocer que, aunque en Derecho español la doctrina más reciente ha tratado bastante la operación de reemplazo, no se ha alcanzado todavía un nivel satisfactorio de desarrollo de esta, teniendo en cuenta las diferentes constelaciones de casos. Esto, por el contrario, nos lo ofrece el Derecho estadounidense.

VII. El libro se estructura en cinco capítulos. El *capítulo primero* y el *capítulo segundo*, respectivamente, estudian la operación de reemplazo en el Derecho inglés y en el Derecho estadounidense. Sobre este último, en particular, realizo un especial análisis de las reglas del *Uniform Commercial Code* (en adelante, UCC) que regulan la venta y la compra de reemplazo (§§ 2 – 706 y 2 – 712 UCC).

La razón de comenzar con estos dos capítulos no es inocente. Antes bien, responde a su ya anotada importancia en el desarrollo casuístico. Esto no es de extrañar pues, como es sabido, los modelos del *Common Law* se caracterizan por conceder prioridad al remedio indemnizatorio. Y, dentro de ese remedio, se marca el énfasis concedido a la indemnización correspondiente a la operación de reemplazo.

Conviene recordar que, en ambos ordenamientos, se percibió el papel fundamental de la operación de reemplazo en dos ámbitos diferentes: el primero, referido a la determinación del daño indemnizable; la operación de reemplazo es una vía idónea para la mitigación del daño. El segundo, en relación con la pretensión de cumplimiento. El hecho de que en ambos ordenamientos esté restringido el ejercicio de la pretensión de cumplimiento justifica ese papel fundamental de la operación de reemplazo en la satisfacción *in natura* del interés del acreedor (no por vía del deudor, sino por una vía alternativa).

En el Derecho estadounidense se detecta una ruptura con respecto del *Common Law* proveniente de la tradición inglesa. Hay una diferencia en este punto entre el Derecho inglés y el Derecho estadounidense. Tal diferencia ra-

dica en el sistema de cálculo de la indemnización de daños: el sistema de cálculo concreto del daño, conforme a la operación de reemplazo realizada, o el sistema que toma en cuenta la regla del mercado.

Para explicar mejor lo que acabo de decir, me serviré de un ejemplo:

Supongamos el incumplimiento de una compraventa, por falta de entrega del vendedor. Asumamos que el *precio contractual* de las mercaderías es de 10 euros y que el *precio corriente* de las mercaderías, al momento del incumplimiento, es de 13 euros. Supongamos que, ante el incumplimiento, el comprador celebra, de modo *razonable* (y aquí esta la clave en la comparación de ambos ordenamientos), una compra de reemplazo por el precio de 15 euros. En este caso, los daños irrogados mediante el reemplazo serán de 5 euros (15 € - 10 €). Y los daños que el comprador tendría mediante la regla del mercado serían de 3 euros (13 € - 10 €). Como se ve, al comprador-acreedor le será, por hipótesis, más favorable reclamar los daños derivados del reemplazo, mediante el cual, quizás, haya mitigado otros daños y pérdidas que se hubieran producido de no haberse celebrado la operación.

Presentado el caso, veamos cómo quedaría resuelto en el Derecho inglés y en el Derecho estadounidense. La indemnización de la operación de reemplazo no sería posible en el Derecho inglés, pues, el criterio aplicable para establecer el daño indemnizable es la regla del mercado. Por el contrario, en el Derecho estadounidense, la indemnización del reemplazo es viable. El *UCC* positivó, como criterio primario, el cálculo del daño conforme a la operación de reemplazo. Y solo en los casos en los que el reemplazo no haya tenido lugar, de modo razonable, toma en cuenta el criterio de determinación que ofrece la regla del mercado. Por tanto, este último es un criterio subsidiario.

Pensemos en una variante en donde los daños de la regla del mercado son más favorables al acreedor. Por ejemplo, asumamos que el comprador se cubre en el mercado, razonablemente, mediante una compra de reemplazo de 12 euros. En este caso, los daños mediante el reemplazo serán 2 euros (12 € - 10 €). Y los daños que tendría mediante la regla del mercado serían de 3 euros (13 € - 10 €). Siendo esto así, el comprador pretenderá que el daño se determine conforme a la regla del mercado, y tratará de ocultar que ha realizado una compra de reemplazo.

Para este otro caso, el Derecho estadounidense, a diferencia del Derecho inglés, permite que el deudor pueda acreditar que el acreedor había efectivamente realizado, de modo razonable, una compra de reemplazo a un precio más favorable que el del mercado, a efectos de reducir el montante indemnizatorio. Con esta prueba, el deudor evita la aplicación subsidiaria del criterio de cálculo de los daños según la regla del mercado.

El Derecho estadounidense toma en cuenta prioritariamente una práctica muy importante y común en el tráfico mercantil, que consiste en la sustitución de la operación fallida por una operación de reemplazo. Y en este contexto, el *UCC* optó por facilitar al acreedor la liquidación extrajudicial de sus daños. Por ello, establece, *en primer lugar*, reglas claras de cómo el acreedor ha de realizar la operación de reemplazo, en los §§ 2 – 706 y 712 *UCC*. Y *en segundo lugar*, el *UCC* indica con claridad cuándo se aplica el criterio indemnizatorio de la operación de reemplazo y cuándo el de la regla del mercado [§§ 2 – 708 (1) y 713 *UCC*]. El desarrollo de estos preceptos ha dado lugar a una prolifera casuística, que sirve para su mejor entendimiento y aplicación en los sistemas continentales, como el español.

En el *capítulo tercero* realizo unas breves referencias a la regulación de la operación de reemplazo en algunos ordenamientos europeos francés, alemán, italiano y holandés, que regulan la operación de reemplazo. Aquí, pongo de manifiesto que el *Derecho francés* ha suprimido el requisito de la autorización judicial para llevar a cabo una operación de reemplazo (art. 1222 CCfr. d.o.)<sup>6</sup>, tras la reforma de su Código civil en materia de obligaciones y contratos, por medio de la Ordenanza n.º 2016-131. La reciente doctrina francesa interpreta este cambio de dos maneras: unos autores consideran que se trata de una modalidad de ejecución del contrato; otros que la realización de la operación de reemplazo puede suponer una implícita resolución del contrato e indemnización de los daños.

En el *Derecho alemán*, en cambio, conviven dos conceptos de operación de reemplazo: por un lado, el del § 376 (3) *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio alemán) (en adelante, HGB), que la regula como un criterio de determinación del daño; por otro lado, el del § 373 HGB, que regula una particular venta de reemplazo, como medio de ejecución del contrato, en caso de mora del comprador en la recepción de las mercancías. Este último artículo del HGB fue el que inspiró al Código civil italiano de 1942 (en adelante, CC it.), al regular la compra y la venta de reemplazo, como una particular ejecución del contrato incumplido, en sus artículos 1515 y 1516. El Derecho holandés, por el contrario, está inspirado en los instrumentos normativos del moderno Derecho de contratos a los que me he referido anteriormente. Y, conforme a ello, el Código civil holandés utiliza la regla de la operación de reemplazo como criterio de determinación del daño, en su artículo 7:37.

---

<sup>6</sup> Nueva versión del Código Civil Francés (tras las modificaciones en materia de Derecho de contratos y del régimen general y de la prueba de las obligaciones, mediante la Ordenanza n.º 2016-131), en adelante me referiré como CCfr d.o.

El *capítulo cuarto* estudia la regla de la operación de reemplazo en el Derecho Uniforme de la CISG y en los textos internacionales de *soft law*, los cuales, actualmente, se consideran textos básicos en la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

En este capítulo se pone de manifiesto que la construcción de la operación de reemplazo en el Derecho estadounidense prevaleció en la CISG y, por ende, en los demás instrumentos internacionales de *soft law* que siguieron este modelo. Y además, que la inclusión de la operación de reemplazo en estos instrumentos armonizadores del Derecho de contratos sirvió como puente entre el *Common Law* y el *Civil Law*, pues es una regla perfectamente aplicable a ambas tradiciones.

El *capítulo quinto* estudia la operación de reemplazo en el Derecho español. La cual podría encuadrarse en los artículos 1096. II y 1098. I CC que, como se estudiará, suelen engarzarse dentro de la pretensión de cumplimiento y requiere de autorización judicial. Sin embargo, como una medida de autotutela *extrajudicial* del acreedor, de cuantificación del daño contractual y como un medio de mitigación del daño, como es conocido, no cuenta con una regla ni en el Código civil y ni el Código de comercio. Por tanto, dichos cuerpos normativos carecen de esta herramienta del cálculo concreto del daño contractual. No obstante, la jurisprudencia, en algunos casos, que son objeto de análisis de este libro, ha calculado el daño sufrido por el acreedor insatisfecho, de conformidad con el criterio de la operación de reemplazo realizada por él.

En el ámbito del Derecho español, *en primer lugar*, estudio la cuestión de bajo qué concepto el acreedor puede reclamar la diferencia entre el precio de la operación de reemplazo y el del contrato. Esta cuestión admite varias respuestas: considerar que se trata de un desarrollo de la pretensión de cumplimiento, o de una manifestación de la pretensión de indemnización del daño. En este caso, sería un daño típico indemnizable, provocado por el incumplimiento del contrato.

La primera respuesta es la correspondiente, en el Derecho comparado, a los artículos 1515 y 1516 CC it. y el § 373 HGB, que parten del criterio de que la operación de reemplazo es una modalidad de ejecución del contrato. Frente a este modelo, también considero la otra posible respuesta. Tras este estudio, como ya anticipé, me decanto por situar la operación de reemplazo en el ámbito del remedio de la indemnización de daños, como un sistema de determinación de un daño típico indemnizable.

Esta naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo nos abre dos temas de investigación, que desarrollo. En el primero, me ocupo de determinar si la operación de reemplazo supone o no una resolución, al menos implícita,

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

del contrato. Y en el segundo, me ocupo de los problemas que plantea la operación en los principios generales de la indemnización de daños y perjuicios.

Una vez establecida la función de la operación de reemplazo en el ámbito de los remedios del incumplimiento, *en segundo lugar*, trato de ella en el Derecho de contratos español, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la doctrina españolas.

Una de las principales cuestiones que trato es sobre cómo combina la jurisprudencia y la doctrina españolas el sistema de cálculo concreto, conforme a la operación de reemplazo, y el sistema de cálculo abstracto del precio del mercado. Posteriormente, examino los parámetros a tener en cuenta para ejecutar e indemnizar, correctamente, una operación de reemplazo.

Finalmente, en este mismo capítulo, me refiero, *en tercer lugar*, a la regulación de la particular venta de reemplazo de la reforma del Libro sexto del Código civil de Cataluña y realizo un análisis sobre la regla de la operación de reemplazo en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (en adelante, ACM).

Con todo lo anterior, este trabajo concluye con una propuesta de *lege ferenda* y de aplicación práctica en el Derecho español.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO INGLÉS

«[...] *The market replacement measure applies where the principles of mitigation and legal causation so provided*»<sup>1</sup>.

#### I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho inglés, la idea de la operación de reemplazo es fundamental para entender el sistema de responsabilidad contractual (considerado este en sentido amplio). Como ya he anticipado, en los modelos del *Common Law*, la indemnización de daños y perjuicios es un remedio general o primario del incumplimiento. En cambio, el remedio cumplimiento específico es de carácter excepcional o secundario. De esta manera se justifica el papel de la operación de reemplazo como una *vía prioritaria* para la satisfacción *in natura* del interés del acreedor.

Por lo anterior, en el marco del Derecho inglés se abren dos ámbitos de estudio de la operación de reemplazo: en *primer lugar*, como excepción a la pretensión de cumplimiento y, en *segundo lugar*, como un daño típico indemnizable. En este último ámbito, la operación de reemplazo es un criterio de determinación del daño contractual. Criterio que, como estudiaré en este capítulo, se articula mediante la mitigación de los daños. En ambos aspectos, me ocuparé de estudiar la operación de reemplazo de conformidad con el *Common Law*, el *Statutory Law* y la jurisprudencia inglesa.

---

<sup>1</sup> KRAMER, A., *The Law of Contract Damages*, 2nd, Hart Publishing, Oxford, 2017, párr. 4-36, p. 87.

Sin embargo, antes de abordar el estudio de la operación de reemplazo, debo atender, brevemente, a cuatro aspectos importantes que inciden en su comprensión: *a)* las fuentes del Derecho contractual inglés; *b)* la marcada diferencia entre los *contracts*, los *torts* y las *restitutions*; *c)* los conceptos de contrato, de incumplimiento y del sistema de remedios; y *d)* los principios y reglas generales de la indemnización de daños y perjuicios.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS

### 1. Las Fuentes

#### 1.1 EL *COMMON LAW*

La principal fuente de los fundamentos y principios generales del Derecho contractual inglés es el *Common Law (judge-made law)*<sup>2</sup>. Esta fuente es el Derecho común, que consiste, a grandes rasgos, en establecer ciertas reglas que se aplican por igual en todo el país. Se refiere al Derecho más reciente, desarrollado por los jueces a través de los casos, que a su vez actualizan las resoluciones antiguas de los tribunales<sup>3</sup>.

Como herramienta auxiliar a esta fuente, Burrows desarrolló un interesante trabajo denominado *Restatement of the English Law of Contract*<sup>4</sup>, con la finalidad de aportar una mejor interpretación al *Common Law* de contratos inglés a través de un cuidadoso estudio de los precedentes de la *Supreme Court* inglesa<sup>5</sup>.

El trabajo de BURROWS se inspiró en el *American Law Institute* y en su *Restatement Second of Contracts* (1981), en los Principios UNIDROIT y en los

---

<sup>2</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, 12th, Palgrave Macmillan, London, 2017, p. 1. Sobre los orígenes del *Common Law* inglés en el siglo XII, *vid.* BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4th, London, 2002, pp. 12-14.

<sup>3</sup> El *Common Law* es un sistema inductivo, que se basa en los hechos concretos de cada uno de los casos y en las decisiones más recientes de los tribunales al respecto; se va del caso particular a las normas generales. Esta es una de las diferencias con el Derecho de tradición continental (*Civil Law*), el cual es un sistema deductivo basado en reglas y principios contenidos, generalmente, en los códigos (CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, 5th, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 8).

Otra diferencia importante de este sistema respecto del *Common Law*, es que tradicionalmente los sistemas del *Civil Law* fueron influenciados por la estructura, los principios y las reglas del Derecho de raíz romana, propio del *ius commune* de tradición continental. El *Common Law*, por el contrario, no tuvo la misma influencia del Derecho romano, pues las *King's courts* y los juristas han desarrollado su propio Derecho a través de los casos. CARTWRIGHT, J., *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the Civil Lawyer*, 3rd, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 8-9.

<sup>4</sup> BURROWS, A., *A Restatement of The English Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. ix-xi.

varios proyectos de codificación y armonización del Derecho de contratos europeo (en particular, del DCFR y de los PECL)<sup>6</sup>. En este trabajo haré referencia a lo dispuesto en el mencionado *Restatement* inglés debido a su prestigio y autoridad en la academia inglesa y por representar, a mi modo de ver, una especie de armonización del *Common Law* de contratos inglés.

En relación con el sistema de responsabilidad contractual (en sentido amplio), el *Common Law* tiene como remedio general y prioritario la indemnización de daños y perjuicios. A ello volveré más adelante.

## 1.2 LA EQUITY

La *Equity* es una fuente complementaria y secundaria del Derecho de contratos inglés. Consiste en un conjunto de reglas que se desarrollaron durante décadas por las denominados *Courts of Equity* (o *Chancery courts*) bajo el mandato del Rey<sup>7</sup>. Las normas de la *Equity* crearon una serie de derechos que no eran conocidos por los tribunales del *Common Law* –la *Chancery* no es una *court* de derecho, sino una *court of conscience*–<sup>8</sup>. La *Equity*, originalmente, solo intervenía cuando se consideraba que las normas del *Common Law* eran inadecuadas<sup>9</sup>.

Con relación al Derecho de contratos, la *Equity* creó una serie de remedios, tales como el cumplimiento e específico y la *injunction*<sup>10</sup>, que protegían

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. x.

<sup>7</sup> La fuente de la *Equity* la podemos encontrar en las decisiones de un grupo separado de tribunales, que se impuso inicialmente bajo el *King's Chancellor*. Estos tribunales fueron conocidos como las *courts of Equity* o *Chancery courts* y se desarrollaron entre finales del siglo XIV y comienzos del siglo XV. Durante muchos años, la *Equity* (paralelamente a los tribunales del *Common Law*) desarrolló principios y reglas con relación a los remedios, bajo el presupuesto de la equidad o de decisiones de conciencia, por la discreción del Rey, que en muchos casos iban más allá, e incluso en contra, del desarrollo de las decisiones de los tribunales del *Common Law* (CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., pp. 5-8). Esta doble estructura judicial (*common law courts* y *equity courts*) ha desaparecido casi por completo en los países del *Common Law*. En detalle *vid.* SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *Common Law*. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Rev. chil. Derecho*, vol. 43, 1, 2016, p. 20 y nota 58.

<sup>8</sup> BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 105.

<sup>9</sup> WORTHINGTON, S., *Equity*, 2nd, Oxford University Press, New York, 2006, p. 8.

<sup>10</sup> La *injunction* «[e]s un recurso de equidad consistente en un mandamiento mediante el cual un juez/jueza pide o prohíbe que se haga algo; puede ser de carácter cautelar (*interim*, *intelocutory*, *equitable remedy*) o permanente (*permanent*)». ALCARAZ, E.; HUGHES, B.; ÁNGEL CAMPOS, M., *Diccionario de términos jurídicos Inglés – Español*, 11, Ariel, 2014, p. 324. Por ejemplo, antes de empezar la obra, el constructor que incumpla las restricciones del convenio, puede ser compelido para que no proceda a construir la obra. WORTHINGTON, S., *Equity*, cit., p. 31.

SEVERIN FUSTER señala que, a diferencia del sentido más restringido de la expresión *specific performance*, que se refiere a las obligaciones únicamente positivas (de dar o de hacer), la *injunction* se refiere a las obligaciones negativas (de no hacer). Sin embargo, en los casos de obligaciones de hacer, el autor señala que, si bien la *injunction* no es una vía directa para obtener su ejecución forzosa, es una medida que promueve su cumplimiento. SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario...», cit., pp. 11-12.

no solo los derechos creados por la *Equity*, sino también los derechos establecidos por el *Common Law*<sup>11</sup>. En este último aspecto, la *Equity* tuvo más relevancia y ha funcionado como complemento del limitado sistema de remedios del *Common Law*. Tanto el cumplimiento específico como la *injunction* son remedios de la *equity* que, al nacer de las resoluciones de los jueces que decidían en Derecho y en Equidad, siguen siendo remedios que *requieren ser decretados por el juez*<sup>12</sup>.

### 1.3 EL STATUTORY LAW

El *Statutory Law* (derecho positivo) son normas que generalmente provienen del Parlamento inglés o de la Unión Europea. Esta fuente se caracteriza por contener normas muy precisas y detalladas. Complementan al *Common Law* y son aplicadas por los jueces de manera clara y rigurosa, sin ir más allá de la literalidad del texto con interpretaciones judiciales y sin llenar vacíos<sup>13</sup>.

Debido a su proliferación, el *Statutory Law* ha restado progresivamente importancia a la jurisprudencia<sup>14</sup>. Actualmente, tiene una extensa normativa escrita sobre el derecho de contratos<sup>15</sup>, con diversas finalidades: limitar los efectos del contrato frente a terceros en beneficio de intereses colectivos (como la restricción a las prácticas de competencia desleal)<sup>16</sup>, proteger a la parte débil

---

<sup>11</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 6.

<sup>12</sup> JAMES, P., *Introduction to English Law*, Butterworths, London, 1989, p. 341.

<sup>13</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 45.

<sup>14</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, vol. I, 32nd, Sweet & Maxwell, London, 2015, párr. 1-004, p. 6; SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 31.

<sup>15</sup> Para ATIYAH, la extensa normativa existente en la fuente del *Statutory Law* responde a los últimos cambios de ideales económicos y sociales en el Reino Unido. El *Statutory Law* se ha desarrollado como una reacción a la fuerte influencia de la idea del *lezzeferismo*, típica del liberalismo económico, de finales del siglo XVIII, que a su vez desarrolló la idea de la libertad contractual del Derecho inglés. Dicha reacción ideológica, conocida como la *reaction freedom of contract*, se ha desarrollado desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, en defensa de ciertos intereses colectivos, a través de intervenciones legislativas que limitan la libertad contractual. ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 9-20 (en particular, p. 11). Es de anotar que ATIYAH desafía la clásica visión pura del Derecho contractual (MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 2.), consistente en que, si la intención de las partes no aparece expresamente en los términos del contrato, esta debe estar implícita en los hechos y comportamientos de las partes, ya que estas tenían que incorporarla en el contrato. Por el contrario, ATIYAH señala que la intención de las partes no siempre tiene que estar implícita en el contrato, sino que los jueces muchas veces la determinan mediante la aplicación de reglas «based on various considerations of policy unconnected with that intention». TREITEL, *The Law of Contract*, 14th, Sweet & Maxwell, London, 2015, párr. 1-003, p. 2.

<sup>16</sup> ATIYAH señala, como *primer factor* importante de la *reaction freedom of contract*, la declinación de la idea de que el intercambio libre y voluntario era el secreto de una economía próspera y que servía para alcanzar una sociedad más libre y feliz. Lo anterior, debido a las externalidades reconocidas del con-

del contrato (como los consumidores)<sup>17</sup> o evitar los grandes costos de la redacción de extensos contratos<sup>18</sup>. En general, el *Statutory Law* ha venido adquiriendo una gran importancia, especialmente, en los contratos particulares, como, por ejemplo, la adopción del *Statute of Frauds* de 1677, que impuso varios requisitos a particulares tipos contractuales, o la adopción de la *Sale of Goods Act* (en adelante, *SGA*) 1893, que reguló la compraventa, y que luego fue reemplazado por la *SGA* 1979<sup>19</sup>.

El *Statutory Law* proveniente de la Unión Europea, incorporado gracias a las obligaciones contraídas por el Reino Unido en el Tratado de la Unión Europea, ha sido importante en el Derecho de contratos inglés<sup>20</sup>. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho de protección a los consumidores ha tenido una particular relevancia el Derecho europeo<sup>21</sup>. No obstante, no se debe perder de vista al *Brexit* de 2016<sup>22</sup> y sus potenciales efectos en el Derecho contractual inglés<sup>23</sup>.

trato y que afectan a terceros. Por ejemplo, las prácticas restrictivas del comercio, tales como la formación de cárteles entre empresas para intervenir en el precio del mercado, que son acuerdos que benefician a las partes, pero raramente benefician al público. ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., pp. 11, 17-18.

<sup>17</sup> ATIYAH señala, como *segundo factor* de la *reaction freedom of contract*, la carencia de elección, o de conocimiento de los efectos del contrato para una de las partes. Por ejemplo, los contratos con consumidores o los contratos de adhesión, en los que por lo general la idea de la libre voluntad contractual no siempre se refleja correctamente, pues, en ocasiones, se pierde el claro deseo de celebrar—o no celebrar—el contrato, de acuerdo a los efectos jurídicos que quieren las partes a través del contrato. *Ibid.*, pp. 11-12, 18.

<sup>18</sup> Este es *otro de los argumentos* que señala ATIYAH, como apoyo al intervencionismo regulador en materia de contratos, que consiste en que las normas del *Statutory Law* sirvan como medio facilitador de la contratación. Por ejemplo, las normas del *SGA* 1979 están pensadas no solo para asegurar un justo reparto de ganancias, sino también para introducir términos que permitan ahorrar a las partes tiempo y dinero en la redacción de extensos contratos. *Ibid.*, p. 20.

<sup>19</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 1-007, pp. 6-7.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 1-011, p. 9; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 1-012, p. 8.

<sup>21</sup> Para una extensa lista de las Directivas europeas relativas al Derecho de contratos, *vid.* CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, p. 9, nota 63.

<sup>22</sup> El referéndum de 23 de junio de 2016 sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea puso en marcha el proceso conocido como *Brexit*, cuyo procedimiento está recogido en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea. Desde el citado referéndum, la inestabilidad política ha dificultado un rápido acuerdo sobre la articulación concreta del acuerdo de salida, tanto dentro del Reino Unido como entre este y la Unión Europea. Sin embargo, tres años después del referéndum, el *Brexit* se concretó con la contundente victoria de Boris Johnson en las elecciones de diciembre de 2019, lo que garantizó al Primer Ministro británico suficientes votos para conseguir la aprobación del acuerdo de salida negociado con Bruselas. Así las cosas, finalmente el Reino Unido salió de la Unión Europea el pasado 1 de febrero de 2020, en donde comenzaron 11 meses de transición, en el que ambas partes, a pesar de la Pandemia producida por el COVID-19, llegaron a un Acuerdo que rige las relaciones entre ambos, desde el 1 de enero de 2021 (<https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/estado2/Paginas/index.aspx>).

<sup>23</sup> McMILLAN analiza los posibles efectos que, en su opinión, supone en el Derecho de contratos ingles una desvinculación *total* del Reino Unido y la Unión Europea. Por ejemplo, observa que si un contrato con un consumidor se celebra *bajo* la protección de la Directiva 2011/83/EU, en caso de un incumplimiento posterior al *Brexit*, la Ley aplicable seguiría siendo la de la Directiva europea, pues se podría alegar que sus prerrogativas son términos implícitos del contrato (p. 422). En cambio, para todos los contratos que se celebran *después* del *Brexit*, la autora señala que el gran desafío se presentará en la contratación con consu-

## 1.4 LA *SALE OF GOODS ACT*

La *SGA* de 1979<sup>24</sup> regula el contrato de compraventa (s. 1.1. *SGA* 1979) y en materia de la responsabilidad contractual regula el sistema de cálculo del daño de la regla del mercado, como una medida típica de la cuantificación de los daños y perjuicios contractuales por el incumplimiento, en la que, como analizaré más adelante, se encuentra implícita la operación de reemplazo.

La *SGA* 1979 entró en vigor el 1 de enero de 1980, aplicándose en todo el Reino Unido<sup>25</sup>. Este texto reemplazó a la *SGA* 1893 y tuvo como propósito «codificar» todo lo relacionado con el contrato de compraventa, con el propósito de aclarar y recoger lo relativo a la compraventa del *Common Law*<sup>26</sup>. La *SGA* 1979 regula aquellas cuestiones contractuales del comprador o del vendedor que no aparecen en el contrato y establece los remedios por el incumplimiento del contrato cuando las partes contratantes no han pactado nada (expresa o implícitamente) al respecto<sup>27</sup>. Al igual que su antecesora (*SGA* 1893), la *SGA* 1979 se aplica a la compraventa de *goods* (en lo sucesivo, bien, producto o mercancía; no se comprenden los bienes inmuebles)<sup>28</sup>. No obstante, el *Common Law*, la *Equity* y también el *law of merchant*<sup>29</sup> siguen siendo reglas aplicables a la compraventa, salvo que sean incompatibles con las disposiciones de la *SGA* 1979, conforme a lo dispuesto por la S. 62.2 *SGA* 1979<sup>30</sup>. En concreto, sobre la deter-

---

midores, pues es un ámbito que, en Inglaterra, ha sido suplido por las directivas europeas. Con el *Brexit* las protecciones especiales para los consumidores se podrían perder debido a las presiones comerciales. En otro orden, también cree probable que el concepto de la buena fe (propio de las legislaciones del *Civil Law*) pierda vigencia en la legislación inglesa, particularmente en la anulación de las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión (p. 429). MACMILLAN, C., «Brexit, business and trade: The impact of Brexit upon english contract law», *King's Law Journal*, vol. 27, 3, 2016, Taylor & Francis, pp. 420-430.

<sup>24</sup> La *SGA* 1979 se encuentra disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>.

<sup>25</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, 9th, Sweet & Maxwell, London, 2014, párr. 1-001, p. 3.

<sup>26</sup> Como estudiaré en el siguiente capítulo, el *UCC*, a diferencia de la *SGA*, además de recoger el Derecho existente en el *Common Law* sobre la compraventa, tenía otros propósitos como los de simplificar y armonizar el derecho de la compraventa de las diferentes jurisdicciones o recoger las prácticas comerciales, entre otros. Y, en este sentido, indudablemente su proceso de elaboración fue más creativo que el de la *SGA* 1979. *Vid.* capítulo segundo, apartado II.1.3.

<sup>27</sup> Palabras de Lord DIPLOCK en el caso *Ashington Piggeries v Christopher Hill Ltd.*, [1972] A. C. 441. Cita de BENJAMIN en *Benjamin's sale of goods*, pp. 6-7.

<sup>28</sup> *Vid.* «Goods» en ALCARAZ, E., y OTROS, *Diccionario de términos jurídicos Inglés – Español*, cit., p. 292.

<sup>29</sup> El *law of merchant* se compone de todos los usos y costumbres mercantiles que se aplican a transacciones particulares. BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 1-007, p. 10.

<sup>30</sup> S. 62.2 *SGA* 1979: «Savings: rules of law etc. [...] (2) The rules of the common law, including the law merchant, *except in so far as they are inconsistent with the provisions of [legislation including this Act and the Consumer Rights Act 2015]*, and in particular the rules relating to the law of principal and agent and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake, or other invalidating cause, *apply to contracts for the sale of goods.*» «Amendments (Textual): Words in s. 62(2) substituted (1.10.2015) by Consumer Rights Act 2015 (c. 15), s. 100(5), Sch. 1 para. 36; S. I. 2015/1630, art. 3(g) (with art. 6(1))» (subrayado mío).

minación del daño contractual, Kramer aclara que la SGA 1979 no puede reconocer una cuantía mayor a la que se reconocería bajo el *Common Law*<sup>31</sup>.

## 2. Los *Contracts*, los *Torts* y la *Restitution*

El *Derecho de contratos* debe localizarse en el espectro del *Derecho de obligaciones inglés*, que incluye dos ámbitos más: los *torts* y las *restitutions*. McKendrick presenta estos tres ámbitos<sup>32</sup>. El primero, el derecho de contratos se fundamenta en las promesas realizadas *voluntariamente* y que deben ser satisfechas. El segundo, la responsabilidad extracontractual, resulta de la idea de que se debe reparar a quien se le cause un daño mediante un *ilícito civil*<sup>33</sup>. Y el tercero, las restituciones, se basa en la idea de que todo enriquecimiento injusto<sup>34</sup> debe ser restituido<sup>35</sup>.

Esta división obedece a la propia convicción de los juristas ingleses sobre la poca conveniencia de tratar con principios y reglas comunes ámbitos tan diferentes como el contrato –voluntariedad– y la responsabilidad por daños –involuntariedad–<sup>36</sup>.

En este sentido, el sistema de responsabilidad contractual inglés parte de la base de que, ante el incumplimiento, el remedio de la indemnización debe dejar al acreedor en una posición parecida a la que tendría si el contrato se hubiese cumplido, de tal forma que se cubran las *expectativas* creadas por el contrato (*expectation interest*); esto es, cubre lo que se conoce como el *interés positivo*.

La expresión *Common Law*, de la citada regla, también comprende el *Equity Law*. BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 1-008, p. 11.

<sup>31</sup> Para KRAMER, la diferencia entre el *Common Law* y la SGA 1979 solo radica en que este último provee una prueba refutable de la cuantificación de los daños y perjuicios contractuales, basada en la diferencia de precios del contrato original y el del mercado del día de vencimiento del plazo del contrato, presunción que el *Common Law* no tiene. KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 1-20, 4-23, pp. 8, 83. Este tema lo desarrollo más adelante. *Infra* IV.1. y IV. 3.

<sup>32</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 5. El autor se apoya en BURROWS.

<sup>33</sup> Sobre la responsabilidad de los *torts*, MCKENDRICK propone el siguiente ejemplo: «[...] *You drive your car negligently and knock me down. You have committed the tort of negligence. Harm has wrongfully been inflicted upon me, and you must compensate me. The aim of the award of compensation is not to fulfil my expectation. The aim is to restore me to the position which I was in before the accident occurred, to restore the 'status quo' or to protect my "reliance interest"*». MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 5.

<sup>34</sup> Son cuatro los elementos necesarios para configurar la acción de enriquecimiento injusto. LODDER los señala del modo que sigue: «i) *that the defendant is enriched, ii) That the enrichment is at the claimant's expense; iii) That the enrichment is unjust; and, iv) That no recognised defence applies*». LODDER, A., *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Hart Publishing, Oxford Portland, 2012, p. 6.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

<sup>36</sup> DELL'AQUILA, E., *El contrato en derecho inglés (aspectos de derecho comparado)*, PPU, Barcelona, 2001, pp. 30-31.

Ello no obsta para que, en la indemnización de los daños contractuales, excepcionalmente, *operen los principios que subyacen a la responsabilidad de los torts y de las restitutions*<sup>37</sup>. Por ejemplo, la indemnización contractual, cuando no sea posible acreditar el *expectation interest*, puede consistir en dejar al acreedor en la posición que tendría *si no hubiese celebrado el contrato (reliance loss* o interés negativo); es decir, con una idea más propia de los *torts* que de los *contracts*. También pueden darse casos en los que el propósito del demandante (acreedor) no es la reparación de un daño, sino privar al demandado (deudor) de un beneficio obtenido a sus expensas (*restitution*); por ejemplo, cuando un vendedor ha recibido un pago por adelantado y luego incumple su deber de entrega al comprador<sup>38</sup>.

### 3. Breves referencias al concepto de contrato, al del incumplimiento contractual y sus consecuencias

#### 3.1 LA NOCIÓN DE CONTRATO Y LA DENOMINADA *CONSIDERATION*

El concepto de contrato ha tenido fundamentalmente dos definiciones en la doctrina inglesa. Tal y como expongo a continuación.

Tradicionalmente, en las primeras ediciones del manual *Chitty on Contract* (1834) se definió la noción de contrato como sigue: «an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law»<sup>39</sup>; definición que, como puede comprobarse, se sigue aun en el clásico tratado de Treitel, en su última edición (2015)<sup>40</sup>.

Sin embargo, desde la edición 26 (1989) del manual *Chitty on Contracts*, la citada definición fue reemplazada por la siguiente: «a promise or set of promises which the law will enforce»<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Al respecto, se puede encontrar una importante reflexión en el primer prólogo hecho por LEONARD HOFFMANN (en 2013), a la primera edición (2014) del libro *The Law of Contract Damages* de A. KRAMER. HOFFMANN señala que una relevante fuente de confusión en el Derecho es la tendencia a querer explicar todas las manifestaciones de los casos en un simple principio, cuando, en verdad, hay más de un principio en juego. KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., p. vi. Aunque estos principios (*reliance* y *restitutions*) se puedan concretar en el Derecho contractual, TREITEL enfatiza que los remedios contractuales siempre tienen que ir más allá de esto, buscando que la parte perjudicada por el incumplimiento quede en la posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido (*expectation*). Vid. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 1-011, p. 7.

<sup>38</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-029, p. 1127.

<sup>39</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 1-014.

<sup>40</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 1-001, p. 1.

<sup>41</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 1-014, p. 13. Como veremos, en el Derecho estadounidense se adopta esta definición moderna de contrato, en el § 1 *Restatement Second of Contracts*.

El anterior cambio obedeció a que la definición *tradicional* de contrato había sido superada. La idea de contrato como un *agreement*, introducida en el sistema jurídico inglés, en el siglo XIX, particularmente por la influencia del *Tratado de Obligaciones* de Pothier, no concordaba con la tradición del *Common Law*, en concreto, con los requisitos de la denominada *consideration*.

Para el Derecho inglés, las obligaciones que *no* comprenden una ganancia o lucro recíproco *no son jurídicamente vinculantes*. Por tanto, el contrato lleva consigo el requisito de la *no gratuidad*, expresado técnicamente mediante la *consideration*. Por ello, en los usos modernos, el requisito de la *consideration* se asocia más con el término *promise*, y no con el de *agreements*<sup>42</sup>.

### 3.2 EL INCUMPLIMIENTO Y EL SISTEMA DE REMEDIOS

En el sistema contractual inglés, el incumplimiento es un concepto *simple, objetivo y omnicomprendivo*, que reúne todo tipo de inexecución del programa contractual<sup>43</sup>. El tratadista inglés Treitel define el incumplimiento del modo que sigue:

«A breach of contract is committed when a party without lawful excuse<sup>44</sup> fails or refuses to perform what is due from him under the contract, or performs defectively<sup>45</sup> or incapacitates himself from performing<sup>46, 47</sup>».

---

<sup>42</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 1-014, p. 14. Sobre la doctrina de la *consideration* me refiero más en detalle en el marco del Derecho estadounidense (capítulo segundo, apartado II.2.2).

<sup>43</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., p. 92.

<sup>44</sup> La expresión *without lawful excuse* se refiere a cuándo el deudor no se encuentra bajo ningún amparo legal (*law excuse*) para no cumplir el contrato.

Para comprender la definición de TREITEL, son oportunas las siguientes indicaciones sobre las *law excuses*. La *excuse for non-performance* (excepción de contrato de cumplido) existe cuando una parte tiene derecho a renunciar al contrato, por ejemplo, si la otra parte se ha negado a cumplir una condición previa o simultánea. En tal caso, se entiende que la obligación nunca fue exigible para una de las partes, por lo que tiene una *excuse*. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-059, pp. 931-932.

Lo anterior también ocurre, por ejemplo, en la denominada teoría de la *frustration of contract*, pues, en este caso, ambas partes incurren en una *lawful excuse*, por lo que ninguna de las dos tendría responsabilidad por el incumplimiento. MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 357; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-070, p. 939.

<sup>45</sup> El *defective performance* es el cumplimiento defectuoso, sea en el plazo, en la cantidad o en la cualidad, y siempre va a suponer una *breach of contract*, aunque con efectos algo distintos a los que tendría tal incumplimiento si se debiere a la negativa y renuncia del cumplimiento *total* de la obligación. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-056, p. 930.

<sup>46</sup> La *incapacitating himself* se presenta, por ejemplo, cuando el vendedor de una cosa específica la vende a un tercero, por lo que se dice que «se incapacita» para cumplir la obligación, causando el *incumplimiento*. En el lenguaje jurídico continental se trata de algo análogo a la imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación. *Ibid.*, párr. 17-057, p. 930.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 17-049, p. 928. En el *Restatement of The English Law of Contract*, de BURROWS, el *breach of contract* se define de manera más simple: «A party commits breach of contract by falling to

Un aspecto importante es el incumplimiento anticipado. Este consiste en que, antes del vencimiento del plazo para cumplir el contrato, una de las partes a) *repudia el contrato (renunciation)* o b) *imposibilita su capacidad de cumplirlo (disablement)*<sup>48</sup>. En el primer caso, la *renunciation* debe ser clara y absoluta, aunque no se requiere que sea expresa, pues, mediante una conducta inequívoca de una de las partes se puede inferir que esta no tiene intención de cumplir. En el segundo caso, la *disablement* no tiene que ser, necesariamente, intencionada por parte del deudor, sino que puede producirse, incluso, sin su intención, realizando actos positivos que eliminen la posibilidad de cumplimiento (por ejemplo, el vendedor que pone a disposición del mercado un bien específico, objeto del contrato de compraventa)<sup>49</sup>.

El incumplimiento genera una responsabilidad objetiva del deudor, dando al acreedor varias opciones del *sistema de remedios*<sup>50</sup>. Conforme al *Common Law*, ante el incumplimiento, el acreedor solo dispone, *de manera general y automática*, del remedio de la indemnización de daños y perjuicios<sup>51</sup>. Sin embargo, *de manera excepcional*, el acreedor puede, desde la *Equity*, disponer del cumplimiento específico, previa autorización judicial (proceso). Y, también excepcionalmente, puede disponer del remedio de la *termination* (resolución de la relación contractual)<sup>52</sup>, el cual tiene lugar, sea porque así se ha estipulado en las cláusulas del contrato, o sea porque se trate de un incumplimiento esen-

---

perform the contract in accordance with its terms». [Part. 5, art. 18 (1)]. BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., p. 107.

<sup>48</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-074, p. 942. Vid. más en MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., pp. 365-368.

<sup>49</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-076, p. 942.

<sup>50</sup> ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., p. 371; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 359.

<sup>51</sup> Para entender mejor cómo opera la indemnización de los daños y perjuicios en el sistema inglés, es oportuno que señale la importante diferencia que tiene con el *Civil Law*. Ambos sistemas conciben, que el incumplimiento del contrato es un requisito para reclamar los daños y perjuicios generados por el mismo, pero, la diferencia radica en cómo tiene lugar la *atribución* de la responsabilidad del incumplimiento. Dicha *atribución* significa, que el deudor es quien soporta la responsabilidad por la no ejecución del contrato, ya sea por su culpa, ya sea porque debía soportar cierto riesgo asumido en el contrato. Lo que también puede ser expresado, en cuanto que el deudor no es responsable por el incumplimiento, si está dentro de una de las causales de *exoneración* (por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito). Pues bien, para el Derecho continental (*Civil Law*) es importante la *atribución* de responsabilidad, mientras que para el *Common Law* inglés ello es indiferente, pues, en general, la no ejecución del contrato *es suficiente* para reclamar los daños (aunque sea los denominados *nominal damages*). Lo anterior marca una denotada diferencia en el equilibrio de los intereses implicados en cada sistema. En el *civil law*, hace falta dicha atribución de responsabilidad y la existencia cierta de un daño reparable, para que opere el remedio indemnizatorio.

SMITS resumen tal distinción como sigue: «[w]hile civil law emphasises that a debtor is freed from his obligations if he cannot help his failure to perform, English law highlights the interest of the creditor who counts on obtaining what promised to him». SMITS, J. M., *Contract Law: a comparative introduction*, 2nd, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 211.

<sup>52</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., pp. 274, 281.

cial (*fundamental breach*)<sup>53</sup> –pues, el incumplimiento no genera automáticamente la resolución–<sup>54</sup>. Este remedio, a diferencia del cumplimiento específico, no requiere de autorización judicial<sup>55</sup>.

Con relación a la resolución, es pertinente aclarar que el acreedor se libera de las *obligaciones primarias* (las contraídas bajo el contrato), mientras que las *obligaciones secundarias* (las de pagar los daños y perjuicios por el incumplimiento) permanecen<sup>56</sup>.

En resumen, *la no ejecución del contrato, el retraso y el cumplimiento defectuoso* son simplemente *incumplimiento del contrato*. En general, al menos en la práctica, el incumplimiento se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios.

#### 4. Algunas consideraciones sobre la indemnización de daños y perjuicios

Como adelanté, en el *Common Law*, la indemnización es el remedio principal, general y automático en caso de incumplimiento<sup>57</sup>. En este apartado me ocuparé, brevemente, de los principios y reglas generales del remedio la indemnización de daños y perjuicios contractuales.

La función de la indemnización de los daños y perjuicios es de naturaleza compensatoria, es decir, que indemniza solo los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el acreedor; por lo que este no puede incorporar a su patrimonio las ventajas o lucros que el deudor pueda obtener por el incumplimiento<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 281; SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., p. 101; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 18-005, p. 955.

<sup>54</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 360. Sobre las características y vías para llegar a la *termination* del contrato, *vid.* BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., pp. 109-110.

<sup>55</sup> BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., p. 111.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>57</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-001, p. 1798; KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 1-03, p. 4; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 370; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-002, p. 1106.

<sup>58</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-004, p. 1107. La no incorporación al patrimonio del acreedor de las ventajas o lucros que el deudor pueda obtener por el incumplimiento tiene algunas excepciones. SÁNCHEZ LORENZO señala que «en ocasiones el acreedor tiene derecho a participar de los beneficios obtenidos por el incumplidor, por ejemplo, si revende a un tercero por un mayor precio una propiedad inmobiliaria ya vendida previamente, siendo considerado como un mero tenedor (*trustee*) de la propiedad, en cuyo caso el acreedor tiene derecho a todo el producto de la reventa, aunque exceda el importe de su pérdida [caso, *Lake v. Bayliss*, 1974 1 W. L. R. 1073, (*Chancery Division*, 18 March 1974)]». SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., n. 305, p. 103; «El Derecho contractual inglés», en Sixto A. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea*, 2nd, Thomson Civitas, Navarra, 2013, n. 241, p. 195.

No obstante, el principio de los tiene una alternativa basada en mejorar la situación económica del acreedor mediante el reconocimiento de los beneficios obtenidos por el deudor-incumplidor, teniendo en cuenta que dicha situación (de mejora) era parte de las expectativas del contrato, es decir, que habría sido una situación (económica) que habría obtenido el acreedor con el cumplimiento del contrato<sup>59</sup>; esta regla se conoce como la *Wrotham Park Damages*<sup>60</sup>. Teniendo en mente lo anterior, una acción puramente contractual por daños no puede incorporar daños de naturaleza punitiva<sup>61</sup>.

La regla básica de la determinación de los daños contractuales fue establecida, en el Derecho inglés, por Parke B., en el caso *Robinson v. Harman* (1848)<sup>62</sup>. En esta se establece que los daños contractuales se fundamentan principalmente en el *expectation interest* del acreedor (el interés positivo)<sup>63</sup>.

*«The rule of the common law is, that where the party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed»<sup>64</sup>.*

<sup>59</sup> En el *Restatement of The English Law of Contract* de BURROWS, se indica que el reconocimiento de este tipo de daños, que consiste en un hipotético cálculo del precio que hubiese podido cobrar el acreedor al deudor-incumplidor por liberarlo de la obligación incumplida, tiene diversos propósitos como, por ejemplo, reparar al acreedor de los daños sufridos por la *pérdida de la oportunidad* de negociar con el demandante, preservar los beneficios obtenidos por el incumplidor a raíz del incumplimiento, o valorar el derecho contractual del acreedor que ha sido lesionado por el deudor-incumplidor. En todo caso, ello estaría en contra del principio de la *compensatory damages*, si se prueba que, con el incumplimiento, no se hubiese causado daño alguno al acreedor (*nominal damages*) o que, de otra manera, los daños no se hubiesen podido reparar. BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., p. 133.

<sup>60</sup> La regla *Wrotham Park Damages* deriva del caso *Wrotham Park Estate Co v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 W. L. R. 798, (*Chancery Division*, 19 October 1973). Para un estudio detallado del caso y su doctrina, Vid. KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., cap. 22, pp. 582-592. Un caso de esta índole es *Harbutt's «Plasticine» Ltd. V Wayne Tank Pump Co Ltd*. En dicho caso, el contratante demandó al contratista por el incumplimiento de un contrato de diseño e instalación de equipos de fábrica, que, por la mala diligencia y utilización de materiales inadecuados, hicieron que toda la fábrica se incendiara y se destruyese completamente. El juez ordenó al deudor satisfacer el coste de la reconstrucción de la fábrica, sin reparar en que se trataba de reconstruir una fábrica totalmente nueva. Lo anterior se justificó en cuanto que el acreedor no tenía otra alternativa razonable, e incluso, también se justificó desde la perspectiva de la mitigación del daño. Como se puede apreciar, el acreedor se beneficia del incumplimiento, pues va a disfrutar de una fábrica totalmente nueva. *Harbutt's Plasticine Ltd v. Wayne Tank & Pump Co Ltd*, [1970] 1 Q. B. 447, [*Court of Appeal (Civil Division)*, 05 December 1969], p. 1 y en SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., p. 104.

<sup>61</sup> Vid. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-019, p. 1119.

<sup>62</sup> *Robinson v. Harman*, (1848) 1 Ex. 850 (*Court of Exchequer*, 18 January 1848), p. 855.

<sup>63</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 288; CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-001, pp. 1798-1799; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 342; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Los Remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 190; SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., p. 105; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-021, p. 1121.

<sup>64</sup> Entre muchos otros, CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, cit., p. 507; KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 1-35, p. 12; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, 18th, Sweet & Maxwell, Lon-

Desde otra perspectiva, Kramer propone que el cálculo de los daños y perjuicios contractuales debe suponer una comparación entre la *breach position* (el estado actual económico del acreedor, *después del breach*)<sup>65</sup> y la *non-breach position* (todo lo que hubiese acontecido –hipotéticamente– si el contrato se hubiera cumplido conforme el contrato)<sup>66</sup>. De dicha comparación resulta una mejor determinación de los daños correspondientes al *interés positivo*. Para Kramer, esta comparación va más allá de la mencionada regla Parke B. Pues, ésta última, si bien es el principio básico de la reparación integral del acreedor, omite el principio de la *legal causation* (principio sobre el que Kramer articula la mitigación de los daños y perjuicios<sup>67</sup>), o los daños que quedan fuera del ámbito de la previsibilidad de las partes, bajo la regla de la previsibilidad del daño<sup>68</sup>.

#### 4.1 LAS DIFERENCIAS ENTRE EL *EXPECTATION INTEREST*, EL *RELIANCE INTEREST* Y EL *RESTITUTION INTEREST* EN LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

Anticipé antes que la determinación del daño, en lugar de basarse en el *expectation interest*, puede fundamentarse en el *reliance interest* o el *restitution interest* del acreedor –lo cual tiene que ver con lo explicado sobre la diferencia entre *contracts*, *torts* y *restitutions*–<sup>69</sup>. La aplicación de *reliance interest* o el *restitution* procede siempre y cuando no se vulnere el principio de la *primacía del expectation interest*<sup>70</sup>. A continuación expongo las tres clases intereses:

1. El *expectation interest* (interés positivo) consiste en las expectativas que el acreedor tenía al momento de celebrar el contrato<sup>71</sup>. Este *interés es el*

---

don, 2009, párr. 1-023, p. 15; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 372; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-021, p. 1121.

<sup>65</sup> La *breach position* corresponde al estado real de la parte insatisfecha, que toma en cuenta todos los hechos ocurridos: las ganancias, los daños y las pérdidas, producto de la desviación del curso normal de los eventos de haberse ejecutado el contrato, teniendo en cuenta que el principio de la *legal causation* pueda reformarla. KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 1-44, p. 15.

<sup>66</sup> A la inversa de la *breach position*, la *non breach position* toma en cuenta todos los hechos que pudieron haber ocurrido de haberse cumplido el contrato, los cuales pueden, algunas veces, ser ajustados por los principios de *loss of chance*, o *the defendant's minimum obligation rule*. *Ibid.*, párr. 1-45, p. 15.

<sup>67</sup> *Infra* IV.3.

<sup>68</sup> KRAMER, A., *The Law of Contract Damages*, cit., párr. 1-49, pp. 16-17.

<sup>69</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-19, p. 1809.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 26-20, pp. 1810-1811; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 370.

<sup>71</sup> En la doctrina inglesa, *ibid.*, pp. 371, 384-386. En la doctrina estadounidense: FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, vol. III, 3th, Aspen, New York, 2004, p. 150.

que se protege por excelencia en la responsabilidad contractual, pues, como señalé, no trata de castigar la conducta de quien incumple un contrato, sino de devolver las expectativas frustradas por el incumplimiento al acreedor. El *expectation interest* es el principio general de la responsabilidad contractual, pues sitúa al acreedor en la posición económica que tendría si el contrato se hubiera cumplido (*interés positivo*).

2. El *reliance interest* (interés negativo) consiste en reparar al acreedor de conformidad con la situación que tendría si no hubiera celebrado el contrato (interés negativo). Esto puede ocurrir cuando el acreedor, confiando en el cumplimiento del contrato, incurrió en gastos y expensas en su preparación o en el mismo cumplimiento del contrato<sup>72</sup>. Este interés normalmente se reconoce cuando es difícil probar o estimar el *expectation interest*, y siempre que no supere el valor de este<sup>73</sup>.

3. Y, finalmente, el *restitution interest*. Este tiene como objeto principal evitar el enriquecimiento injustificado. Se centra en el deudor, y no en el acreedor. El *restitution interest* consiste en requerir al deudor a restituir el dinero o los servicios recibidos del acreedor<sup>74</sup>.

McKendrick, mediante un sencillo caso, ilustra las diferencias entre uno u otro tipo de *interest*, para la cuantificación de los daños y perjuicios, enfatizando que el resarcimiento del interés de la *reliance* nunca puede implicar un subterfugio al *expectation interest*<sup>75</sup>.

El ejemplo consiste en la celebración de un contrato de compraventa por el precio de 800 libras. El vendedor incumple el contrato, porque entrega un producto defectuoso, cuyo precio en el mercado es de 400 libras.

En el primer escenario del caso, el autor asume que, en el momento del incumplimiento del contrato, el producto (conforme) tendría un valor de 800 libras en el mercado [es decir, que no hay diferencia de precios entre el contrato y el precio del mercado (*market value*)]. En este escenario, las diferencias entre las tres formas de valorar el daño (*expectation, reliance y restitution*) no existen, pues coincide el precio de las expectativas contractuales con el precio del mercado<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>73</sup> Cabe señalar que, tradicionalmente, el Derecho inglés no distinguía entre el *expectation interest* y el *reliance interest*, aunque en la práctica aplicaba ambos. En 1936, los estadounidenses FULLER y PERDUE elaboraron doctrinalmente la distinción entre ambos tipos de intereses (FULLER, L. L.; PERDUE, W. R., «The Reliance Interest in Contract Damages», *Yale L. J.*, vol. 46, 3, 1937.), terminología que pasó al Derecho inglés a través de los tribunales de justicia canadienses [caso *C & P Haulage v Middleton*, [1983] 1 W. L. R. 1461, *Court of Appeal (Civil Division)*, 27 June 1983]. PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Los Remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, cit., p. 191.

<sup>74</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, pp. 154-155. MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., pp. 371, 376-384.

<sup>75</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., pp. 371-372.

<sup>76</sup> Esto se debe, por un lado, a que el *expectation interest* consistiría en la diferencia entre el precio del producto (conforme) en el mercado (*market value*) y el precio de producto defectuoso: 400 libras (800

En el *segundo escenario*, tal diferenciación entre los tres supuestos de cuantificación del daño (*expectation, reliance y restitution*) cobra sentido, pues se asume que, en el momento del incumplimiento, el producto (conforme) y vendido por el precio de 800 libras, en el mercado, tiene un precio de 600 libras (*regla del mercado*). En este contexto, al tratarse de un producto defectuoso (recibido), valorado en solo 400 libras, el *expectation measure* del comprador consistiría en la diferencia entre el precio del mercado y el precio del bien defectuoso entregado, es decir, de 200 libras (600 libras– 400 libras = 200 libras), para *compensar* el interés de ganancia creado con el contrato. Pero, si el comprador intenta reclamar el *reliance interest*, porque se da cuenta que hizo un mal negocio de un producto (conforme) que se *depreció* en el mercado, la *reliance measure* va a consistir en la diferencia entre el precio del contrato (800 libras) y el valor del producto defectuoso (400 libras) (el valor del bien que *recibió*), es decir, de 400 libras. Ello supondría un subterfugio para redimirse de un mal negocio celebrado, lo que *no* está permitido, pues vulnera la primacía del principio del *expectation interest*.

Ello se entiende mejor cuando asumimos otro escenario, como propone McKendrick. Pensemos que, en el momento del incumplimiento del contrato, el precio del mercado del producto (conforme) es más favorable al acreedor que el precio del contrato, por ejemplo, de 1000 libras. En este supuesto, el *expectation measure* sería mejor que el *reliance measure*, ya que por el primero sería de 600 libras (1000 libras – 400 libras= 600 libras). En cambio, por medio del *reliance measure* solo tendría derecho a la indemnización de 400 libras. Esto sucede porque los riesgos de las fluctuaciones del mercado son inherentes a la relación contractual, tanto cuando son ventajosas como cuando no lo son para el acreedor.

En resumen, la regla general es que el derecho contractual de daños protege, especial y prevalentemente, el *expectation interest*<sup>77</sup>. Por tanto, el acreedor podría elegir ser reparado mediante el *reliance interest solo si no está buscando evadir un mal negocio celebrado como el del contrato incumplido*. Ahora bien, el *reliance interest* también se puede reconocer cuando, por las circunstancias del caso, resulta difícil la prueba del valor de las expectativas contractuales (por ejemplo, cuando es difícil establecer el precio del mercado)<sup>78</sup>.

En suma, en el *Common Law* es básico la protección de las expectativas del contrato en la indemnización del daño –y como regla fundamental del sis-

---

libras– 400 libras= 400 libras). Por otro lado, el *reliance interest* consistiría en dejar a la parte insatisfecha en la posición que tendría si nunca hubiese celebrado el contrato, pagando el precio de 800 libras, ni recibido el producto defectuoso de 400 libras. Por tanto, en este caso, también, el comprador recibiría 400 libras (800 libras– 400 libras= 400 libras). Y, en la *restitution*, ambos (vendedor y comprador) se devolverían los beneficios adquiridos, los 800 libras y el producto defectuoso. *Ibid.*, p. 371-372.

<sup>77</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-021, pp. 1810-1811.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ LORENZO señala que, por ejemplo, el acreedor puede, mediante el *reliance interest*, «recuperar los gastos en que incurrió con motivo del contrato, incluso si no estaba obligado a arrostrar dichos gastos para ejecutar su correlativa obligación o eran previos a la perfección del contrato. Asimismo, es posible recuperar los gastos derivados del incumplimiento, tales como la devolución del bien o los empleados en una solución de reemplazo (*incidental loss*)» (cursiva mía). SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *El Derecho inglés...*, cit., p. 106. Vid. también KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 1-41, p. 14.

tema de remedios contractuales<sup>79</sup>-. Ello es lo que fomenta que las personas confíen en el sistema legal para obligarse con otras por medio de contratos<sup>80</sup>. Por tanto, el *expectation interest* es el eje central de todo el *Derecho de contratos angloamericano*.

#### 4.2 LAS LIMITACIONES TÍPICAS A LA EXTENSIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES INDEMNIZABLES: LA PREVISIBILIDAD Y LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

Tradicionalmente, con base en la previsibilidad (*remoteness rule*) y la mitigación del daño, el sistema indemnizatorio inglés construye ciertas condiciones y restricciones a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento<sup>81</sup>.

1. La previsibilidad limita la extensión de los daños resarcibles, en *primer lugar*, a los previstos por las partes al momento de celebrar el contrato; es decir, a la denominada regla de la *contemplation of the parties*. La regla de la previsibilidad rechaza el resarcimiento si el efecto dañoso es excesivamente remoto o razonablemente imprevisible<sup>82</sup>. En *segundo lugar*, a los daños que se consideren que están dentro del ámbito de responsabilidad y riesgo del demandado –*the Achilleas case*–<sup>83</sup>.

La previsibilidad del daño, como límite de la indemnización a los daños previsibles al momento de la celebración del contrato, se consiguió introducir y perfilar en el Derecho inglés mediante el *leading case Hadley v. Baxendale* (1854)<sup>84</sup>. En dicho caso, se establecen dos cosas: a) son indemnizables los

---

<sup>79</sup> Vid. CORBIN: «One who commits a breach of contract must make compensation to the injured party. In determining the amount of this compensations as the “damages” to be awarded, the aim in view is to put the injured party as good a position as that party would have been in if performance has been rendered as promised». CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, vol. XI, WEST, New York, 1993, párr. 53.3, p. 7.

<sup>80</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», *Colum. L. Rev.*, vol. 70, noviembre, 1970, p. 1147.

<sup>81</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-002, p. 1799.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 26-107, p. 1870; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 6-155, p. 199.

Cabe advertir que, en el Derecho de contratos de los modelos del *Common Law*, a diferencia del Derecho de tradición continental (*ex art. 1107 CC*), la limitación del resarcimiento de los daños contractuales se aplica *sin distinguir* entre incumplimientos *dolosos* y *no dolosos*. *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, vol. 44, 3, 1991, pp. 1034-1043. El dolo solo tiene relevancia en el ámbito de los *torts*. CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 295.

<sup>83</sup> KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., p. 299.

<sup>84</sup> *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 *Exch.*, 343, (*Court of Exchequer, Feb. 23, 1854*). Hechos.–Los propietarios de un molino (demandantes), habiéndose roto el eje del molino, se lo entregaron a un transportista (demandado), para que lo llevara a un artesano, quien debía fabricar un eje nuevo conforme al modelo del eje roto. Los demandantes *informaron* al demandado de que el molino estaba parado y la pieza debía ser entregada *inmediatamente*. A pesar de ello, el transportista retrasó la entrega y esto determinó

daños que son consecuencia natural del incumplimiento, conforme al curso normal de los acontecimientos; y *b*) son indemnizables los daños que, razonablemente, se considere que fueron contemplados por ambas partes al tiempo de contratar, como un probable resultado del incumplimiento contractual<sup>85</sup>. Posteriormente, la jurisprudencia aclaró que los primeros [a)] son los *daños imputados* al deudor por el curso ordinario de los acontecimientos, y los segundos [b)] deben ser probados por el acreedor (*daños reales*), pues atienden a circunstancias especiales del caso, que debieron ser comunicadas al deudor, al momento de la celebración del contrato<sup>86</sup>.

Más adelante, a esta se regla se le incluyó una segunda característica: la *assumption of responsibility* (asunción del riesgo). Ello, gracias al fallo de la *House of Lords* en el caso *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc* (2008)<sup>87</sup> –conocido como *The Achilleas*–. En *The Achilleas*, Lord Hoffmann realiza una nueva e interesante interpretación de la regla *Hadley v. Baxendale*,

---

que el molino permaneciera inactivo. Los propietarios del molino interpusieron una acción por incumplimiento del contrato y reclamaron, como daños y perjuicios, los consistentes en el beneficio perdido durante el tiempo que el molino estuvo fuera de servicio. La pretensión fue desestimada por la *Court of Exchequer*, que resolvió el caso aplicando la doctrina de la previsibilidad. La *Court* sostuvo que, para que tal indemnización fuera procedente, haría falta que el transportista *hubiera sido puesto en conocimiento* de que la pérdida de beneficios, a la que se refería la demanda, era una consecuencia del retraso, cosa que no ocurrió. Los hechos puestos en conocimiento del transportista no fueron suficientes para poner de manifiesto, de modo razonable, que los beneficios del molino habrían de cesar necesariamente en caso de retraso no razonable en la entrega del eje roto por el transportista al tercero. En MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 129-144. *Vid.* también en MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 6-157, pp. 200-201.

<sup>85</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule», *ADC*, vol. 64, 1, 2011, p. 129; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 46.

<sup>86</sup> Las expresiones de *daños imputados* y *reales* surgieron ante la incertidumbre que dejaba el caso *Hadley v. Baxendale*. Estos términos fueron introducidos por el caso *Victoria Laundry (Windsor) v. Newman Industries [1949] 2 K. B. 528, (Court of Appeal, 12 April 1949)*. Hechos.– Los demandantes, dedicados al negocio de lavandería y tintorería, reclamaron la pérdida de beneficio en su actividad (lucro cesante) por el incumplimiento del contrato de compraventa de una máquina industrial de los vendedores porque su entrega se había hecho con retraso a los compradores y propietarios de la tintorería. En el momento de contratar, el demandado fue informado, sobre la actividad de los demandantes y el propósito de utilizar la máquina de inmediato. El Tribunal estimó la demanda parcialmente. Otorgó el lucro cesante correspondiente a los contratos que ordinariamente una tintorería celebra, pero no concedió el mayor lucro que hubiese obtenido el acreedor con un contrato concertado con un tercero; solo indemnizó hasta la cuantía considerada usual. El Tribunal, en su sentencia, distingue dos tipos de conocimiento: el *imputado* y el *real*. Es imputable a cualquier sujeto el conocimiento correspondiente al curso ordinario de las cosas, el cual se presume *iures et de iure*. Por otro lado, el conocimiento real no se presume: «debe probarse que el deudor conocía aquellas circunstancias especiales que justifican que en un caso concreto el incumplimiento cause unos daños que van más allá de lo ordinariamente previsible», y esto segundo era la que no se daba en el caso. GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Daños indemnizables...», cit., pp. 131-132.

<sup>87</sup> *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc (The Achilleas)*, [2009] 1 A. C. 61 (*House of Lords*, 09 July 2008). Hechos.– Se demanda el incumplimiento de un contrato de flete. Los fletadores (*Transfield Shipping*) se habían comprometido a restituir el barco *The Achilleas* a los propietarios (*Mercator Shipping*) el 2 de mayo de 2004 como fecha límite. Antes de la llegada del plazo, los fletadores comu-

en la que considera que no solo hay que analizar si el daño no era previsible (*not unlikely*), sino que resulta imprescindible determinar si existió una asunción del riesgo de los daños en el momento de la celebración del contrato<sup>88</sup>.

En *The Achilleas*, Lord Hoffmann consideró que todos los daños generados por el retraso en la restitución de un barco eran previsibles por las partes en la celebración de contrato, pero no cabía afirmar que los fletadores (deudores) hubieran asumido responsabilidad por todos los daños producidos cuando celebraron el contrato<sup>89</sup>.

Por tanto, Lord Hoffmann propone reemplazar el tradicional test *Hadley v. Baxendale* por un test más amplio; «*for what kind of loss would the defendant reasonably be taken to have accepted liability?*»<sup>90</sup>.

Morales Moreno ha denominado la anterior interpretación de la tradicional regla *Hadley v. Baxendale* como «el retorno de la interpretación del contrato»<sup>91</sup>. En la doctrina inglesa, por ejemplo, el manual de Kramen, en su

---

nicaron a los propietarios que devolverían el barco entre el 30 de abril y el 2 de mayo. A pesar de ello, *incumplieron el plazo* y lo entregaron el día 11 de mayo de 2004 (esto es, con 9 días de retraso).

El 21 de abril, los propietarios del barco, confiando en el cumplimiento del contrato, habían celebrado otro contrato de flete con un tercero, comprometiéndose a entregarle el barco el 8 de mayo de 2004 (6 días después de que *Transfield Shipping* debía devolverlo). Esta vez el contrato se hizo en mejores condiciones de precio, debido a que los precios del mercado del flete habían subido el doble. Ante el incumplimiento de los fletadores (*Transfield Shipping*) y debido a la extrema volatilidad de los precios del mercado de flete, los propietarios del barco se vieron obligados a renegociar el contrato con el tercero a un precio muy inferior al inicialmente pactado.

Por tanto, en la demanda, los propietarios del barco reclamaron como indemnización de daños y perjuicios los consistentes en la diferencia de precios entre el contrato original de flete con el tercero y el precio de la renegociación. Por su parte, los demandados *Transfield Shipping* alegaron que la indemnización debía consistir en la diferencia entre el precio del flete en el mercado y el del contrato incumplido, y solo por los días de retraso (9 días). La *House of Lord* estimó la apelación en favor de los fletadores (demandados). *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*, cit., (considerandos 1-5).

<sup>88</sup> Lord Hoffmann señaló que esta cuestión había sido ya tratada por trabajos «recientes» de la doctrina inglesa [cita a KRAMER, A., «An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages», en McKendrick, Cohen (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 249-285; ROBERTSON, A., «The basis of the remoteness rule in contract», *Legal Studies*, vol. 28, 2, 2008, pp. 171-196; TETTENBORN, A., «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a principle beyond its sell by date», *Journal of Contract Law*, vol. 23, 2007, pp. 120-147]. *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc* (CDO 11).

<sup>89</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Daños indemnizables...», cit., p. 150.

<sup>90</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 295. Conforme a Lord Hoffmann: «*It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which the people entering into such a contract in their particular market, would not reasonably be considered to have undertaken.*» *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*, cit., (considerando 12).

<sup>91</sup> MORALES MORENO señala que la *House of Lords*, en *The Achilleas*, introduce un cambio en el problema de la previsibilidad, pues la sitúa, no en la pura previsibilidad del daño por el contratante obligado a indemnizar, sino en lo que pueda entenderse que las partes han querido; es decir, la construcción razonable del mismo contrato: «*[w]hat the parties may be taken to have intended.*» MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 142.

última edición (2017), considera a la asunción del riesgo del daño como otro requisito necesario de la *previsibilidad*<sup>92</sup>.

No obstante, Cartwright señala que los tribunales menores prefieren seguir aplicando el clásico test *Hadley v. Baxendale*, pues se dice que la nueva determinación de los daños de Lord Hoffmann se limita solo a ciertos casos, en donde el test *Hadley v. Baxendale* resulta inadecuado por el contexto del contrato<sup>93</sup>. Asimismo, alguna parte de la doctrina inglesa se ha mostrado crítica con esta interpretación de la *remoteness rule*<sup>94</sup>.

2. La mitigación del daño establece que no son indemnizables todos aquellos daños y perjuicios, que, razonablemente, el acreedor pudo evitar o mitigar tomando medidas oportunas para ello. Lo daños que se limitan son: los *consequential loss*<sup>95</sup>.

Naturalmente, los gastos o expensas razonables en los que el acreedor haya incurrido para este propósito son resarcibles con cargo al deudor<sup>96</sup>. Dada la especial importancia que en el sistema inglés tiene este principio para el funcionamiento de la operación de reemplazo, volveré más adelante sobre ello en detalle.

<sup>92</sup> KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., pp. 299-304, en particular pp. 301-302.

<sup>93</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 295; en esta misma línea MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 392.

<sup>94</sup> Por ejemplo, MCGREGOR estima que es una interpretación poco práctica e incierta (*McGregor on Damages*, cit., párr. 6-172, pp. 208-209). El tratado *Chitty On Contracts* estima que esta interpretación debe limitarse únicamente a aquellos casos en los que, como en de *The Achilleas*, las circunstancias excepcionales así lo justifiquen. CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-133, pp. 1888.1889.

<sup>95</sup> En el Derecho inglés, los daños del *expectation interest* se dividen en dos tipos: los *loss of performance* (o *direct loss*) y los *consequential loss*. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-025, p. 1124.

Lo *loss of performance* reparan los daños que permiten al acreedor conseguir el interés en el cumplimiento del contrato. Estos daños normalmente se calculan mediante el cálculo de diferencia de precios del mercado (*market price*) o por el costo de la reparación (*cost of the cure*).

Los *consequential loss* comprenden los daños que se derivan de las ganancias dejadas de obtener por el incumplimiento del contrato (*not being made better off*) –estos también se conocen en la doctrina como los *loss of profit* (lucro cesante)– y los daños generados por el incumplimiento del contrato que pone al acreedor en una posición económica *peor*, que la que esperaba con el contrato (*being made worse off*) (CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, cit., p. 508). Para ilustrar la anterior diferencia, CHEN-WISHART se sirve del caso *Parson (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd [1978] QB 791*, [*Court of Appeal (Civil Division)*, 18 May. 1977]. En dicho caso, un ganadero porcino compra un contenedor para la conservación de alimentos para animales. El contenedor se instaló de manera defectuosa, lo cual hizo que los alimentos se estropearan y muchos de los cerdos murieran por una rara infección intestinal. En este caso, la muerte de los cerdos serían los *consequential damages in being made worse off*; en cambio, las ganancias que el ganadero dejó de obtener por no comercializar los cerdos, corresponden a los *consequential loss in not being made better off* (o los *loss of profit*), mientras que no tener el adecuado contenedor de alimentos se corresponde con los denominados *loss of performance*. *Ibid.*, p. 509. La mitigación aplicaría solo respecto de los dos primeros tipos de daños.

<sup>96</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-079, p. 1849.

### III. EL EJERCICIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y EL LÍMITE DE LA SATISFACCIÓN DEL CRÉDITO A TRAVÉS DE UN TERCERO

Anticipé al principio de este capítulo que el remedio del cumplimiento específico<sup>97</sup> es un remedio excepcional. Por tanto, está restringido a ciertos criterios a los que me referiré a continuación.

#### 1. Una aproximación a los criterios para decretar el cumplimiento específico

Tradicionalmente, se considera que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico en la medida en que el juez considere que la indemnización de daños es inadecuada como remedio del incumplimiento (el denominado *adequacy test* del cumplimiento específico)<sup>98</sup>.

Por lo general, el *adequacy test* se asocia con el criterio de los bienes únicos o específicos para proceder a decretar cumplimiento específico. Aunque, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, el cumplimiento específico puede proceder en casos de bienes fungibles, cuando estos, por alguna circunstancia, son escasos (casos *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd*, y *Howard E Perry & Co Ltd v British Railways Board Perry*<sup>99</sup>), pues, en estos casos, la posibilidad de obtener un sustituto en el mercado es casi imposible<sup>100</sup>.

La idea tradicional del *adequacy test*—muy restrictiva respecto del cumplimiento específico— fue reafirmada (con algunos matices) por la *House of Lords*, en el caso *Cooperative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> SEVERIN FUSTER se ha encargado de delimitar la expresión cumplimiento específico, con el objetivo de estudiarla desde una perspectiva del Derecho comparado. El autor señala que el *cumplimiento específico* del *Common Law* se basa en la posibilidad de ordenar al incumplidor que cumpla con la obligación. En consecuencia, dicha expresión debe ser diferenciada de la expresión de cumplimiento *in natura* de los sistemas de tradición continental, pues esta hace referencia a cualquier medida por la que el acreedor obtiene la prestación frustrada, aunque ello no provenga del propio deudor, sino que puede cumplirse mediante un tercero. SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario...», cit., pp. 12-13 (en especial, nota 26).

<sup>98</sup> ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., p. 378; BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., p. 149; CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 278; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-016, p. 1230.

<sup>99</sup> Más adelante me referiré a estos casos. *Infra* III.3.

<sup>100</sup> SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario...», cit., pp. 22-23.

<sup>101</sup> *Cooperative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*, [1998] A. C. 1 (House of Lords, 21 may, 1997). Hechos.—Un arrendador demandó a su inquilino, por el incumplimiento de un contrato de arrendamiento de un local *principal* en un centro comercial, debido a que este, teniendo un pacto con el propietario de *mantener abierto* el establecimiento (se trataba de un supermercado), lo había cerrado. El arrendador solicitó que se decretara el *specific performance* y la debida indemnización de los daños y perjuicios. El juez de primera instancia solo concedió los daños y perjuicios, y negó el cumplimiento

Esta posición de la jurisprudencia fue criticada por Winterton, quien lamenta que la idea de la *inadequacy of damages* siga siendo excesivamente simplista. El autor considera su punto de vista como el ortodoxo, puesto que existe un *case law* que afirma que se deben atender las circunstancias particulares del caso para elegir cuál es el remedio apropiado para el incumplimiento, más allá de limitarse a determinar si la indemnización es, o no, adecuada<sup>102</sup>. El autor se apoya en el caso *Beswick v. Beswick*<sup>103</sup>, en donde la *House of Lords* atendió a la justicia general del contrato para determinar el remedio *más apropiado* para el incumplimiento, en lugar de basarse en el *adequacy test*.

A pesar de lo anterior, la *inadequacy of damages* sigue siendo el criterio principal en el Derecho inglés<sup>104</sup>. Por consiguiente, el acreedor tiene la *carga de probar* la improcedencia del remedio de la indemnización de daños y perjuicios, para pretender el cumplimiento específico como remedio del incumplimiento<sup>105</sup>.

Por último, Cunnington identifica cuatro situaciones en las que el cumplimiento específico está disponible para el acreedor: a) cuando no hay un mercado para sustituir la prestación frustrada por el incumplimiento; b) cuando

---

específico. Ello fue revocado por el Tribunal de Apelaciones. El arrendatario apeló esta decisión, considerándola injusta, ya que tenía dificultades para seguir comerciando en el establecimiento (cumplimiento específico) y que ello podía suponerle pérdidas mayores. La *House of Lords* estableció que, si bien la decisión de otorgar el cumplimiento específico es siempre a discreción del juez, dicha regla debe supeditarse «solo a casos excepcionales». En este caso, la obligación, en el contrato de arrendamiento no era lo suficientemente precisa para inferir con certeza lo que podría constituir el.

Para un análisis detallado del caso, *vid.* CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 277; CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 27-002, p. 1962.

<sup>102</sup> WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, Hart Publishing, Oxford Portland, 2017, pp. 137-138.

<sup>103</sup> *Beswick v. Beswick* [1968] A. C. 58 (*House of Lords*, 29 jun. 1967). Los hechos del caso los relata SEVERIN FUSTER, así: «A transfirió su negocio a B (su sobrino) a cambio de que B le pagara 6.10 £ a la semana mientras viviera, y en caso de morir A, pagara, anualmente, la suma de 5 £ a la semana a su viuda C. A muere al poco tiempo, B pagó una vez a C 5 £ y se negó a pagar más. C demanda las sumas adeudas hasta el momento (175 £) y solicita una orden de cumplimiento específico para que se continuara pagando la anualidad, lo que hace en nombre propio y como administradora del patrimonio de su marido. La *Court of Appeal* le da la razón, en ambas condiciones. La *House of Lords* consideró que C, si bien no tenía derecho a demandar en nombre propio (como tercero beneficiario), sí podía demandar en su condición de administradora del patrimonio de A. El hecho de que el incumplimiento de B no dañara el patrimonio de A significaba que únicamente podía obtener “*nominal damages*”, y como ello era injusto, se ordenó el cumplimiento específico». SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario...», cit., p. 24.

En esta misma línea, también se citan los casos *Tito v. Waddell* [1977] Ch. 106 (*Chancery Division*, 30 nov. 1976) y, recientemente, el caso *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd*, [1999] Ch. 64 (*Chancery Division*, 04 Mar. 1998). *Vid.* WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., p. 137.

<sup>104</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 27-005, p. 1964. CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 278.

<sup>105</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-017, p. 1230.

hay dificultad para cuantificar los daños y perjuicios; c) cuando el deudor es insolvente; y d) cuando solo hay *nominal damages*<sup>106 107</sup>.

A continuación, me centraré en la primera situación (casos en los que no hay mercado para sustituir la prestación incumplida), pues, es precisamente en dicho contexto donde la posibilidad de llevar a cabo una *operación de reemplazo* juega un rol importante en el ejercicio del cumplimiento específico.

## 2. Cuando la prestación no se encuentra fácilmente en el mercado

En el Derecho inglés, se prefiere la sustitución del cumplimiento, a través de la indemnización del daño, cuando el acreedor puede obtener satisfactoriamente un equivalente de la prestación en el mercado<sup>108</sup>. Se ha señalado que, por esta razón, la declaración del cumplimiento específico no es frecuente en las compraventas de productos (*commodities*), de acciones (*shares*) o en los contratos de prestación de servicios (*non-personal services*)<sup>109</sup>, los cuales, por lo general, o bien cuentan con sustitutos en el mercado, o bien se puede conseguir su consecución a través de un tercero. Treitel aduce que, en tales casos, el acreedor puede acudir al mercado y realizar una *operación de reemplazo* para mitigar los daños y perjuicios. En caso de que el acreedor no celebre la operación de reemplazo, no podría reclamar los daños producidos por una subida de precios en el mercado posterior al incumplimiento.

En suma, cuando existe un mercado que permite conseguir un equivalente satisfactorio de la prestación frustrada, la indemnización es el remedio más adecuado para el incumplimiento. Pues, por un lado, el acreedor tiene derecho a que se le ponga en la posición de beneficio que tendría, si el contrato se hu-

---

<sup>106</sup> La típica expresión *nominal damages* se refiere a casos en los que el acreedor no ha sufrido perjuicios sustanciales por el incumplimiento del contrato (CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, cit., p. 507). Esto puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de incumplimiento del contrato de compraventa por la no entrega del vendedor, y en los que el comprador –asumiendo que no ha pagado nada del precio– celebra una compra de reemplazo a un menor precio que el precio del contrato original. En este caso, *a priori*, no habría daños sustanciales. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-008, p. 1110.

Naturalmente, no siempre que hay *nominal damages* se puede exigir el *specific performance*. El ejemplo que he empleado es, de hecho, cuando *no* se puede reclamar el *specific performance*, pues se parte de que, si el comprador ha hecho una compra de reemplazo, es porque hay un mercado disponible y, además, pueden existir *otros daños* causados por la celebración de la compra de reemplazo. *Ibid.*, párr. 21-022, p. 1233.

Un ejemplo sobre la procedencia del *specific performance* cuando hay *nominal damages* es el caso *Beswick v. Beswick*.

<sup>107</sup> CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», en Charles Rickett (ed.) *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 116-119.

<sup>108</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-018, p. 1230.

<sup>109</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law...*, cit., p. 279.

biese cumplido<sup>110</sup>, mientras que, por otro lado, el cumplimiento específico entraría en conflicto con el *principio de mitigación de los daños* a la vez que resultaría opresivo para el deudor<sup>111</sup>.

Por tanto, el cumplimiento específico estará disponible para el acreedor en los casos en que *no* exista la posibilidad de conseguir un equivalente *satisfactorio* de la prestación en el mercado<sup>112</sup>. CUNNINGTON señala el ejemplo de los contratos sobre bienes inmuebles, en los cuales, por lo general, se decreta el cumplimiento específico. Pues, los jueces asumen que los bienes inmuebles son bienes específicos, que no tienen un mercado sustituto (salvo que se trate de un comerciante de bienes inmuebles, que los compra para revender<sup>113</sup>)<sup>114</sup>.

La doctrina también señala otros ejemplos de esto último: los contratos de compraventa de barcos, de maquinaria industrial y, en general, todos aquellos contratos que supongan cierta dificultad para ser sustituidos en el mercado<sup>115</sup>.

Por ejemplo, en el caso *CN Marine Inc v Stena Line A/B (The Stena Nautica) (No.2)*<sup>116</sup>, la *Court of Appeal (Civil Division)* reconoce que el cumplimiento específico se puede decretar en contratos sobre buques o barcos. Aunque en este caso no lo decreta porque el acreedor no había demostrado una necesidad especial de obtener el cumplimiento específico, ni tampoco que la indemnización fuera un remedio inadecuado para el incumplimiento<sup>117</sup>.

Otros interesantes casos con soluciones opuestas son: *Land Rover Group Ltd v UPF (UK) Ltd (In Administrative Receivership)*<sup>118</sup> y *Societe des Industries Metallurgiques SA v Bronx Engineering Co*<sup>119</sup>. Veamos.

<sup>110</sup> CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», cit., p. 128.

<sup>111</sup> El autor compara este razonamiento con el del préstamo de dinero, en el que el acreedor no puede «específicamente» forzar a la otra parte a que pague la deuda, pues se asume, que los daños pueden fácilmente ser calculados mediante la tasa de cambio del dinero y sus intereses. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-018, pp. 1230-1231. También *vid.* en CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, pp. 27-002, p. 1962.

<sup>112</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-019, p. 1231. CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», cit., p. 116.

<sup>113</sup> En cuyo caso es posible que no proceda el *specific performance*. SEVERIN FUSTER, G. F., «Sobre el carácter secundario...», cit., p. 24 y nota 73.

<sup>114</sup> CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», cit., p. 116.

<sup>115</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 27-013, p. 1969.

<sup>116</sup> *CN Marine Inc v Stena Line A/B (The Stena Nautica) (No.2)*, [1982] 2 *Lloyd's Rep.* 336 [Court of Appeal (Civil Division)], 25 May. 1982].

<sup>117</sup> *Vid.* CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, n. 61, p. 1969.

<sup>118</sup> *Land Rover Group Ltd v. UPF (UK) Ltd (In Administrative Receivership)*, [2002] EWHC 3183 (QB) (Queen's Bench Division (Mercantile Court), 25 Jan., 2002).

<sup>119</sup> *Societe des Industries Metallurgiques SA v. Bronx Engineering Co*, [1975] 1 *Lloyd's Rep.* 465, (Court of Appeal (Civil Division), 23 Jan. 1975).

El primer caso [*Land Rover Group Ltd v UPF (UK) Ltd*] trata del incumplimiento de un contrato de suministro de unas partes de automóvil (en particular, del chasis) entre un fabricante de piezas de automóvil (que entró en quiebra) y otro de automóviles. El fabricante de automóviles (en adelante, acreedor) solicitó la *injunction* de su suministrador (en adelante, deudor) por incumplimiento. El acreedor argumentó que precisaba que el suministrador siguiera fabricando los chasis, debido a que su línea de producción había sido modificada en función de los chasis fabricados por el suministrador. Además, en el acuerdo se había pactado que el acreedor amortizaría cualquier costo que le generara al deudor la fabricación de los chasis. La *Queen's Bench Division* consideró que el acreedor tenía derecho a la *injunction* <sup>120</sup>, hasta la resolución de la insolvencia del deudor <sup>121</sup>.

En cambio, el segundo caso (*Société des Industries Métallurgiques SA v Bronx Engineering Co*) tuvo una solución opuesta, ya que se comprobó que el acreedor podía conseguir sustitutos de la prestación en el mercado. Los hechos trataron del incumplimiento de un contrato de compraventa de maquinaria entre S (vendedor) y B (comprador), por parte del vendedor, quien repudió el contrato, pues había encontrado otro comprador que le ofrecía mejores condiciones de venta. El comprador demandó el cumplimiento específico del contrato. La *Court of Appeal* consideró que la maquinaria (objeto del contrato) se podía obtener fácilmente en el mercado y que, por tanto, la indemnización era un remedio adecuado para el incumplimiento. En consecuencia, rechazó la pretensión del comprador de obtener el cumplimiento específico del contrato <sup>122</sup>.

En los casos de compraventa de acciones, que normalmente tienen un mercado, se ha empezado a flexibilizar el principio, dando más posibilidades para decretar el ejercicio del cumplimiento específico <sup>123</sup>. Cunnington señala, por ejemplo, el caso *Duncuft v Albrecht* <sup>124</sup>, que trató del incumplimiento, por parte del vendedor, de una compraventa de cierto número de acciones de una compañía ferroviaria. La *Court* concedió el cumplimiento específico sobre la base de que las acciones en litigio tenían un número limitado que, como se demostró, no siempre estaban disponibles en el mercado <sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> La *Court* ordenó al deudor seguir fabricando los chasis. Se debe tener en cuenta que la *injunction* es una especie de *specific performance*, pero en obligaciones de hacer (o no hacer) y, generalmente, como medida cautelar o preventiva, por mandato judicial.

<sup>121</sup> *Land Rover Group Ltd v. UPF (UK) Ltd (In Administrative Receivership)*, cit., *Summary, Case Digest [official transcript]*.

<sup>122</sup> *Societe des Industries Metallurgiques SA v. Bronx Engineering Co.*, cit. [*Summary-Case analysis de WestLaw UK*].

<sup>123</sup> CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», cit., p. 117.

<sup>124</sup> *Duncuft v. Albrecht*, 59 E. R. 1104 (*Court of Chancery, 09 Jun. 1841*).

<sup>125</sup> *Duncuft v. Albrecht*, cit., p. 199.

### 3. El cumplimiento específico en la SGA 1979. La revisión del concepto *Unique Goods*

La s. 52 SGA 1979 otorga a los jueces la posibilidad de decretar el cumplimiento específico <sup>126</sup>.

S. 52 SGA 1979: «*Specific performance*.

(1) *In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.*

(2) *The plaintiff's application may be made at any time before judgment or decree.*

(3) *The judgment or decree may be unconditional, or on such terms and conditions as to damages, payment of the price and otherwise as seem just to the court»* (subrayado mío).

Antes que todo, debe subrayarse que, en esta ocasión, el cumplimiento específico se puede decretar *no* con fundamento en la *Equity*, sino en el *Statutory Law* <sup>127</sup>. Además, aunque dicha regla se dirija, particularmente, al derecho al cumplimiento específico del comprador por el incumplimiento del vendedor, los jueces también la han decretado en favor del vendedor, concediendo la acción para el cobro del precio <sup>128</sup>.

Conforme a la citada s. 52 SGA 1979, el juez puede decretar el cumplimiento específico siempre que se trate de la compra bienes específicos o individualizados <sup>129</sup>. Treitel señala que dicha norma *se restringe* a aquellos casos en los que el comprador *no* puede conseguir *satisfactoriamente* un bien sustituto en el mercado, es decir, cuando no puede celebrar una hipotética y satisfactoria operación de reemplazo que le repare adecuadamente del incumplimiento <sup>130</sup>.

En este sentido, las *courts* inglesas se inclinan por un concepto de *commercial uniqueness* (en lugar de *unique*), el cual no solo toma en cuenta las condiciones materiales del objeto, sino las circunstancias del objeto según el contrato y el mercado <sup>131</sup>.

<sup>126</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-023, p. 1234.

<sup>127</sup> Lo que implicó que fuera una especie de nuevo y diferente tipo de *specific performance*. Vid. BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-097, pp. 1146-1147.

<sup>128</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-023, p. 1234.

<sup>129</sup> El concepto de *specific goods* se encuentra en la s. 61(1) SGA 1979: «*specific goods means goods identified and agreed on at the time a contract of sale is made and includes an undivided share, specified as a fraction or percentage, of goods identified and agreed on as aforesaid*».

<sup>130</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, párr. 21-024, p. 1234. También en CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 27-012, p. 1968.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 1968; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-026, p. 1236.

Si bien, conforme a la *Equity*, el remedio del cumplimiento específico ya se decretaba para cosas fungibles que no se podían conseguir fácilmente en el mercado o para aquellas cosas fungibles que poseían un valor especial para el acreedor (demandante)<sup>132</sup>, la s. 52 SGA 1979 abre un camino más amplio para el cumplimiento específico, en el sentido de que los jueces pueden determinar si decretan el cumplimiento específico conforme al conjunto de circunstancias de cada caso, incluidas las conductas del comprador y del vendedor<sup>133</sup>. Al respecto, se dice que, en parte, obedece a la influencia de la práctica estadounidense, que ha permitido el cumplimiento específico, por ejemplo, en casos en los que el vendedor ha vendido toda su producción, o en casos en los que se requiere satisfacer todos los requisitos exigidos por el comprador<sup>134</sup>.

En resumen, el juez puede decretar el cumplimiento específico en dos circunstancias: si la prestación es de naturaleza específica; cuando no hay un sustituto de la prestación en el mercado, o si, cuando se trata de prestaciones de género, *las circunstancias concretas de cada caso* demuestran que la sustitución (o el reemplazo) es prácticamente inviable o ineficiente.

Un ejemplo de lo primero es el caso *Falcke v Gray*<sup>135</sup>. En dicho caso, la *Court* discutió si procedía el remedio del cumplimiento específico de un contrato de compraventa de bienes muebles (*chattels*), entre el demandante-comprador (*Falcke*) y el demandado-vendedor (*Gray*). En el contrato, se había acordado que, al cabo de los seis meses de arrendamiento de una casa amueblada a la demandante, esta tenía la opción de compra de dos jarrones de porcelana, al precio de 40 libras<sup>136</sup>. La potencial vendedora (*Gray*), dudosa del precio pactado, decidió retirar los jarrones de la casa arrendada, para consultar a un experto su valor y el experto ofreció a *Gray* comprárselas por 200 libras. El comprador original (*Falcke*) reclamó judicialmente el cumplimiento específico y el demandado alegó que ese remedio no se aplicaba en las compraventas de *chattels*.

La *Court* consideró las alegaciones del comprador, ya que no se podía imponer el cumplimiento específico en las compraventas de *chattels*, a menos que

---

<sup>132</sup> En este sentido, *vid.* la extensa lista de casos de las notas 775-778 en BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-099, p. 1149.

<sup>133</sup> *Ibid.*, párr. 17-100 y n. 790, p. 1150-1151. Al respecto, TREITEL cita el caso *Howard E Perry & Co Ltd v. British Railways Board*, [1980] 1 W. L. R. 1375 (*Chancery Division*, 17 Mar. 1980), el cual versó sobre el incumplimiento de un contrato celebrado para abastecer a un fabricante de mercancías, de urgente necesidad conforme a la finalidad de su negocio. En estos casos, la indemnización podría ser inadecuada si el incumplimiento obligara al fabricante comerciante a despedir personal, decepcionar a sus clientes y, en última instancia, le condujera a la insolvencia. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 21-026, p. 1236.

<sup>134</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-099, p. 1150.

<sup>135</sup> *Falcke v. Gray*, [1859] 4 Drew. 651. (*Court of Chancery*, 13 Jun. 1859).

<sup>136</sup> *Falcke v. Gray*, cit., p. 651.

la indemnización sea un remedio inadecuado para reparar al acreedor<sup>137</sup>. Y si bien los jarrones eran muy raros, no se acreditó que fueran bienes específicos<sup>138</sup>.

La sentencia señaló también que, aunque se alegara que el precio (40 libras) era «absurdo», lo era en el sentido de que es un valor incorrecto, pero *no* en el sentido de que no haya un mercado para la sustitución. En consecuencia, la *Court* considera que este es un caso que debe ser tratado por la *inadequacy of price*<sup>139</sup>, lo que no implicaba que se rechazase el cumplimiento específico (se citó el caso *Heathcote v. Paignon*<sup>140</sup>, en el que, con hechos análogos, el contrato se declaró, simplemente, injusto, y no se decretó el cumplimiento específico). En suma, la *Court* señaló que se trataba de un caso de bienes sustituibles en el mercado y rechazó decretar el cumplimiento específico, pues solo se trataba de una *inadequacy of price*<sup>141</sup>.

Con relación a lo segundo (cuando las *circunstancias concretas de cada caso* demuestran que el reemplazo es prácticamente inviable), el caso que más se suele citar es el de *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd*<sup>142</sup>. En dicho caso, se demandó por el incumplimiento de un contrato de suministro de petróleo, celebrado en 1970, en el cual el vendedor se comprometió a suministrar al comprador toda la gasolina producida durante al menos, diez años a unos precios que serían fijados anualmente<sup>143</sup>. En 1973, el vendedor restringió el suministro de gasolina al comprador. El comprador demandó el cumplimiento específico, solicitando que se continuara con el suministro.

La *Court* estimó que, dada la escasez de petróleo producida por la crisis del 1973, se podía comprobar que el comprador tenía *pocas posibilidades* de obtener un suministro sustitutivo de petróleo en el mercado, por lo que la indemnización resultaba un remedio inadecuado, pues había una circunstancia inusual: el vendedor era la única fuente de suministro disponible para el comprador, en el sentido de que el vendedor era el único medio por el cual el comprador podía continuar su actividad comercial. En consecuencia, la *Court* trató este caso como de un «bien específico», con base en el concepto de *commercial uniqueness*, y ordenó la entrega de las cantidades pactadas de petróleo<sup>144</sup>.

#### IV. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO DENTRO DEL SISTEMA INDEMNIZATORIO INGLÉS

En este apartado me ocupo de determinar en qué medida el *sistema indemnizatorio inglés* reconoce la operación de reemplazo realizada por el

<sup>137</sup> *Falcke v. Gray*, cit., p. 654.

<sup>138</sup> *Falcke v. Gray*, cit., p. 654.

<sup>139</sup> *Falcke v. Gray*, cit., p. 663.

<sup>140</sup> *Heathcote v. Paignon*, [1787] 2 Bro. C. C. 167 (*Court of Chancery*, 05 May. 1787).

<sup>141</sup> *Falcke v. Gray*, cit., p. 664.

<sup>142</sup> *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*, [1974] 1 W. L. R. 576 (*Chancery Division*, 20 Nov. 1973).

<sup>143</sup> *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*, cit., p. 576.

<sup>144</sup> *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*, cit., p. 577.

acreedor, como un método de *cuantificación* de los daños y perjuicios contractuales. Por un lado, esto me llevará a considerar la operación de reemplazo como una regla *implícita* dentro de la regla del mercado, la cual es el método principal de cuantificación de los daños contractuales en el *Common Law* inglés y, además, es la única regla prevista en la SGA 1979 [s. 50 (3) y s. 51 (3) SGA]. Por otro lado, lo anterior necesariamente supone *considerar y explicar la operación de reemplazo solo como una expresión de la mitigación del daño*, y no como un criterio autónomo e independiente de determinación del daño contractual.

## 1. La determinación del daño en la operación de reemplazo

En el Derecho inglés *no* existe una norma escrita que regule la operación de reemplazo como método de cuantificación de los daños y perjuicios contractuales<sup>145</sup>.

En el *Common Law* inglés y, por supuesto, en la SGA 1979, cuando hay un mercado para sustituir la prestación (es decir, se puede establecer un precio corriente), los daños se calculan prioritariamente conforme a al sistema de cálculo del daño de la regla del mercado. Esto es, la diferencia entre el precio acordado en el contrato y el del mercado del día del vencimiento del contrato [s. 50 (3) y s. 51 (3) SGA 1979]<sup>146</sup>. Dicha regla ha sido el método más tradicional de la cuantificación del daño en el *Common Law* inglés<sup>147</sup>.

S. 50 SGA 1979: «“(Damages for non-acceptance”): [...] / (3) *Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept*».

S. 51 SGA 1979: «“(Damages for non-delivery”): [...] / (3) *Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver*».

---

<sup>145</sup> LIAO, W., *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law. A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2015, p. 178.

<sup>146</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-040, p. 1824; *Chitty on Contracts*, vol. II, 32nd, Sweet & Maxwell, London, 2015, párr. 44-368, 44-388, pp. 2106 y 2119; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-004, 20-111, p. 780, 842; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-047, p. 1136; WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., pp. 69-71.

<sup>147</sup> *Barrow v. Arnaud (1846) 8 Q. B. 604 (Court of Queen's Bench, 1 Jan. 1846)*. WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., p.185.

En el Derecho inglés, la determinación del daño que toma como referencia el precio de la operación de reemplazo realizada por el acreedor (regla la operación de reemplazo), en principio, no es un valor vinculante de los daños y perjuicios<sup>148</sup>. La doctrina inglesa considera que *la operación de reemplazo solo tiene relevancia como una prueba del daño*, cuando sea difícil establecer o acreditar el precio del mercado<sup>149</sup>.

En el caso *Barry v Davies*<sup>150</sup>, la *Court* estimó que, en los casos de incumplimiento de una compraventa sobre bienes fungibles por falta de entrega por el vendedor, la regla, *prima facie*, es la regla del mercado, y que no es necesario que el comprador acuda al mercado y realice el reemplazo<sup>151</sup>.

Lo anterior, probablemente obedece a la idea de que *el precio de la operación de reemplazo es el resultado de la capacidad negociadora del acreedor al que se le ha incumplido*, en lugar de ser el resultado del incumplimiento<sup>152</sup>.

Sin embargo, la prevalencia del sistema de cálculo abstracto-objetivo del daño *no* implica que el sistema inglés *desconozca* la posibilidad de que el acreedor pueda llevar a cabo una razonable operación de reemplazo, acudiendo al mercado<sup>153</sup>. De hecho, con la regla del mercado, el sistema inglés asume que, bajo los parámetros de la doctrina de la mitigación del daño, el acreedor se ha procurado de la prestación frustrada mediante un reemplazo<sup>154</sup>.

<sup>148</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-048, p. 1136.

<sup>149</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. II, párr. 44-095, p. 2126; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-116, p. 845; TREITEL, «Remedies for Breach of Contract (courses of action open to a party aggrieved)», en Arthur T. Von Mehren (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law (part 2)*, vol. VII, Mohr Siebeck, 2008, párr. 69, p. 46; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-055, p. 1142.

<sup>150</sup> *Barry v. Davies*, [2000] 1 W. L. R. 1962 (*Court of Appeal (Civil Division)*, 27 Jul., 2000). Hechos.—El comprador demandó a su vendedor por el incumplimiento de una compraventa realizada en subasta pública, ya que el vendedor se había negado a vender el producto al mejor postor, por considerar que la oferta era muy baja. La *Court*, a pesar de que el vendedor vendió el producto a un tercero, a un precio inferior al del mercado, concedió, como daños y perjuicios del postor (comprador-acreedor), la diferencia de precios entre el contrato original (el precio ofrecido en la subasta) y el precio del mercado del producto [s. 51 (3) *SGA* 1979]. *Barry v. Davies*, cit., (CDO 8.º).

<sup>151</sup> *Barry v. Davies*, cit., p. 1969.

<sup>152</sup> Vid. en LIAO, W., *The Application of the Theory of Efficient Breach.*, cit., p. 178. En contra de esta opinión: CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», en Larry A. DiMatteo, Martin Hogg (eds.) *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 297-312. El citado autor, inspirado en el Derecho estadounidense, defiende la primacía de la operación de reemplazo sobre la regla del mercado (su pensamiento lo desarrollo en el capítulo segundo, apartado IV.5.1).

<sup>153</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-036, p. 1821.

Cfr. KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., pp. 4-03, p. 79; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 387; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 20-048, p. 1136; WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., p. 185.

<sup>154</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. II, párr. 44-388, p. 2110.

En consecuencia, como señala Kramer, la aplicación de la regla del mercado no es más que una realización del principio de mitigación de los daños, en cuanto que los daños se deben calcular conforme al día en que el acreedor pudo (o debía) realizar una operación de reemplazo. Por tanto, la operación de reemplazo es una cuestión –en el Derecho inglés– puramente de mitigación de los daños y/o de la causalidad del daño<sup>155</sup>.

Lo anterior, supone que los daños y perjuicios calculados conforme a la regla del mercado no siempre toman en cuenta el momento en que debió cumplirse la obligación [como señala la s. 50 (3) y la s. 51 (3) *SGA* 1979], sino al momento en que el acreedor debía haber celebrado una operación de reemplazo.

Un enfoque distinto es el de la teoría de los *substitutionary money award* de WINTERTON<sup>156</sup>. El autor considera que los daños derivados de la regla del mercado o de la operación de reemplazo no deberían considerarse como daños resarcitorios del incumplimiento, sino como daños sustitutivos del cumplimiento –sin lugar a reducción o desconocimiento de este tipo de daño por los límites de

---

<sup>155</sup> KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 4-18, p. 82. Esto no ocurre en el Derecho estadounidense, en donde la operación de reemplazo *no es*, simplemente, una medida concreta de mitigación de daños, sino que se considera un remedio independiente y autónomo. *Vid.* capítulo segundo, apartado IV.3.3.

<sup>156</sup> Frente al enfoque de KRAMER, en su magistral obra *The Law of Contract Damages*, se encuentra la tesis de WINTERTON. Este último, en su obra *Money awards in contract law* (2017), propone una nueva consideración de los principios que rigen la indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento contractual en el Derecho inglés. Esta nueva consideración se fundamenta en una división clara entre los *daños sustitutivos del cumplimiento* (*substitutionary money award*) y los *daños resarcitorios del incumplimiento* (*compensatory money award*). Su teoría, por tanto, es una crítica al principio *Robinson v. Harman* y a la clásica tesis holmesiana del Derecho angloamericano, que entiende el contrato como un derecho al cumplimiento o al pago de los daños (como si el segundo sustituyera al primero). Para WINTERTON, la admisión de los *substitutionary money award*, diferenciada de los *compensatory damages*, da nitidez a unos daños que tienen como objeto proporcionar el valor eminentemente sustitutivo del cumplimiento –es decir, el reconocimiento de los daños que significarían lo más parecido a conseguir un cumplimiento específico–, sin lugar a alteraciones de estos daños por las reglas de la *previsibilidad del daño* o de la mitigación (pp. 1-20, 134-148). La fundamentación de su teoría se inspira en la teoría sobre «daños sustitutivos» en la responsabilidad extracontractual del profesor STEVENS (*Torts and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 59). WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., pp. 168-169.

Los demás daños –que no pertenecieran al cumplimiento– serían los daños que entonces sí tendrían el objetivo de reparar los perjuicios sufridos por el incumplimiento (*compensatory money award*). (En detalle, pp. 24-177).

Sin embargo, la teoría de WINTERTON tiene implicaciones prácticas con relación a los incumplimientos defectuosos y la primacía del *cost of cure*, por encima de los *loss in value*, cuando estos arrojan un *nominal damages* (es decir, cero daños y perjuicios) (PATERSON, J., «Book Review: Money Awards in Contract Law», *UNSWL Law J.*, vol. 39, 1, 2016, p. 304). Lo que WINTERTON argumenta es que la reparación de los daños y perjuicios tienen la principal tarea de conseguir el cumplimiento del contrato, y no solo de restablecer una situación económica. *Vid.* especialmente capítulos cuarto y quinto (WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., pp. 133-215).

En este sentido, y como resultado de su nueva teoría, el autor establece una jerarquía de remedios, que se organizan en función del remedio más cercano a lo que se obtendría con un *specific performance*. El más cercano –y primero– sería la operación de reemplazo o regla del mercado (algo que en la práctica inglesa es muy claro, desde el otro enfoque) y luego, el coste de la reparación. *Ibid.*, p. 310.

la *previsibilidad o mitigación del daño*—, pues se trata de una cuantía mínima a la que tiene derecho el acreedor<sup>157</sup>. La diferencia con el enfoque de Kramer, entonces, estaría en el momento del cálculo de daño, pues la mitigación del daño no sería aplicable a los *substitutionary money award*.

En síntesis, la operación de reemplazo es una regla *implícita* en la regla de la regla del mercado del Derecho inglés<sup>158</sup>. Por lo que el daño calculado conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor es vinculante solo si ha servido para mitigar los daños y pérdidas que pudo sufrir el acreedor como consecuencia del incumplimiento, y si se ajusta al precio corriente del mercado.

### 1.1 LA RELACIÓN ENTRE LA REGLA DEL MERCADO Y LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO: EL PRECIO RELEVANTE

Como ya se ha dicho, el precio obtenido, o pagado, por el acreedor en una operación de reemplazo podría ser una prueba del *precio del mercado*, pero, por lo general, este precio es irrelevante y, en consecuencia, *no desplaza al precio del mercado* en el momento del incumplimiento [s. 50 (3) y 51 (3) SGA 1979]<sup>159</sup>.

Lo anterior, en cuanto que, como indiqué antes, la regla del mercado es la regla *prioritaria* de la cuantificación del daño y, en efecto, *el precio del mercado (en el momento del incumplimiento) es el precio relevante* para la determinación de los daños y perjuicios contractuales. Esto, a pesar de que, en este sistema, se asuma que, ante el incumplimiento del contrato, el acreedor *debe* acudir al mercado para realizar operaciones de reemplazo con la finalidad de quedar en una posición similar a la que tendría si el contrato se hubiese cumplido<sup>160</sup>.

En la práctica lo que ocurre es que el precio de la operación de reemplazo no se tiene en cuenta cuando este sea más favorable al acreedor que el precio corriente de mercado (por ejemplo, según el caso, si vende a un menor precio, o si compra un mayor precio, que el del mercado). Asimismo, tampoco se tendrá en cuenta cuando sea favorable al deudor, porque, por ejemplo, el reempla-

<sup>157</sup> WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, cit., pp. 185-186.

<sup>158</sup> CAMPBELL considera que la s. 51 (3) SGA 1979 (*market value*) es un funcional equivalente de la regla de la operación de reemplazo. Para el autor, la mitigación de los daños y perjuicios es el fundamento de las operaciones de reemplazo, especialmente en la compraventa de bienes de objeto genérico, por tanto, la operación de reemplazo se debe aplicar, prioritariamente, antes de la *market value*. CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», cit., párr. 299, 301.

<sup>159</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-019, p. 1082; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-012, 20-116, pp. 784-785, 845.

<sup>160</sup> MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-004, p. 780.

zo no le ha producido daño alguno <sup>161</sup>. El deudor *siempre* debe pagar el daño conforme a la regla del mercado <sup>162</sup>.

Distinto es el caso cuando el acreedor realiza una operación de reemplazo con su mismo deudor-incumplidor, por un mejor precio que el del mercado. En este caso, el *Common Law* inglés considera que se trataba de una *renegociación del contrato* que no estaba desconectada del contrato original. Por tanto, el *precio del reemplazo desplaza a la regla del mercado* en el cálculo de los daños y perjuicios (caso *Pagnan & Fratelli v Corbisa Industrial Agropecuaria* <sup>163</sup>) <sup>164</sup>.

## 1.2 LA RELACIÓN ENTRE LA REGLA DEL MERCADO Y LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO: EL MOMENTO RELEVANTE

Como anticipé, en la compraventa (y en general en los demás contratos), el momento de referencia del *precio del mercado* de las mercaderías, para calcular el *quantum* indemnizatorio, se determina conforme al término o plazo en que debió cumplirse la obligación. Para el daño que indemniza al vendedor, el momento en que el comprador debía recibir las mercaderías [s. 50 (3) SGA 1979]. Y para el del comprador, el momento en que el vendedor debía entregarle las mercaderías [s. 51 (3) SGA 1979].

No obstante, *en primer lugar*, Kramer –citando a Lord Lloyd J. <sup>165</sup>– arguye que los citados preceptos de la SGA son solo reglas que, si bien pueden funcionar en la mayoría de los casos, no lo hacen en todos. Ya que la regla del mercado debe leerse en armonía con el precepto general de la indemnización de daños y perjuicios, que, conforme con las secciones 50 (2) y 51 (2) SGA 1979, establece:

«The measure of damages is the *estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach (buyer's breach) of contract*» (paréntesis incluido por mí).

---

<sup>161</sup> MCGREGOR explica mediante una hipótesis (poco usual), el caso del comprador, perjudicado por el incumplimiento por la no entrega de las mercancías por parte del vendedor, que las obtiene mediante un tercero a título «gratuito» y, en consecuencia, no sufre daños y perjuicios. Para el autor, esto podría tratarse de una *res inter alios acta*, que nada tiene que ver con el contrato incumplido. *Ibid.*, párr. 20-012, p. 784.

<sup>162</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-019, p. 1082; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-012, p. 785.

<sup>163</sup> *Pagnan & Fratelli v. Corbisa Industrial Agropecuaria* [1970] 2 *Lloyd's Rep.* 14 [Court of Appeal (Civil Division)], 14 Apr. 1970].

<sup>164</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 17-21, p. 1082-1083; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-013, p. 785-786.

<sup>165</sup> En el caso concido como «*The Caloric*», *R Pagnan & Fratelli v. Lorico (Lebanese Organisation for International Commerce)* [1981] 2 *Lloyd's Rep.* 675, [Queen's Bench Division (Commercial Court), 15 May. 1981], p. 678. KRAMER, A., *The Law of Contract Damages*, cit., párr. 4-26, p. 84.

Por ende, *en segundo lugar*, Kramer sostiene que siempre ha de tenerse en cuenta que *la regla del mercado no es más que una expresión de la mitigación del daño*, tal como pone de manifiesto Lord Mance J., en el caso *The Marine Star*<sup>166</sup>: «[A]n available market is a mean of mitigating any loss otherwise contemplated which has become incorporated into the general measure of recovery»<sup>167, 168</sup>.

Con base en lo anterior, se puede decir que las ss. 50 (3) y 51 (3) SGA 1979 fijan un momento para el cálculo de los daños y perjuicios, que puede ser más o menos flexible, según las circunstancias concretas de cada caso y que, en general, se establece en un tiempo razonable después del incumplimiento, que es cuando el acreedor pudo haber mitigado los daños<sup>169</sup>. Incluso, el momento relevante para la determinación del cálculo del daño puede ser antes del vencimiento del contrato, por ejemplo, cuando se constituye el incumplimiento anticipado del deudor (caso *Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Kamsing Factory*)<sup>170</sup>.

En síntesis, el momento relevante para el cálculo de los daños y perjuicios, al menos cuando hay un mercado para la prestación, corresponde al momento en que el acreedor podía realizar una operación de reemplazo en el mercado, pues las ss. 50 (3) y 51 (3) SGA 1979 son una manifestación la mitigación del daño<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> *Coastal (Bermuda) Petroleum Ltd v. VTT Vulcan Petroleum SA (No.2) (The Marine Star) [1994] 2 Lloyd's Rep. 629, [Queen's Bench Division (Commercial Court), 24 Jun. 1994]*.

<sup>167</sup> *Coastal (Bermuda) Petroleum Ltd v. VTT Vulcan Petroleum SA (No.2) (The Marine Star)*, cit., p. 635 cita de KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 4-27, p. 84.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 84 y nota 8.

<sup>169</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 27-071, p. 1154.

<sup>170</sup> *Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Kamsing Factory, [1978] 2 W. L. R. 62, [Privy Council -Hong Kong-, 27 Jul. 1977]*. Hechos.—Un comprador demanda por el incumplimiento de un contrato de compraventa de algodón, debido a que el vendedor interrumpió el suministro y a que, además, le notificó al comprador que daba por resuelto el contrato (31 de julio 1973) —repudio del contrato—. El comprador insistió en el cumplimiento del contrato, pero, el día 28 de noviembre de 1978, aceptó el repudio de su vendedor e interpuso la demanda por incumplimiento. En su demanda, el comprador reclamó, como daños y perjuicios, los consistentes en la diferencia entre el precio del contrato y los precios del mercado del día en que el vendedor repudió el cumplimiento del contrato (31 de julio de 1973). Lo anterior, dado que, para el 28 de noviembre, día en que el comprador había *aceptado* el repudio del contrato, por parte del vendedor, el precio del mercado era sustancialmente menor que el precio del día en que el vendedor notificó el repudio del contrato. El *Privy Council*, en aplicación de la jurisprudencia, estimó que los daños debían calcularse conforme a los precios del mercado *del día en que los compradores aceptaron el repudio del cumplimiento del contrato* de los vendedores (28 de noviembre de 1973). Nótese que, en este caso, el incumplimiento anticipado se constituye desde que el acreedor acepta (con la demanda) el repudio del contrato por parte del deudor. Esto es algo importante en el Derecho inglés, pues determina a partir de cuándo nace el deber de mitigar el daño del acreedor.

<sup>171</sup> DYSON, A. y KRAMER, A., «There Is No Breach Date Rule: Mitigation, Difference in Value and Date of Assessment», *Law Quarterly Review*, vol. 130, 2014, pp. 269-271; KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 4-33, p. 86.

## 2. La particular venta de reemplazo de la s. 48 SGA 1979

La s. 48 SGA 1979 regula, en particular, la venta de reemplazo, como una garantía concedida al vendedor, que *sigue en posesión de las mercancías* (sea como propietario, o sea como mero poseedor), y *al que el comprador le incumple por el no pago del precio*.

Antes de analizar la norma, he de advertir que la regla del mercado, estudiada en los anteriores apartados, se refiere a los casos en los que la propiedad de las mercancías no se ha transferido al comprador y cuando el incumplimiento del comprador se debe a la no aceptación de estos. La venta de reemplazo, que se estudia aquí, es un *derecho* que la Ley le concede al vendedor sobre las mercancías que están en su posesión, aún cuando estos estén bajo la titularidad del deudor, para que el vendedor se asegure el pago del precio, frustrado por el incumplimiento. No obstante, cuando procede la venta de reemplazo, el daño, que se pueda derivar de esta, se articula dentro de los límites de la regla del mercado y las demás reglas generales de la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a lo visto en el anterior apartado<sup>172</sup>.

La s. 39 (1) SGA 1979<sup>173</sup> regula los denominados *real remedies* y, entre estos, se concibe la venta de reemplazo, dentro de los límites fijados por la s. 48 SGA 1979.

S. 48 SGA 1979: «*Rescission: and re-sale by seller.*

(1) *Subject to this section, a contract of sale is not rescinded by the mere exercise by an unpaid seller of his right of lien or retention or stoppage in transit.*

(2) *Where an unpaid seller who has exercised his right of lien or retention or stoppage in transit re-sells the goods, the buyer acquires a good title to them as against the original buyer.*

(3) *Where the goods are of a perishable nature, or where the unpaid seller gives notice to the buyer of his intention to re-sell, and the buyer does not within a reasonable time pay or tender the price, the unpaid seller may re-sell the goods and recover from the original buyer damages for any loss occasioned by his breach of contract.*

(4) *Where the seller expressly reserves the right of re-sale in case the buyer should make default, and on the buyer making default re-sells the goods,*

---

<sup>172</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 16 – 060, p. 1043.

<sup>173</sup> S. 39 (Unpaid seller's rights) SGA 1979: «(1) *Subject to this and any other Act, notwithstanding that the property in the goods may have passed to the buyer, the unpaid seller of goods, as such, has by implication of law—/ (a) a lien on the goods or right to retain them for the price while he is in possession of them;/ (b) in case of the insolvency of the buyer, a right of stopping the goods in transit after he has parted with the possession of them;/ (c) a right of re-sale as limited by this Act*» (cursiva mía).

*the original contract of sale is rescinded but without prejudice to any claim the seller may have for damages»* (subrayado mío).

En la norma transcrita se advierten, por un lado, los *requisitos* de la venta de reemplazo y, por otro lado, los *efectos* de la celebración de la venta de reemplazo por el vendedor-acreedor del pago del precio.

Con relación a los *requisitos*:

1. La s. 48 SGA 1979 requiere, *primero*, que el vendedor haya ejercitado su derecho de retención de las mercancías [s. 41 SGA 1979<sup>174</sup>] o de poder detener o interrumpir su transporte [s. 44 SGA 1979<sup>175</sup>] –acciones previas que dan una garantía al vendedor para obtener el pago del precio [s. 49 (1) SGA 1979<sup>176</sup>]–<sup>177</sup>.

2. La s. 48 (3) y (4) SGA 1979 autoriza al vendedor a celebrar la venta de reemplazo en tres circunstancias:

a) *Cuando existe una cláusula contractual*, es decir, cuando el vendedor se reserva el derecho de la *resale* en la celebración del *contrato*, para el caso del incumplimiento del comprador [s. 49 (4) SGA 1979].

b) En los casos de *compraventa de bienes de naturaleza perecedera*. Esto aplica solo cuando el vendedor se compromete a entregar la mercancía al comprador a cambio de un pago simultáneo [contratos con cláusula *cash on delivery* (COD)]<sup>178</sup>.

Naturalmente, los bienes se consideran perecederos cuando al cabo de cierto tiempo se deterioran físicamente. Sin embargo, también se consideran perecederos en un sentido comercial, es decir, cuando por el paso del tiempo ya no se puede comerciar con ellos, o su comercialización es ineficiente económicamente<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> S. 41 SGA 1979: «*Seller's lien: (1) Subject to this Act, the unpaid seller of goods who is in possession of them is entitled to retain possession of them until payment or tender of the price in the following cases:—(a) where the goods have been sold without any stipulation as to credit; (b) where the goods have been sold on credit but the term of credit has expired; (c) where the buyer becomes insolvent.* (2) *The seller may exercise his lien or right of retention notwithstanding that he is in possession of the goods as agent or bailee or custodian for the buyer.*»

<sup>175</sup> S. 44 SGA 1979: «*Right of stoppage in transit./ Subject to this Act, when the buyer of goods becomes insolvent the unpaid seller who has parted with the possession of the goods has the right of stopping them in transit, that is to say, he may resume possession of the goods as long as they are in course of transit, and may retain them until payment or tender of the price.*»

<sup>176</sup> S. 49 (1) SGA 1979: «*Action for the price./ Where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.*»

<sup>177</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 15-102, p. 963.

<sup>178</sup> *Ibid.*, párr. 15-120, p. 978.

<sup>179</sup> *Ibid.*, párr. 15-120, p. 978. En el caso *Asfar & Co. v Blundell and Another* [1896] 1. Q. B.123 (*Court of Appeal*, 8 Nov. 1895), la *Court* consideró que para calificar un bien (*good*) de naturaleza perecedera no hace falta que este se pierda por completo, sino que basta con que sea una pérdida «comercial» del bien (p. 132).

La determinación del *tiempo razonable* para la venta de reemplazo de los bienes perecederos, como es usual, se deja en manos de la jurisprudencia. Benjamin indica que ese plazo debe empezar a correr desde que el vendedor *notifica* al comprador su intención de vender los bienes perecederos a un tercero, aunque dicha notificación, en estos casos, *no* es obligatoria. Si no hay notificación, el autor señala, que el punto de partida para determinar el *tiempo razonable* (para la celebración de la venta de reemplazo) será el momento pactado para el pago del precio, y si no hay pacto al respecto, se contará a partir del momento en que el contrato se haya celebrado, o conforme a la costumbre mercantil<sup>180</sup>.

c) *Por la notificación expresa del vendedor al comprador sobre su intención de llevar a cabo una venta de reemplazo* [s. 49 (3) SGA 1979]. Aquí, la naturaleza de los bienes es irrelevante. Conforme a la citada disposición, ante el incumplimiento por el no pago del precio en el plazo fijado, el vendedor tiene derecho a la *resale*, si, mediante notificación, le concede al comprador un *plazo de gracia razonable* para pagar. Si el comprador insiste en su incumplimiento, esta actitud será considerada como una *repudiation*, lo cual permite que el vendedor pueda proceder a la resolución del contrato y a la posterior *venta de reemplazo*<sup>181</sup>.

3. Benjamin señala que hay otro requisito implícito en el apartado (3) de la s. 48 SGA 1979. Consiste en que el comprador debe estar *fuera del plazo* para el pago del precio. Lo que implica que, vencido el término para pagar el precio, el comprador debe tener un tiempo de *gracia razonable* para poder pagar, antes de que el acreedor pueda proceder a la venta de reemplazo<sup>182</sup>.

Si el vendedor no cumple con los anteriores requisitos, la venta de reemplazo supondría un incumplimiento del contrato por parte del vendedor. Pues, el vendedor se ha comprometido a entregar las mercancías al comprador, de conformidad con el contrato original<sup>183</sup>.

No está demás advertir que, a diferencia del § 2 – 706 UCC<sup>184</sup>, la SGA 1979 *no* prevé requisitos específicos para llevar a cabo la *resale* (como que la venta sea en subasta pública, o la previa notificación al comprador). Sin embargo, conforme al sistema de indemnizatorio inglés, si el vendedor realiza la venta de

---

<sup>180</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 15-121, pp. 978-979.

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 15-123, pp. 979-980.

<sup>182</sup> *Ibid.*, párr. 15-121, p. 978.

<sup>183</sup> *Ibid.*, párr. 15-102, p. 963.

<sup>184</sup> *Vid.* capítulo segundo, apartado IV.4.1.

reemplazo a un precio menor del que razonablemente hubiese podido conseguir en el mercado, esto implicará un incumplimiento de la mitigación del daño<sup>185</sup>.

Respecto de los *efectos* de la venta de reemplazo:

1. La venta de reemplazo implica la rescisión del contrato, que, en este contexto, se utiliza en el sentido de la resolución<sup>186</sup>.

En consecuencia, el vendedor ya no podrá ejercitar una acción para exigir el pago del precio, sino que, como anticipé al principio, deberá demandar la indemnización como si se tratara de un incumplimiento por la *no aceptación de los bienes*, por parte del comprador, en el marco de la s. 50 (3) SGA 1979 (regla del mercado)<sup>187</sup>.

2. Normalmente, con la venta de reemplazo, el vendedor transmite la propiedad a un tercero cuando las mercancías no han pasado a propiedad del comprador. Sin embargo, *cuando la propiedad ya se transfirió al comprador*, la s. 48 (3) y (4) SGA 1979 otorgan al vendedor el derecho de transmitir la propiedad, revirtiendo la titularidad del comprador original al vendedor mediante la resolución.

3. El vendedor tiene derecho a quedarse con cualquier lucro que obtenga de la venta de reemplazo, pero, si la esta solo le genera pérdidas, el comprador original deberá responder por la diferencia desfavorable de precios entre el contrato de reemplazo y el contrato original, así como de los demás costos que le genere la venta de reemplazo<sup>188</sup>.

<sup>185</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 15-127-131, pp. 982, 985.

<sup>186</sup> He de advertir que la *rescission*, en el Derecho inglés, se utiliza, normalmente, en los casos de *innocent misrepresentation* y como un *equitable remedy*. Al concepto de *rescission* se le critica su uso, debido a que *no* tiene una definición exacta de lo que implica en el sistema contractual inglés, siendo difícil delimitar un significado concreto. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 9-087, p. 450. Para la *resale*, la *rescission* se podría comparar con la *rescission for breach*, que significa la «restauración del estado de las cosas a como estaban antes de que el contrato se hubiese celebrado», la cual se puede alegar demostrando que ha habido un incumplimiento del contrato (el no pago del precio por parte del comprador) y, por tanto, el acreedor (vendedor) tiene derecho a reclamar daños y perjuicios derivados del este (de acuerdo con la venta de reemplazo realizada). *Ibid.*, p. 451.

Sin embargo, BENJAMIN trata de aclararnos la cuestión, señalando, que en la s. 48 SGA 1979, el término *rescission* se utiliza en el sentido de *termination*. BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 15-101, nota 674.

La diferencia entre la *rescission* y la *termination* radica en que, conforme a la primera, las partes se liberan de las obligaciones contraídas desde el principio de la relación contractual, mientras que, por la segunda, las partes se liberan solo de las obligaciones que nazcan después de la *termination*. Lo que, en efecto, parece ser más el caso de la *resale*. BURROWS, A., *A Restatement...*, cit., p. 111.

<sup>187</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., párr. 15-127, p. 982.

<sup>188</sup> *Ibid.*, párr. 15-128, p. 983.

Finalmente, debe mencionarse que el vendedor no tiene la obligación de llevar a cabo una venta de reemplazo, pues este puede optar por quedarse las mercancías para su propio uso<sup>189</sup>.

### 3. La operación de reemplazo como una manifestación de la mitigación del daño

#### 3.1 ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE LA MITIGACIÓN EN EL SISTEMA INGLÉS

Como ya he señalado, en el Derecho de contratos inglés, la mitigación de los daños es una de las medidas más típicas de limitación a la extensión de los daños y perjuicios indemnizables producidos por el incumplimiento. Este principio tiene un objetivo socioeconómico, que busca «prevenir el malgasto de los recursos en la sociedad, ya que estos son, sin duda, limitados»<sup>190</sup>.

La mitigación del daño se introdujo en el sistema contractual inglés como una categoría propia de la indemnización de daños, a través del *leading case* *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* (1912)<sup>191</sup>.

Conforme a la mitigación, el acreedor tiene el deber de mitigar los efectos dañosos del incumplimiento, tomando todas las medidas razonables y oportunas para ello. En caso de no hacerlo, el acreedor no tendrá derecho a la indemnización de todos aquellos daños producidos por su negligencia<sup>192</sup>.

En conjunto, la mitigación del daño tiene tres efectos: *a*) el acreedor *no* tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (en particular, el *consequential loss*); *b*) si el acreedor evita daños a través de medidas razona-

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, párr. 15-119 – 15-128, pp. 977, 983.

<sup>190</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-080, p. 1849. [traducción mía].

<sup>191</sup> *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*, [1912] A. C. 673 (House of Lords, 19 July 1912). Hechos.— El caso trata de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de un contrato de venta de turbinas para trenes. El demandante, la compañía de trenes (comprador), alegó que las turbinas entregadas no cumplían las características de eficiencia acordadas en el contrato. La compañía de trenes utilizó durante un tiempo las turbinas suministradas, pero, luego, tuvo que reemplazarlas por otras turbinas compradas a un tercero y de diferente diseño, las cuales resultaron ser más eficientes y le generaron más beneficios. El demandante reclamó, como indemnización de daños y perjuicios, el costo de la operación de reemplazo, al haber mitigado los daños. *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*, cit., pp. 673-674.

<sup>192</sup> *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*, cit., p. 689. Cfr. BURROWS, A.; CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, 29th, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 555; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-014, p. 239.

bles, *no* podrá reclamar estos daños; y, *c*) si el acreedor incurrió en gastos o expensas derivados de la ejecución de las medidas razonables, en orden a mitigar los daños y perjuicios, este tendrá derecho a que se le concedan los gastos o expensas razonables, con cargo al deudor<sup>193</sup>.

### 3.2 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO: UN ASPECTO DE LA CAUSALIDAD, QUE NO, NECESARIAMENTE, COMIENZA A PARTIR DEL PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO (LA DOCTRINA DE KRAMER)

En el segundo prólogo, realizado por Leggatt, a la más reciente edición de la obra de Kramer, *The Law of Contract Damages* (2017), se destaca que *el primer aporte principal* de esta obra se relaciona con la mitigación del daño<sup>194</sup>. En esta obra, Kramer considera que, si bien la mitigación del daño se ha entendido como una figura individual, con sus propias reglas de funcionamiento, se entendería mejor si se considerase, simplemente, como un aspecto de *causalidad*<sup>195</sup>. Para el citado autor, la mitigación del daño implica que, si el acreedor *no* actúa razonablemente ante el incumplimiento del contrato por el deudor, las acciones (u omisiones) del acreedor son consideradas como una *ruptura* de la cadena causal de los daños producidos por el incumplimiento. Por consiguiente, los daños y perjuicios se deben calcular conforme a la situación que existiría si el acreedor hubiese actuado razonablemente<sup>196</sup>.

Leggatt también destaca, como el *segundo aporte principal* de la obra de Kramer, la idea de la *no breach date rule*<sup>197</sup>. Como ya se ha dicho, la norma general –de conformidad con el *Common Law* y en el *Statutory Law* [s. 50 (3) y s. 51 (3) *SGA 1979*] inglés– es que los daños y perjuicios se calculan confor-

<sup>193</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-079, p. 1849. También en MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-004–7-006, p. 236; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 20-115, p. 1188.

<sup>194</sup> LEGGATT, G., «Foreword to the Second Edition», en Adam Kramer (ed.), *The Law of Contract Damages*, 2nd, 2017, p. ix.

<sup>195</sup> KRAMER define la *legal causation* así: «[e]ven where the breach of contract has caused (in a 'but for' sense) the relevant loss, some events, actions or omissions subsequent to the breach may be sufficiently important that the law treats them as exculpating the breach of contract, such that the defendant will not be held responsible for the loss resulting from those events or actions, nor need the claimant give credit for the benefit accruing to it from them». KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 15-04, p. 354.

<sup>196</sup> *Ibid.*, párr. 15-41, p. 363.

En el contexto del Derecho español, DÍEZ-PICAZO también ha interpretado el *mitigation principle* como una ruptura de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 783-784.

<sup>197</sup> LEGGATT, G., «Foreword to the Second Edition», cit., p. ix. Esta idea ya había sido construida por KRAMER en el artículo de DYSON, A.; KRAMER, A., «There Is No Breach Date Rule...», cit., pp. 259-281.

me a la regla del mercado, que toma como referencia el precio corriente del día del vencimiento para el cumplimiento del contrato (*breach date rule*). Pues bien, para Kramer, tal término no es del todo una regla de derecho, sino simplemente recoge lo que sucede con frecuencia en la práctica. Por tanto, el plazo para el cumplimiento no debe ser tomado en cuenta en sentido estricto, sino que debe leerse en armonía con la mitigación de los daños. En consecuencia, cuando hay un mercado para la prestación, los daños y perjuicios se deben determinar conforme a si el acreedor, tras el incumplimiento (que puede ser anticipado), hubiese acudido de inmediato al mercado, realizando una *operación de reemplazo*<sup>198</sup>.

De acuerdo con la doctrina de Kramer, podría afirmarse que la celebración de una operación de reemplazo por el acreedor (o su hipotética celebración), cuando la prestación es fungible (o tiene un mercado relevante), asegura una correcta *cadena causal* de los daños producidos por el incumplimiento. Además, es la que determina el *momento relevante* en el que se deben cuantificar los daños y perjuicios contractuales.

Sin embargo, es preciso aclarar que, en este ordenamiento, el acreedor *no* tiene la obligación de mitigar los daños y perjuicios, pues la consecuencia de no mitigar los daños por parte del acreedor *no supone ninguna responsabilidad contractual*.<sup>199</sup> Simplemente, se limita la extensión de los daños producidos en la medida en que el acreedor los hubiese podido mitigar<sup>200</sup>.

### 3.3 LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO COMO MEDIDA DE MITIGACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

En general, la operación de reemplazo se ha caracterizado por ser una medida razonable para mitigar/evitar los *consequential damages* del incumplimiento. Por ejemplo, en el contrato de compraventa de bienes fungibles, por lo general, se asume que el acreedor, ante el incumplimiento, celebrará una ope-

---

<sup>198</sup> Dicha idea se encuentra cuidadosamente fundamentada y argumentada en los siguientes trabajos: DYSON, A., y KRAMER, A., «There Is No Breach Date Rule...», cit., pp. 259-281 (en particular, pp. 261-271); KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., pp. 84-86, 482-484.

<sup>199</sup> KRAMER, A., *The Law of Contract Damages*, cit., párr. 15-42, p. 364. Al respecto, *vid.* la larga lista de doctrina inglesa al respecto en ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables», *Indret*, 6, 2016, p. 5, en nota 3.

<sup>200</sup> BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, cit., p. 997; BURROWS, A.; CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, cit., p. 555; CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, cit., p. 531; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 387.

ración de reemplazo, pues es la medida más común y razonable *para minimizar el daño* en este tipo de contratos<sup>201</sup>.

Si el acreedor no lleva a cabo una operación de reemplazo tiene como consecuencia la limitación de la indemnización del *consequential loss* –[por ejemplo, el caso *The Solholt (1983)*]<sup>202</sup> 203.

La operación de reemplazo, en orden a mitigar los daños, debe ser una medida razonable para tal efecto<sup>204</sup>. Por ejemplo, la operación de reemplazo no debe suponer que el acreedor celebre transacciones o negocios complicados<sup>205</sup>, ya que el acreedor también podría considerar, *primero*, la oferta de su deudor<sup>206</sup>. Si el acreedor lleva a cabo el reemplazo, esta medida debe ejecutarse de manera razonable. Por ello, este no puede incurrir en gastos excesivos e irracionales en su celebración, so pretexto de su deber de mitigar el daño<sup>207</sup>.

<sup>201</sup> CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-090, p. 1857.

<sup>202</sup> *Sotiros Shipping Inc v. Sameiet Solholt (The Solholt)*, [1983] 1 *Lloyd's Rep.* 605 [Court of Appeal (Civil Division), 11 March 1983]. Hechos.—Un comprador demandó a su vendedor por el incumplimiento de una compraventa de un buque, debido a que el vendedor no lo entregó en plazo. El comprador, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, reclamó la cantidad de dinero correspondiente a la diferencia de precios entre el precio inicial de compra del buque y su precio de mercado en el momento de la resolución. Por su parte, el vendedor alegó que el comprador faltó a su deber de mitigar los daños, ya que este no intentó celebrar una razonable compra de reemplazo. La *Court of Appeal* estimó las alegaciones del vendedor, fundamentándose en lo siguiente: a) el comprador no estaba obligado a mitigar los daños, pues es libre de actuar como quiera, sin embargo, el vendedor *solo* es responsable de los daños *causados* por su incumplimiento; b) aunque los daños eran atribuibles al incumplimiento del vendedor, tales daños pudieron ser evitados por una acción razonable del comprador. Es decir, pudieron ser evitados por la compra del buque al precio original del contrato, acción que el comprador no tomó en cuenta.

<sup>203</sup> MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-043, p. 257. MCGREGOR cita el caso *Simon v Pawsons & Leafs* [(1933) 38 Com. Cas. 151 CA.]; el autor señala que, en dicho caso, se niegan los daños sobre la base de que el acreedor no había celebrado una compra de reemplazo, ya que este había tenido la oportunidad de comprar el bien frustrado en cualquier otra parte.

<sup>204</sup> BURROWS, A., y CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, cit., p. 557.

<sup>205</sup> MCKENDRICK señala el caso *Pilkington v. Wood*, [1953] Ch. 770 (*Chancery Division*, 21 Jul. 1953). MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 387. En dicho caso se argumenta, que el deber de mitigar los daños, por un incumplimiento de contrato *no* debe ir tan lejos como para obligar a la parte lesionada por el incumplimiento (el acreedor) a meterse en negocios complicados y/o en litigios con un tercero. *Pilkington v. Wood*.

<sup>206</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 387.

<sup>207</sup> Al respecto, *Lord Macmillan*, en el caso *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd*, [1932] A. C. 452 (*House of Lords*, 28 Apr. 1932), señala que, para el Derecho, es suficiente con que las medidas tomadas por el acreedor, en orden a mitigar los daños, sean razonables. No se tendrán en cuenta que aquellas sean las más beneficiosas para los intereses económicos del deudor. Transcribo las palabras del citado *Lord*: «[w] here the sufferer from a breach of contract find himself in consequence of that breach placed in a position of embarrassment the measures which he may be driven to adopt in order to extricate ought not to be weighed in nice scales at the instance of the party whose breach of contract has occasioned the difficulty. It is often easy after an emergency has passed to criticize the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency. The law is satisfied if the party placed in a difficult situation by reason of the breach of a duty owed to him has acted reasonably in the adoption of remedial measures and he will not be held disentitled to recover the cost of such measure merely because the party in breach can suggest that other measures less burdensome to him

Por ejemplo, el solicitar un préstamo con intereses muy altos, para cubrir el incumplimiento del contrato<sup>208</sup>.

### 3.4 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

Uno de los grandes debates dentro del sistema inglés y, en general, del Derecho angloamericano, gira en torno a la determinación del momento en el que el acreedor tiene derecho a demandar la indemnización por el incumplimiento anticipado. La cuestión es la siguiente: ¿el derecho a la indemnización nace desde que el deudor informa del repudio al cumplimiento del contrato o desde que el acreedor acepta tal repudio? Esta cuestión es muy relevante para determinar a partir de qué momento el acreedor tiene la carga de mitigar los daños.

1. Sobre dicha cuestión, la doctrina señala que el derecho a demandar la indemnización nace con la aceptación del *incumplimiento anticipado*<sup>209</sup>. Por ello, los daños han de fijarse con referencia al *momento* en que el acreedor *acepta* el incumplimiento anticipado.

Dicha regla se estableció en el caso *Hochster v De la Tour*<sup>210</sup>. Hechos.—Un empleador (demandado) había contratado a un trabajador (demandante) como mensajero de su empresa durante tres meses, a partir del 1 de junio. El empleador repudió el contrato el 11 de mayo. La *Court of Queen's Bench* decidió que el

---

*might have been taken*» (Subrayado mío). *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd*, p. 506. Cita de MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-070, p. 273.

Hechos del caso *Banco de Portugal v. Waterlow*.—Se demanda por el incumplimiento de un contrato de impresión de billetes, pues el demandado había impreso una gran cantidad de billetes falsos. El banco, demandante, tuvo que cambiar los billetes falsos por billetes auténticos, en protección de los derechos de las personas inocentes titulares de los billetes falsos. En el caso, se reclama, como indemnización de daños y perjuicios, la diferencia entre el precio del mercado de los billetes auténticos que tuvo que sustituir el banco a los titulares de los billetes falsos y el costo de la impresión de los billetes retirados del mercado. Hechos tomados del resumen de MCGREGOR en *Ibid.*, párr. 7-086, p. 282.

<sup>208</sup> CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, cit., p. 533.

Conforme a lo que señala *Lord Templeman*, en el caso *Compañía Financiera Soleada SA v. Hamoor Tanker Corp Inc (The Borag)* [1981] 1 W. L. R. 274, (*Court of Appeal (Civil Division)*, 19 December 1980): «[w]hatever principle is invoked – whether it be the principle of causation or mitigation – the acid test in the present circumstances must have been reasonableness; and, if the interest charges were unreasonable, they were not damages for which the managers are liable. I agree with Mr. Johnson that in some circumstances different principles may require different tests and produce different results, but in the present case, if the interest charges were unreasonable – they were too remote; they were not caused by the breach; they were not part of a reasonable form of mitigation – all these matters hang together». *Compañía Financiera Soleada SA v. Hamoor Tanker Corp Inc (The Borag)*, cit., p. 285.

<sup>209</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-092, p. 951.

<sup>210</sup> *Hochster v. De La Tour*, 118 E. R. 922, (*Court of Queen's Bench*, 25 June 1853).

trabajador podía demandar al empleador por la indemnización, sin tener que esperar hasta el 1 de junio<sup>211</sup>. La principal razón para ello, en palabras de TREITEL, es que: «if the claimant has no remedy for breach of contract unless he treats the contract as in force and acts upon it down to the 1st of June 1852, it follows that, till then, he must enter into no employment». Sin embargo, dicha decisión fue criticada, en cuanto que se debió sostener que, si bien el trabajador tenía derecho a ejercer el remedio de la resolución, solo podía exigir y fijar la indemnización a partir del 1 de junio (fecha del vencimiento del contrato)<sup>212</sup>.

Lo anterior ocurre porque las partes contratantes no están obligadas a aceptar el incumplimiento de la otra parte<sup>213</sup>. Sin embargo, si opta por ejercitar su derecho a la resolución del contrato, su deber será comunicar a la otra parte su decisión de aceptación del incumplimiento definitivo. Por lo que, a partir de aquel momento, el acreedor debe actuar conforme a que hay incumplimiento (y no conforme a si el contrato siguiera en la fase de ejecución)<sup>214</sup>.

2. En este mismo sentido, MCGREGOR indica que el deber de mitigar los daños en el incumplimiento anticipado no nace hasta que el incumplimiento se constituye<sup>215</sup>. El autor señala que la idea de forzar a la parte contractual a aceptar e incumplimiento previo del deudor, en orden a mitigar los daños y perjuicios, es algo que se ha malinterpretado en el *Common Law*<sup>216</sup>. La aceptación, o no, de este es opcional. Por tanto, el deber de mitigar los daños y perjuicios por parte del acreedor solo nace a partir de que este acepta el incumplimiento anticipado.

Si el acreedor *no acepta*, quiere decir que no hay incumplimiento anticipado y, por tanto, el contrato subsiste en beneficio de ambas partes, por lo que la mitigación del daño no resulta aplicable<sup>217</sup>. No obstante, Zurita observa –citando a Stewart Dunn– que «el deber de mitigar puede nacer en el momen-

<sup>211</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-080, p. 944.

<sup>212</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., párr. 17-080, p. 945.

<sup>213</sup> Al respecto, SOLER PRESAS apunta la peculiaridad del sistema contractual inglés, en cuanto que «(...) si bien niega al acreedor la *specific performance* salvo en los casos en que, a la luz de la *equity*, el remedio resarcitorio resulte claramente inapropiado para situar al acreedor en la posición económica de cumplimiento, le permite optar entre aceptar la *repudiation*, convirtiéndola así en verdadero incumplimiento y obligándose desde entonces a mitigar la pérdida, o a no aceptarla, e insistir en el cumplimiento hasta la fecha prevista de vencimiento». SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret*, 2, 2009, p. 15.

<sup>214</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit., p. 365.

<sup>215</sup> En *McGregor on Damages* se reconoce que, en el caso de *repudiation*, no se requiere que el acreedor acuda al mercado para celebrar operaciones de reemplazo, pues este no tiene el *deber de mitigar los daños* hasta que se constituya el incumplimiento (por el vencimiento del plazo). MCGREGOR, el comprador *is entitled to sit back on a rising market*. MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 20-017.

<sup>216</sup> *Ibid.*, párr. 7-020, p. 243.

<sup>217</sup> KRAMER, A., *Law Contract Damages*, cit., párr. 15-45, p. 365; MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-020, p. 243; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 9.

to en que el daño resulte razonablemente previsible como resultado del incumplimiento de un deber y, por tanto, podría surgir antes del *relevant breach*»<sup>218</sup>.

*En síntesis*, si la parte contractual *accepta* el incumplimiento anticipado de la otra, este se configura, por lo que el acreedor, entonces, tendrá derecho a demandar y reclamar los daños. Sin embargo, como ya se estudió previamente, el cálculo de los daños, prioritariamente, se determinará por la regla del mercado conforme al momento en el que, según el contrato, el deudor debía cumplir, *excepto* si se prueba que la cuantía pudo ser menor, como, por ejemplo, ocurriría si el acreedor hubiese celebrado una operación de reemplazo<sup>219</sup>. En otras palabras, la mitigación del daño y, en consecuencia, el deber de llevar a cabo un reemplazo nace a partir del momento en el que la parte *accepta* el incumplimiento anticipado. Un ejemplo de ello, referido al contrato de compraventa, es el caso *Melachrino v Nickoll* (1920)<sup>220</sup>.

Hechos.—Un comprador demandó (en arbitraje, al principio) por el incumplimiento del vendedor de un contrato de compraventa de semillas de algodón egipcio, que se había comprometido a entregar durante diciembre de 1916, para ser embarcarlas en un buque de vapor. En el contrato se estipuló que, en caso de incumplimiento por cualquiera de las dos partes, el acreedor, previa notificación al deudor, tenía derecho a celebrar una compra, o venta, de reemplazo, y el deudor debería indemnizar los perjuicios de conformidad con el reemplazo realizado. El 14 de diciembre de 1916, la vendedora *repudió* el contrato y se negó, injustificadamente, a entregar las semillas de algodón. Ese mismo día, los compradores *acceptaron el repudio* del contrato y se configuró el *incumplimiento anticipado*<sup>221</sup>.

La compradora, en su demanda, reclamó los daños y perjuicios, conforme a la regla del mercado del día en que aceptó el repudio de la vendedora (14 de diciembre de 2016). Por su parte y en su contestación, la vendedora alegó, que los daños debían calcularse, conforme a regla del mercado, pero tomando como referencia el precio del mercado del día en que debieron entregarse las semillas de algodón, toda vez que la parte compradora no le había notificado la aceptación del repudio del contrato, ni realizado la compra de reemplazo<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 9, nota 26.

<sup>219</sup> MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, cit., párr. 7-021, p. 244. Ello también está relacionado con la *gestión razonable del acreedor de los remedios*, bajo el deber de mitigar los daños, explicado en *Chitty on Contracts* (párr. 26-103, p. 1866). Es por ello por lo que, según señala *Chitty*, la mitigación solo empieza a operar si el acreedor acepta el incumplimiento anticipado. De lo contrario, el deber de mitigar los daños solo nacerá cuando se produzca el incumplimiento por el vencimiento del plazo para el cumplimiento. CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-092, p. 1858.

<sup>220</sup> *Melachrino v. Nickoll*, [1920] 1 K. B. 693 [King's Bench Division (Commercial Court), 10 December 1919].

<sup>221</sup> *Melachrino v. Nickoll*, cit., pp. 693-694.

<sup>222</sup> *Melachrino v. Nickoll*, cit., p. 694.

La *Court* se cuestionó si el verdadero cálculo de los daños era (como sostuvieron los árbitros) la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado del día 14 de diciembre (fecha del incumplimiento anticipado), o si el cálculo debía ser mediante la diferencia de precios conforme al momento en el cual las semillas de algodón habrían debido ser entregadas al comprador. *Lord Bailhache* estimó que era deber del comprador acudir al mercado y realizar una compra de reemplazo de bienes equivalentes a los del contrato, siempre que existiese una oportunidad *razonable*, pues el comprador estaba bajo el deber de mitigar los daños. Por tanto, el citado *Lord* consideró que, en este caso, los daños se calculaban conforme al *precio de mercado de la fecha en la que el comprador pudo realizar una compra de reemplazo*, y no del día estipulado para el cumplimiento. Al respecto, argumentó que el incumplimiento anticipado significa que el contrato llega a su fin y, por ende, que el vendedor-deudor no puede sacar provecho de ninguna circunstancia posterior que le hubiera dado una justificación para el incumplimiento de su contrato, si no se hubiera aceptado su repudio<sup>223</sup>.

## V. CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO

1. En el Derecho de contratos inglés, la operación de reemplazo es fundamental en la restricción al ejercicio de la pretensión de cumplimiento, como remedio del incumplimiento. En este sentido, el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico si acredita, ante el juez, que *no* puede realizar fácilmente una operación de reemplazo, debido a que la prestación, o bien es específica, o bien es escasa en el mercado. También, si acredita que la realización de la operación de reemplazo le es inviable económicamente.

2. En cuanto al remedio de la indemnización, concretamente, a la determinación del daño indemnizable, el criterio que toma en cuenta el daño de la operación de reemplazo realizada por el acreedor *no* es un criterio prioritario en el *Common Law* y, por ende, tampoco se regula en el *Statutory Law*.

El criterio principal para la determinación del daño contractual es la regla del mercado o regla del mercado [regulada, para la compraventa, en la *SGA 1979*, ss. 50 (3) y 51(3)].

En otro orden, el *Statutory Law* regula una particular venta de reemplazo (s. 48 *SGA 1979*), como una garantía concedida al vendedor-acreedor para la satisfacción del interés del comprador en el pago del precio frustrado por el comprador (y aún cuando el comprador está dispuesto a recibir las mercancías). Sin embargo, cuando el vendedor lleva a cabo la venta de reemplazo,

---

<sup>223</sup> *Melachrino v. Nickoll*, cit., p. 697.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

cumpliendo con los requisitos exigidos, la cuantificación del daño se articula mediante la regla del mercado.

3. Por lo general, en el Derecho inglés, se considera que el precio de la operación de reemplazo es relevante simplemente como una prueba del precio del mercado, cuando este sea difícil de establecer.

No obstante, conforme a jurisprudencia inglesa, la operación de reemplazo se encuentra implícita en la cuantificación de los daños y perjuicios contractuales de la regla del mercado [regulada en la *SGA 1979*, ss. 50 (3) y 51(3)]. La operación de reemplazo (implícita en la *regla del mercado*) es una expresión de deber de mitigar los daños. Pues, la celebración de una operación de reemplazo por parte del acreedor (o su hipotética celebración), cuando existe un mercado para la obtener el equivalente de la prestación, asegura una correcta *cadena causal* de los daños producidos por el incumplimiento.

4. Sin perjuicio de lo anterior, el precio obtenido en la operación de reemplazo realizada por el acreedor (*actual loss*) *no desplaza* al precio objetivo del mercado. Salvo que la operación de reemplazo se realice con el mismo deudor (es decir, cuando se trata de una renegociación del contrato).

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: LA CONSTRUCCIÓN DE UN «REMEDIO» AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE

*«The primary purpose for including the right to “cover” (both a buyer’s right to cover a seller’s right to resell) was to give the aggrieved party a remedy more consistent with commercial practice and to simplify coveries by not requiring detailed proof of market prices»<sup>1</sup>.*

#### I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho estadounidense, la operación de reemplazo es fundamental en el funcionamiento del sistema de responsabilidad contractual. A partir de la adopción del *UCC*, el sistema de cálculo concreto del daño según la regla de la operación de reemplazo se constituyó como un criterio prioritario frente a los otros métodos de determinación del daño. Como consecuencia de ello, se ha desarrollado una fructífera casuística sobre la aplicación de esta regla. Teniendo esto a la vista, en este capítulo me ocuparé de estudiar en profundidad la regla de la operación de reemplazo en el sistema de remedios del incumplimiento contractual, en el Derecho estadounidense.

En *primer lugar*, analizaré la operación de reemplazo y su relación con el remedio del cumplimiento específico. *En segundo lugar*, llevaré a cabo un estudio detallado de la figura de la operación de reemplazo (*substitute transac-*

---

<sup>1</sup> NORDSTROM, R., «Seller’s Damages Following Resale Under Article Two of the Uniform Commercial Code», *Mich. L. Rev.*, vol. 65, 1967, p. 1306.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

tion 2) en el *Common Law* estadounidense y, en especial, en el *UCC*. Este último texto legal me llevará a enfocarme en la compraventa, dividiendo mi estudio, por un lado, en la *compra de reemplazo* y, por otro lado, en la *venta de reemplazo* (sin perjuicio de que sus discusiones puedan aplicarse a otros tipos contractuales diferentes de la compraventa). A partir de ello, analizaré las particularidades legales, los problemas jurídicos y las discusiones jurisprudenciales que tanto la compra como la venta de reemplazo pueden acarrear.

Antes de empezar con la materia anunciada, es preciso que realice algunas consideraciones preliminares sobre los rasgos propios del Derecho de contratos estadounidense. En particular, me referiré a las principales fuentes, las nociones de contrato y de incumplimiento y la caracterización del remedio indemnizatorio. La presentación de estos elementos básicos permitirá, posteriormente, una mejor comprensión de la operación de reemplazo.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS DEL DERECHO CONTRACTUAL ESTADOUNIDENSE

### 1. Las Fuentes

#### 1.1 EL *COMMON LAW* ESTADOUNIDENSE

El Derecho estadounidense, como es sabido, heredó del Derecho inglés la tradición del *Common Law*. Gran parte de su actual Derecho de contratos se fundamenta en las ideas del *antiguo* Derecho inglés<sup>3</sup>. Sin embargo, desde la

---

<sup>2</sup> La expresión *substitute transaction* se utiliza para referirse a la regla de la operación de reemplazo; en el caso del contrato de compraventa, incluye la compra de reemplazo (*cover*) y la venta de reemplazo (*resale*). Sin embargo, también, se emplea la expresión *cover remedy* para referirse a la operación de reemplazo en general, propia del lenguaje del *UCC*. *Vid. infra* IV.3.

<sup>3</sup> FARNSWORTH explica los comienzos de la intensa recepción del *English Case Law*, a principios del siglo XVIII, en las colonias americanas. Sin embargo, WIGMORE sitúa tal recepción mucho antes, a comienzos del siglo XVII (*vid.* WIGMORE, J. H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, Vol. III, West Publishing Company, Saint Paul, 1928, pp. 1090-1099, en particular p. 1098).

Dicha recepción se ha explicado por la rápida expansión, crecimiento y mercantilización de las colonias, que hacía que requirieran de un Derecho mercantil más moderno. En este contexto, se señala que empezaron a aparecer importantes tratados de comentarios al Derecho británico y que muchos juristas estadounidenses iban a formarse a Londres mientras que algunos juristas ingleses acudían a las colonias. Como consecuencia de ello, se generó una fuerte influencia del Derecho inglés en el Derecho mercantil norteamericano. FARNSWORTH, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4th, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 9-11.

independencia de las colonias, cada ordenamiento ha adquirido su propia identidad y características, a pesar de que aún se influyen recíprocamente<sup>4</sup>.

El *Common Law* se fundamenta en los precedentes jurisprudenciales. Los precedentes corresponden a las sentencias de las cortes de apelación (*Courts of Appeals*) y de la *Supreme Court* de los diferentes estados (*State Supreme Court*), pues las sentencias de primera instancia no se publican, y la *publicación* es un requisito para considerarse como precedente<sup>5</sup>.

El Derecho de contratos estadounidense tiene un carácter más estatal que federal. Sin embargo, las diferencias entre los estados radican más en la forma o en los pequeños detalles, que en la sustancia y en el fondo<sup>6</sup>.

## 1.2 EL RESTATEMENT OF CONTRACTS

En el siglo xx, el Derecho contractual estadounidense ha experimentado una progresiva *sistematización o codificación*<sup>7</sup>. Una de las formas de sistematización se llevó a cabo gracias al *American Law Institute (ALI)* y su famoso

<sup>4</sup> FARNSWORTH relata cómo posteriormente, resultado de la Revolución de las 13 colonias americanas (1763 – 1789), los nacientes estados, después de la declaración de independencia (1776), desarrollaron una *política con un sentimiento antibritánico*, que provocó que se implementaran leyes *prohibiendo* citar el *Case Law* inglés. Sin embargo, durante el siglo xix, los estadounidenses no contaban con un buen cuerpo de precedentes para ser aplicados por los jueces, lo que hizo que muchos de ellos se inclinasen por atender al *sistema francés* y citar *escritores europeos* en Derecho comercial. (Sobre la mayor importancia de los fundamentos culturales y psicológicos del *Common Law* en detrimento de potenciales silogismos judiciales, *vid.* HOLMES, O., *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1945, pp. 247-248).

Los tratados de Derecho norteamericano propio no empezaron a aparecer hasta 1826 con los *Commentaries on American Law* de James Kent, lo que contribuyó a la uniformidad, contrarrestando la tendencia a la diversidad entre los diferentes sistemas legales que se reflejaban en las colonias. El periodo posterior a la guerra civil (1861-1865) generó un crecimiento considerable de la población, de su concentración en las ciudades, del desarrollo industrial y, por tanto, el volumen de casos jurídicos estadounidenses fue creciendo paralelamente. En consecuencia, se imponía a los Tribunales y a los jueces la nueva tarea de sistematizar su Derecho.

En la actualidad, es muy poca la influencia del Derecho inglés, muy raramente se citan sus recientes casos. Aunque siguen siendo referencia los clásicos casos ingleses; a la manera de lo que ellos denominan *taught tradition*. Por ejemplo, en la materia de la extensión de daños contractuales (la denominada *foreseeability*) sigue siendo un punto de partida el caso inglés *Hadley v. Baxendale* (1854). FARNSWORTH, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, cit., pp. 12-15. En este mismo sentido: SCOTT, R.; KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, LexisNexis, San Francisco, CA, 2013, p. 2.

<sup>5</sup> No obstante, se empieza a señalar que la publicación de las resoluciones judiciales es un requisito que cada vez tiene menos importancia. FARNSWORTH, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, cit., p. 53.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>7</sup> «Durante el siglo xx una considerable integración económica creó un verdadero mercado nacional. Como respuesta, la doctrina contractual ha sido armonizada hasta el punto de que existen pocas diferencias de Estado a Estado. Este movimiento ha sido apoyado por las leyes modelo y las leyes uniformes adoptadas por la mayoría de los estados, lo cual se percibe claramente en la adopción del *UCC*». ROSETT, A., «Nociones fundamentales sobre el Derecho contractual», en Marta Morineau, Sergio López Ayllón (eds.), *El de-*

*Restatement of Contract*. El *Restatement* se hizo con la intención de armonizar y evitar la masificación de casos de Derecho contractual<sup>8</sup>. Así, se conformó como una *reunión de principios del Derecho de contratos*, y no como un Derecho regulado; esto hace que siga formando parte del *Common Law*<sup>9</sup>. El primer *Restatement of Contracts* se publicó en mayo de 1932. Posteriormente, el *Restatement* fue revisado y se publicó una segunda versión en 1981, denominada el *Restatement (Second) of Contracts*. Sus reglas se caracterizan por tener un enunciado, uno o varios comentarios explicativos del enunciado oficial y una serie de ejemplos ilustrativos. Además, las reglas del *Restatement of Contracts* no se vinculan a ningún tipo de contrato en particular<sup>10</sup>.

La legitimidad y aplicación de los *Restatements* no es reglamentaria (como lo sería un Código civil en nuestro sistema de Derecho continental), pues, como he señalado, siguen siendo parte del *Common Law*. Sin embargo, Farnworth señala que los *Restatements* tienen un *alto nivel de persuasión* dentro del *Common Law*, gracias a que son principios recogidos por respetadas autoridades académicas en Estados Unidos<sup>11</sup>.

### 1.3 EL *UNIFORM COMMERCIAL CODE*

Otra forma de sistematización del Derecho de contratos estadounidense, y, sin duda, la más significativa y relevante, es el *UCC*, pues este sí se hizo en forma de Derecho positivo (*Statutory Law*)<sup>12</sup>.

Las reglas del *UCC* provienen del Derecho comercial, que correspondía a los usos y costumbres que gobernaban los contratos en asuntos mercantiles hasta el siglo XVII y que aplicaban los jueces convocados por los comerciantes. Estos usos y costumbres mercantiles fueron reducidos a Derecho escrito, por

---

recho de los Estados Unidos en torno al comercio y la inversión, 4th, National Law Center for Inter-American Free Trade, 1999, p. 125.

<sup>8</sup> El *American Law Institute*, en 1923, compuesto por un prestigioso grupo de abogados, jueces y profesores de derecho, se reunió con la intención de reducir la masificada cantidad de resoluciones judiciales a un cuerpo de reglas más accesible; los *Restatements of Law*. El Derecho de contratos fue el primer campo en hacerse en forma de *Restatement* en 1932. FARNSWORTH, A., *Contracts*, 4th, Aspen, New York, 2004, p. 27.

<sup>9</sup> *Restatement (First) of Contracts*, en *Introduction (object and Character of the restatement)*: «The function of the Institute is to state clearly and precisely in the light of the decisions the principles and rules of the common law».

<sup>10</sup> Introducción del *Restatement (Second) of Contracts*: «(Particular types of contracts)/. The Restatement of this Subject does not deal with special rules governing particular types of contracts».

<sup>11</sup> FARNSWORTH, A., *Contracts*, cit., p. 27.

<sup>12</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, vol. I, 3th, Aspen, New York, 2004, p. 41; SCOTT, R.; KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 2.

primera vez, en la *British Sale of Goods Act* de 1803, adoptada por Estados Unidos en 1906 en el *Uniform Sales Act*. Después del final de la II Guerra Mundial, gracias a la *National Conference of Commissioners on Uniforms State Laws (NCCUSL)* y del *ALI*, se preparó el *UCC*, no solo para reemplazar a la *Uniform Sales Act*, sino también para uniformizar las cuestiones relativas al Derecho comercial en general<sup>13</sup>. Bajo el liderazgo del académico Karl Llewellyn, el *UCC* se promulgó para promover la uniformidad en todos los estados y jurisdicciones del país<sup>14</sup>. Su primer borrador oficial fue publicado en 1951 y promulgado en Pensilvania en 1953, entrando en vigor el 1 de julio de 1954<sup>15</sup>. Luego se reprodujo el mismo Código con comentarios en 1958<sup>16</sup>.

En muchos aspectos, el *UCC* tuvo enfoques muy distintos a los de la *Uniform Sales Act*. La innovación más importante del *UCC* radicó en que recogió el *Case Law* de la compraventa y lo convirtió en Derecho positivo (art. 2 *UCC*)<sup>17</sup>. El artículo 2 *UCC* fue descrito por Llewellyn como «el corazón del Código»<sup>18</sup>, y se limita a las transacciones de *goods*<sup>19</sup> (no incluye los

<sup>13</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 42, nota 7.

<sup>14</sup> § 1 – 103 *UCC*: «(a) [*The Uniform Commercial Code*] must be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies, which are: [...] (3) to make uniform the law among the various jurisdictions».

Si una decisión de otra jurisdicción interpreta el *UCC*, el juez debe dar más relevancia a esta interpretación de la que ordinariamente da al *Case Law*, en su jurisdicción, para evitar inconsistencias en la aplicación del *UCC*. FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 45. Al respecto, también DiMATTEO, L. A., «An American Perspective on the European Harmonisation of Contract Law», en Francisco De Elizalde (ed.) *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, Hart, Oxford, 2018, pp. 247-249.

Sobre la influencia de Llewellyn, *vid.* ABYAD, I., «Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn's Uniform Commercial Code Jurisprudence», *Virginia Law Review*, vol. 83, 2, 1997, p. 430 y ss. También tuvo una importante influencia el famoso jurista europeo Ernst RABEL («The sales law in the Proposed Commercial Code», *The University of Chicago Law Review*, vol. 17, 3, 1950, pp. 427-440).

<sup>15</sup> *Vid.* el párrafo segundo del *General Comment of National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the American Law Institute* al comienzo del *UCC*, cit.

<sup>16</sup> En respuesta a las críticas hechas en un estudio de la *New York Revision Commission*, la NCCUSL volvió a reproducir el Código con comentarios en 1958. FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 42.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>18</sup> LLEWELLYN, «Why we need a Uniform Commercial Code», *U. Fla. L. Rev.*, 10, 1957, p. 378.

<sup>19</sup> Cabe recordar que el término de *goods* hace referencia solo a bienes muebles; en Derecho comercial, específicamente, a productos o mercancías. Su definición se puede encontrar en el § 2 – 105 (1) *UCC*: «(1) *goods* means all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale other than the money in which the price is to be paid, investment securities (Article 8) and things in action. "Goods" also includes the unborn young of animals and growing crops and other identified things attached to realty as described in the section on goods to be severed from realty». La definición estadounidense es: «[t]angible or movable personal property other than money; esp., articles of trade or items of merchandise 'goods and services'. GARNER, B., *Black's Law Dictionary*, 10th, Thomson Reuters, U. S. A., 2004. También *vid.* el término *goods* en el diccionario jurídico inglés-español de ALCARAZ, E.; y otros, *Diccionario de términos jurídicos Inglés – Español*, cit., p. 292. («[g]oods: productos, bienes, mercancías, efectos de comercio, géneros, especies, mercaderías»).

inmuebles y los servicios). El artículo 2 *UCC* representa un ambicioso esfuerzo por *simplificar, modernizar y estandarizar* el Derecho que gobierna en varios estados ciertos tipos de contratos, principalmente, los de compraventa. Su importancia y acogida es tan elevada, que todos los estados, excepto el de Luisiana, han promulgado el artículo 2 *UCC*<sup>20</sup>.

Como elementos innovadores del artículo 2 *UCC*, se destaca la incorporación del principio de la buena fe, la doctrina de la *unconscionability (unfairness)* (cláusulas abusivas), la doctrina de la *impracticability (hardship o exesiva onerosidad)*, la interpretación «contextual» de los contratos, la *cover rule* (regla de la operación de reemplazo), entre otras<sup>21</sup>.

*Respecto a la actualización del artículo 2 UCC*, en los últimos años, con la ayuda del *NCCUSL* y el *ALI*, su contenido se ha revisado en su totalidad. Como los redactores consideraron engorrosa y casi imposible la adopción de esta revisión por cada uno de los estados, decidieron adoptar la revisión en un sistema de *Amendments*, que se encuentran en los anexos al código<sup>22</sup>. Los últimos fueron realizados por la comisión del código se hicieron en el año 2003.

Finalmente, debo aclarar que, a pesar de la regulación del *UCC* y de otras regulaciones de Derecho escrito (sobre específicas áreas del Derecho de contratos, gran parte del moderno Derecho de contratos estadounidense sigue basándose en el *Case Law*<sup>23</sup>.

## 2. Las nociones de contrato y de incumplimiento

### 2.1 EL CONCEPTO DE CONTRATO EN LOS INSTRUMENTOS ESTADOUNIDENSES

Aunque en este epígrafe no realizaré un estudio profundo de lo que significa, o debe entenderse, por *contrato* en el Derecho estadounidense, ya que no es mi tema central de estudio, sí haré una presentación general de su concepto en este ordenamiento. El concepto de contrato está estrechamente conectado con el de los remedios del incumplimiento, especialmente, con la finalidad de la reparación de los daños y perjuicios contractuales.

---

Por lo tanto, en este capítulo traduciré del inglés al español el concepto de *goods* como mercancías, productos o bienes.

<sup>20</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 2.

<sup>21</sup> DiMATTEO, L. A., «An American Perspective on the European Harmonisation of Contract Law», cit., p. 249.

<sup>22</sup> WHITE, J.; SUMMERS, R., y HILLMAN, R., *Uniform Commercial Code, Practitioner Treatise Series*, vol. I, 6th, WEST, New York, 2012, p. v (prefacio).

<sup>23</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 3.

Actualmente, se pueden encontrar muchas definiciones de contrato, aunque, aclaro, la doctrina no aconseja enmarcar el concepto de contrato en las restricciones que, en sí misma, tiene una definición<sup>24</sup>.

La definición más utilizada del término es la contenida en el § 1 *Restatement (Second) of Contracts*: «A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty»<sup>25</sup>. Sobre esta definición, Corbin criticó que no informa de qué tipos de factores van a operar para crear derechos o deberes contractuales, calificándola de poco útil y engañosa<sup>26</sup>.

Otro concepto de contrato, que puede ser más completo, se puede derivar de las definiciones proporcionadas en el § 1-201 (3) y (12) *UCC*, en especial, cuando se trata del contrato de compraventa. En estas se distingue *contract* de *agreement*, definiendo los dos conceptos así:

§ 1-201 (3) *UCC*: «“Agreement”, as distinguished from “contract”, means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303».

§ 1-201 (12) *UCC*: «“Contract”, as distinguished from “agreement”, means the total legal obligation that results from the parties’ agreement as determined by [the Uniform Commercial Code] as supplemented by any other applicable laws».

Con relación a las anteriores definiciones, Corbin, en cambio, valoró el mérito de ambas al reconocer que el contrato establece una relación entre las partes contratantes que va mucho más allá de sus promesas expresas<sup>27</sup>. Sin embargo, consideró que a estas definiciones les faltaba definir las consecuencias jurídicas que tienen las obligaciones contraídas entre las partes, siendo el objetivo principal del Derecho de contratos llevar a cabo las expectativas contractuales de las partes<sup>28</sup>.

Otra reciente idea sobre el significado de contrato se encuentra en el *Case Law*, en los denominados *Cotton Cases* de 1973<sup>29</sup>. En dicho año hubo un con-

<sup>24</sup> CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, vol. I, WEST, New York, 1993, p. 7; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 4.

<sup>25</sup> Nótese que es una definición muy parecida a la noción de contrato «moderna», propuesta por la doctrina inglesa. Vid. capítulo segundo, apartado II.3.1.

<sup>26</sup> CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, cit., vol. I, p. 8.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>28</sup> *Ibid.*, nota 11.

<sup>29</sup> *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Assn.*, 370 F Supp. 1353 (U. S. District Court for the Western District of Louisiana, Jan 31, 1974) y *J. L. McEntire & Sons v. Hart Cotton Co.*, 511 S. W.2d 179, 183 (Supreme Court of Arkansas, Jul. 8, 1974).

siderable incremento del valor del algodón en el mercado estadounidense. Algunos agricultores habían acordado, al comienzo de año, vender el algodón de sus cosechas al precio del mercado (30 dólares por libra). Cuando la cosecha de algodón estaba lista para ser entregada, el precio del mercado había subido, por diversas circunstancias, a 80 dólares por libra. La cuestión que la *Court* examinó, de todas las demandas presentadas, fue si aquellas «promesas» se podían ejecutar por el comprador, al precio establecido en los contratos de compraventa a comienzos del año. La *Court* consideró que sí tenían que cumplir sus obligaciones al precio estipulado en el contrato, porque había un intercambio recíproco de prestaciones<sup>30</sup>.

En definitiva, el concepto de contrato en el Derecho angloamericano va ligado a la coercibilidad de la obligación contractual. Para distinguir cuáles obligaciones son exigibles y cuáles no, al igual que el derecho inglés, se exige la *consideration*<sup>31</sup>.

## 2.2 EL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento, al igual que el Derecho inglés, es cualquier desviación del cumplimiento del contrato, sea grave o no, sea parcial o total<sup>32</sup>.

En concreto, el Derecho estadounidense, en su § 235 *Restatement (Second) of Contracts*, prevé: «(1) *Full performance of a duty under a contract discharges the duty*», y «(2) *When performance of a duty under a contract is due any non-performance is a breach*». No obstante, el incumplimiento puede no constituirse en caso de existir una condición suspensiva del contrato [§ 225 *Restatement (Second) of Contracts*], o de imposibilidad de cumplimiento de la obligación [capítulo 11 (*Impracticability of performance and frustration of purpose*) *Restatement (Second) of Contractst*].

---

<sup>30</sup> Casos: *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Assn.* y *J. L. McEntire & Sons v. Hart Cotton Co.* en: FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 6.

<sup>31</sup> La *consideration*, en el Derecho estadounidense, se encuentra delimitada en el § 71 *Restatement (Second) of Contracts*. Según esta norma, la *consideration* exige que se cumpla el requisito del denominado «*bargained for*», el cual se cumple si hay un lucro recíproco entre ambas partes del contrato [comentario (b) al § 71 *Restatement (Second) of Contracts* y *Cotton Cases de 1973; Supra*]. Anteriormente, la *consideration* se consideraba como una ganancia de una parte en detrimento de la otra. *Vid.* CALAMARI, J., y PERILLO, J., *Contracts*, 3rd, Hornbook Series, WEST, 1987, p. 186.

<sup>32</sup> El mismo concepto en la doctrina tradicional se puede ver en *Ibid.*, p. 513 y ss. En la doctrina moderna *vid.* SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 778. Para un interesante desarrollo sobre la teoría del cumplimiento estricto de los contratos, *vid.* SMITH, S., *Contract Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 376-386.

Frente a todos los demás desvíos del cumplimiento del contrato, hay consenso en que cualquier insatisfacción del acreedor de los términos del contrato constituye incumplimiento, al margen de la culpabilidad del deudor, o si el incumplimiento no fue esencial<sup>33</sup>.

### 3. Breve descripción del sistema de remedios

Desde la doctrina más clásica a la más moderna, se ha considerado que, para cualquier tipo de incumplimiento, el Derecho concederá a la *parte perjudicada*<sup>34</sup> el remedio más apropiado al caso, que puede consistir en la concesión de una determinada suma de dinero (a través de la indemnización de daños y perjuicios) o, en ocasiones, en la concesión del cumplimiento específico<sup>35</sup>.

La resolución, al igual que en el Derecho inglés, es un remedio excepcional. Conforme al UCC, ocurre cuando una de las partes resuelve el contrato, en virtud de un derecho concedido por el mismo contrato o por la Ley<sup>36</sup>.

Scott/Kraus observan que, aunque la vía más sencilla de ejecución de las obligaciones pueda parecer el cumplimiento específico, raramente, el acreedor puede optar por el cumplimiento específico (sobre esto volveré más adelante)<sup>37</sup>. Esto se debe a que el contrato tiene una fundamentación meramente económica. Con el contrato nacen dos deberes: el de cumplir lo pactado y, en caso de incumplimiento, el de dejar al acreedor en la misma *situación económica* que tendría si el contrato se hubiese cumplido. Por tanto, en el Derecho estadounidense (y en el angloamericano en general), los remedios del incumplimiento se dirigen a determinar el monto (monetario) de la indemnización de daños y perjuicios más apropiado para restablecer la situación económica del acreedor<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 778.

<sup>34</sup> Utilizaré la expresión parte perjudicada o perjudicado (*aggrieved party*), debido a que es el término empleado para los remedios del incumplimiento. *Vid.* § 1-201 (b) (2) *UCC*. La expresión acreedor la emplearé más en el ámbito del remedio indemnizatorio.

<sup>35</sup> CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, West Publishing, New York, 1952, p. 930.

<sup>36</sup> § 2-106 *UCC* «Definitions./ (3) “Termination” occurs when either party pursuant to a power created by agreement or law puts an end to the contract otherwise than for its breach. On “termination” all obligations which are still executory on both sides are discharged but any right based on prior breach or performance survives».

<sup>37</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 94. *Vid. infra* III.

<sup>38</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, pp. 148 ss.

Ahora bien, como ya se indicó, el sistema de responsabilidad contractual angloamericano *no* tiene como fin castigar (o sancionar) la conducta de quien incumple un contrato, sino el de reparar a la parte perjudicada por el incumplimiento. En este sentido, la indemnización de daños y perjuicios no considera los denominados daños punitivos<sup>39, 40</sup>.

#### 4. Generalidades de la indemnización

La indemnización, como sabemos es el remedio principal y general del incumplimiento en el Derecho anglosajón<sup>41</sup>. Al respecto, resultan muy elocuentes y contundentes las ya clásicas palabras del insigne jurista estadounidense Holmes: «[t]he duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else»<sup>42</sup>.

Para ello, se acude al denominado *adequacy of damages* donde la posibilidad de llevar a cabo una operación de reemplazo juega un papel básico. Si el perjudicado puede satisfacer su interés contractual acudiendo al mercado, el acreedor solo puede optar por el remedio indemnizatorio, para tutelar su derecho de crédito. Farnsworth señala que la realización de una operación de reemplazo es la vía más eficiente para prevenir lesiones contra el cumplimiento específico o la *injunction*, pues, en caso de que esta no se pueda realizar, ello es una buena razón para limitar el derecho a la indemnización<sup>43</sup>.

Cuando la indemnización resulta ser remedio *adecuado* para la satisfacción del interés, el perjudicado *siempre* tendrá derecho a esta por el solo hecho del incumplimiento. Como mínimo tendrá derecho a los denominados *nominal damages*, incluso, cuando no hay perjuicio (*loss*)<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> En el Derecho español también se utiliza la expresión «daños punitivos», en materia contractual. Vid. Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, pp. 782, 783. En materia extracontractual, vid. en REGLERO CAMPOS, L. F. y otros, *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I, 5.<sup>a</sup>, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 64-94, en particular p. 73.

<sup>40</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 149.

<sup>41</sup> En la doctrina estadounidense, vid. FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., pp. 1145-47; KRONMAN, A., «Specific Performance», *Chicago L. Rev.*, vol. 45, 1, 1977, p. 354.

<sup>42</sup> HOLMES, O., «The Path of the Law», *Harv. L. Review*, vol. 10, 8, 1897, p. 462. En este sentido, también son memorables las palabras de HOLMES, en unos de sus clásicos fallos: «[i]f a contract is broken the measure of damages generally is the same, whatever the cause of the breach». *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U. S. 540 (Supreme Court of the United States, Apr. 16, 1903), p. 544.

<sup>43</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 175.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 189.

#### 4.1 PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: INTERÉS POSITIVO E INTERÉS NEGATIVO

La función principal del remedio indemnizatorio es la satisfacción del *expectation interest* (interés positivo), que busca dejar a la parte perjudicada en la misma posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido. Este principio, como criterio para el cálculo de los daños y perjuicios contractuales, se reconoce expresamente en el § 347 *Restatement (Second) of Contracts*<sup>45</sup> y en el § 1-305 *UCC*<sup>46</sup>.

Finalmente, he de mencionar que algunos autores ha puesto en duda el criterio del *expectation interest*, para dar paso al criterio de *reliance interest* (interés negativo), en la determinación del daño contractual<sup>47</sup>. No obstante, otra parte de la doctrina considera que, quizás, tal debate *sea irrelevante* para el Derecho de contratos, pues, la cuestión central debe ser la de determinar si la indemnización, a través de cualquiera de los criterios que se elija, efectivamente *repara el lucro esperado* por el contrato<sup>48</sup>.

#### 4.2 LOS CRITERIOS ESPECÍFICOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO

La doctrina estadounidense considera que cuando la expectativa de la obligación conlleva en gran parte, o exclusivamente, la realización de un lucro económico, como sucede en la mayoría de las transacciones significativas comerciales, el *expectation interest* puede ser cuantificado monetariamente con cierta garantía<sup>49</sup>. En algunos casos, dicha cuantificación resulta sencilla, por ejemplo, en donde procede la aplicación de la regla de la operación de reem-

<sup>45</sup> *Infra* II.4.2.

<sup>46</sup> § 1-305 *UCC*: «*Remedies to be Liberally Administred/ (a) The remedies provided by [the Uniform Commercial Code] must be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed but neither consequential or special damages nor penal damages may be had except as specifically provided in [the Uniform Commercial Code] or by other rule of law*».

<sup>47</sup> FULLER, L. L., y PERDUE, W. R., «The Reliance Interest in Contract Damages», cit., pp. 373-420. Más reciente, se encuentran más estudios que ponen en duda el *expectation interest*, la teoría del *bargain* y el triunfo del *reliance* en el Derecho de contratos estadounidense. Entre estos, se encuentra en la famosa obra de GILMORE, G., *The death of contract; The ages of American law*, Gryphons Editions, New York, 1997. En estas líneas, cabe destacar la elocuente conclusión de su obra: «*we might say that what is happening is that 'contract' is being reabsorbed into the mainstream of "tort"*» (p. 152). También, GORDLEY, J., «Myth of "Expectation Interest"», *U. Pac. L. Rev.*, vol. 52, 77, 2020.

<sup>48</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., pp. 843-844.

<sup>49</sup> FARNSWORTH, A.; SANGER, C.; COHEN, N.; BROOKS, R., y GARVIN, L., *Contracts. Cases and Materials*, 8th, University cases Book Series, Foundation Press, 2013, p. 640.

plazo o de la del mercado<sup>50</sup>. Sin embargo, hay otros casos en lo que ello no es tan sencillo, como cuando el retraso en el cumplimiento ocasiona una pérdida invaluable de oportunidad<sup>51</sup>.

Un concepto *básico* en el cálculo de los daños es el *thick market*. Este concepto se refiere a que la prestación tiene un mercado amplio, en donde confluyen varios oferentes y demandantes, comerciando con el particular bien o servicio que se trate. En este ordenamiento, se considera que los mercados facilitan la identificación de las expectativas contractuales de las partes; sea por vía del cálculo abstracto con arreglo al precio del mercado o sea por vía de la operación de reemplazo<sup>52</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el § 347 *Restatement (Second) of Contracts* propone<sup>53</sup> cuatro criterios para la determinación del daño contractual: el *loss in value*, los daños adicionales o especiales, el *cost avoided* y el *loss avoided*.

§ 347 *Restatement (Second) of Contracts*: «*Measure of Damages in General.*»

*Subject to the limitations stated in §§ 350- 53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by*

(a) *the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus*

(b) *any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less*

(c) *any cost or other loss that he has avoided by not having to perform»*

#### 4.2.1 *El loss in value*

Este criterio corresponde a la diferencia entre el valor que la parte perjudicada debió obtener con el contrato y el valor que realmente recibió<sup>54</sup>.

Por ejemplo, en la entrega de mercancías no conformes en la compraventa, los daños se calculan de acuerdo con la diferencia entre el valor de las mercancías que debieron ser entregadas y las que realmente fueron recibidas [ex. § 2-714 (2) *UCC*]<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Comentario (a) del § 347 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>51</sup> Comentario (a) del § 347 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 640. También, *vid.* SCHWARTZ, A., y SCOTT, R., «Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy», *Colum. L. Rev.*, vol. 108, 7, 2008, p. 1610.

<sup>53</sup> Recordemos que el *Restatement* es una especie de *Common Law* de alta persuasión, pero no es Derecho positivo. Por tanto, los jueces no están obligados a seguir la literalidad de sus normas.

<sup>54</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 204.

<sup>55</sup> § 2-714 (2) *UCC*: «*The measure of damages for breach of warranty is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value they would have had if they had been as warranted, unless special circumstances show proximate damages of a different amount.*»

Si se busca la reparación por la inejecución total de la obligación, el *loss in value* simplemente corresponde a lo que el acreedor debió recibir (sin restar nada).

En general, el daño calculado bajo el sistema del *loss in value* corresponde al interés del cumplimiento del contrato en sí mismo considerado (y no a otros daños, a los que me refiero en el siguiente epígrafe). El *loss in value* se ciñe esencialmente al contrato y a las *circunstancias propias* del acreedor<sup>56</sup>.

#### 4.2.2 *Los daños adicionales o especiales: los incidental y los consequential damages*

El incumplimiento puede causar otros daños, que no se identifican con del interés en el cumplimiento del contrato (*loss in value*). A estos daños se les denominan *incidental y consequential damages*<sup>57</sup>.

1. Los *incidental damages* son los costes en los que ha incurrido el perjudicado por el incumplimiento, *en orden a evitar mayores daños*<sup>58</sup>, por ejemplo, los gastos de transporte y gestión para la realización de la operación de reemplazo.

2. Los *consequential damages* son todos aquellos daños que *no forman parte del cumplimiento* del contrato. Pueden consistir en un daño emergente, como las lesiones ocasionadas a la persona o propiedades del acreedor<sup>59</sup>, o en un lucro cesante, como los daños derivados por la interrupción de la producción en la empresa del perjudicado<sup>60</sup>.

*Con relación a la prueba del daño*, los criterios hasta aquí vistos se dividen en dos categorías: la de los *daños generales* y la de los *daños especiales*. El *loss in value* pertenece a la primera y los *consequential e incidental damages* a la segunda. El perjudicado *no* debe acreditar la existencia de los daños generales, pues es suficiente con el incumplimiento. Mientras que sí debe pro-

<sup>56</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 205.

<sup>57</sup> Sobre estos daños, el comentario (c) del § 347 *Restatement (Second) of Contracts*: «*Other loss. Subject to the limitations stated in §§ 350- 53, the injured party is entitled to recover for all loss actually suffered. Items of loss other than loss in value of the other party's performance are often characterized as incidental or consequential. Incidental losses include costs incurred in a reasonable effort, whether successful or not, to avoid loss, as where a party pays brokerage fees in arranging or attempting to arrange a substitute transaction*». En la doctrina estadounidense, *vid.* ANDERSON, R. R., «*Incidental and Consequential Damages*», *J. L. & Com.*, vol. 7, 1987, pp. 327-468.

<sup>58</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 207.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 208-209.

<sup>60</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, §§ 7:23-24, pp. 591, 593.

bar la existencia de los daños especiales. Esto ocurre porque se considera que los *daños generales* son una necesaria y ordinaria consecuencia del incumplimiento, mientras que los *daños especiales* surgen de manera natural (obviamente si están dentro de la doctrina de la previsibilidad del daño), *pero puede que no sean una consecuencia necesaria* del incumplimiento, ya que resultan de circunstancias especiales<sup>61</sup>. El valor de los *daños generales* nunca puede exceder del valor de las mercancías contratadas y, usualmente, no va a superar el precio del contrato (§ 2 – 706, 708, 709, 712 y 713 *UCC*). En cambio, la cuantía de los *daños especiales* es incierta<sup>62</sup>.

#### 4.2.3 *El cost avoided*

Este criterio de cuantificación de los daños y perjuicios se utiliza solo cuando el contrato se resuelve y el acreedor reclama los daños y perjuicios por *la inejecución total del contrato* –los anteriores (*loss in value* y los daños adicionales) no requieren de la resolución–. El *cost avoided* surge (y se deduce del daño) cuando el acreedor se ahorra un gasto que la ejecución de su obligación le hubiese supuesto (obligación de la que estaba excusado de cumplir por el incumplimiento de su contra parte)<sup>63</sup>.

Farnsworth ejemplifica el cálculo de los daños conforme a los criterios del *loss in value* y el *cost avoided* con el incumplimiento del contrato de obra. En su ejemplo, se asume que un propietario de un terreno contrata la construcción de una fábrica por 1.000.000 dólares, a pagar a la terminación de la obra. En caso de que el propietario se niegue al pago, una vez terminada la obra, el *loss in value* consistirá en los mismos 1.000.000 dólares y no habrá un *cost avoided* por descontar (pues, el contratista ha construido todo), por lo que los daños y perjuicios será el mismo *loss in value* (asumiendo que no hay otros daños)<sup>64</sup>.

Ahora bien, podemos asumir, que el comitente (propietario) rechaza el contrato *antes* que el constructor empiece la obra (en el anterior ejemplo el incumplimiento fue una vez ejecutado el contrato). Si suponemos que los costos en los que pudo haber incurrido el constructor eran de 900.000 dólares, para construir la fábrica, entonces los daños y perjuicios del constructor deben resultar de la diferencia entre el *loss in value*, que son 1.000.000 dólares, y los *cost avoided*

---

<sup>61</sup> Caso *Parker v. Harris Pine Mills, Inc.*, 291 P.2d 709 (Supreme Court of Oregon, Nov. 1, 1955), p. 718. En la doctrina, *vid.* ANDERSON, R. R., «An Overview of Buyers' Damage Remedies», *UCCLJ*, vol. 21, 1, 1988, p. 53.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 52-53.

<sup>63</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», *cit.*, p. 1162; *Farnsworth on Contracts*, *cit.*, vol. III, p. 209.

<sup>64</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», *cit.*, p. 1163.

(pues no ha construido nada hasta ahora), que son 900.000 dólares, resultando sus daños y perjuicios en 100.000 dólares (1.000.000 - 900.000 = 100.000 dólares)<sup>65</sup>.

#### 4.2.4 *El loss avoided*

Al igual que el anterior criterio, el *loss avoided* surge (y se deduce del daño causado) cuando el acreedor resuelve el contrato. Consiste en deducir el beneficio que el acreedor haya obtenido por el incumplimiento. Farnsworth lo ejemplifica con el caso del constructor, al que le incumple el comitente, y que puede utilizar los materiales sobrantes en otro contrato de obra. El costo de dichos materiales se deduce del daño<sup>66</sup>.

Los anteriores cuatro criterios de la determinación del daño componen la *fórmula general* de la determinación del daño, en el Derecho estadounidense<sup>67</sup>.

Formula (A): «*General measure = loss in value + other loss – (cost avoided – loss avoided)*»<sup>68</sup>

### III. EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y LA SATISFACCIÓN DEL CUMPLIMIENTO A TRAVÉS DE UN TERCERO

Respecto del cumplimiento específico y la operación de reemplazo, en el ámbito del Derecho estadounidense, Shavell plantea la cuestión de si, cuando las partes *celebran un contrato*, ante un potencial incumplimiento, estas preferirían el cumplimiento específico, o si preferirían la reparación por sustitución de la prestación (indemnización). Para responder a esta cuestión, el autor señala que hay que diferenciar dos tipos de contratos: los destinados a fabricar nuevos productos, comerciar o proveer nuevos servicios, y los destinados, exclusivamente, a la transmisión de la propiedad. En su análisis *a priori*, el autor señala que hay cierta tendencia a preferir el remedio de la reparación por sustitución, a través de la indemnización, en los contratos destinados a fabricar

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 1163.

<sup>66</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 210.

<sup>67</sup> He de advertir que, en el Derecho estadounidense, el cálculo de los daños y perjuicios suele explicarse mediante sencillas fórmulas matemáticas, que permiten determinar de forma más sencilla los daños y perjuicios de los diferentes incumplimientos contractuales (*vid.*, por ejemplo, el trabajo de FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., pp. 1145-1216.) Por tanto, me permitiré trasladar en este trabajo, las fórmulas más básicas que aparecen en la doctrina estadounidense y explicarlas en español.

<sup>68</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 212.

nuevos productos, comerciar o proveer nuevos servicios, mientras que, usualmente, suele primar el cumplimiento específico en los contratos que consisten solo en la transmisión de la propiedad<sup>69</sup>.

Más allá de ello, es conveniente examinar, dentro del ámbito más moderno del Derecho estadounidense, dos cosas: *a)* por qué el cumplimiento específico no siempre está disponible para el perjudicado y *b)* los parámetros concretos para ejercitar uno u otro remedio ante el incumplimiento contractual.

Para el estudio de ambas cuestiones, acudiré, por un lado, al debate doctrinal sobre el tradicional requisito de la autorización judicial del cumplimiento específico o si el acreedor podría decidir libremente si acude o no a este. Y, por otro lado, a las argumentaciones en favor de la restricción del cumplimiento específico sobre la base del incumplimiento eficiente y la flexibilización del cumplimiento específico sobre la base de la revisión del concepto de «*unique good*»<sup>70</sup> (que no es el mismo del de objeto específico de Derecho continental).

## 1. ¿Hacia el libre ejercicio del cumplimiento específico?

### 1.1 EL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO: ¿UNA VISIÓN TRADICIONAL QUE DEBE MANTENERSE?

Como *equitable remedy*, el cumplimiento específico es un remedio excepcional ante el incumplimiento, que solo se aplica cuando la indemnización resulta inadecuada para la reparación integral del acreedor<sup>71</sup>.

Si bien la doctrina reconoce que, a veces, la vía más clara y ajustada para lograr el objetivo del *expectation interest* es el cumplimiento específico, la argumentación más común es que hay situaciones en las que simplemente este remedio no es posible<sup>72</sup>. Por ejemplo, FARNSWORTH señala los contratos sobre presta-

---

<sup>69</sup> SHAVELL, S., «Specific Performance versus Damages for breach of contract: An Economic Analysis», *Tex. L. Rev.*, vol. 84, 4, 2006, p. 831.

<sup>70</sup> Un contrato sobre una cosa específica (*unique good*), tradicionalmente, se refiere a cuando la prestación que no tiene un sustituto o equivalente en el mercado, o cuando la obtención de su equivalente implica una dificultad, retraso o, en general, inconvenientes para el acreedor. KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., p. 358.

<sup>71</sup> Doctrina estadounidense: DAWSON, J. P., «Specific Performance in France and Germany», *Mich. L. Rev.*, vol. 57, 1959, p. 538; KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., p. 354; POSNER, E. A., *Economic Analysis of Law*, 7th, ASPEN Publishers, New York, 2007, p. 131; SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», *Yale L. J.*, vol. 89, 1979, p. 272; ULEN, T. S., «The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies», *Mich. L. Rev.*, vol. 83, 1984, p. 364; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 616.

<sup>72</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1150; *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 161; SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 274; SCOTT, R.,

ciones de *objeto específico*, cuando estos son defectuosos, destruidos o la propiedad está en manos de un tercero<sup>73</sup>. Incluso, siendo posible el cumplimiento de la prestación, el paso del tiempo reduce la efectividad del *cumplimiento específico* para la satisfacción de los intereses contractuales<sup>74</sup>.

Otra de las características del cumplimiento específico (que proviene de su desarrollo histórico) es que requiere autorización judicial, ya que se consideró que su ejercicio no podía estar en manos del acreedor y debía tener un control a través de una autoridad competente<sup>75</sup>. Esta característica sigue defendiéndose en la doctrina moderna, fundamentalmente, por razones de tipo económico, a las que me referiré más adelante.

En consecuencia, cuando así se demanda por el perjudicado, los jueces deben analizar si se considera oportuno y factible ordenar el cumplimiento específico. En sus fallos, los razonamientos han sido muy heterogéneos<sup>76</sup>. Los casos más comunes en los que se concede el cumplimiento específico son: cuando la prestación consiste en una *obligación de objeto específico (unique goods)*, en la compraventa de bienes inmuebles<sup>77</sup> —que tradicionalmente se ha presumido como contrato de objeto específico<sup>78</sup>—, en los contratos de larga duración<sup>79</sup> y en aquellos casos en los que los daños y perjuicios suponen dificultades insuperables para su determinación<sup>80</sup>. Sin embargo, no siempre tales

---

y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., pp. 94, 862-863; ULEN, T. S., «The Efficiency of Specific Performance...», cit., p. 401.

<sup>73</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 161.

<sup>74</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1150; *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 162.

<sup>75</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 165. La construcción del *specific performance* como remedio excepcional y por autorización judicial, en el Derecho estadounidense, es consecuencia de sus antecedentes históricos, derivados del Derecho inglés, en el que el *specific performance* se concibió, bajo el *Equity Law*, para suplir las deficiencias del *Common Law*. Por tanto, el *specific performance* se fue conformando (y es considerado) como remedio extraordinario dentro del sistema de remedios contractuales de los sistemas angloamericanos. DAWSON, J. P., «Specific Performance in France and Germany», cit., pp. 537-538; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, pp. 163-164.

<sup>76</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., p. 355.

<sup>77</sup> *Ibid.*; SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 272; ULEN, T. S., «The Efficiency of Specific Performance...», cit., p. 364.

<sup>78</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., pp. 272-273. En el caso *Frazio v. Manson*, 150 Idaho 591 (*Supreme Court of Idaho, March 21, 2011*), al que me referiré más adelante, la *Court* señala que «(1) a party is entitled to the equitable remedy of specific performance when damages, the legal remedy, are inadequate; (2) because of the perceived uniqueness of land, it is presumed that damages are inadequate in an action for breach of a land sale contract, and the non-breaching party need not make a separate showing of the inadequacy of damages [...]» (subrayado mío) (p. 597).

<sup>79</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., p. 356; SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 273.

<sup>80</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 273; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 618. En esta misma línea, POSNER considera que los *expectation damages* son la vía más óptima para el incumplimiento, mientras que el cumplimiento específico se reserva para aquellos casos en donde hay problemas insuperables de valoración de daños y perjuicios. POSNER, E. A.,

circunstancias aseguran que el acreedor tenga derecho al cumplimiento específico del contrato. Para ilustrar lo anterior, me referiré a dos casos de contratos sobre bienes inmuebles en donde, en el primero, se decreta el cumplimiento específico del contrato, mientras que, en el segundo, se deniega.

1. El caso *Fazio v. Mason*<sup>81</sup>. Hechos.—Un promitente comprador (*Mason*) incumplió dos *promesas de contrato* de compraventa de unas tierras de cultivo que había celebrado con un promitente vendedor (*Fazio*), ya que no se presentó para firmar el contrato definitivo en el plazo indicado en las promesas (26 de febrero de 2007). El promitente vendedor demandó al promitente comprador exigiendo el cumplimiento específico —es decir, que se declarase como celebrado el contrato—<sup>82</sup>. En su contestación, el promitente comprador (demandando) alegó que el cumplimiento específico no era el remedio adecuado al incumplimiento de las promesas de compraventa de tierras de cultivo, ya que le era imposible cumplir con el contrato (por insolvencia) y, además, que el cumplimiento específico representaría una ganancia inesperada (*windfall*) para el vendedor<sup>83</sup>. La *Court* decretó el cumplimiento específico a favor del promitente vendedor. Consideró que la incapacidad de pago del promitente comprador no era un obstáculo insuperable para ejercitar el cumplimiento específico (la celebración del contrato de compraventa), pues le era posible obtener financiación. Por otro lado, señaló que las promesas celebradas entre las partes consideraban el ejercicio del cumplimiento específico y, por tanto, su adjudicación no sería «injusta, opresiva o desmedida»<sup>84</sup>.

2. El *Morabito v. Harris*. Hechos.—Un comprador de una casa demandó el cumplimiento específico de compraventa de una casa, pues el vendedor se había negado a su cumplimiento. En este caso, la *Court* consideró que el cumplimiento específico podía ser más oneroso para el vendedor que para el comprador, pues el vendedor tenía unas condiciones financieras difíciles y, además, tenía a su cargo un hijo pequeño, con lo cual el cumplimiento específico los podía dejar sin casa. Añadido a ello, también se determinó que existían opciones para que el comprador pudiera comprar otra casa en el mismo barrio, satisfaciendo su interés en el cumplimiento. En consecuencia, la *Court* estimó que el remedio de la indemnización era adecuado y, por tanto, que no procedía el cumplimiento específico<sup>85</sup>. Como se puede observar, en este caso, se tuvo en cuenta, incluso, las condiciones personales del deudor.

---

«Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or failure?», *Yale L. J.*, vol. 112, 2003, pp. 836, 839. SCHWARTZ, igualmente, aduce que los problemas de predicción de los daños complican la posibilidad de poner al acreedor en la misma posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido. SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 276.

<sup>81</sup> *Fazio v. Manson*, 150 Idaho 591. (*Supreme Court of Idaho*, March 21, 2011).

<sup>82</sup> *Fazio v. Manson*, pp. 393-392

<sup>83</sup> *Fazio v. Manson*, p. 393.

<sup>84</sup> *Fazio v. Manson*, pp. 395 y 397.

<sup>85</sup> *Morabito v. Harris*, 2002 Del. Ch. LEXIS 27 (*Court Chancery of Delaware*, March 26, 2002); («Although *Morabito* can obtain comparable housing in the same housing development, the evidence indicates that the *Harris*'s financial condition has deteriorated significantly and they effectively will be

En la actualidad, se sigue defendiendo la visión tradicional de la excepcionalidad y del requisito de la autorización judicial del cumplimiento específico<sup>86</sup>. Una de las razones de ello radica en que, mientras que la imposición de pagar daños y perjuicios no requiere de la cooperación del demandado/deudor, el cumplimiento específico sí necesita de su cooperación para la ejecución del contrato. Pues, en el caso de que la condena por daños y perjuicios no sea pagada por el deudor, el juez emitirá un auto de ejecución (*writ of execution*) para que los bienes y propiedades del deudor puedan ser embargados y vendidos, en la medida necesaria para satisfacer los daños y perjuicios impuestos en la sentencia<sup>87</sup>.

Otro argumento se basa en que, prescindir del requisito de la autorización judicial implicaría que, en ocasiones, se obligue al deudor a pagar más de lo que el contrato realmente cuesta, pues, muchas veces, la ejecución forzosa del contrato conlleva gastos extremadamente gravosos para el deudor<sup>88</sup>.

*Sobre la base de los postulados del análisis económico del Derecho*, Kronman (1977) defendió que el ejercicio del cumplimiento específico se debe permitir solo en la medida que supere el denominado *uniqueness test* –de ahí que requiera un control judicial–<sup>89</sup>. Para el autor, el *uniqueness test* marca los límites entre el cumplimiento específico y la indemnización sustitutiva, de la misma forma como lo hubiesen hecho las partes, de haber tenido la libertad de elegir el remedio más adecuado para el incumplimiento, al momento de contratar. Kronman consideró que la liberalización del cumplimiento específico, en el sentido de poderse pactar o elegir, como remedio del incumplimiento,

---

*made homeless. [...] In some circumstances, when the specific enforcement of a validly formed contract would cause even greater harm than it would save, courts of equity will decline a petition for specific enforcement» (CDO 7.º-9.º).*

<sup>86</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 617. MURIS, T., «The Cost of Freely Granting Specific Performance», *Duke L. J.*, 6, 1982.

Desde el *análisis económico del Derecho*, la idea de la no discrecionalidad del *specific performance* la han defendido SHAVELL y POSNER, los autores más representativos de la teoría económica del contrato en el Derecho estadounidense. En sus respectivos trabajos, proponen modelos matemáticos, en orden a demostrar las ventajas del remedio de los *damages*. Vid. POSNER, E. A., *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 88-93, 95-97; SHAVELL, S., «Damage Measures for Breach of Contract», *Bell J. E.*, vol. 11, 2, 1980, pp. 466-490; SHAVELL, S., «Specific Performance versus Damages...», cit., pp. 831-876.

Por su parte, DAWSON defiende esta idea, mediante un análisis comparado del *Common Law* con el *Civil Law* (específicamente, de los Derechos francés y alemán), afirmando que, incluso en el sistema del *Civil Law*, cuando se trata de un incumplimiento de una prestación que pertenece a un mercado razonablemente organizado, los acreedores usualmente prefieren los daños y perjuicios y no utilizar su derecho a la pretensión de cumplimiento. DAWSON, J. P., «Specific Performance in France and Germany», cit., p. 532.

<sup>87</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 162.

<sup>88</sup> MURIS, T., «The Cost of Freely Granting Specific Performance», cit., pp. 1054-1069.

<sup>89</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., pp. 351-382.

supondría un incremento de los costes de negociación de los contratos (antes y después del incumplimiento)<sup>90</sup>.

En esta misma línea argumentativa, la doctrina también considera que permitir el libre ejercicio del cumplimiento específico significaría que la mercantilización de los bienes objeto del contrato estaría en manos del acreedor, impidiendo que estos tuviesen la oportunidad de ser transmitidos a un tercero que los quiera pagar a un mejor precio –*incumplimiento eficiente*–<sup>91</sup>.

## 1.2 LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RESTRICCIÓN DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO: UN DEBATE DE LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE (SCHWARTZ Y MURIS)

Existe otra parte de la doctrina estadounidense que se inclina por la *idea de la libre elección –o discrecionalidad de las partes–* del cumplimiento específico<sup>92</sup>.

En dicho sentido, es una gran referencia la doctrina de Schwartz. El autor, en un trabajo publicado en 1979<sup>93</sup>, desarrolló una serie de argumentos para sostener por qué el cumplimiento específico debería ser un remedio disponible para el acreedor (de la misma forma que de la indemnización), ya que consideró que había muchos más casos de los que habitualmente se considera, en donde la indemnización no es un remedio adecuado para la satisfacción del interés del éste.

*En primer lugar*, y con relación a la indemnización de la operación de reemplazo, Schwartz manifestó que, muchas veces, su indemnización resulta ser un remedio inadecuado del incumplimiento. Lo anterior, debido a que, a veces, la realización de una operación de reemplazo supone invertir más tiempo que costes (monetarios). La pérdida del tiempo del acreedor (gestionando la operación de reemplazo), en opinión del autor, sería un daño, al que tiene derecho el acreedor, y que, en este caso, es muy difícil de cuantificar en dinero.

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>91</sup> POSNER, E. A., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 131; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 617. Sobre la *efficient breach theory* volveré más adelante.

<sup>92</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., pp. 228-306; ULEN, T. S., «The Efficiency of Specific Performance...», cit., pp. 364-402; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 622.

Aunque FARNSWORTH no se posiciona en una línea de opinión, sí se refiere a una tendencia a la «liberalización» del *specific performance* en el incumplimiento contractual, gracias al crecimiento de la jurisprudencia en este sentido. FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 172.

<sup>93</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., pp. 271-306.

Por tanto, ello implicaría la frustración del interés de perjudicado, lo cual es más común en los contratos con consumidores<sup>94</sup>.

También, pueden existir casos de operaciones de reemplazo frustrantes para el perjudicado. Schwartz señaló el caso de la compraventa de un automóvil de un modelo específico, en donde puede que, al momento del incumplimiento, el modelo contratado ya no se fabrique, y para el comprador sea difícil conseguir –mediante una compra de reemplazo– el modelo exacto que desea (*aunque, en mi opinión, en dicho caso estaríamos ante un objeto específico –uniqueness test–*, pues el género se habría agotado). Por estas razones, el mencionado autor señala que la indemnización, en ciertos casos, no repara completamente las expectativas contractuales del perjudicado<sup>95</sup>.

En *segundo lugar*, Schwartz consideró que las restricciones a la disponibilidad del cumplimiento específico no pueden fundamentarse *solo* en la idea de que la indemnización, usualmente, repara integralmente el daño. Por el contrario, el objetivo de la reparación integral requiere que el cumplimiento específico esté disponible para los acreedores de manera rutinaria. Para defender esta idea, Schwartz se apoyó en la práctica. El autor apuntó que los acreedores, por lo general, optan por el remedio de la indemnización, ya que este tiene incentivos económicos, mientras que el cumplimiento específico es un remedio poco atractivo, en cuanto que el deudor es reacio a cumplir el contrato, sobre todo en los casos donde el cumplimiento es complejo. Por ello, el autor señaló que es probable que el deudor, que cumple «forzosamente», lo haga de manera defectuosa (lo que, por lo general, es algo difícil de valorar objetivamente). Por consiguiente, considera que un acreedor no elegiría «libremente» el cumplimiento específico, *a menos que la indemnización resulte verdaderamente inadecuada*<sup>96</sup>.

En su conclusión, Schwartz indicó que el reconocimiento generalizado del cumplimiento específico no causa mayores costos de los que implicaría el de la indemnización, y, *en cambio*, su ausencia, indudablemente, interfiere en

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 276. Como veremos más adelante, en las enmiendas hechas en 2003, al § 2 – 716 UCC, en los contratos con consumidores se niega expresamente la posibilidad de que las partes acuerden, en caso de incumplimiento, el ejercicio del *specific performance*. *Vid. infra* III.3.3.

<sup>95</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 276.

<sup>96</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 277. SCHWARTZ reafirma su tesis, en un reciente trabajo (2008) realizado en colaboración con Robert SCOTT. SCHWARTZ, A., y SCOTT, R., «Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy», cit., p. 1613. Al respecto, también, ARBEL señaló, recientemente (en 2015), en un estudio económico cuantitativo, que los acreedores, a pesar de contar con el derecho al remedio del cumplimiento específico, se abstienen de ejercitarlo, sea por costos procesales o por facilitar las negociaciones posteriores al juicio. ARBEL, Y. A., «Contract Remedies in Action: Specific Performance», *Virginia L. Rev.*, vol. 118, 2015, p. 387 y nota 81.

la libertad de los intereses contractuales del perjudicado, pues son las partes –y no los tribunales– quienes tienen mejor información acerca de sus intereses<sup>97</sup>.

Muris trata de desmontar los argumentos de Schwartz<sup>98</sup>, señalando que su trabajo y el de otros académicos, que tienen como objeto flexibilizar la restricción del cumplimiento específico en el Derecho moderno, carecen de persuasión y pruebas empíricas. Muris arguye que este remedio, desafortunadamente, no protege perfectamente el valor subjetivo del contrato incumplido<sup>99</sup>. En este sentido, afirma, que los argumentos sobre la generalización del cumplimiento específico sirven más para que los Tribunales afinen las exigencias de la prueba (referente a que la indemnización no es adecuada para la satisfacción del interés del perjudicado), pero nunca para eliminar totalmente las restricciones y requisitos del cumplimiento específico<sup>100</sup>.

Como se aprecia, la discusión doctrinal de por qué el cumplimiento específico no siempre está disponible para el acreedor, se encuentra imbuida de un casuismo absoluto que, en mi opinión, solo afecta a la *carga probatoria*. Desde el punto de vista más ortodoxo del cumplimiento específico, el acreedor deberá probar que la indemnización no satisface adecuadamente sus intereses contractuales. Desde un punto de vista más flexible del cumplimiento específico (cuando ambos remedios están disponibles al acreedor), el deudor deberá probar, en su caso, que el cumplimiento específico supone una medida abusiva y desmedida<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., p. 305. En esta misma línea, CRASWELL (1988), desde el análisis económico del Derecho, considera que la posibilidad de acordar el remedio ante el incumplimiento (entre estos, el cumplimiento específico) permite *asignar los riesgos entre las partes*. Es decir, que dicha posibilidad permite que las partes puedan tomar precauciones para evitar potenciales incumplimientos, o también para que puedan asignar los diferentes niveles de riesgo entre las mismas al tiempo de la celebración. Por tanto, para CRASWELL, la eficiencia de los *remedios no se debe limitar a los costos en los que se incurre después del incumplimiento* –tal como se ha defendido por doctrina contraria–. CRASWELL, R., «Contract remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach», *Cal. L. Rev.*, vol. 61, 1988, p. 670.

<sup>98</sup> En: MURIS, T., «The Cost of Freely Granting Specific Performance», cit., pp. 1061-1068.

<sup>99</sup> Entre otras razones, con relación a la *cover* y al *market price*, MURIS argumenta que «*[i]f specific performance is not allowed, the only dispute is between the upper and lower reasonable estimates for the market price. Thus, in some cases, allowing specific performance will give parties an incentive to spend more on deciding the amount of the "bribe" that the breacher must pay than they would spend in determining the market Price*». *Ibid.*, p. 1065.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 1068-1069.

<sup>101</sup> JANSEN llega a esta conclusión de la carga de la prueba, tras un profundo análisis comparado entre el *Common Law* y el *Civil Law* sobre el reconocimiento generalizado, y prioritario, de la pretensión de cumplimiento en el Derecho continental. JANSEN, S., *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Intersentia Publishing, Cambridge - Antwerp - Chicago, 2018, p. 95. Si bien no es este el tema que aquí trato, me inspiro en su conclusión, ya que considero que los autores angloamericanos que optan por una flexibilización del cumplimiento específico, a la postre, se acercan a la sistematización jurídica del *Civil Law*, que permite el cumplimiento específico de manera generalizada.

## 2. El carácter excepcional del cumplimiento específico bajo los postulados de la teoría del incumplimiento eficiente (la doctrina Scott/Kraus)

### 2.1 EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE Y LA PRETENSÓN DE CUMPLIMIENTO

La moderna doctrina de Scott/Kraus también se ha fundamentado en la doctrina del incumplimiento eficiente, para defender la vigencia de la restricción al cumplimiento específico, como remedio del incumplimiento <sup>102</sup>.

El incumplimiento eficiente considera que el sistema de responsabilidad contractual (en sentido amplio) no debe tratar las obligaciones contractuales como obligaciones de cumplimiento en todas las circunstancias, sino que es preferible tratarlas como una elección de las partes entre el *cumplimiento* o el *incumplimiento*, y su consecuente *reparación por medio de los daños y perjuicios* <sup>103</sup>. En otras palabras, esta teoría se fundamenta en la idea de que el incumplimiento no se perciba como un reproche, sino como un examen de los beneficios económicos sobre la continuidad, o no, del cumplimiento del contrato <sup>104</sup>. Esta doctrina responde a la pregunta de cuándo es más eficiente (económicamente) para una parte incumplir el contrato que cumplirlo <sup>105</sup>; respuesta que *solo* se puede resolver a través del análisis económico del Derecho de contratos <sup>106</sup>.

Scott/Kraus consideran que la excepcionalidad del cumplimiento específico y un generalizado reconocimiento de la reparación por sustitución de la prestación permite que una de las partes pueda elegir no pagar su obligación

<sup>102</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., pp. 113-115, 862-865.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 113.

El incumplimiento eficiente ha tomado mucha importancia en la doctrina estadounidense. Sus principios y fundamentos se han recogido en los principales manuales básicos y libros de casos del Derecho de contratos estadounidense. *Vid.* la larga relación de obras en BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», *S. Cal. Int. L. J.*, 6, 1998, n. 8, pp. 400-401.

El *Restatement (Second) of Contracts* también considera esta doctrina, en su nota introductoria al capítulo de los remedios del incumplimiento (chapter 16).

No obstante, esta idea no cuenta con la aprobación unánime de la doctrina. ADLER, por ejemplo, trae a colación las teorías de David HUME (en *A treatise of The Human Nature*, 1978) y, posteriormente, las de Charles FRIED (*A Theory of Contractual Obligations*, 1981), quienes subrayan la gran importancia de cumplir las promesas (*pacta sunt servanda*) en la sociedad (p. 1684). Para ADLER, hay cierto contenido moral en las obligaciones contractuales, lo cual no supone que la obligación legal del promitente se extienda más allá del propio interés económico del contrato (p. 1685). ADLER, B., «Efficient Breach Theory through the looking glass», *NYU Law Review*, vol. 83, 6, 2008.

<sup>104</sup> Al respecto, BARNES señala que la cuestión nuclear del incumplimiento eficiente es: entre el cumplimiento o el incumplimiento, ¿qué genera más riqueza a la sociedad? BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», cit., p. 408.

<sup>105</sup> CRASWELL, R., «Contract remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach», cit., p. 630.

<sup>106</sup> ADLER, B., «Efficient Breach Theory through...», cit., p. 1688.

contractual, con posteridad a la celebración del contrato, si le resulta más beneficioso incumplir y pagar la indemnización correspondiente. Conforme a los postulados de la teoría del incumplimiento eficiente, el Derecho asume que: a) tras el incumplimiento, el acreedor queda completamente satisfecho mediante la indemnización, es decir, su situación económica es la que tendría si el contrato original se hubiera cumplido; b) el que incumple obtiene un mayor beneficio del que tendría de haber cumplido el contrato. Y c) hay un tercero que económicamente se beneficia porque ha celebrado un contrato <sup>107</sup>.

Barnes lo ilustra con el caso del vendedor que decide incumplir el contrato y pagar daños y perjuicios a su comprador, porque encuentra un segundo comprador dispuesto a pagar un mayor precio por la misma cosa. En el supuesto de que esta segunda venta le generará al vendedor un mayor beneficio, incluso después de pagar los daños indemnizatorios a su primer comprador (acreedor), Barnes aduce que no es que se ignore el bienestar del comprador, sino que este pasa a un segundo plano, porque la indemnización satisface su interés de cumplimiento. Y se entiende que, las reglas la indemnización buscan la reparación integral de los daños del acreedor. Para Barnes, el acreedor cuenta con mecanismos suficientes de protección de sus intereses económicos y, en este contexto, es más fácil reconocer que la doctrina del incumplimiento eficiente. En su opinión, esta doctrina proporciona resultados socialmente eficientes y deseables, pues los recursos se destinan a usos más valiosos, lo que genera riqueza <sup>108</sup>.

En este sentido, si el cumplimiento específico se reconociese de manera generalizada, ello supondría ineficiencias económicas transaccionales, pues dicha posibilidad puede acarrear mayores costos contractuales <sup>109</sup>. Ya que a una de las partes se le obliga al cumplimiento específico, privándole de la posibilidad de realizar un (mejor) negocio con un tercero, al no poder liberarse del primer contrato <sup>110</sup>.

*Con relación a la operación de reemplazo*, la doctrina del incumplimiento eficiente la considera como un mecanismo muy útil, no solo como remedio del acreedor, sino desde una perspectiva *ex ante* al incumplimiento, es decir, durante la ejecución del contrato. Pues, la potencial posibilidad de realizar una operación de reemplazo permite pronosticar y asegurar que el acreedor puede obtener la satisfacción *in natura* de su interés contractual.

---

<sup>107</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 113.

<sup>108</sup> BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», cit., pp. 408-409.

<sup>109</sup> En detalle, *vid.* SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., pp. 278-296.

<sup>110</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 113.

Desde un punto de vista crítico, CRASWELL, R., «Contract remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach», cit., pp. 640-641.

En definitiva, considero que la teoría del incumplimiento eficiente, necesariamente, nos lleva a analizar el Derecho de contratos, no solo desde una perspectiva económica entre las partes, sino también macroeconómica y social.

## 2.2 LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO SEGÚN LAS CONDICIONES DE MERCADO DE LA PRESTACIÓN

La aplicación del incumplimiento eficiente y la defensa a la restricción del cumplimiento específico va de la mano con el tipo de mercado que se trate, que puede ser de dos categorías: el mercado que es amplio y bien desarrollado (*thick market*) y el imperfecto (*thin markets*).

En los *thick markets*, donde es fácil y sencillo procurarse una prestación equivalente en el mercado, el cumplimiento específico no causa mayores costos. Pero, a la vez, *tampoco genera ningún lucro en particular*; es indiferente<sup>111</sup>. En cambio, el remedio indemnizatorio presenta ciertas ventajas, pues la determinación de la reparación por sustitución no presenta riesgos de imprecisiones, ya que por definición el precio del mercado puede establecerse fácilmente. Por consiguiente, el cumplimiento específico *no da otra garantía* –de reparación para la parte perjudicada por el incumplimiento–, más que la del caso en donde el *deudor es insolvente* para responder por los daños y perjuicios. Caso en el que, en los *thick markets*, se puede garantizar el cumplimiento específico<sup>112</sup>.

Conforme a lo anterior, la diferencia entre el cumplimiento específico y la indemnización de daños, en los mercados amplios y bien desarrollados, no tiene sentido si el acreedor puede recibir el cumplimiento del vendedor original y, a la vez, puede conseguir una correcta satisfacción de su interés en el mercado, gracias al pago de los daños. La diferencia entre uno y otro remedio *solo cobra sentido cuando las alternativas del mercado no proveen buenos bienes sustitutos*, para el debido cumplimiento del contrato<sup>113</sup>.

En los *thin markets* (mercados con pocos oferentes y pocos demandantes), Scott/Kraus se cuestionan: ¿qué parte obtiene más ventaja en adquirir bienes sustitutos en un mercado imperfecto? Frente a esta cuestión, los autores señalan que es muy probable que ninguna de las partes tenga alguna ventaja –económica– adicional, al realizar una operación de reemplazo en el mercado. Pues, se trata de

<sup>111</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 114. SCOTT se basa en las ideas de SCHWARTZ (SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», cit., pp. 274-278, 279-291.), tal como relata en la n. 49 de su trabajo GOETZ, C.; SCOTT, R., «The Mitigation Principle: Toward a General theory of Contractual Obligation», *Virginia L. Rev.*, vol. 69, 6, 1983, p. 988.

<sup>112</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 114.

<sup>113</sup> GOETZ, C., y SCOTT, R., «The Mitigation Principle...», cit., p. 988.

contratos de bienes escasos donde las partes son conscientes de las *particulares* necesidades contractuales de cada una. Por tanto, en estos casos, el cumplimiento específico parece ser el remedio más adecuado<sup>114</sup>. Pues, el carácter específico o particular de la obligación forma parte de la *contemplation* del contrato<sup>115</sup>.

### 2.3 CONCLUSIONES PRÁCTICAS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

*A priori*, parece que ni el remedio del cumplimiento específico ni el de la indemnización tienen preferencia, para cubrir las *expectativas* del perjudicado por el incumplimiento. Sin embargo, Scott/Kraus observan que, conforme a los postulados del incumplimiento eficiente, se puede confirmar que el *Common Law*, en la actualidad, sigue prefiriendo el remedio de la indemnización. Una vez que se constituye el incumplimiento, el deudor tiene dos opciones: a) cumplir el contrato, a pesar de su repudio y aceptar *cualquier pérdida que esto le cause*; o b) incumplir el contrato y pagar daños, lo que lo va a motivar a elegir la *opción menos costosa*. Por ejemplo, si un vendedor cree que puede acudir a una reventa más ventajosa, que la que le ofrece su comprador inicial, este va a decidir incumplir el contrato por su propia iniciativa. Ciertamente, como señalan Scott/Kraus, hay fuertes *incentivos que motivan al cumplimiento*, como, por ejemplo, la mala reputación comercial, pérdida de buen nombre, etc.<sup>116</sup>.

La conclusión de Scott/Kraus responde a esta cuestión: ¿cuál sería la razón por la que un vendedor optaría por incumplir el contrato? Una de las razones que adelantan los autores es que un vendedor puede incumplir su contrato cuando prevé que el *comprador está en mejores condiciones* que él para acudir a una solución de cobertura en el mercado (compra de reemplazo), y así reducir anticipadamente los daños que debe pagar el vendedor. En este sentido, los autores observan que *el incumplimiento* viene siendo una especie de única opción del vendedor al comprador<sup>117</sup>.

Finalmente, los citados autores destacan que esta visión *benévola* del comportamiento incumplidor de un vendedor es una precisión que se fundamenta en la mitigación de los daños. Pues, si el cumplimiento específico siempre estuviera disponible, el comprador podría no observar su deber de mitigar los daños y negarse a cooperar<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 114.

<sup>115</sup> Esta idea la desarrolla KRONMAN, en su trabajo «Specific Performance», cit., pp. 351-382.

<sup>116</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 115.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 115.

### 3. El cumplimiento específico del § 2 – 716 UCC

#### 3.1 GENERALIDADES DEL § 2 – 716 UCC

El § 2-716 (1) UCC (que reproduzco con los cambios de las *enmiendas* hechas en 2003, al § 2 UCC, debido a las importantes sugerencias que se registran ahí<sup>119</sup>) establece:

*«Specific performance may be decreed where if the goods are unique or in other proper circumstances. In a contract other than a consumer contract, specific performance may be decreed if the parties have agreed to that remedy. However, even if the parties agree to specific performance, specific performance may not be decreed if the breaching party's sole remaining contractual obligation is the payment of money»* (subrayado mío, para diferenciar lo que está solo en la enmienda de 2003, y no en el texto oficial de la UCC).

Conforme con la norma transcrita, si el acreedor *no* puede conseguir en el mercado un sustituto de la prestación, el UCC le concede al comprador el derecho al cumplimiento específico<sup>120</sup>.

#### 3.2 LA REVISIÓN DEL UNIQUENESS TEST

Al § 2 – 716 UCC se le ha criticado que perpetuase el tradicional enfoque del *uniqueness test* en la restricción al cumplimiento específico; que solo permite que los jueces lo ordenen cuando se trate de obligaciones de objeto *específico*<sup>121</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que, en el discurso más tradicional, ello solo hace referencia a que la cosa *no* tenga un sustituto o equivalente en el mercado<sup>122</sup>, el UCC introdujo una nueva definición de «*unique good*». El co-

<sup>119</sup> Las enmiendas son modificaciones al artículo 2 (sobre la compraventa), las cuales se establecieron en forma de anexo al UCC y, por tanto, no son Derecho positivo adoptado por los diferentes estados (no son el UCC propiamente).

<sup>120</sup> El § 2 – 716 UCC (*specific performance*) es el derecho del comprador análogo al derecho del vendedor de reclamar el precio (§ 2-709 UCC); por tanto, su existencia y garantía *deja en igualdad de condiciones al comprador y al vendedor*, pues ambos, en ciertas circunstancias, pueden pedir la prestación acordada en el contrato. Vid. Comentario (4) al § 2 – 716 UCC y ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 39.

<sup>121</sup> Vid. *Supra* y SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 112.

<sup>122</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., pp. 358-359. El caso más clásico en este sentido fue el *Fast v. Southern Offshore Yachts*, 587 F. Supp. 1354, 38 U. C. C. Rep. Serv. 1569 (United States District Court, D. Connecticut, May 30, 1984). En este caso, al demandante (comprador) le concedieron el *specific performance*, sobre la base que se trataba de un incumplimiento de un contrato compraventa de un yate hecho a medida del comprador. WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:34, p. 611.

mentario (2) del § 2 – 716 *UCC* indica que el cumplimiento específico no se limita a los bienes que son específicos o que se identifican en el momento de la celebración del contrato, sino que debe interpretarse *teniendo en cuenta todos los términos y finalidades globales del contrato*<sup>123</sup>.

Lo anterior se confirma en el *Case Law* estadounidense y en su doctrina, que han ensanchado el concepto de «*unique*», lo cual tuvo como efecto que, a partir del s. XXI, el cumplimiento específico se haya decretado por los jueces en muchos más casos que antes<sup>124</sup>.

Por ejemplo, en el caso *Magellan Intern. Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*<sup>125</sup>, la Corte del Distrito de Illinois consideró que el cumplimiento específico se admite también en los casos donde, aunque las mercancías puedan sustituirse en el mercado, la operación de reemplazo suponga dificultades para el perjudicado<sup>126</sup>.

Hechos.—Un distribuidor (comprador) demandó a un vendedor, por el incumplimiento de un contrato de producción de barras de acero, ya que el vendedor no había fabricado las barras de acero de conformidad con las especificaciones acordadas con el distribuidor. El vendedor solicitó un cambio de los términos del contrato y el comprador se negó a ello, pues el contrato ya estaba en firme. En consecuencia, el comprador reclamó el *cumplimiento específico* del contrato, sobre la base de que no podía realizar compras de reemplazo, sin demoras razonables, para poder cumplir con sus clientes<sup>127</sup>. En su resolución, la Corte estimó probadas las alegaciones del comprador (demandante) y decretó el cumplimiento específico, por las razones que expuse al principio.

Kroman (1977), sobre la base del análisis económico del Derecho, realiza un aporte muy relevante respecto de la liberalización del concepto *unique*<sup>128</sup>. En su análisis, el autor se centra en señalar casos de bienes *aparentemente* específicos, pero que económicamente no lo son y, por tanto, en los que resulta más adecuada la indemnización. El autor observa, por ejemplo, lo problemático que es el concepto tradicional de *unique* para el análisis económico del Derecho, que entiende que la especificidad de un bien y su posibilidad de sustitución (reemplazo) se determina observando el compor-

---

<sup>123</sup> Comentario (2) del § 2 – 716 *UCC*.

<sup>124</sup> Para un análisis comparado de los casos antiguos (cuando el *specific performance* se concedía muy limitadamente) y los casos modernos, a partir del s. XXI, (cuando empezó a concederse en muchos más casos que antes no se pensaba que podía autorizarse), *vid.* WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I § 7:34, pp. 611-614, en particular p. 613.

<sup>125</sup> *76 F. Supp. 2d 919* (United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, Dec 7, 1999).

<sup>126</sup> *Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, cit., p. 926.

<sup>127</sup> *Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, cit., pp. 921-922.

<sup>128</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., pp. 355-365.

tamiento del consumidor, y no mediante la catalogación de las diversas propiedades del bien. Desde este ámbito de estudio, si el precio relativo de un producto o servicio supone que la demanda de los consumidores se traslade de un producto o servicio a otro tipo de producto o servicio, entonces se está ante mercancías que tienen sustitutos en el mercado (bienes genéricos), y no específicos. A este método se le denomina *elasticidad cruzada de la demanda*<sup>129, 130</sup>.

### 3.3 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL EJERCICIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

Las enmiendas hechas en 2003 al § 2 – 716 (1) *UCC*, *admitieron*, de manera novedosa, la posibilidad de que las partes, en la celebración del contrato, pudieran acordar el ejercicio del cumplimiento específico, en caso de incumplimiento del contrato. Lo anterior, siempre que no se tratara de contratos con consumidores. Ello es de gran interés, pues abrió otra alternativa, por medio de la autonomía de la voluntad, a la discrecionalidad del ejercicio del cumplimiento específico en el Derecho estadounidense.

### 3.4 LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR

El ejercicio del cumplimiento específico del *UCC* se debe leer en conjunto con lo que dispone el § 2 – 502 *UCC* el cual establece que el comprador, cuando ha pagado el precio o parte de este, puede requerir las mercancías en caso de insolvencia del vendedor (dentro de los diez días siguientes al primer

---

<sup>129</sup> Esta técnica económica determina si los productos o servicios tienen sustitutos en el mercado, conforme al comportamiento del consumidor y teniendo en cuenta si los precios de referencia de un determinado producto o servicio afectan a la demanda de otros productos y servicios similares. Por ejemplo, los economistas SABBATINI y LUINI señalan que hay productos o servicios similares, pero no sustitutos, por los que los consumidores se deciden a comprar según ciertos parámetros de referencia del precio. Los autores mencionan el caso de los aficionados al fútbol que deciden si comprar, o no, las entradas de un partido de fútbol de temporada. «Los compradores naturalmente no considerarán cambiarse de equipo, pero si tienen en cuenta los precios de otros partidos de fútbol de la temporada, jugados por otros equipos, para tal decisión» (p. 256). Los citados autores *advierten* que hay casos de *cross-elasticity of demand* donde los productos o servicios *no son necesariamente sustitutos de otros*, pues parten de la hipótesis de que «(...) *consumers' utility depends not only on the "acquisition" utility of the relevant good but also on the terms of the transaction*» (p. 256). LUINI, L., y SABBATINI, P., «Demand cross elasticity without substitutability: An experiment», *Journal of Socio-Economics*, vol. 41, 2011.

<sup>130</sup> KRONMAN, A., «Specific Performance», cit., pp. 359-363.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

pago). Conforme a dicha disposición, la inestabilidad financiera del vendedor-deudor, de cara a pagar una indemnización de daños, hace que el comprador-acreedor tenga más interés en el cumplimiento específico del contrato<sup>131</sup>.

### 3.5 LA INEFICIENCIA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO PARA LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS CONTRACTUAL DEL PERJUDICADO

Finalmente, el § 2 – 716 (3) *UCC* permite el ejercicio del cumplimiento específico en el caso de no existir la posibilidad razonable de realizar una compra de reemplazo, o donde, por ciertas circunstancias, *se evidencie que realizar tal esfuerzo –el de la compra de reemplazo– sería inane*.

§ 2 – 716 (3) *UCC*: «*The buyer has a right of replevin for goods identified to the contract if after reasonable effort he is unable to effect cover for such goods or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing or if the goods have been shipped under reservation and satisfaction of the security interest in them has been made or tendered*».

El anterior apartado (3) de la norma no es más que una extensión del requisito *in other proper circumstances* del § 2 – 716 (1) *UCC*<sup>132</sup>.

## IV. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

En este apartado utilizaré y desarrollaré de manera más específica los conceptos y principios básicos vistos en el apartado sobre *las generalidades* y

---

<sup>131</sup> § 2 – 502 *UCC*: «(1) *Subject to subsections (2) and (3) and even though the goods have not been shipped a buyer who has paid a part or all of the price of goods in which he has a special property under the provisions of the immediately preceding section may on making and keeping good a tender of any unpaid portion of their price recover them from the seller if: / [...] / (b) in all cases, the seller becomes insolvent within ten days after receipt of the first installment on their price.* / [...]» (subrayado mío).

<sup>132</sup> Comentario (2) al § 2 – 716 *UCC*; *Court of Appeals of Texas* en el caso *Madariaga v. Morris*, 639 S. W.2d 709 (Oct. 9, 1982), p. 711; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:35, p. 614.

Por ejemplo, el caso *Double A Trailer Sales Inc. v. Dorsey Trailer Co.* Hechos.–el acreedor (comprador) al que se le había incumplido el suministro de tráileres, alegó y demostró que tenía derecho a la posesión de los tráileres –objeto del contrato– (*specific performance*), ya que no podía razonablemente cubrir sus obligaciones de entregas de los tráileres a sus clientes (terceros), a través de una compra de reemplazo, debido a la escasez de ciertas materias primas necesarias para la fabricación del tipo de tráileres del contrato. En consecuencia, la *Court* decretó el *specific performance* para el comprador. *In re Dorsey Trailer Co., Inc.*, 2009 WL 764572 (*United States Bankruptcy Court, M. D. Alabama, Mar. 20, 2009*).

*criterios de la determinación de los daños y perjuicios contractuales* (II.4.), con el fin de explicar el criterio de determinación del daño según la regla de la operación de reemplazo. Expondré los fundamentos y aplicación de la regla en el *Common Law* estadounidense y, finalmente, analizaré la regulación y desarrollo de la regla del reemplazo en el *UCC*, como un «remedio»<sup>133</sup> independiente del incumplimiento.

## 1. Fundamentación y aplicación

### 1.1 FUNDAMENTOS

La sustitución del cumplimiento mediante un tercero es una de las reglas más importantes de la cuantificación del daño contractual, denominada como: *loss in value*<sup>134</sup>.

Por consiguiente, en el *Common Law*, el acreedor tiene la carga de mitigar el daño a través de las operaciones de reemplazo. Así, los daños se limitan, en la medida en que pudieron ser evitados mediante esta. Y, en contrapartida, el acreedor tiene derecho a la indemnización de todos los costes provocados con ocasión del reemplazo<sup>135</sup>.

### 1.2 LA GENERALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO A LOS CONTRATOS EN GENERAL

En el *Common Law* estadounidense, la operación de reemplazo no solo se concibe para la compraventa, sino también para *otros tipos contractuales*, gracias al principio de sustitución de prestaciones<sup>136</sup>. Por ejemplo, se ha aplicado a los contratos de prestación de servicios<sup>137</sup>, a

---

<sup>133</sup> En realidad, se trata de una regla de determinación del daño, que se articula mediante el remedio indemnizatorio. Sin embargo, el Derecho estadounidense ha simplificado la expresión a *cover remedy* (en el lenguaje propio del *UCC*).

<sup>134</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1185.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 1185.

<sup>136</sup> *Vid.* Comentario C al § 350 *Restatement (Second) of Contracts* (más adelante transcrito en este texto).

<sup>137</sup> «*Illustration 6*», § 350 *Restatement (Second) of Contracts*: «A contracts to supervise the production of B's crop for \$10,000 but breaks his contract and leaves at the beginning of the season. By appropriate efforts, B could obtain an equally good supervisor for \$11,000, but he does not do so and the crop is lost. B's damages for A's breach of contract do not include the loss of his crop, but he can recover \$1,000 from A».

contratos sobre bienes inmuebles<sup>138</sup>, a contratos laborales, a contratos de suministro<sup>139</sup>, entre otros<sup>140</sup>.

Ello se recoge en el comentario c) del § 350 *Restatement (Second) of Contracts*, sobre la base de la mitigación de los daños.

Con base en lo anterior, las particularidades y requisitos previstos en las reglas de la compra y la venta de reemplazo de los, respectivamente, §§ 2 – 706 y 2 – 712 *UCC*, se han aplicado por analogía a otros tipos contractuales<sup>141</sup>, en el ámbito del *Common Law*<sup>142</sup>.

Farnsworth señala que la aplicación generalizada del *substitute* principle no siempre se ha aceptado. Por ejemplo, la doctrina de la operación de reemplazo no se aplicaba antiguamente a los contratos de prestación de servicios<sup>143</sup>. Al respecto, cita el antiguo caso inglés *Gandell v. Pontigny* (1816)<sup>144</sup> y el caso estadounidense *Howard v. Daly* (1875) (estadounidense)<sup>145</sup>. En ambos casos, ante el in-

<sup>138</sup> Caso *Flureau v. Thornhill*, 2 W. Bl. 1078, 96 Eng. Rep. 635 (1776). FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., n. 176-177, p. 1187.

<sup>139</sup> Por ejemplo, el caso *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, 36 Cal. App. 4th 376 (Court of Appeal, Sixth District, California, jun. 30, 1995). A este me referiré en detalle más adelante [*infra* IV.3.6.4].

<sup>140</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1187.

<sup>141</sup> Comentario (2) § 2 – 712: «The definition of “cover” under subsection (1) envisages a series of contracts or sales [...]». Sobre la aplicabilidad del artículo 2 *UCC* (del contrato de compraventa), el § 2 – 102 *UCC* establece que las disposiciones sobre la compraventa se aplican en general a los negocios sobre mercancías, no limitando sus disposiciones exclusivamente a las compraventas; «[...] Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods; [...]».

Por ejemplo, en el caso *Lewis v. Nine Mile Mines, Inc.* (886 P.2d 912, Supreme Court of Montana, Dec. 8, 1994), se aplican las reglas de la compra de reemplazo del *UCC* a un contrato de arrendamiento. También estas reglas se han aplicado a los contratos de arrendamiento. HERBERT, M. J., «Getting Better all the Time: The Official (Revised) Remedy Provisions of the Uniform Commercial Code’s Article 2A», *Com. L. J.*, vol. 96, 1, 1991, pp. 15-16.

<sup>142</sup> El *Restatement (Second) of Contracts* también se refiere a la aplicación de reglas provenientes del *UCC* en el *Common Law*, en su introducción se lee: «Legislation. Legislative changes in the law of contracts are incorporated in the Restatement of this Subject only where substantially similar legislative rules have been adopted in most of the States, as in the case of the Statute of Frauds, and as, more recently, in the case of the Uniform Commercial Code! [...] The profound impact of the Code on the law of contracts has sometimes resulted in the statement of rules applicable to contracts generally that are derived by analogy from rules laid down in the Code for contracts for the sale of goods».

<sup>143</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., pp. 1188-1189.

<sup>144</sup> 171 Eng. Rep. 119 (1816).

<sup>145</sup> 61 N. Y. 362 (Court of Appeals of New York, Sep. 15, 1875). Hechos.—Una actriz (demandante) fue contratada por un director de teatro (demandado) para que actuara en el *Fifth Avenue theater*, en *New York*, o en otros lugares que este le requiriera y de acuerdo con las instrucciones que se le dieran, para la temporada de septiembre de 1870 a julio de 1871. Se pactó que la remuneración sería de 10 dólares por semana durante la temporada. A pesar de que la demandante estuvo siempre dispuesta a cumplir con su contrato, el demandando le impidió actuar y cumplir, pues nunca la incluyó en ninguna de las obras teatrales. Tampoco el demandando le pagó el precio acordado. Por tanto, la demandante reclamó como daños y perjuicios el monto total de lo que se había estipulado en el contrato. (p. 365). Una vez decretado el incumplimiento del contrato de servicios, respecto de los daños, la *Court of Appeal of New York* estimó las pretensiones de la demanda y consideró que los daños de la actriz consistían en el monto total que se había pactado en el contrato para sus servicios como actriz, salvo que se hubiese probado que hubiese podido mitigar los daños, lo que no se acreditó. *Howard v. Daly*, 61 N. Y. 362, cit., p. 365.

cumplimiento por el despido del empleador –en el caso *Gandell v. Pontigny*– o del destinatario del servicio –en el caso *Howard v. Daly*–, el juez consideró que los daños no debían limitarse a la operación de reemplazo que hubiese podido realizar el empleado despedido (o el acreedor prestador de servicios). En consecuencia, en ambos casos se condenó al empleador (o destinatario del servicio) a la indemnización consistente en la totalidad del dinero que le faltaba por devengar al empleado despedido (o prestador de servicios acreedor) de conformidad al contrato <sup>146</sup>.

Posteriormente, dicha forma de solucionar ese tipo de conflictos fue reemplazada por la *regla de la operación de reemplazo*. Por tanto, se empezó a exigir al empleado despedido injustamente buscar otro empleo, en circunstancias razonables. La justificación de fondo respondía, especialmente, a *fundamentos de tipo económico y de libertad de empresa*. Por un lado, para promover un *eficiente uso de los recursos* <sup>147</sup> y, por otro lado, por la *libertad de poder trasladar los riesgos de las fluctuaciones del mercado* entre las partes contratantes <sup>148</sup>.

### 1.3 LA ECUACIÓN DE LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

El *loss in value* consiste en la diferencia entre el *valor del contrato* y el *valor de la prestación obtenida mediante la operación de reemplazo* y el *cost avoided* en la diferencia entre el *coste (o precio) del contrato* y el *coste (o precio) de la operación de reemplazo*. A ello habría que añadirle los daños adicionales <sup>149</sup>.

Dicho lo anterior, la fórmula de la operación de reemplazo es:

Fórmula (B): *Damages* (indemnizados por la operación de reemplazo) =  
= *loss in value [value of performance – value of substitute] – cost avoided [cost of performance – cost of substitute] + other loss* <sup>150</sup>.

Pareciera que los términos «valor», en el *loss in value*, y «precio», en el *cost avoided*, tienen la misma connotación, pero se trata de términos muy distintos. Con *valor de la prestación*, el Derecho estadounidense se refiere a las *cualidades exactas* de la cosa que la parte espera según el contrato, mientras

<sup>146</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1188.

<sup>147</sup> FARNSWORTH señala que la *eficiencia en la administración de los recursos económicos* no se puede llevar a cabo en los sistemas donde usualmente está disponible la pretensión de cumplimiento. *Ibid.*, p. 1189. No obstante, el autor, recientemente, ha matizado su opinión al respecto, en cuanto reconoce que la idea restrictiva del cumplimiento específico ha tendido a liberalizarse por los jueces en muchos casos. En este sentido, señala que actualmente el enfoque del análisis comparado de los diferentes remedios se dirige más a determinar cuál es el remedio más efectivo para la satisfacción del interés del acreedor. FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, párr. 12.6, pp. 172-173.

<sup>148</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1188.

<sup>149</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1186.

<sup>150</sup> Fórmula de FARNSWORTH en: *ibid.*, p. 1186.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

que con *precio* se refiere al *valor económico* que las partes han asignado a la prestación. Por ello, se dice que puede haber una diferencia en el *loss in value* (el *valor de la prestación obtenida mediante la operación de reemplazo* menos el *valor del contrato*) cuando no se puede conseguir el equivalente exacto de la prestación en el mercado (sería algo como un cumplimiento defectuoso, pero que se da, *no por el contrato original*, sino por el reemplazo).

En su totalidad, dicha fórmula (B) se aplica *solo* a los casos en los que el acreedor no puede procurarse de un *equivalente perfecto* en el mercado de la prestación frustrada (en este sentido, se deduce lo que se ha conseguido en el mercado como reemplazo de lo que se *esperaba* por el contrato).

En los casos donde el acreedor realiza una sustitución *totalmente equivalente* de la prestación frustrada, la primera ecuación [*value of performance* – *value of substitute*] sería igual a cero (0), por lo que solo quedaría por calcular la diferencia entre el *cost of performance*, que es el precio del contrato y el precio del reemplazo <sup>151</sup>.

Este último es el caso de la *cover rule* en los remedios del comprador del *UCC* <sup>152</sup>, cuya fórmula es la siguiente:

Fórmula (C): Daños por la compra de reemplazo = precio de la compra de reemplazo – precio del contrato + otros daños

Y es también el caso de los remedios del vendedor, con la venta de reemplazo (*resale*) del *UCC* <sup>153</sup>.

Fórmula (D): Daños por la venta de reemplazo = precio del contrato – precio de la venta de reemplazo + otros daños

### 1.4 DEL *SUBSTITUTION PRINCIPLE* A LA FORMULACIÓN DE LA REGLA DEL MERCADO

El *substitution principle* se generalizó a la fórmula de la *regla del mercado* <sup>154</sup>, cuya ecuación es la siguiente:

Fórmula (E): Daños del acreedor = Precio del mercado – el precio del contrato + otros daños

---

<sup>151</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1186., p. 1186.

<sup>152</sup> § 2 – 712 *UCC. Infra* IV.3.1.

<sup>153</sup> § 2 – 706 *UCC. Infra* IV.4.1.

<sup>154</sup> FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1189.

Nótese que la regla del mercado se basa en la hipotética sustitución del cumplimiento mediante un tercero (reemplazo), *que no ha sido efectivamente realizada por el acreedor*.

A mi modo de ver, ello puede ayudar a entender por qué, en el Derecho estadounidense, la operación de reemplazo ha adquirido un papel más protagónico en el cálculo de los daños y perjuicios contractuales. Es claro que en este ordenamiento hay un *fuerte reconocimiento del principio de la mitigación de los daños* (fundamentado meramente en razones de tipo económico) y, con base en dicho principio, cada remedio por el incumplimiento va teniendo cierta preferencia y aplicación en el incumplimiento del contrato<sup>155</sup>.

## 2. La función mitigadora de la operación de reemplazo

Hasta aquí se ha estudiado que la regla de la operación de reemplazo es un criterio más para el cálculo de los daños y perjuicios contractuales. También, que la importancia de sus efectos y prioridad frente a otros criterios de cálculo de los daños tiene que ver con que a la operación de reemplazo se le asigna, por excelencia, la función mitigadora del daño. En este sentido, la operación de reemplazo tiene un papel muy relevante en la limitación de la extensión de los daños y perjuicios; como considera Anderson, es difícil imaginarse un mejor ejemplo de mitigación de daños<sup>156, 157</sup>.

En este epígrafe, *en primer lugar*, delimitaré brevemente el concepto de la mitigación del daño, en el Derecho estadounidense. *En segundo lugar*, analizaré la relación del deber de mitigar los daños y la regla de la operación de reemplazo.

El sistema angloamericano ha desarrollado el principio de la mitigación, con la finalidad de promover que el acreedor realice esfuerzos razonables para salvaguardar el contrato –tal y como fue concebido–<sup>158</sup>. Este principio limita la indemnización de los daños y perjuicios en la medida en que el acreedor

<sup>155</sup> Para un estudio contrastado sobre la obligación de mitigar los daños (*Cost Minimization*), las otras reglas de Derecho de contrato del *Common Law* que no permiten su ejercicio y un modelo óptimo para la mitigación de los daños, *vid.* GOETZ, C., y SCOTT, R., «The Mitigation Principle...», *cit.*, pp. 967-1024.

<sup>156</sup> ANDERSON, R. R., «A Look Back at the Future of UCC Damages Remedies», *SMU Law Review*, vol. 71, 1, 2018, p. 216.

<sup>157</sup> Entre muchos otros, ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», *J. L. & Com.*, vol. 6, 1986, p. 181; ANDERSON, R. R., «An Overview...», *cit.*, p. 33; FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», *cit.*, p. 1883; *Farnsworth on Contracts*, *cit.*, vol. III, párr. 1883; GOETZ, C., y SCOTT, R., «The Mitigation Principle...», *cit.*, p. 986.

<sup>158</sup> § 350 *Restatement (Second) of Contracts*: «(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humilia-

pudo evitarlos, tomando medidas razonables para que estos no se produjeran o propagaran<sup>159</sup>. Como indiqué antes, en contrapartida, el acreedor tiene derecho a que se le indemnicen todos los gastos y esfuerzos razonables que hizo para dicho propósito.

La limitación a la extensión de los daños no repercute en los daños generales del incumplimiento (es decir, los que surgen de manera necesaria y ordinaria del incumplimiento), sino en los *daños especiales* (es decir, los que surgen de manera natural, pero no necesaria del incumplimiento), los cuales suelen catalogarse como los *consequential e incidental damages*<sup>160</sup>.

Ahora bien, el deber de mitigar el daño no constituye una obligación para el acreedor. Simplemente, la indemnización se limita en la medida en que el acreedor pudo *razonablemente* evitar o mitigar el daño<sup>161</sup>. Por ello, el deber de mitigar el daño no debe suponer que el acreedor sacrifique sus derechos por la mitigación<sup>162</sup>. Esto es importante, a la hora de sopesar y decidir si se debe realizar, o no, una operación de reemplazo en orden a mitigar los daños. Al respecto, resulta muy ilustrativo el caso *Parker v. Twentieth Century-Fox Corp*<sup>163</sup>.

Hechos.—Shirley MacLaine Parker tenía un contrato con *Twentieth Century-Fox* para ser la protagonista en *Bloomer Girl*, una producción musical sobre el conflicto racial y de género en el sur de Estados Unidos, antes de la Guerra civil, con un importante contenido sobre el progreso del liderazgo de la mujer. La compañía canceló la grabación de *Bloomer Girl* y le ofreció a MacLaine, en sustitución del contrato, la interpretación del papel protagonista de *Big Country*, *Big Man*, una película de vaqueros, y con la misma remuneración, 750.000 dólares por catorce semanas de trabajo. La actriz rechazó la oferta y demandó a la compañía exigiendo una indemnización de daños y perjuicios. La compañía, en su contestación, alegó que la actriz *había faltado a su deber de mitigar los daños*, por no haber aceptado el papel que le habían ofrecido. La primera instancia (*trial court*) negó los argumentos de la defensa. En la apelación se consideró que los dos personajes ofrecidos eran prestaciones sustituibles. Por su parte, la *California Supreme Court* sostuvo que *no eran sustituibles* ambos personajes, pues am-

---

tion. (2) *The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss*».

<sup>159</sup> Entre muchos otros, CALAMARI, J., y PERILLO, J., *Contracts*, cit., p. 619; FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1183; GOETZ, C., y SCOTT, R., «The Mitigation Principle...», cit., p. 967.

<sup>160</sup> Sobre este tipo de daños *vid. supra* I.4.2.2.

<sup>161</sup> *Vid. Rock v. Vandine*, 106 Kan. 588, 189 p. 157, (*Supreme Court of Kansas*, Apr. 10, 1920), p. 158. Citado por FARNSWORTH, A., «Legal Remedies for Breach of Contract», cit., p. 1183 y n. 155; *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, párr. 12.12 p. 231. También, *vid. también* el § 350 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>162</sup> GERGEN, M., «A theory of Self-Help Remedies in Contract», *B. U. L. Rev.*, vol. 89, 2009, p. 1401.

<sup>163</sup> 474 P.2d 689 (*Supreme Court of California*, Sep. 30, 1970).

bos eran radicalmente distintos, y confirmó la primera instancia<sup>164</sup>. Sus fundamentos fueron, primero, que en este caso el contrato tomaba en cuenta las *preferencias subjetivas y peculiares de la actriz*. Segundo, que, con la excusa de aplicar el principio de mitigación de los daños, el deudor no puede *obligar a su acreedor a mitigar daños en beneficio de sus propios intereses* y probables detrimentos<sup>165</sup>.

Conforme al caso expuesto, puedo concluir, que, en el Derecho estadounidense, cuando una parte tiene *preferencias subjetivas en el cumplimiento del contrato*, esta puede sufrir daños y perjuicios si realiza una operación de reemplazo, por lo que puede *negarse al reemplazo* para satisfacer sus preferencias y evitar tener más daños, *incluso* si los daños por la operación de reemplazo parecen relativamente menores en comparación con el monto de la indemnización que se le podría imponer al deudor<sup>166</sup>.

Gergen, después de analizar el caso *Parker v. Twentieth Century-Fox Corp* y sus precedentes<sup>167</sup>, concluye que todos ellos tienen un principio co-

<sup>164</sup> *Parker v. Twentieth Century-Fox Corp*, cit., p. 697.

<sup>165</sup> *Parker v. Twentieth Century-Fox Corp*, cit., p. 697; GERGEN, M., «A theory of Self-Help Remedies in Contract», cit., p. 1403.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 1404.

<sup>167</sup> *Ibid.*, pp. 1401-1409. Los principales precedentes estudiados por el autor fueron los casos: *Rockingham County v. Luten Bridge Co* [35 F.2d 301 (Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit, oct. 15, 1929)] y *Clark v. Marsiglia* [1 Denio 317 (Supreme Court, New York, Jul. 1, 1845)]. De acuerdo a lo expuesto por GERGEN, me permitiré señalar los principales hechos de los citados casos.

El caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* trató del incumplimiento de un contrato de construcción de un puente, a cargo de *Luten Bridge Company*, en el condado de *Rockingham*. Una vez que la compañía inició la construcción del puente, unos comisionistas de la alcaldía de *Rockingham* aprobaron reubicar una carretera, por lo que tuvieron que cancelar el contrato de construcción del puente con *Luten*. Sin embargo, otros comisionistas que decían representar al condado le dijeron a la compañía que siguiera con el trabajo. Por tanto, la compañía decidió seguir sus labores y terminó la construcción del puente. El problema jurídico del caso consistió en decidir quién realmente representaba las decisiones del condado. A lo que se concluyó que era el primer grupo de comisionistas que habían votado por la cancelación de la construcción del puente. En consecuencia, la *Court* consideró que la empresa no debió seguir con la ejecución del contrato, una vez le informaron de su cancelación. Así, la *Court* estimó que los daños y perjuicios de *Luten* consistían en los costos económicos en los que había incurrido *hasta el momento de la cancelación de la obra*, más el lucro cesante que debió percibir por el contrato. Lo que, para el autor, es la mera aplicación del principio de mitigación de los daños y perjuicios, en el sentido de que la compañía *Luten* no suministró argumentos plausibles y determinantes que probaran que, con la continuación de la ejecución del contrato, se iban a evitar daños y perjuicios que no se hubiesen podido indemnizar *adecuadamente* mediante el remedio de la indemnización. GERGEN, M., «A theory of Self-Help Remedies in Contract», cit., pp. 1404-1405.

Respecto al caso *Clark v. Marsiglia*, GERGEN señala que es un *leading case* para la idea de que el acreedor, ante el incumplimiento anticipado del deudor –por su decisión de cancelar el contrato–, debe detener la ejecución del contrato, en orden a mitigar los daños y perjuicios. Los hechos del caso versan sobre un contrato de reparación y limpieza de un inmueble. El destinatario del servicio proveyó al contratista las pinturas para dicho fin. Una vez el contratista empezó con su labor, el comitente le informó que debía parar con el trabajo, pero el contratista decidió utilizar los recursos entregados por su comitente y terminar su labor. A continuación, el contratista demandó por el total del precio acordado en el contrato,

mún, el cual consiste en que el deber de mitigar el daño no exige que el acreedor tenga una *actitud arriesgada frente al incumplimiento de su deudor*. El acreedor *no debe* tomar medidas mitigadoras, que le causen daños y perjuicios que no puedan ser adecuadamente indemnizados, incluso si con tales actos hubiese evitado mayores daños –económicos–, *ya que esto implicaría que el acreedor tuviese que actuar en beneficio de los intereses del deudor (incumplidor) por encima de los suyos*<sup>168</sup>.

### 3. La operación de reemplazo en el UCC

A continuación, expondré las particularidades, requisitos y problemas prácticos de la operación de reemplazo. Esto lo estudiaré *a través* de la *compra y la venta de reemplazo* reguladas en el UCC. Sin embargo, comenzaré con la *regla de la compra de reemplazo*, y luego me referiré solo aquellas particularidades de la *venta de reemplazo*, pues, el tratamiento de ambas reglas es muy parecido. Además, se debe tener en cuenta que la mayoría de *los criterios utilizados para la determinación del daño* se aplican de igual manera tanto para el daño del comprador como para el del vendedor.

Las razones que explican la opción por este enfoque son: *en primer lugar*, porque aportará más claridad y uniformidad en el estudio, ya que el UCC reguló la operación de reemplazo principalmente para las compraventas; *en segundo lugar*, porque la compraventa es uno de los contratos más comunes dentro las transacciones económicas, por lo que tendré acceso a más casos, facilitando esto la comprensión de la problemática; *en tercer lugar*, porque en el contrato de compraventa se puede hablar de dos extremos contractuales claros (el del comprador y el del vendedor); y, *en cuarto lugar*, porque, como ya indiqué, el *Common Law*, y el mismo UCC, aplican esas particularidades y requisitos a los *otros tipos contractuales*.

Antes de entrar en el estudio de la operación de reemplazo en el UCC, debo ubicarla en el *catálogo general de remedios y/o criterios de cuantificación del daño* que dispone este instrumento normativo. Lo anterior, a través del siguiente cuadro comparativo de los diferentes «remedios» ofrecidos por el UCC.

---

en concepto de daños y perjuicios. La primera instancia estimó las pretensiones de la demanda, sobre la base de que el demandante (contratista), una vez tuvo los materiales en su poder, no tenía el deber de devolverlos y que, además, tenía derecho a cumplir con su contrato y reclamar por el valor del precio del contrato.

<sup>168</sup> GERGEN, M., «A theory of Self-Help Remedies in Contract», cit., pp. 1408-1409.

Remedios disponibles en caso de incumplimiento de la compraventa (UCC) <sup>169</sup>		
Descripción	Remedios del comprador	Remedios del vendedor
Catálogo de remedios.	§ 2 – 711	§ 2 – 703
Cumplimiento específico.	§ 2 – 716	§ 2 – 709
Operación de reemplazo.	§ 2 – 712	§ 2 – 706
Regla del Mercado.	§ 2 – 713	§ 2 – 708 (1)
Diferencia de la pérdida de valor.	§ 2 – 714	§ 2 – 708 (2)
Lucro cesante.	§ 2 – 715 (2)	§ 2 – 708 (2)
<i>Consequential damages</i> <sup>170</sup> .	§ 2 – 715 (2)	Ninguno
Daños incidentales.	§ 2 – 715 (1)	§ 2 – 710

En el caso del incumplimiento del vendedor, para determinar cuando aplica uno *u otro criterio de cuantificación del daño del comprador*, se deben distinguir dos situaciones: la primera es cuando el comprador-acreedor acepta las mercancías del vendedor y la segunda es cuando no lo hace (su no aceptación también se puede dar por la revocación o por la renuncia)<sup>171</sup>.

1. *La primera situación* corresponde a un cumplimiento defectuoso. En este caso, los daños se regulan por el § 2-714 UCC<sup>172</sup>, que calcula los daños

<sup>169</sup> El cuadro original se encuentra en: ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 40. Este cuadro tiene algunas modificaciones de orden y traducción, hechas por mí.

<sup>170</sup> No traduzco la expresión *consequential damages*, pues considero que es una categoría propia de este sistema que merece una particular aclaración. Como indiqué antes, se trata de daños que surgen de manera natural, *pero no necesaria del incumplimiento*. Los *consequential damages* pueden ser un daño emergente y también un lucro cesante del acreedor. A diferencia del *loss in value* (daños que forma parte del cumplimiento), los *consequential damages* no hacen parte del interés de cumplimiento del acreedor; por ejemplo, la pérdida del interés de reventa de un comprador acreedor, por el incumplimiento de su vendedor en la entrega de las mercancías o los daños incidentales en los que incurre el acreedor con ocasión del reemplazo. En el marco del Derecho inglés, *vid.* capítulo primero, apartado II.4.2.

<sup>171</sup> La *rejection* y la *revocation* no son remedios, siendo ambos son muy distintos entre sí.

La *rejection* simplemente necesita una notificación al vendedor, en un tiempo razonable después de la entrega y que el comprador se abstenga de cualquier acto incompatible con la propiedad del vendedor (§ 2 – 601 UCC).

La *revocation* es un derecho del comprador que se puede ejercitar si las mercancías son defectuosas de cualquier manera. Su ejercicio es más complicado pues requiere la declaración de la «no conformidad» y se regula por el § 2 – 608 UCC. ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., pp. 34-35.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 29.

§ 2 – 714 (*Buyer's Damages for Breach in Regard to Accepted Goods*) UCC.: «(1) *Where the buyer has accepted goods and given notification (subsection (3) of Section 2-607) he may recover as damages for any non-conformity of tender the loss resulting in the ordinary course of events from the seller's breach as determined in any manner which is reasonable.* / (2) *The measure of damages for breach of warranty is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value*

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

mediante el criterio del *loss in value*, el cual se caracteriza por conceder la diferencia entre lo que se recibió el acreedor y lo que realmente debía recibir, de conformidad con el contrato<sup>173</sup>. En esta forma de calcular la indemnización, el *precio de la reparación* de la prestación juega un papel probatorio importante<sup>174</sup>.

2. *La segunda situación*, equivaldría a la inexecución total de la obligación. En estos casos son aplicables los sistemas de cálculo del reemplazo y el precio del mercado. El comprador tiene la *libertad de elegir* entre ambos<sup>175</sup>. En esta particular situación es que se desenvuelve el remedio de la operación de reemplazo que estudiaré a continuación.

### 3.1 GENERALIDADES DE LA COVER RULE (§ 2 – 712 UCC)

En dicho artículo se prevé:

«“Cover”; *Buyer’s Procurement of Substitute Goods.*/ (1) *After a breach within the preceding section the buyer may “cover” by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller.*

(2) *The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages as hereinafter defined (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller’s breach.*

(3) *Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar him from any other remedy».*

La citada norma establece el derecho del comprador a celebrar la compra de reemplazo, ante el incumplimiento del vendedor por la falta de entrega. Como requisitos establece que la compra de reemplazo se realice sin retrasos *injustificados*, de manera razonable y de buena fe. De este modo, el comprador-acreedor tiene derecho a la indemnización del *coste adicional* de la compra de reemplazo realizada, más los otros daños adicionales en los que haya incurrido por su ejecución [§ 2 – 712 (2) UCC]. Por medio de la indemniza-

---

*they would have had if they had been as warranted, unless special circumstances show proximate damages of a different amount./ (3) In a proper case any incidental and consequential damages under the next section may also be recovered».*

<sup>173</sup> ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., pp. 40-44.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 33; CHILDRES, R., «Buyer’s Remedies: the Danger of Section 2-713», *Northwestern University L. Rev.*, vol. 72, 6, 1978, p. 843.

ción calculada mediante la regla de la operación de reemplazo el acreedor obtiene la satisfacción de su interés de cumplimiento (*expectation interest*)<sup>176</sup>.

La compra de reemplazo no necesariamente tiene que venir de un tercero, sino que, también, se ha aceptado cuando es el mismo comprador-acreedor quien fabrica los bienes sustitutos<sup>177</sup>.

Conforme con el comentario (4) del § 2 – 712 *UCC*, la posibilidad de realizar una compra de reemplazo no solo se concibió para los comerciantes (B2B), sino también para los contratos con *consumidores*<sup>178</sup> (B2C), como un medio de tutela relevante de estos.

La fórmula (C), antes vista, es la forma básica para calcular los daños de la compra de reemplazo. No obstante, tomando en estricto sentido lo establecido en el § 2 – 712 *UCC*, el cual incluye además el cómputo de los gastos ahorrados por el incumplimiento, la fórmula se transforma en la siguiente:

$$(F) \text{ Cover remedy} = [(cost\ of\ cover - contract\ price) + consequential\ and\ incidental\ damages] - expenses\ saved$$

Un ejemplo de aplicación sencilla de la *cover rule* es el caso *Borah v. McCandless*<sup>179</sup>.

Hechos.—Un comprador demanda al vendedor por el incumplimiento de una compraventa de troncos de madera, por falta de entrega. Los troncos tenían como finalidad que el comprador construyera una cabaña. Ante el incumplimiento, el comprador celebró varias compras de reemplazo en un tiempo razonable (cumpliendo con los requisitos legales). La *Court* concedió al comprador los daños conformes a la compra de reemplazo, consistentes en la diferencia desfavorable.

<sup>176</sup> Comentario (1) del § 2 – 712 *UCC*. ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 158.

<sup>177</sup> *Ibid.* En este sentido, ANDERSON cita el caso *Dura-Wood Treating Co. v. Century Forest Indus., Inc.*, 675 F.2d 745 (U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May. 14, 1982). Hechos.—la demanda versa sobre el incumplimiento de un contrato de compraventa entre dos empresas dedicadas a la fabricación de *cross-ties* (barras de madera que se utilizan para la construcción de las vías férreas). *Dura-Wood*, debido a que se vio escaso para producir suficientes *cross-ties* y poder cumplir con sus clientes, contrató con *Century Forest* la fabricación de 20.000 *cross-ties*. *Century Forest* no entregó las mercancías. Ante la urgente necesidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, *Dura-Wood* realizó varias cotizaciones en el mercado de los *cross-ties*, pero todas eran muy costosas y, por tanto, decidió fabricarlas en su propia empresa a un menor costo que el que le ofrecían los terceros.

La *Court* estimó que se había demostrado la buena fe por parte de *Dura-Wood* en la elección y forma de la *cover*. Además, la *Court* concluyó que *Dura-Wood* realizó la *cover* dentro de un tiempo razonable y proporcionó un sustituto razonable. Añadido a lo anterior, se probó que el mercado de los *cross-ties* era muy volátil, estaba sujeto a fluctuaciones y que el precio de estos fue alto, durante el tiempo que *Dura-Wood* estaba evaluando el mercado para realizar las compras de reemplazo. (*Dura-Wood Treating Co. v. Century Forest Indus.*, cit., pp. 754-755).

<sup>178</sup> El § 1– 201 (11) *UCC* define consumidor del modo que sigue: «(11) “Consumer” means an individual who enters into a transaction primarily for personal, family, or household purposes».

<sup>179</sup> *Borah v. McCandless*, 205 P.3d 1209, (Supreme Court of Idaho, Apr. 2, 2009).

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

rable entre el precio del contrato y el precio de las compras de reemplazo. También se le reconocieron otros daños adicionales (*incidental damages*), consistentes en adecuar los troncos para el invierno (pues había cambiado la estación, debido al retraso en la entrega del primer contrato) y el coste de un equipamiento especial para su transporte <sup>180</sup>.

### 3.2 LOS PROPÓSITOS Y LOS ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA COMPRA DE REEMPLAZO EN EL UCC

*Antes de su adopción por el UCC*, la compra de reemplazo no tenía una regla análoga en el Derecho estadounidense <sup>181</sup>. Por ello, es considerada por la doctrina como una regla *nueva, innovadora* y, también, como una regla que *mejoró* su sistema de indemnizaciones <sup>182</sup>. La compra de reemplazo permite que los compradores puedan procurarse en el mercado de aquello que le ha frustrado el incumplimiento, cuando así lo necesiten. Y, en consecuencia, la Ley *garantiza* al acreedor, que cumple con los requisitos, una *liquidación extrajudicial de sus daños*, conforme al daño de la operación de reemplazo realizada.

Denooyer señala que Karl Llewellyn, precursor del *UCC*, manifestó que los propósitos de la regulación de la *cover rule* fueron principalmente dos: a) hacer posible que, en caso de incumplimiento anticipado o cualquier otro tipo de incumplimiento, el perjudicado pueda actuar de inmediato procurándose de las mercancías sustitutas en el mercado (compra de reemplazo), o deshaciéndose de las mercancías que la otra parte no ha aceptado (venta de reemplazo), según el caso; y b) para evitar que, en juicio, el daño del perjudicado se determinara conforme a un criterio hipotético (el de la regla del mercado), y no se determinase conforme al daño real-concreto sufrido por este (operación de reemplazo) <sup>183</sup>.

Los casos *Missouri Furnace Co. v. Cochran y Reliance Cooperage Corp. v. Treat* suelen ser citados, para evidenciar los problemas de indemnizaciones

---

<sup>180</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:11, p. 549. Otro caso similar es el *Sun Pac. Mktg. Coop. v. DiMare Fresh, Inc.*, 2011 WL 3568539 (*United States District Court, E. D. California, Aug. 15, 2011*).

<sup>181</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 158; «An Overview...», cit., p. 44; FARNSWORTH, A., y otros, *Contracts. Cases and Materials*, cit., p. 650; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:11, p. 550.

<sup>182</sup> ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 44, n. 72; DENOYER, D., «Remedying Anticipatory Repudiation - Past, Present, and Future», *S. M. U. L. Rev.*, vol. 52, 1, 1999, p. 1804; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, p. 225; LAWRENCE R. SMALL, «The Remedy Provisions of Article 2 of the Uniform Commercial Code: A Practical Orientation», *Gonz. L. Rev.*, vol. 4, 1969, p. 181.

<sup>183</sup> DENOYER, D., «Remedying Anticipatory Repudiation - Past, Present, and Future», cit., p. 1804.

inadecuadas, *antes de la adopción del UCC*, cuando no existía un reconocimiento generalizado de la *regla del reemplazo*<sup>184</sup>.

A continuación, analizaré cada uno de los citados casos (hechos y solución), dada su importancia práctica para mi tema central de estudio. Al final, extraeré algunas conclusiones de ambos casos, en conjunto.

### 3.2.1 *El caso Missouri Furnace Co. v. Cochran*<sup>185</sup>

Hechos.—Un comprador demandó por el incumplimiento de una compraventa, por falta de entrega del vendedor (*Cochran*), quien se había comprometido a entregar al comprador (*Missouri*, un propietario de hornos altos para la fundición de hierro) 36.621 toneladas de coque de *Connellsville*, a 1,20 dólares por tonelada. La entrega se debía realizar cada día laborable y en cantidades iguales, durante el año 1880.

Después de entregar 3.765 toneladas, el vendedor, injustificadamente, notificó al comprador (demandante), el *13 de febrero* de 1880, que resolvía el contrato, dejando de entregar las mercancías restantes. El comprador, el *27 de febrero*, celebró una operación de reemplazo con H; la cual consistía en la entrega de 29.587 toneladas del mismo coque, al precio de 4 dólares, durante el resto del año. El precio, que se acordó en la operación de reemplazo, fue el del mercado en el momento de su celebración, un precio que estaba bastante por debajo del precio de mercado de las entregas posteriores, pues, el precio del coque sufrió una *devaluación* considerable en *mayo de 1880*, bajando a 1,30 dólares por tonelada.

El comprador reclamó la indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento del vendedor, consistente en la diferencia de precios entre el inicial contrato y la compra de reemplazo.

En este caso, la *Court* discutió sobre si el comprador tenía derecho a los daños calculados conforme a la operación de reemplazo realizada con H, o si, en cambio, tenía derecho a los daños consistentes en la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado, de cada uno de los días en que debieron haberse hecho las entregas por parte del vendedor.

En su sentencia, la *Court desestimó* el cálculo del daño conforme a la operación de reemplazo realizada, tal y como los había reclamado el comprador. Consideró que el comprador tenía derecho a ser reparado *según los términos del contrato celebrado con el vendedor original*, es decir, por la *diferencia entre el precio del contrato original y el precio del mercado* del coque de

<sup>184</sup> ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 44, n. 72.

<sup>185</sup> 8 F. 463, (*Circuit Court, W. D. Pennsylvania, Aug. 26, 1881*).

Connellsville, conforme al tiempo y el lugar en que debían hacerse las entregas periódicas de acuerdo con el contrato.

El demandante, bajo una *motion for a new trial*<sup>186</sup>, solicitó la revisión de la sentencia en un nuevo juicio, pero este le fue negado. No obstante, vale la pena detenerse en los argumentos planteados por el comprador (demandante), en aquella época, cuando no estaba disponible la *cover rule* del *UCC*:

1. En *primer lugar*, el comprador (demandante) señaló que existía una asentada doctrina del *Common Law* que aplicaba la regla del mercado, como regla general del cálculo de los daños por incumplimiento de la compraventa (de bienes muebles), por falta de entrega del vendedor, cálculo que se hace según *el día en que debieron de ser entregados*».

2. En *segundo lugar*, el comprador alegó que si bien en los casos *Brown v. Muller* (*Law. Rep. 7 Ex. 319*) y *Roper v. Johnson* (*Law. Rep. 8 C. P. 167*), que trataban de contratos de suministro *con entregas en diferentes plazos*, el juez reconoció los daños tomando como referencia el precio del mercado del día pactado para las entregas (es decir, conforme a la regla del mercado), no obstante, en uno de los casos, la demanda se había interpuesto una vez el periodo contractual había terminado y, en el otro caso, cuando el periodo contractual no había terminado. En ambos casos, el vendedor había notificado su intención de no ejecutar el contrato, bajo la creencia de que el comprador pudiera acudir al mercado y proveerse de un nuevo contrato de suministro<sup>187</sup>.

3. En *tercer lugar*, el comprador no desconoció y, por el contrario aclaró, que lo más razonable era que los daños, por regla general, debían calcularse de conformidad con el momento en que debieron ser entregadas las mercancías, pues, de otro modo estaría en poder de las partes elegir el tiempo en que estas deban responder por los daños (cita el libro inglés *Benjamin on Sales*, § 759)<sup>188</sup>. A pesar de ello, adujo que, si la mercancía tiene una *limitada producción*, y no puede, por una u otra razón obtenerse en el mercado, el vendedor *sufre daños más allá de daño establecido con arreglo al precio del mercado* (caso *McHose v. Fulmer*, 73 Pa. St. 367). Por tanto, el comprador destacó que el *estándar de la regla del mercado puede ser peligroso e hizo un llamado a salir de este parámetro*<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> «*Motion for new trial: A party's postjudgment request that the court vacate the judgment and order a new trial for such reasons as factually insufficient evidence, newly discovered evidence, and jury misconduct. In many jurisdictions, this motion is required before party can raise such matter on appeal. —also termed motion for a new trial*». GARNER, B., *Black's Law Dictionary*, cit.

<sup>187</sup> *Missouri Furnace Co. v. Cochran*, cit., p. 465.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 467.

4. En *cuarto lugar*, el comprador finalizó su argumentación sustentando que la operación de reemplazo la hizo en cuanto se enteró que el vendedor no tenía intención de cumplir el contrato, pero con el infortunio de haberla hecho cuando los precios estaban muy altos, lo que no quita que haya habido *buena fe* por su parte, pues no sabía que en mayo volvería a bajar el precio del coque. Aunque el comprador *no está obligado* a realizar la operación de reemplazo, parece evidente que, *en el momento de la notificación del incumplimiento, el comprador está bajo su propio riesgo, por lo que los daños no pueden imputarse de acuerdo con las bases originales del contrato*<sup>190</sup>.

Sin embargo, como ya anticipé, la *motion for a new trial* fue denegada por el Tribunal.

### 3.2.2 *El caso Reliance Cooperage Corp. v. Treat*<sup>191</sup>

En este caso, al igual que el expuesto anteriormente, la *Court* discute sobre el cálculo de los daños por el incumplimiento de un contrato de compraventa entre *Reliance Cooperage Corp.* (comprador) y *Treat* (vendedor).

Hechos.—Las partes celebraron un contrato de compraventa el 12 de julio de 1950, siendo su objeto la venta de troncos de madera, suficientes para producir 300.000 palos de roble blanco, de ciertas medidas, que debían ser producidos por el mismo vendedor (*Treat*)<sup>192</sup>. El vencimiento del contrato era el *31 de diciembre de 1950*. El precio acordado fue de 450 dólares por cada mil unidades.

En agosto de 1950 (antes de acabarse el plazo), el vendedor *notificó* al comprador que, por un alza en el mercado de los precios (de 475 a 500 dólares), no podía ejecutar el contrato (incumplimiento anticipado). El comprador *siguió insistiendo en el cumplimiento del contrato*. Llegado el plazo para el cumplimiento (31 de diciembre de 1950), el precio del mercado de la mercancía había subido a 750 dólares, por cada mil *unidades*.

En este caso, la *Court* concedió, como daños y perjuicios, la diferencia entre el precio del contrato (450 dólares) y el precio del mercado del plazo pactado para el vencimiento del plazo del contrato (750 dólares).

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>191</sup> *Reliance Cooperage Corp. v. Treat*, 195 F.2d 977 (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit, Apr. 22, 1952).

<sup>192</sup> «Party of the first part hereby agrees to purchase and Party of the second part hereby agrees to sell a quantity of staves sufficient to aggregate 300.000 white oak bourbon staves of four and one half average width, to be produce by, or purchased by, Second party». *Reliance Cooperage Corp. v. Treat*, cit., p. 978 (CDO 1.º).

En oposición a lo anterior, en la *jury instruction*<sup>193</sup> se consideró que era indiscutible que, a primera vista, había una responsabilidad del vendedor por los daños consistentes en la diferencia entre el precio del contrato original y el precio del mercado al 31 de diciembre de 1950. No obstante, como el vendedor notificó la rescisión del contrato anticipadamente al plazo de vencimiento de su obligación, existía el deber de *mitigar los daños* por parte del comprador, realizando una compra de reemplazo. Lo anterior dado que, tras la notificación del incumplimiento, el comprador con un esfuerzo razonable pudo mitigar los daños acudiendo al mercado abierto para procurarse los palos de roble, y así los daños podrían haber sido parcialmente mitigados, pues tal incumplimiento anticipado fue hecho de forma definitiva e inequívoca y notificada al comprador. Finalmente, el *jury* consideró que, si no hubiese existido un incumplimiento anticipado, entonces sí que procedería determinar el daño del comprador conforme a la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado al momento en que debió cumplirse la obligación (regla del mercado)<sup>194</sup>.

Con base en las consideraciones de la *jury instruction*, el demandante (el comprador) apeló el fallo de la *Court*, alegando el deber de mitigar los daños, pues el vendedor repudió el contrato antes del plazo<sup>195</sup>.

Al respecto, la *Court* se pronunció en los siguientes términos: en *primer lugar*, que la parte que incumple anticipadamente, de acuerdo con el *leading case Roehm v. Horst*<sup>196</sup>, no puede quejarse porque su contraparte no lo demande en la fecha que deliberadamente eligió para no cumplir el contrato. En consecuencia, señaló que el acreedor puede esperarse al vencimiento del contrato para demandar los daños del su deudor<sup>197</sup>.

En *segundo lugar*, la *Court* consideró que el incumplimiento anticipado del vendedor no perjudica su obligación de entregar la prestación, ni afecta a su responsabilidad por los daños del incumplimiento del contrato. Por tanto, estableció que el cálculo de los daños no debe ser distinto al que sería si no se hubiese notificado al comprador el incumplimiento del contrato. En opinión de la *Court*, *la cuantificación de daño no cambia por el hecho del incumplimiento anticipado*<sup>198</sup>.

En *tercer lugar*, en relación con el deber de mitigar los daños por parte del comprador, una vez notificado el incumplimiento, la *Court* argumentó que,

---

<sup>193</sup> «*The Jury instruction* is a direction or guideline that a judge gives a jury concerning the law of the case». GARNER, B., *Black's Law Dictionary*, cit.

<sup>194</sup> Citas y contenido en *Reliance Coöperage Corp. v. Treat*, cit., p. 981 (CDO 1.º).

<sup>195</sup> *Reliance Coöperage Corp. v. Treat*, cit., p. 981 (CDO 1.º).

<sup>196</sup> 20 S. Ct. 780 (*Supreme Court of the United States, May. 14, 1900*).

<sup>197</sup> *Reliance Coöperage Corp. v. Treat*, cit., p. 982 (CDO 3.º y 4.º).

<sup>198</sup> *Reliance Coöperage Corp. v. Treat*, cit., p. 982 (CDO 4.º).

de acuerdo con el caso *Grain Co. v. Simpson Feed Co.*<sup>199</sup>, el comprador no está obligado a mitigar sus daños realizando operaciones de reemplazo en el mercado. El comprador tiene derecho a esperar el vencimiento del plazo, para llevar a cabo la compra de reemplazo. Según la *Court*, dos razones justifican lo anterior: *la primera*, es que obligar al acreedor a realizar compras o ventas de reemplazo en el mercado fomenta el incumplimiento anticipado por parte del vendedor o del comprador a medida que el mercado suba o baje (caso *Fahey v. Updike Elevator Co.*<sup>200</sup>); *la segunda*, es que una acción inmediata del acreedor, tras el incumplimiento anticipado, podría no tener el efecto de mitigar sus daños, sino que, por otro lado, podría aumentarlos (caso *Missouri Furnace Co. v. Cochran*)<sup>201</sup>.

### 3.2.3 *Algunas conclusiones sobre los pre-code cases Missouri Furnace Co. v. Cochran y Reliance Cooperage Corp. v. Treat*

1. Los dos casos versan sobre un *incumplimiento anticipado*. En ambos, se observa que el *quid* entre reconocer, o no, el daño de la operación de reemplazo, sea como cálculo de los daños (como es en el primer caso), sea como límite a la extensión de los daños (como es en el segundo caso), radica en que no había vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación. Por tanto, se discute entre si el acreedor puede demandar la indemnización antes de llegar el plazo, y actuar en consecuencia, o si debe esperar al vencimiento del contrato.

2. La diferencia entre ambos casos es que, el primero (*Missouri Furnace Co. v. Cochran*) parece establecer la *prioridad de la regla del mercado* frente al daño calculado conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor, es decir, que *los daños que importan son los que corresponden al precio del mercado del momento en que debió cumplirse el contrato –conforme a las bases originales del mismo–*. De este modo, puedo concluir que, en este contexto, el precio obtenido en el reemplazo debía coincidir con el precio del mercado, del momento del vencimiento de la obligación del deudor, para que fuera reconocido.

En cambio, en el segundo caso (*Reliance Cooperage Corp. v. Treat.*) ya hay un reconocimiento del deber de mitigar los daños mediante las operaciones de reemplazo, solo que a estas solo se podía acudir *una vez vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación*, y no durante el periodo entre la notificación del incumplimiento anticipado y el momento en que debía cumplirse la obligación.

<sup>199</sup> 102 F. Supp. 354 (U. S. District Court, E. D. Arkansas, dic. 17, 1951).

<sup>200</sup> 102 Neb. 249 (Supreme Court of Nebraska, Mar. 1, 1918).

<sup>201</sup> *Reliance Cooperage Corp. v. Treat*, cit., p. 983 (CDO 5.º).

3. *Si se miran ambos casos con una perspectiva moderna (post-UCC)*, se aprecia que sus soluciones hubiesen sido totalmente opuestas. En el *primer caso*, quizás se hubiese reconocido el daño calculado conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor (aunque fuere considerablemente mayor que el daño según la regla del mercado). El *UCC* da prioridad al sistema de cálculo de la regla de la operación de reemplazo. En el *segundo caso*, se hubiesen limitado los daños al precio de una hipotética operación de reemplazo del momento en que el *acreedor tuvo noticia* del incumplimiento inequívoco del deudor. Lo anterior, con objeto de «castigar» la conducta pasiva del acreedor frente a la mitigación del daño, esperando solo hasta el vencimiento de la obligación para actuar (con la demanda).

4. Sobre la cuestión de si se reconocía, o no, la operación de reemplazo *antes de la adopción del UCC*, creo que no estaba muy claro su reconocimiento. Ciertamente existía su reconocimiento en la jurisprudencia estadounidense, el cual venía de la jurisprudencia inglesa<sup>202</sup>. Sin embargo, su *aplicación era muy baladí*, puesto que no había seguridad para el acreedor de si se le reconocería, o no, el daño real-concreto, efectivamente padecido por la operación de reemplazo realizada<sup>203</sup>. *La ruptura con la tradición jurisprudencial inglesa se encuentra justamente en que la regla de la operación de reemplazo (razonable y de buena fe) desplaza a la regla del mercado*. Pues, como estudiaré más adelante, con el *UCC* ambas reglas se individualizan, y no depende la una de la otra (ya que es a elección del acreedor).

En este aspecto, CHILDRES arguye que, si bien la *regla del mercado* se encuentra en la base de la determinación del daño contractual de las leyes inglesas y estadounidenses, en su opinión, no hay antecedentes que señalen que LLEWELLYN u otros autores contemporáneos consideren que la regla del mercado, como criterio de cuantificación del daño, sea útil en la práctica, pues representa simplemente una idea de cuantificación abstracta del daño<sup>204</sup>. En este aspecto, me remito al debate CAMPBELL/GERGEN, sobre ambos sistemas de cálculo del daño en el Derecho inglés y en el estadounidense, expuesto al final de este capítulo<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> SOLER PRESAS, refiriéndose la *cover rule*, en el *UCC* señala: «[e]sta positivización no es más que el reconocimiento expreso de una práctica legalmente consolidada por la jurisprudencia americana que, a imagen de la inglesa, admite la liquidación del daño conforme a la reventa efectivamente realizada por considerarla razonable y equivalente al precio de mercado, a menos que otra cosa se pruebe». SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 213.

<sup>203</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:11, p. 550.

<sup>204</sup> CHILDRES, R., «Buyer's Remedies: the Danger of Section 2-713», cit., p. 841.

<sup>205</sup> *Infra* IV.5.

El *prior law* estadounidense, anterior al *UCC*, engarza más con la tradición inglesa<sup>206</sup>. En el Derecho estadounidense la regla del mercado *desplazaba* a la regla del reemplazo, y en la medida en que la operación de reemplazo se adecuara a sus límites, esta se reconocía, o no<sup>207</sup>. Uno de los efectos más importantes fue en los casos de *incumplimiento anticipado* por el repudio de una de las partes, como se puede apreciar en los casos analizados, *antes* del *UCC*, el acreedor podía ignorar el repudio, esperar al vencimiento de la obligación, para luego demandar y reclamar la indemnización conforme a la regla del mercado (es decir, tomando como referencia el precio del mercado en el momento del vencimiento del contrato)<sup>208</sup>. Ahora, el acreedor debe celebrar operaciones de reemplazo, si esto es posible y razonable, en cuanto tenga noticia *inequívoca* del incumplimiento anticipado del deudor. En caso contrario, el daño contractual se determinará con arreglo al precio del mercado de dicho momento, y no el precio del momento acordado para el cumplimiento<sup>209</sup>.

La doctrina estadounidense valora positivamente la regulación de la regla del reemplazo en el *UCC*. *Califica de infortunadas las resoluciones judiciales sobre el cálculo de los daños, cuando no se había regulado la cover rule, pues, la regla generalizada de la market formula podía conceder una sobre, o infra, indemnización al acreedor*<sup>210</sup>.

### 3.3 LA COMPRA DE REEMPLAZO COMO UN REMEDIO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE EN EL UCC

*Con el UCC*, la compra de reemplazo se convierte en un «remedio» (o método de cálculo de los daños) independiente y autónomo en el sistema

<sup>206</sup> *Vid.* capítulo primero, apartado IV.

<sup>207</sup> WHITE/SUMMERS/ HILLMAN señalan que, bajo el *prior law*, si el acreedor realizaba una compra de reemplazo, el acreedor no tenía certeza que el juez calculara los daños mediante el precio del mercado o mediante el precio del mercado de cuando realizó la operación de reemplazo. WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:11, p. 550.

<sup>208</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, § 12.12, p. 237. También CORBIN (desde 1952) criticaba ello y consideró, que el acreedor debía aceptar el incumplimiento anticipado de su deudor y, si era el caso, buscar una operación de reemplazo que determinara la indemnización del daño sufrido (hablaba de contratos laborales, donde el empleado despedido debía de buscarse otro empleador). CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, cit., p. 943.

<sup>209</sup> HUNTER TAYLOR JR., E., «The Impact of Article 2 of the U. C. C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation», *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, vol. 9, 4, 1968, pp. 925, 930-938.

En el Derecho inglés, en cambio, no basta con un conocimiento inequívoco, sino que se exige que, para que nazca el deber de mitigar los daños, el repudio debe ser *oficialmente* aceptado por la parte contractual y, de este modo, configurarse el *anticipatory breach*. *Vid.* capítulo primero, apartado IV.3.3.

<sup>210</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 159; «An Overview...», cit., p. 44, nota 72; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, § 12.12, p. 242 (en especial, casos nota 43); WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:12, p. 550.

de responsabilidad contractual estadounidense. Ello supone que este sistema de cálculo desplaza al de la regla del mercado y, además, deja de ser simplemente una medida de mitigación de los daños. Esta visión no solo se aplica en la compraventa, que es el contrato para el que específicamente se regula esta regla en el *UCC*, sino que también se ha extendido a otros tipos de contratos, a través del *Common Law*<sup>211</sup>.

El Derecho estadounidense permite que el acreedor, *de modo razonable y de buena fe* (aquí la clave de este sistema concreto de cuantificación del daño), realice una operación de reemplazo cuando así lo necesite y, por consiguiente, le *garantiza* la liquidación *ex ante* (extrajudicial) del daño contractual, cuantificado mediante de la operación de reemplazo realizada.

Conforme al *UCC*, si el acreedor hace uso de su derecho a la satisfacción del interés de cumplimiento mediante la operación de reemplazo, de manera razonable y de buena fe (§ 2 – 712 *UCC*), este tendrá derecho al daño de la operación de reemplazo en cualquier circunstancia; tanto si el precio de la operación de reemplazo es mayor al precio del mercado, como si es *más* barato que este<sup>212</sup>. *La razonabilidad* de la operación de reemplazo es la que determina que se aplique este sistema de cálculo del daño; *será jurídicamente irrelevante que esta no haya sido el método más barato o eficiente* [comentario (2) del § 2 – 712 *UCC*]<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> El comentario (e) del § 347 *Restatement (Second) of Contracts* dispone: «[a]ctual loss caused by breach. The injured party is limited to damages based on his actual loss caused by the breach. If he makes an especially favorable substitute transaction, so that he sustains a smaller loss than might have been expected, his damages are reduced by the loss avoided as a result of that transaction» (subrayado mío). En la doctrina, *vid.* WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:11, p. 550.

Soler Presas manifiesta su desacuerdo con esta argumentación de la doctrina estadounidense. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 120.

<sup>212</sup> SCOTT, R., «The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle», *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, 4, 1990, p. 1190.

Un interesante y fundamentado estudio histórico, que cuestiona la prolifera doctrina estadounidense que defiende la prioridad de la regla del mercado sobre la regla de la operación de reemplazo, se encuentra en ANDERSON, R. R., «A Look Back at the Future...», cit., pp. 185-247 (en particular, pp. 242-245).

El siguiente fragment crítico de ANDERSON es muy elocuente: «[m]arket price advocates are a fervent bunch. Their muse is a hypothetical abstraction that misses its mark with varying degrees of inaccuracy. Most of the time this is harmless fantasy, coming close enough, as we say, for government work and horse-hoes, and as just another fantastical indulgence common to economics analytics, such as, for example, horizontal demand “curves” and transactions without costs. But when the little invention exceeds its practical boundaries as a serviceable surrogate and comes to the law by asserting primacy over the real transactions it is only supposed to emulate, it can become an ugly little monster indeed. Sellers and buyers will not litigate when the price guesstimate is close and there is but a few bucks of difference between what they sold or bought and its hypothetical or “ex ante” value. As the cases at, they litigate when the difference is ten times reality and the lottery payout, to wager a mixed gambling metaphor, is worth a roll of the dice. It takes an almost religious fervor to let the ugly little monster have its way when that happens» (p. 244).

<sup>213</sup> FARNSWORTH, A., «Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract», *Yale L. J.*, vol. 94, 6, 1985, p. 1372.

Para Farnsworth, si el acreedor opta por realizar una operación de reemplazo para satisfacer su interés contractual, este debe asumir que su daño será el realmente sufrido mediante esta, aún cuando su precio esté *por debajo* del precio de mercado; ello es coherente con el *expectation interest*. Ahora bien, en el hipotético caso que el precio de la operación de reemplazo esté *por encima* del precio del mercado, Farnsworth señala que es también *coherente y de justicia* que al comprador razonable se le reconozca el daño realmente sufrido por la operación de reemplazo realizada, pues, *si el acreedor asume el riesgo de un reemplazo desfavorable, también debe asumir la ventaja de uno favorable*<sup>214</sup>.

En mi opinión, considero que, si la *regla del mercado* desplaza a la *regla de la operación de reemplazo*, esta última no ofrecería seguridad jurídica a los acreedores. En ocasiones, los precios del mercado son muy fluctuantes y los daños que se pudieran derivar de las operaciones de reemplazo, penderían de esta situación fluctuante del mercado. El comprador (acreedor), *razonable y de buena fe*, debe tener una garantía de liquidación del daño conforme a la operación de reemplazo realizada.

Finalmente, debo añadir que, en caso de que el precio de la operación de reemplazo esté *por encima* del precio del mercado, no considero que ello signifique, necesariamente, una *falta al deber de mitigar el daño del acreedor*, pues, *el principio de la mitigación no solo se refiere al daño referido a la prestación incumplida, sino también a los otros daños del acreedor* (justificados dentro del principio de la previsibilidad del daño)<sup>215</sup>.

#### 3.4 ¿PUEDE EL ACREEDOR, QUE HA CELEBRADO UNA COMPRA DE REEMPLAZO, PREFERIR LA REGLA DEL MERCADO (§ 2 – 713 UCC)?

Conforme a los presupuestos del *UCC*, la respuesta a dicha cuestión es negativa. Si bien el § 2 – 713 *UCC* prevé el cálculo de los daños del comprador conforme al criterio de la regla del mercado, el cual consiste en la diferencia entre el precio del mercado al momento del incumplimiento y el precio acor-

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, pp. 1371-1372. Cabe advertir que FARNSWORTH matiza su opinión en cuanto que reconoce que, en la práctica, muchos jueces siguen aplicando la visión clásica de la *market rule* por encima de la *cover rule*. *Ibid.*, p. 1371.

<sup>215</sup> *Supra* IV.2.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

dado en el contrato<sup>216</sup>, conforme al comentario (5) al § 2 – 713<sup>217</sup>, la regla del mercado aplica siempre y cuando el comprador *no* ha realizado una compra de reemplazo, o cuando, habiéndola celebrado, esta resulta ser inadecuada por no cumplir los requisitos exigidos del § 2 – 712 UCC.

No obstante, esta cuestión ha sido debatida por la doctrina estadounidense, en situaciones como la que expondré a continuación:

Usualmente, cuando un comprador realiza una compra de reemplazo, ante el incumplimiento del vendedor, intentará reclamar los daños y perjuicios contractuales con base en esta. No obstante, puede ocurrir que dicho comprador se percate que el daño conforme a la *regla del mercado* le es más favorable que el conforme a la *compra de reemplazo*.

Esto ocurre cuando el precio del mercado, en el momento en que el comprador tuvo noticia del incumplimiento, es *superior* al que el comprador logró conseguir mediante la compra de reemplazo efectuada. Por ejemplo, pensemos en un incumplimiento de una compraventa de fruta, por parte del vendedor que no entrega en plazo. Asumimos que el precio acordado era de 5 dólares, y el comprador celebra una compra de reemplazo por el precio de 7 dólares el kilogramo. Puede ocurrir que el comprador, cuando demanda y reclama sus daños, se percate que el precio del mercado del momento del incumplimiento era de 8 dólares. Siendo esto así, el daño calculado conforme a la *cover rule* le sería menos favorable ( $7 - 5 = 2$  dólares), que los de la regla del mercado ( $8 - 5 = 3$  dólares).

¿Puede el comprador *optar* por demandar los daños conforme a la *regla del mercado*, ocultando que ha realizado una compra de reemplazo?

Naturalmente, cabe esperar que el comprador elija reclamar sus daños conforme a la *regla del mercado*, que le es más favorable, desconociendo el reemplazo. Sin embargo, la problemática está en cuestionarnos si *el deudor puede acreditar que ha habido una sustitución efectiva del cumplimiento* (mediante el reemplazo), por un precio *más favorable* (al deudor) que el precio corriente, alegando una reducción de la indemnización debida al acreedor, basada en la compra de reemplazo efectivamente realizada.

Al respecto, Peter Ellen (en 1963) consideró que una lectura «no restrictiva» del comentario (5) al § 2 – 713 UCC, y de conformidad con el derecho a la libre

---

<sup>216</sup> § 2 – 713 UCC: «Buyer's Damages for Non-delivery or Repudiation./ (1) Subject to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price together with any incidental and consequential damages provided in this Article (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach».

<sup>217</sup> Comentario (5) al § 2-713 UCC: «The present section provides a remedy which is completely alternative to cover under the preceding section and applies only when and to the extent that the buyer has not covered».

elección de remedios que le concede el *UCC* al comprador (§ 2 – 711 *UCC*), permite entender que se deben *preservar todas las opciones de los remedios disponibles para el comprador* e ignorar la operación de reemplazo realizada. Con esta idea, para el autor, el acreedor *mantendría siempre su derecho a cobrar el daño calculado según el sistema de la regla del mercado, en los casos de operaciones de reemplazo menos favorables*<sup>218</sup>.

Posteriormente, y contrarios a la doctrina anterior, White/Summers/Hillman señalan que la enmienda al artículo 2, realizada en 2003, propuesta para el comentario (7) de § 2 – 713 *UCC*<sup>219</sup>, aclaró dicha cuestión, al establecer *expresamente* que el comprador, que celebró una compra de reemplazo, *no puede reclamar los daños conforme a la regla del mercado*<sup>220</sup>. Lo anterior, también se respalda en el comentario (e) de §347 *Restatement (Second) of Contract*.

Ello obedece a que, si se repara una mayor cuantía de los daños conforme a la regla del mercado, se pondría al acreedor en una mejor situación económica de la que tendría si el contrato se hubiese cumplido (contra el principio del *expectation interest*), pues este ya habría obtenido la prestación mediante el reemplazo.

Por fin, cabe advertir que es el *vendedor-deudor, quien tiene la carga de la prueba* de que efectivamente existió una sustitución (reemplazo) del cumplimiento *in natura*, a efectos de limitar el daño del comprador a una cuantía inferior (*actual loss*) que el determinado por la regla del mercado<sup>221</sup>.

### 3.5 ¿ES OBLIGATORIO CELEBRAR UNA OPERACIÓN DE REEMPLAZO?<sup>222</sup>

El comprador no tiene la obligación de realizar una compra de reemplazo, ante el incumplimiento del vendedor<sup>223</sup>. Ello se establece claramen-

<sup>218</sup> ELLEN A., P., «Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two», *Yale L. J.*, vol. 73, 2, 1963, pp. 260-261.

<sup>219</sup> Notas al comentario (7) § 2-713 *UCC*: «[Appendix-Article 2. Sales (2003) (*Amendments Proposed in 2003 and Withdrawn from the Official Text in 2011*)]/ A buyer that has covered under Section 2-712 may not recover the contract price market price difference under this section, but instead must base the damages on those provided in Section 2-712. To award an additional amount because the buyer could show the market price was higher than the contract price would put the buyer in a better position than performance would have. Of course, the seller would bear the burden of proving that cover had the economic effect of limiting the buyer's actual loss to an amount less than the contract price-market price difference».

<sup>220</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, §§ 7:19 y 8:13, pp. 580, 691-692.

<sup>221</sup> Comentario (7) § 2-713 *UCC* (con las enmiendas propuestas para el § 2 *UCC* de 2003. En la doctrina: WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:19, p. 580.

<sup>222</sup> Título acuñado por ANDERSON («The Cover Remedy», cit., p. 160).

<sup>223</sup> Caso *Panhandle Agri – Service, Inc. v. Becker*, 231 Kan 291 (*Supreme Court of Kansas*, May. 8, 1982), p. 413, (CDO 9.); Comentario (3) del § 2 – 712 *UCC*; ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 160, entre muchos otros; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, párr. 12.11, p. 227.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

te en el *UCC* [§ 2 – 712 (comentario 3) y § 2 – 713 (comentario 5)]<sup>224</sup> y en la jurisprudencia<sup>225</sup>.

Ello quiere decir que si, por ejemplo, el comprador ha intentado realizar una compra de reemplazo, pero esta no cumple los requisitos, el comprador no pierde su derecho a reclamar los daños por medio de la regla del mercado<sup>226</sup>. Lo anterior, dado que, en cualquier caso, el acreedor *siempre* tiene derecho a sus *daños generales*, y que, a falta de la compra de reemplazo, el daño se cuantificará mediante la regla del mercado (§ 2 – 713 *UCC*)<sup>227</sup>.

No obstante, la regla de la *cover* debe leerse en armonía con el deber de mitigar los daños, conforme al cual el comprador deberá tener en cuenta si es mejor, o no, realizar la compra reemplazo, pues los denominados *consequential damages* se podrían limitar en la medida en que con esta se hubiera evitado la producción de mayores daños<sup>228</sup>.

En resumen, la *no* celebración de la compra de reemplazo no es obstáculo para que el comprador pueda usar otro remedio (o método de cuantificación de los daños). Pero, el remedio que se ejercite siempre debe estar restringido a los daños reales (*actual damages*). Y, en cualquier caso, la *no* celebración de la operación de reemplazo solo afectaría a los *consequential damages*, que pudieron ser evitados con esta<sup>229</sup>.

### 3.6 REQUISITOS DE LA COMPRA DE REEMPLAZO: LA BUENA FE Y LA RAZONABILIDAD EN EL TIEMPO Y LA FORMA

Hasta aquí ha quedado claro que la determinación de daño conforme al criterio de la compra de reemplazo es prioritario frente al otro sistema de cálculo

---

<sup>224</sup> § 2 – 712 (3) *UCC*: «*Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar the buyer from any other remedy*»; además, en su comentario (3) se señala: «*the policy that cover is not a mandatory remedy for the buyer. The buyer is always free to choose between cover and damages for non-delivery*». También, lo establece el comentario (5) al § 2 – 713 *UCC* (regla del mercado).

<sup>225</sup> *Vid.* la larga lista de casos citados en: WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:10, p. 548, nota 1.

<sup>226</sup> *Kolmar Ams., Inc. v. Koch Supply & Trading*, 2012 WL 676354, (*U. S. District Court S. D. New York, Feb. 29, 2012*). En dicho caso, el Tribunal señaló que, de acuerdo con la ley contractual de Nueva York, el comprador no estaba obligado a realizar una operación de reemplazo [§ 2-712 (3) *UCC*] (...). Incluso, también señaló que, cuando el comprador ha intentado celebrar una compra de reemplazo, pero no lo ha hecho razonablemente, sigue siendo libre de reclamar los daños de acuerdo con la regla del mercado [*vid.* §§ 2-711 (1) (b); 2-712 (3); 2-713 (1) *UCC*] (CDO 2.º).

<sup>227</sup> ANDERSON, R. R., «*The Cover Remedy*», cit., p. 160.

En la determinación del daño conforme a la regla del mercado, también ha de tenerse en cuenta el momento en el que el acreedor conoce el *breach*, pues este ha sido calificado por la jurisprudencia como un momento crucial para calcular los daños por la regla del Mercado. *Duff v. U. S. Gold & Silver Investments, Inc.*, 682 F. Supp. 484, (*U. S. District Court, D. Oregon, Sept. 6, 2011*), (CDO 2.º).

<sup>228</sup> Comentario (3) al § 2 – 712 *UCC*.

<sup>229</sup> ANDERSON, R. R., «*An Overview...*», cit., p. 60 y nota 142.

según la regla del mercado, cuando el acreedor *libremente* ha optado por realizar la compra de reemplazo. Sin embargo, para que esto sea así a la compra de reemplazo se le ha asignado unos requisitos propios que ha de observar el comprador-acreedor, los cuales se han desarrollado a través de una prolífera casuística en el Derecho estadounidense. A estos requisitos me voy a referir a continuación.

Del texto del § 2 – 712 *UCC* se pueden extraer tres requisitos: el momento razonable para llevar a cabo el reemplazo (*unreasonable delay*), la razonabilidad de la compra de reemplazo (*reasonable purchase*) y la buena fe del comprador-acreedor (*making in good faith*). Estos requisitos se proyectan en la compra de reemplazo en sí, en el tiempo y en lugar en donde se esta se lleva a cabo]<sup>230</sup>.

### 3.6.1 La buena fe del comprador-acreedor

El principio de la buena fe (a diferencia del Derecho inglés) está *expresamente y novedosamente reconocido* en el Derecho de contratos estadounidense<sup>231</sup>. El § 1 – 201 (20) (*General Definitions*) *UCC* define la buena fe como la *honestidad de hecho* y la observancia de los *estándares razonables del comercio y el trato justo*<sup>232</sup>. Asimismo, la buena fe se contempla en el §205 *Restatement (Second) of Contracts*, según el cual todos los contratos imponen a las partes el deber de actuar de buena fe y con trato justo, tanto en la celebración como en la ejecución del contrato<sup>233</sup>. De acuerdo al comentario (a) del §205 *Restatement (Second) of Contracts*, el concepto de buena fe varía según el contexto, pero, en general, lo que el concepto busca es la *adecuación del contrato a las expectativas justificadas de la otra parte contratante* (precepto que no contenida el primer *Restatement of Contracts*<sup>234</sup>)<sup>235</sup>.

<sup>230</sup> Comentario (2) al § 2 – 712 *UCC*.

<sup>231</sup> CALAMARI-PERILLO señalan que el reconocimiento del deber de actuar de buena fe fue «solidificado» durante el siglo XIX, con «el desarrollo de la teoría de la autonomía de la voluntad, *laissez-faire*, el principio de la libertad contractual, la no intervención judicial y el lucro de las transacciones comerciales». Lo que pronto fue confirmado por el *Restatement (Second) of Contracts* y por el *UCC*. CALAMARI, J., y PERILLO, J., *Contracts*, cit., p. 508.

<sup>232</sup> § 1– 201 (20) (*General Definitions*) *UCC* «“Good faith”, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing».

<sup>233</sup> § 205 *Restatement (Second) of Contracts (Duty of Good Faith and Fair Dealing)*: «Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement».

<sup>234</sup> SUMMERS, R. S., «The general duty of good faith: Its recognition and conceptualization», *Cornell Law Faculty Publications*, vol. 67, 1982, p. 810.

<sup>235</sup> § 205 *Restatement (Second) of Contracts*: «a. Meanings of “good faith”. *Good faith* is defined in Uniform Commercial Code § 1-201(20) as “honesty in fact in the conduct or transaction concerned”. “In the case of a merchant” Uniform Commercial Code § 2-103(1)(b) provides that *good faith* means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade. The phrase “good faith” is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. *Good faith*

En cuanto a la buena fe del comprador que celebra una compra de reemplazo, el *UCC* no provee una definición más específica. Lo único que indica es que la buena fe se valora en el momento de la realización de la operación de reemplazo<sup>236</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en el *UCC*, se tiene una interpretación y exigencia de la buena fe distinta para los consumidores y los comerciantes. En el caso del reemplazo celebrado por el consumidor, el *UCC* establece que la buena fe que se debe observar es la *normal*, es decir, la más enfocada hacia la honestidad en general de los actos, mientras que en caso de la *cover* celebrada por el comerciante, el *UCC* señala que la buena fe, además de lo anterior, debe ajustarse a todos los *estándares razonables del comercio y el trato justo* [§ 2 – 103 (1)(b) (*good faith in merchants*) *UCC*]<sup>237</sup>.

No obstante, Anderson señala que la buena fe es un concepto incierto<sup>238</sup>, y que la cuestión principal es la de resolver ante qué hechos y en qué circunstancias concretas (en cada caso) se infringe el principio de la buena fe contractual<sup>239</sup>.

En definitiva, como no hay un criterio estable sobre cuándo la compra de reemplazo se realiza de buena fe, la cuestión es: ¿en qué casos no se ha reconocido el daño obtenido por la compra de reemplazo *por vulnerar el principio de la buena fe*? Para responder a esta cuestión, creo conveniente analizar dos casos en los que la *cover* no se reconoció como método del cálculo de los daños del comprador por *falta de observancia de la buena fe*.

1. El primer caso es *Int'l Cosmetics Exch., Inc. v. Gapardis Health & Beauty, Inc.*<sup>240</sup>.

Hechos.—Un promotor (comprador), *Int'l Cosmetics Exch.*, y un fabricante (vendedor), *Gapardis Health & Beauty*, celebraron un contrato en virtud del cual

---

*performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving “bad faith” because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances»* (subrayado mío).

<sup>236</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 175. En este sentido, también *vid.* el caso *Kansas Mun. Gas Agency v. Vesta Energy Co.*, 843 F. Supp. 1401 (United States District Court, D. Kansas, Feb. 2, 1994), en el que la *Court* estimó que la compra de reemplazo de gas por parte de KMGGA se realizó de buena fe en el momento de la *cover* y sin demora injustificada.

<sup>237</sup> Comentario (4) al § 2 – 712 *UCC*: «Both are free to use cover: the domestic or non-merchant consumer is required only to act in normal good faith while the merchant buyer must also observe all reasonable commercial standards of fair dealing in the trade, since this falls within the definition of good faith on his part».

<sup>238</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 175. También lo señalan WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:13, p. 552.

<sup>239</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 175. *Vid.* también la extensa lista de casos de la nota 89.

<sup>240</sup> *Int'l Cosmetics Exch., Inc. v. Gapardis Health & Beauty, Inc.*, 303 F.3d 1242 (U. S. Court of Appeals, Aug. 26, 2002).

el promotor (comprador) se convirtió en propietario de la marca del fabricante (vendedor) en Estados Unidos. En el contrato se estableció una distribución exclusiva –de los productos del fabricante– al promotor (comprador) en Estados Unidos y el suministro (venta) de los productos por parte del fabricante (vendedor). Este último (fabricante) incumplió el contrato, pues no suministró al promotor (comprador) los productos. El promotor (comprador) decidió celebrar *compras de reemplazo* con otros fabricantes y distribuir tales productos *con la marca comercial del fabricante (vendedor-deudor)*, sin su autorización.

En dicho caso, la *U. S. Court of Appeals* determinó que el acuerdo sobre la distribución exclusiva, entre el promotor (comprador) y el fabricante (vendedor), era vinculante. En consecuencia, la asignación de derechos de marca no era «en vano», pues se asociaba la marca con los productos del fabricante (vendedor-deudor), lo que había creado una reputación en el mercado. Por ello, la *Court* consideró que el promotor (comprador) *no* tenía derecho a los daños alegados por las compras de reemplazo que había realizado, a pesar de que el fabricante incumplió el contrato relativo a las obligaciones de suministro y distribución en exclusiva, ya que el promotor (comprador) incumplió el acuerdo mediante la venta de productos con la marca falsificada del fabricante (vendedor-deudor). Lo anterior constituía una falta al *principio de la buena fe* por parte del comprador-acreedor.

Asimismo, la *Court* manifestó que la acción, a la que debió acudir el promotor, era la de demandar por incumplimiento del contrato, y no la de vender productos falsificados con las compras de reemplazo. En este sentido, se consideró que, en cambio, el demandado (fabricante) tenía derecho a ciertos daños, pues se había generado una confusión en el mercado sobre sus productos, daños que compensaban cualquier otro sufrido por el promotor (comprador) debido al incumplimiento del fabricante.

## 2. El segundo caso es *Kiser v. Lemco Industries, Inc*<sup>241</sup>.

Hechos.–*Kiser* (el comprador) demandó a *Lemco* (el vendedor) por el incumplimiento de un contrato de compraventa, por falta de entrega de ciertos cereales. Ante el incumplimiento, el comprador se vio obligado a celebrar una compra de reemplazo. En consecuencia, el comprador demandó los daños calculados conforme a la *cover rule*.

En este caso, las partes habían acordado expresamente que, en caso de incumplimiento, la operación de reemplazo se hiciera a los «precios corrientes del mercado» y en determinado plazo. Gracias a dicha cláusula, la *Court of*

---

<sup>241</sup> *Kiser v. Lemco Industries, Inc.*, 536 S. W.2d 585 (*Court of Civil Appeals of Texas*, Mar. 29, 1976).

*Civil Appeals of Texas* estimó que el comprador *no cumplió* con su carga contractual de demostrar que la compra de reemplazo se hizo al precio corriente del mercado (tampoco se pudo demostrar que se ajustaba al periodo de tiempo acordado). En consecuencia, denegó el daño obtenido con la compra de reemplazo por faltar al requisito de la buena fe.

Al respecto, la *Court* explicó que, cuando las partes *acuerdan* que la operación de reemplazo se efectúe según los precios corrientes del mercado, la *mera* demostración de la celebración de la compra de reemplazo *a algún precio no establece la buena fe*<sup>242</sup>.

Como se puede constatar, *en los dos casos expuestos*, los tribunales negaron la determinación del daño conforme a la compra de reemplazo, por incumplir de la buena fe. En ambos casos se aplicó la buena fe como reguladora del *respeto a lo pactado en el contrato*. En el *primer caso* (*Int'l Cosmetics Exch., Inc. v. Gapardis Health & Beauty, Inc.*), el comprador, al celebrar las operaciones de reemplazo, estaba infringiendo la obligación contractual de respetar la *distribución exclusiva* de una marca fabricante de productos. Además, el comprador faltó a los estándares del comercio y el trato justo en cuanto que, al vender los productos falsificados, estaba creando un perjuicio al nombre de la marca.

En el *segundo caso* (*Kiser v. Lemco Industries, Inc.*), en el contrato se había establecido que, en caso de no entrega por el vendedor, el comprador solo podía celebrar compras de reemplazo al precio corriente del mercado y en el plazo acordado, por lo cual el juez estimó que debía demostrar fehacientemente que la compra reemplazo se había hecho *según lo pactado*. De este segundo caso, puedo concluir, además, que se trata de un caso donde se desvirtúa la *presunción de la buena fe*. Si las partes acuerdan ciertos parámetros para celebrar operaciones de reemplazo, en caso de incumplimiento, *se invierte la carga de la prueba* (por la autonomía de la voluntad). En este sentido, el acreedor, que realiza una operación de reemplazo, en su demanda debe probar que la ha celebrado conforme a lo establecido en el contrato.

Finalmente, es menester advertir que la determinación de la *buena fe* y de la *razonabilidad* en la operación de reemplazo corresponde al jurado (*jury*)<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> *Kiser v. Lemco* cit., p. 590.

<sup>243</sup> En el sistema procesal estadounidense, en ciertos procesos, además del juez, lo compone también un cuerpo de personas que forma el *jury* (jurado). Normalmente, cuando el demandante pretende *compensatory money damages*, tiene derecho a un *trial jury* en el proceso. No obstante, a este tipo de juicios (*trial jury*) se puede renunciar. FARNSWORTH, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, cit., p. 115.

Definición.—«*Trial by jury*»: PROC juicio por jurado o ante jurado. ALCARAZ, E., y otros, *Diccionario de términos jurídicos Inglés-Español*, cit., p. 564.

en el proceso civil, y no al juez, por lo que este asunto, en el sistema procesal estadounidense, no se puede resolver en un proceso abreviado (*summary*<sup>244</sup>)<sup>245</sup>.

### 3.6.2 *La razonabilidad de la compra de reemplazo*

Este se refiere, principalmente, a que la compra de reemplazo se realice de forma *comercialmente razonable*. Esto es, que su celebración sea coherente con los usos y costumbres mercantiles.

La razonabilidad se proyecta en tres ámbitos: en la compra de reemplazo en sí misma considerada; en la justificación del periodo de tiempo que media entre el conocimiento del incumplimiento y la celebración de la compra de reemplazo y en la equivalencia entre el contrato de reemplazo y el contrato original. Los dos últimos aspectos los trataré en los siguientes dos epígrafes. Ahora, trataré de la razonabilidad de la compra de reemplazo, en sí misma.

A la razonabilidad de la compra de reemplazo le subyace el deber de mitigar los daños<sup>246</sup>. Anderson arguye, por ejemplo, que es aconsejable que el comprador-acreedor consulte al vendedor-deudor sobre la mejor manera de hacer la compra de reemplazo, así como permitirle la oportunidad de igualar su oferta con cualquier compra de reemplazo en el mercado, sin que el comprador pierda sus derechos adquiridos por el contrato incumplido<sup>247</sup>.

White/Summers/Hillman señalan que el test de razonabilidad consiste en el *¿cómo, dónde y cuándo* el comprador se hubiese procurado de las mercancías sustitutas, si no hubiese tenido que celebrar una compra de reemplazo, que estuviese con cargo al deudor-incumplidor? En otras palabras, el comprador-acreedor debe realizar la compra de reemplazo como si se tratase de cualquier otra compra en el propio desarrollo de su actividad empresarial<sup>248</sup>.

El *cómo* se celebró la compra de reemplazo se relaciona con el *precio* del mercado al que el comprador adquirió las mercancías sustitutas. La compra de reemplazo no sería razonable si el comprador-acreedor, con conocimiento y sin justificación, la realiza por un precio más caro que el del mercado, *pudiendo*

<sup>244</sup> Definición.—«*Summary US*»: PROC procedimiento judicial abreviado y rápido. ALCARAZ, E., y otros, *Diccionario de términos jurídicos Inglés-Español*, cit., p. 545.

<sup>245</sup> *Dell's Maraschino Cherries Co. v. Shoreline Fruit Growers, Inc.*, 887 F. Supp. 2d 459 (U. S. District Court, Aug. 14, 2012), p. 481. En el caso el vendedor alega que el comprador no tiene Derecho a la *cover*, pues lo había hecho de mala fe, era poco razonable y con retraso. El Tribunal negó lo alegado, *indicó que la calificación de mala fe corresponde al jury*, y no al juez en un proceso abreviado.

<sup>246</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 178.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>248</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 554.

*haber conseguido un precio más barato*. No obstante, si existe una *justa razón* para que el comprador eligiera celebrarla a un mayor precio, el juez puede estimar razonable que el comprador decida no celebrar el reemplazo más barato del mercado (se mencionan ejemplos como la compra de bienes sustitutos de mejor calidad, o la compra a vendedores más fiables en el mercado)<sup>249</sup>.

Por tanto, se estima improbable que un comprador, ante la incertidumbre del reconocimiento de los daños en un proceso judicial, incurra injustificadamente en un coste no razonable con la compra de reemplazo<sup>250</sup>. Pues, los compradores eligen la compra de reemplazo que *mejor va a reparar sus daños*. Por ejemplo, si el comprador elige, entre determinados rangos del precio del mercado, el precio más caro para realizar su compra, el juez va a rechazar la reparación del daño de conformidad con la regla del reemplazo, y concederá el daño de acuerdo con el criterio de la regla del mercado (es decir, que el comprador no conseguirá la reparación efectiva del daño concreto, sufrido por la compra de reemplazo)<sup>251</sup>.

Hay otras circunstancias más complejas sobre el precio de la compra de reemplazo. Por ejemplo, cuando el comprador, por su propia actividad económica y estructura de negocio, realiza varias compras a terceros a diferentes precios, susceptibles de ser sustitutas del contrato incumplido. En estos casos, White/Summers/Hillman opinan que el comprador *no* puede reclamar por los daños de la compra de reemplazo más cara de todas las que hizo, argumentando que las mercaderías compradas fueron en sustitución de las del contrato incumplido (§ 2 – 712 UCC). Por lo que sugieren que, a menos que existan circunstancias especiales, *se establezca el precio de la compra de reemplazo conforme al promedio de las compras de reemplazo* que realizó en el periodo de tiempo relevante<sup>252</sup>.

### 3.6.3 *El periodo de tiempo razonable para la compra de reemplazo*

Antes de empezar a delimitarlo, debo recordar que es irrelevante que el precio obtenido en la compra de reemplazo *no* coincida con el del mercado<sup>253</sup>. Como ya indiqué, la mayor innovación de la regulación de la compra de reem-

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, § 7:13, p. 553.

<sup>250</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 554.

<sup>251</sup> *Ibid.*, § 7:13, p. 557.

<sup>252</sup> Los autores citan el caso *Bigelow-Sanford, Inc. v. Gunny Corp.*, 649 F.2d 1060 (U. S. Court of Appeals, Fifth Circuit, Jul. 6, 1981). WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:13, p. 557.

<sup>253</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 172; FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, § 12.1, p. 227.

plazo, en el *UCC*, fue la de darle un reconocimiento autónomo e independiente respecto de la regla del mercado (que, recuerdo, toma como referencia el precio del mercado en el momento del vencimiento del plazo acordado para el cumplimiento). En efecto, se presume que el comprador-acreedor siempre tendrá derecho a la indemnización total de sus daños por la compra de reemplazo que efectivamente haya realizado –por supuesto, si esta cumple con sus requisitos–.

El *Case Law* estadounidense ha establecido que el tiempo para realizar la compra de reemplazo empieza a correr desde que el acreedor tiene *conocimiento del incumplimiento* del contrato o del *incumplimiento anticipado* del vendedor (*repudiation*)<sup>254</sup>.

Los jueces han extendido el plazo de celebración de la operación de reemplazo en casos en donde las mercancías no están inmediatamente disponibles en el mercado, o en casos en que el comprador no tuviese una necesidad inmediata de las mercancías<sup>255</sup>. Es importante destacar que lo que no admite el *UCC* son los retrasos injustificados, y no, simplemente, los retrasos. Esto es muy importante, pues *la justificación* del periodo de tiempo que media entre el incumplimiento y la compra de reemplazo es *clave* para que esta se reputa razonable<sup>256</sup>.

Anderson señala, basándose en diferentes casos, que se pueden observar casos en donde «retrasos de un día, de casi un año, pueden ser tomados como demoras injustificadas, mientras que retrasos de dos semanas, un mes, treinta y ocho días, cuarenta y nueve días, pueden ser considerados como demoras razonables»<sup>257</sup>. Todo depende de las circunstancias propias de cada caso y que el comprador haya tenido una legítima justificación por el retraso.

Ahora bien, aunque el § 2 – 712 solo se refiera a «retrasos injustificados», se puede decir que al periodo de tiempo que tarde el comprador en celebrar el reemplazo le subyace la mitigación del daño. El *comprador (acreedor) no puede especular con los precios del mercado a expensas del vendedor (deudor)*<sup>258</sup>. Por ejemplo, de tratarse de un mercado con precios muy fluctuantes, lo razonable será que el comprador inmediatamente, tras el incumplimiento, celebre la compra de reemplazo.

<sup>254</sup> ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 46. *Vid.*, en especial, la lista de casos de la nota 79.

<sup>255</sup> En el caso *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Hieb*, 246 N. W.2d 736 (*Supreme Court of North Dakota*, Nov. 5, 1976), se considera razonable la compra de reemplazo realizada por el acreedor hasta el momento en que este necesitó de las mercancías sustitutas. El juez consideró que el tiempo razonable para la realización del reemplazo depende de la naturaleza, propósito y las circunstancias de la acción (p. 740).

<sup>256</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 182.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 181.

Con el fin de ilustrar lo anterior, me permitiré exponer dos casos con soluciones opuestas.

1. De un lado, el caso *Farmers Elevator Co. v. Lyle*<sup>259</sup>.

Hechos.—Un comprador demanda por el incumplimiento de un contrato de compraventa, en el que el vendedor se comprometía a entregar 18.000 fanegas de maíz, por el precio de 1,22 dólares por unidad. En el juicio se discute sobre la razonabilidad del periodo de tiempo que el comprador tardó en realizar las compras de reemplazo<sup>260</sup>.

En dicho caso, la *Supreme Court of South Dakota* señaló que la fecha del incumplimiento anticipado del vendedor no era manifiestamente clara. Por tanto, a pesar de que no se evidencia que la compra de reemplazo estaba inmediatamente a disposición del comprador (demandante), este actuó *razonablemente* al hacer la *primera compra de reemplazo nueve días después* de que el demandado repudiara el contrato. Por otro lado, respecto a la *segunda compra de reemplazo*, que se hizo veintidós días después del incumplimiento (y que no tenía justificación de no haberse celebrado antes), la *Court* consideró que esta tenía un coste de 5 céntimos de dólar *menos* que el de la primera compra de reemplazo, por lo cual *el vendedor no se vio perjudicado por el retraso adicional*. Por tanto, la *Court* concluyó que el tiempo de realización de las dos compras de reemplazo fue *comercialmente razonable*<sup>261</sup>.

2. De otro lado, el caso *Oloffson v. Coomer*<sup>262</sup>.

Hechos.—Un comprador demandó a un vendedor agricultor de maíz, por la no entrega de 40.000 fanegas de maíz de su cosecha. El 3 de junio, el agricultor informó *inequívocamente* al comprador que no iba a poder sembrar el maíz, pues las condiciones de humedad climática no le favorecían para su cosecha. El comprador, confiando en el contrato celebrado con el agricultor, se había comprometido con terceros para comerciar el maíz que iba a obtener con el cumplimiento del contrato. Ante el incumplimiento del agricultor, se vio obligado a realizar compras de reemplazo a un precio más alto *a finales del otoño*, por lo que demandó al vendedor, reclamando los daños conforme a la regla de la compra de reemplazo.

En su resolución, la *Appellate Court of Illinois* desestimó la demanda, en cuanto que encontró que el comprador pudo haber celebrado las compras de

---

<sup>259</sup> *Farmers Elevator Co. of Elk Point v. Lyle*, 238 N. W.2d 290 (*Supreme Court of South Dakota*, Jan. 27, 1976).

<sup>260</sup> *Farmers Elevator Co. of Elk Point v. Lyle*, cit., (FDO 5.º y 6.º), p. 295.

<sup>261</sup> *Farmers Elevator Co. of Elk Point v. Lyle*, cit., p. 295.

<sup>262</sup> *Oloffson v. Coomer*, 296 N. E. 2d 871 (*Appellate Court of Illinois*, May. 21, 1973).

reemplazo cuando se le informó del incumplimiento (junio), y *no esperar tanto tiempo para realizarlas* (final del otoño). Bajo tales circunstancias, no eran razonables las compras de reemplazo. En consecuencia, reconoció como daños y perjuicios por el incumplimiento los equivalentes a la diferencia de precios entre el contrato y los precios del mercado del día 3 de junio (fecha en la que se notificó al comprador el incumplimiento del contrato), es decir, conforme a la regla del mercado del § 2 – 713 UCC<sup>263</sup>.

Con relación a este caso, White/Summers/Hillman consideran que, aunque existiera la posibilidad de conseguir inmediatamente las mercancías sustitutas en el mercado, y a pesar de que el repudio del contrato fue inequívoco, como mínimo, se le deberían conceder al comprador algunos días después del incumplimiento anticipado para celebrar la compra de reemplazo, con la finalidad de que pudiese ver si el vendedor-deudor cambiaba de opinión, o si había mejores alternativas en el mercado<sup>264</sup>.

Analizando ambos casos, considero que hay claramente un *retraso injustificado* de la celebración de la compra de reemplazo. Pero las soluciones son distintas, pues ambos se diferencian en que en el primer caso (*Farmers Elevator Co. v. Lyle*) el *retraso injustificado no significó un mayor perjuicio para el deudor*. En cambio, en el segundo (*Oloffson v. Coomer*) el retraso sí había supuesto un mayor perjuicio. Por lo que, aunque el UCC solo hable de retrasos injustificados, la mitigación está presente en la razonabilidad del tiempo.

### 3.6.4 *La equivalencia del contrato de reemplazo con el contrato original*

Dicha cuestión se deriva de la expresión «*reasonable purchase*» del § 2 – 712 UCC. En el Derecho estadounidense, la cuestión sobre la equivalencia razonable del contrato de reemplazo, con el contrato original, se ha proyectado en tres cosas: *a*) en la equivalencia de las *mercaderías sustituidas* (en la compra de reemplazo) con las estipuladas en el contrato original; *b*) en la *equivalencia del tipo contractual y las condiciones del contrato de reemplazo* con las del contrato original; y, *c*) en la *valoración de la mejor posición económica* que obtiene el contratante acreedor con la compra de reemplazo en relación con la que tendría si el contrato original se hubiese cumplido. Paso a su exposición y análisis.

<sup>263</sup> *Oloffson v. Coomer*, cit., p 875.

<sup>264</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:13, p. 555.

1. *Respecto a la equivalencia de las mercancías sustitutas*, se entiende que, en la *cover rule* (§ 2 – 712 UCC), *las mercancías sustitutas no necesariamente deben ser totalmente equivalentes*. La compra de reemplazo también puede versar sobre mercancías que sean *razonable y comercialmente* sustitutas de las frustradas, de acuerdo con el contrato y las circunstancias del caso<sup>265</sup>.

El concepto la equivalencia de las mercancías sustitutas se ha ensanchado tanto en el Derecho estadounidense, que se ha llegado a aplicar la regla de la compra de reemplazo, en la compra de otro tipo de bienes sustitutos. Por ejemplo, la compra de un toro para fecundar vacas, cuando el objeto del contrato era el de cierto número de vacas preñadas. Este es el famoso caso *Leininger v. Sola*<sup>266</sup>.

Hechos.—Un comprador demandó a su vendedor por el incumplimiento, por la entrega defectuosa de unas vacas preñadas, pues, el vendedor había garantizado que las vacas iban a parir en cierta fecha, para que el comprador empezara su negocio de venta de leche en cierto tiempo, pactado en el contrato. Tiempo después de la entrega de las vacas, se comprobó que diez de estas no estaban preñadas. Por tanto, el comprador acudió al mercado para comprar un toro que fecundara a las vacas no preñadas. La *Supreme Court of North Dakota* estimó los daños y perjuicios bajo la regla de la *cover*.

Para Anderson, la anterior resolución judicial fue un completo *error judicial*, pues *el comprador no había renunciado o revocado la aceptación de las vacas* (requisito fundamental de la *cover*). El autor considera que los daños debieron calcularse de acuerdo con lo dispuesto en el § 2 – 714 UCC (*value loss*)<sup>267</sup>. En la misma línea del autor, considero que era lo más adecuado, pues se trata de un cumplimiento defectuoso del contrato, y no de un incumplimiento por falta de entrega.

En cualquier caso, *no se toleran reemplazos de mercancías sustitutas que no sea totalmente equivalentes a los estipulados en el contrato, cuando se acredite que existía un mercado para conseguir las con las mismas características a las del contrato*<sup>268</sup>.

2. Respecto de la equivalencia del tipo contractual entre el contrato de sustitución y el original es ilustrativo el caso *Gerling & Assocs., Inc. v. Gear-*

---

<sup>265</sup> Comentario (2) al § 2 – 712 UCC. Vid. también FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, § 12.11, p. 226.

<sup>266</sup> *Leininger v. Sola*, 314 N. W.2d 39 (Supreme Court of North Dakota, Dic. 22, 1981).

<sup>267</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 166.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 168.

*house Broad. Pty. Ltd*<sup>269</sup>. En este, se rechaza el cálculo de los daños mediante la regla de la operación de reemplazo, por falta de identidad del contrato sustituto con el del contrato original: el contrato original fue una compraventa y el contrato sustituto un arrendamiento.

Hechos.—Un comprador demanda al vendedor por la entrega *tardía* (tres meses después del plazo) y *defectuosa* de un tráiler para producción de T. V. (el tráiler no cumplía con las condiciones pactadas). Ante el incumplimiento, el comprador tuvo que arrendar un tráiler sustituto para la producción del programa de T. V. (finalidad del contrato) y, además, tuvo que incurrir en ciertos costes por la adecuación del tráiler recibido.

El comprador no demandó la indemnización de los daños y perjuicios por la regla de la *cover*. Sin embargo, el vendedor (demandado) alegó que los daños debían calcularse conforme a la regla de la compra de reemplazo y, en efecto, que el comprador *no tenía derecho a estos daños*, ya que éste *no había renunciado o revocado* la aceptación del tráiler. En su resolución, el juez estableció que ni el contrato de arrendamiento, ni los gastos de adecuación del tráiler constituían *cover*; pues el arrendamiento y la reparación *no son el reemplazo equivalente* a la prestación del contrato (tráiler para la producción de T. V.). El juez concedió los daños como *consequential damages*<sup>270</sup>.

Tampoco la jurisprudencia estadounidense considera que tenga lugar la *cover rule*, por falta de equivalencia, cuando el contrato de reemplazo tiene *otras condiciones* (diferentes a las del contrato original), que lo hacen más oneroso que el contrato original. Tal es el caso *Fertico Belgium S. A. v. Phosphate Chemicals Exp. Ass'n, Inc*<sup>271</sup>.

Hechos.—Un comprador demanda por el incumplimiento del vendedor, por falta de entrega de unos fertilizantes, lo que le obligó a realizar una compra de reemplazo a un precio *mucho mayor* al del contrato original (para cumplir su compromiso con un tercero). El mayor precio no se debió a las condiciones del mercado, sino a que el comprador contrató la entrega de la compra de reemplazo

---

<sup>269</sup> *Gerling & Assocs., Inc. v. Gearhouse Broad. Pty. Ltd*, 625 F. App'x 289 (U. S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, Sep. 1, 2015).

<sup>270</sup> «[...] The problem with that argument is that the rental fees were not cover damages in the first place. To seek "cover damages" a buyer must "purchase... goods in substitution for those due from the seller." Ohio Rev. Code § 1302.86(A). Here, Buyer did not "purchase" a substitute trailer but merely rented the trucks for a total of seven days while waiting for Seller's trailer finally to arrive. Rather than cover damages, therefore, the rental fees were consequential damages, which are "any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know." Ohio Rev. Code § 1302.89(B) (1). Here, Seller in fact knew that Buyer needed the trailer to broadcast the soccer games. Moreover, recovery of the rental fees would merely put Buyer in the same position it would have been in had Seller delivered the trailer on time. Thus, Buyer was entitled to recover the fees as consequential damages». *Gerling & Assocs., Inc. v. Gearhouse Broad. Pty. Ltd*, cit., p. 295.

<sup>271</sup> *Fertico Belgium S. A. v. Phosphate Chemicals Exp. Ass'n, Inc.*, 70 N. Y.2d 76, 510 (Court of Appeals of New York, Jun. 9, 1987).

mediante transporte terrestre (condición que lo hizo más oneroso y que no estaba en el contrato original, con su primer vendedor)<sup>272</sup>.

3. *Por último, respecto de la mejor posición económica que el contratante acreedor obtiene con la compra de reemplazo, en relación con la que tendría si el contrato original se hubiera cumplido, expondré dos casos a los que se les ha aplicado este razonamiento y que son ilustrativos de esta problemática.*

A. El primer caso es *Martella v. Woods*<sup>273</sup>.

Hechos.—Un comprador, productor de leche, demandó a su vendedor, un granjero, por el incumplimiento por falta de entrega de unas novillas. El vendedor vendió las novillas a un tercero, pues no engordaban como quería, para cumplir el contrato con el productor de leche e informó de su incumplimiento anticipado. En consecuencia, el comprador celebró varias compras de reemplazo de las novillas y reclamó los daños y perjuicios, conforme a la regla de la *cover*.

En dicho caso, la *U. S. Court of Appeals (8th Cir.)* estimó que los daños y perjuicios del comprador no podían ser calculados mediante la *cover rule*, pues el acreedor había realizado la compra de reemplazo por novillas *significativamente* más grasas y con un porcentaje más alto de novillas preñadas, que las que el vendedor-deudor se había comprometido a entregarle. Por tanto, la

---

<sup>272</sup> Según los hechos más detallados que lo que he expuesto en el cuerpo del texto, el vendedor acordó vender fertilizante en dos envíos para ser entregados al comprador. El primer envío se retrasó y el segundo se canceló. El comprador compró fertilizantes en el mercado a un precio más alto (para cumplir su compromiso con un tercero) y negoció un precio de compra más alto, a cambio de su entrega por transporte terrestre. El comprador aceptó la entrega del primer envío del contrato y vendió la mercancía a un tercero *con una ganancia*. En su contestación, el vendedor alegó que el comprador no tenía derecho a recuperar los mayores costos de transporte, pues estos obedecían al cumplimiento de su compromiso con el tercero con quien celebró la operación de reemplazo. Además, *alegó una computación del beneficio de la reventa del comprador con el daño de la operación de reemplazo*.

La *Court* sostuvo que los beneficios, que obtuvo el comprador *por la reventa*, fueron *gastos ahorrados* del comprador por el incumplimiento que, de acuerdo al § 2 – 712 (2) *UCC*, deben *deducirse* de los daños de la operación de reemplazo del comprador. Por otro lado, el vendedor no estaba obligado a pagar el transporte terrestre de la operación de reemplazo, pues la obligación de efectuar la entrega terrestre no se produjo hasta después del incumplimiento. *Fertico Belgium S. A. v. Phosphate Chemicals Exp. Ass'n, Inc.* Sobre dicha sentencia, no comparto la opinión de considerar el beneficio de reventa como un gasto ahorrado; pues, los gastos ahorrados solo deben referirse a gastos en los que el acreedor tenía que incurrir en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pero que no incurrió en estos por el incumplimiento.

HACKLEY realiza un interesante y extenso análisis crítico de este caso, en el que señala que se trató de computar los lucros obtenidos por el comprador de los bienes aceptados, por la reventa de estos, con los daños sufridos por el reemplazo. Al respecto, el autor considera que ello obedeció, en el fondo, a la aplicación de la idea de los *lost of volume* (pero del negocio del comprador). HACKLEY, J., «UCC Section 2-714 (1) and the Lost-Volume Theory: A New Remedy for Middlemen?», *Ky. L. J.*, vol. 77, 1988, pp. 189-226.

<sup>273</sup> *Martella v. Woods*, 715 F.2d 410 (*U. S. Court of Appeals for the Eighth Circuit*, Jun. 16, 1983).

*Court* consideró que la compra de reemplazo dejaba al comprador en una posición económica mejor que la que tendría si el contrato se hubiese cumplido. En efecto, los daños debían calcularse de acuerdo con el precio del mercado de las novillas que hubiese recibido el comprador, en el momento de vencimiento para el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor, conforme al contrato. Precio que era el mismo por el que el granjero habría vendido las novillas al tercero<sup>274</sup>.

B. El segundo caso, es *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*<sup>275</sup>. En este, la *Court of Appeal of California* concedió al comprador una operación de reemplazo que aparentemente le dejó en una mejor posición económica, que la del contrato original.

Hechos.—Un comprador demandó por el incumplimiento de un contrato de suministro de lechuga, en el que vendedor se comprometía a entregar, ciertas cantidades, semanalmente al comprador. El vendedor, ante el alza elevada del precio de la lechuga, se negó a seguir entregando la lechuga a su comprador al precio inicial del contrato. Ante el incumplimiento, el comprador celebró varias compras de reemplazo en el mercado y presentó una demanda por los daños sufridos por las compras de reemplazo. Las compras de reemplazo se hicieron, dado que el comprador tenía compromisos con un tercero, que, a su vez, surtía la lechuga a diferentes empresas de comida rápida.

*Este caso tuvo una particularidad*, y es que la compañía tercera, con la que el comprador tenía compromisos, pagó la mayoría de los gastos adicionales en los que incurrió el comprador por las compras de reemplazo, excepto 70.000 dólares, los cuales trasladó a sus empresas de comida rápida y estas, a su vez, a los consumidores. A pesar de ello, el comprador demandó al vendedor incumplidor por los daños y perjuicios derivados de la *cover*; es decir, por la diferencia de precio entre el contrato original (nueve centavos la libra de lechuga) y el mayor precio de las compras de reemplazo de la lechuga (aproximadamente 700.000 dólares). En su contestación, el vendedor alegó que los daños por las compras de reemplazo eran excesivos y que tal diferencia era inadecuada, pues los gastos extras de las compras de reemplazo habían sido repercutidos (o trasladados) al mercado (a los consumidores)<sup>276</sup>.

Sobre el anterior, la *Court of Appeal of California* concedió el daño conforme a la regla de la compra de reemplazo (§ 2 – 712 UCC), toda vez que se había celebrado *de buena fe y sin demora injustificada*, a pesar de que el comprador había trasladado los costes del reemplazo a terceros. La resolu-

<sup>274</sup> *Martella v. Woods*, cit., p. 413.

<sup>275</sup> *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, 36 Cal. App.4th 376 (*Court of Appeal of California*, Jun. 30, 1995).

<sup>276</sup> *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, cit., pp. 381 ss.

ción se fundamentó en que la indemnización de los daños y perjuicios *contractuales* debe reconocer el llamado lucro cesante, que es lo que justamente los diferencia de los *torts* (daños por responsabilidad extracontractual)<sup>277</sup>. El juez consideró que las *fluctuaciones del precio de la lechuga en el mercado eran previsibles en el contrato por ambas partes*. Por tanto, solo mediante el reconocimiento de estas fluctuaciones como daños, el comprador puede recibir el lucro cesante de su contrato. En este orden de cosas, aclaró que lo que el comprador hiciese con el lucro del contrato es algo que no incumbe para el cálculo de los daños y perjuicios (refiriéndose a que el comprador hubiese trasladado los costes adicionales de las compras de reemplazo a un tercero)<sup>278</sup>.

Tras el estudio del caso anterior, puedo concluir que la equivalencia económica debe remitirse estrictamente al contrato, y no al patrimonio general del comprador, antes y después del incumplimiento. Para ello, en *primer lugar*, se debe tener en cuenta el lucro que se pretendía obtener con el contrato original. En *segundo lugar*, la equivalencia entre ambos contratos puede cambiar a través del principio de la *previsibilidad del daño*, en cuanto que, en ocasiones, las partes pudieron prevenir que las condiciones del contrato podían ser modificadas a lo largo de su ejecución. Esto ocurre, generalmente, con el carácter fluctuante de los precios en el mercado, el cual es un riesgo que, como se ha mostrado, *se puede trasladar entre las partes por el incumplimiento*.

### 3.7 COMPRAS DE REEMPLAZO ENTRE LAS MISMAS PARTES (ACREEDOR Y DEUDOR)

Hay casos en los que un comprador-acreedor ha demandado el daño contractual calculado conforme a la «compra de reemplazo» celebrada con el mismo vendedor-deudor. La cuestión es si ello podría configurarse como una ver-

---

<sup>277</sup> *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, cit., p. 379.

<sup>278</sup> «*The wording of the contract indicated that the possibility that the price of lettuce would fluctuate was foreseeable to both parties. Only by reimbursing the buyer for the additional costs above the contract price could the buyer truly receive the benefit of the bargain, which is the measure of damages set forth in Cal. U. Com. Code, § 2712. Further, the contract-cover differential of Cal. U. Com. Code, § 2712, is not limited by Cal. U. Com. Code, § 1106 (aggrieved party to be put in as good position as if other party had fully performed), since it puts a buyer who covers in the exact same position as performance would have done. Thus, the contract-cover differential was appropriate even though the buyer was able to pass on some of its additional costs to other parties. What the buyer chooses to do with its bargain is not relevant to the determination of damages under Cal. U. Com. Code, § 2–712*». (subrayado mío). *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, cit., p. 379.

dadera *compra de reemplazo*, al no existir un tercero en la operación. Al respecto, White/Summers/Hillman destacan dos casos en donde la jurisprudencia estadounidense ha aceptado este tipo de reemplazo, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso<sup>279</sup>.

1. El primer caso es *B. B. Walker Co. v. Ashland Chem*<sup>280</sup>.

Hechos.—Dos comerciantes habían tenido relaciones económicas desde 1969, en las que *Ashlan* (demandado) era el proveedor exclusivo de *masterbatches* (colorante de plástico) de *B. B. Walker* (demandante), material básico que este último utilizaba en su proceso de fabricación. Las compraventas<sup>281</sup> se mantuvieron siempre el mismo precio. En 1973, ante la escasez en el mercado de proveedores de *masterbatches* y el declive de nuevos clientes, el proveedor decidió resolver el contrato, con la intención de presionar al comprador a renegociar un precio más alto. Como no había más proveedores disponibles en el mercado, el comprador aceptó la oferta de su proveedor y decidió celebrar un nuevo contrato con este. A continuación, demandó al proveedor, reclamando el daño conforme a la *cover rule*.

La *District Court for the Middle District of North Carolina* encontró que los contratos, celebrados entre el comprador y el vendedor a un mayor precio, posteriores al incumplimiento del vendedor, sí constituían daños por la *cover rule*, fundamentándolo en que el comprador, *al no tener más proveedores*, solo podía realizar la *cover* con su mismo vendedor-incumplidor (demandado) y que, además, estaba bajo el deber de mitigar los daños<sup>282</sup>.

Sin embargo, White/Summers/Hillman señalan que se hubiese llegado al mismo resultado mediante una *vía mejor y más apropiada*, que es la de conceder tales daños como una modificación de las condiciones del contrato *de mala fe por parte del vendedor*<sup>283</sup>. Por otro lado, los autores aclaran que no todos los casos de incremento del precio del contrato pueden consi-

<sup>279</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:14, p. 560.

<sup>280</sup> *B. B. Walker Co. v. Ashland Chemical Co.*, 474 F. Supp. 651 (U. S. District Court for the Middle District of North Carolina, Jun. 26, 1979).

<sup>281</sup> Sobre este caso debo añadir una consideración: si bien la sentencia trata el caso como un *contrato de compraventa* y, en efecto, denomina a las partes como comprador y vendedor, por los hechos descritos considero que se trata más bien de un *contrato de suministro*. Sin embargo, relataré los hechos tal y como se encuentran en la sentencia.

<sup>282</sup> *B. B. Walker Co. v. Ashland Chemical Co.*, cit., p. 661.

<sup>283</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:14, p. 560.

derarse una modificación de las condiciones del contrato por la mala fe del deudor, particularmente en los contratos de tracto sucesivo (*Kelsey-Hayes Co. v. Galtaco Redlaw Castings Corp.*<sup>284</sup>)<sup>285</sup>.

2. El segundo caso que expondré es *Mayco Plastics, Inc. v. TRW Vehicle Safety Systems, Inc., Kelsey-Hayes Company, a wholly owned subsidiary of TRW Automotive Holdings Corp., TRW Automotive U. S., LLC, and TRW Safety Systems, Inc.*<sup>286</sup>.

Hechos.—Un fabricante (vendedor) de partes de automóviles demandó a su comprador, exigiendo el pago del resto del precio. El comprador, en su contestación, opuso pago por compensación, fundamentándose en una supuesta *compra de reemplazo* mediante un complejo plan de financiación y participación en un préstamo para el fabricante.

El plan de financiamiento surgió debido a que, en medio de la ejecución del contrato, el vendedor, anticipadamente, notificó a sus clientes que no podía ejecutar el contrato, por falta de capacidad económica. Ante esta situación, propuso a todos sus clientes un convenio de participación en un préstamo de dinero, para facilitar su capacidad económica y seguir funcionando. La propuesta fue aceptada por sus clientes, entre ellos el comprador (demandado). El comprador, ahora

---

<sup>284</sup> *Kelsey-Hayes Co. v. Galtaco Redlaw Castings Corp.*, 749 F. Supp. 794 (U. S. District Court for the Eastern District of Michigan, Oct. 30, 1990).

Hechos.—El comprador (*Kelsey*) demandó a su el vendedor (*Galtaco*) por el incumplimiento de un contrato de suministro de piezas fundidas, celebrado en 1987. El comprador reclamó como indemnización de daños y perjuicios, además de los daños propios del incumplimiento del contrato, los daños causados por el acuerdo hecho entre las partes en 1989, en el cual se estipulaba una subida del precio del contrato. El comprador señaló que tal acuerdo fue hecho bajo la coacción y la mala fe del vendedor, por lo que constituyen un enriquecimiento injustificado para el vendedor (pp. 794-795). *Galtaco* (vendedor), por su parte, alegó que, en el precedente *Roth Steel* [705 F.2d(6th Cir.1983)], la *Court of Appeals* sostuvo, implícitamente, que una modificación del contrato es *per se* válida, si se ejecutó de buena fe.

La *Court* estimó las pretensiones de compradora (demandante). Por lo que se refiere al examen de validez de una modificación contractual, la *Court* estimó que las alegaciones de *Galtaco*, fundamentadas en el precedente *Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp.* (p. 146, n. 24), no eran adecuadas, en cuanto que este la validez de la modificaciones contractuales *no es un asunto que tenga que ver con el principio de la buena fe, más bien se trata de unconscionability* («Falta de moral o de escrúpulos en los negocios; se aplica en la práctica comercial fraudulenta, sancionada por los tribunales norteamericanos, consistente en inducir a firmar contratos de compraventa con cláusulas leoninas muy desventajosas en la letra pequeña»; en ALCARAZ, E., y otros, *Diccionario de términos jurídicos Inglés-Español*, cit., p. 570.).

Añadido a lo anterior, la *Court* observó que el lenguaje en *Roth Steel*, en el que *Galtaco* se fundó, de hecho, contradice su argumento. En lugar de considerar que una modificación contractual no es anulable, salvo que haya mala fe, la *Court of Appeals* del caso *precedente*, parece reconocer, que la doctrina de la violencia económica (*economic duress*) puede, a veces, ser una razón independiente para invalidar los acuerdos modificativos de los contratos. *Kelsey-Hayes Co. v. Galtaco Redlaw Castings Corp.*, cit., pp. 794, 799.

<sup>285</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:14, p. 560.

<sup>286</sup> *In re Mayco Plastics, Inc.*, 389 B. R.7. (U. S. Bankruptcy Court for the Eastern District of Michigan, May. 2, 2008).

también acreedor del préstamo, alegó que la concesión del préstamo al vendedor fue una forma de *cover*, celebrada tras el incumplimiento anticipado del vendedor. El vendedor, ahora también deudor del préstamo, argumentó que la compra de TRW (comprador) de una participación del préstamo no era una forma de *cover*, porque incluso el vendedor siguió suministrándoles partes (mercancías) y el comprador siguió aceptándolas (es decir, no hubo rechazo en la aceptación de las mercancías).

El *U. S. Bankruptcy Court* estimó el incumplimiento anticipado del vendedor (por su insolvencia). Sin embargo, no aceptó las alegaciones del comprador, sobre el pago por compensación, a través de la *cover rule* —la alegada compensación entre el saldo debido por el vendedor al comprador, por su participación en el préstamo, y el saldo pendiente del pago del precio de las partes de automóvil suministradas por el vendedor al comprador—. La *Court* señaló que *no* constituye *cover* el préstamo del comprador al vendedor, con el precio pendiente, pues el comprador siguió aceptando las mercancías —es decir, que no revocó o rechazó la aceptación de las partes de automóvil que seguía suministrando el vendedor—<sup>287</sup>. Por tanto, consideró que los daños y perjuicios del comprador (demandado), derivados del préstamo que hizo a su vendedor, eran *consequential* o *incidental damages*, por lo que el comprador tenía derecho a una reducción de la cuantía debida por el incumplimiento del contrato de compraventa<sup>288</sup>.

Este último caso puede parecer un poco confuso, pues, desde el enfoque del *Civil Law*, no se trataba más que de un pago por compensación en la cantidad concurrente de la deuda del vendedor por el préstamo y la deuda del comprador por el pago de las mercancías (y no de un caso de indemnización de daños).

Al margen de ello, el caso (*In re Mayco Plastics, Inc.*) pone de manifiesto, de nuevo, la importancia del requisito del rechazo o la revocación de la aceptación de las mercancías, para que se pueda reconocer la *cover rule* con criterio de cuantificación del daño.

Finalmente, como se puso de manifiesto con los dos casos expuestos, la jurisprudencia estadounidense sí admite la *cover* entre las mismas partes (comprador y vendedor), siempre que se cumplan los requisitos de la regla.

---

<sup>287</sup> *In re Mayco Plastics, Inc.*, cit., p. 22.

<sup>288</sup> *In re Mayco Plastics, Inc.*, cit., pp. 23-24.

### 3.8 LOS DAÑOS QUE VAN MÁS ALLÁ DE LA COMPRA DE REEMPLAZO (DAÑOS ESPECIALES)

Hay dos tipos de daños adicionales, también denominados especiales<sup>289</sup>, conectados con la celebración de la compra de reemplazo: los *incidental* y los *consequential damages*. El *UCC* los regula en su § 2 – 715.

§ 2 – 715 *UCC*: «(Buyer's Incidental and Consequential Damages) (1) *Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incidental to the delay or other breach.* (2) *Consequential damages resulting from the seller's breach include (a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and (b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.*».

#### 3.8.1 *Los incidental damages*

El § 2 – 715 *UCC* dispone que los costes incidentales (*incidental damages*) en los que puede incurrir un comprador-acreedor, con ocasión de la compra de reemplazo, son todos aquellos gastos de gestión, comisión y cualquier otro tipo de cargos que se deriven del reemplazo. Conforme al *Case Law*, por ejemplo, se han reconocido los gastos de gestión de la compra de reemplazo, el pago a un intermediario y el incremento de los gastos de transporte, entre otros, que varían según las circunstancias de cada caso<sup>290</sup>.

El resarcimiento de los gastos incidentales de la compra de reemplazo depende de que el comprador-acreedor acredite tres cosas: *a*) que ha incurrido en tales gastos *posteriormente* al incumplimiento, *b*) que son razonables y *c*) que se encuentran estrictamente relacionados con la compra de reemplazo<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> Se denominan «daños especiales», por oposición a los denominados «daños generales», que son los que se identifican con el interés de cumplimiento del acreedor; por ejemplo, el daño de la compra de reemplazo.

<sup>290</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:23, pp. 591-592. Al respecto, *vid.* una extensa lista de ejemplos, caso a caso, en ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., pp. 193-196.

<sup>291</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 7:23, pp. 591-592. Para una discusión casuística de la razonabilidad de los costes incidentales, *vid.* ANDERSON, R. R., «Incidental and Consequential...», cit., pp. 342-345.

### 3.8.2 *Los consequential damages*

Los *consequential damages*, conectados con la compra de reemplazo, son los daños que sufre el comprador como consecuencia del incumplimiento del vendedor. Por lo general, estos daños, suelen consistir en el lucro cesante del comprador, por ejemplo, en la pérdida del interés de reventa o en los perjuicios irrogados por la suspensión de su actividad mercantil<sup>292</sup>.

La indemnización de los *consequential damages* requiere: a) que el acreedor pruebe su existencia; b) que estén justificados conforme al principio de la previsibilidad de los daños; y c) que estos daños no se hayan podido evitar o mitigar, mediante la compra de reemplazo<sup>293</sup>.

En otro orden, de conformidad con el §2 – 715(2) (a) *UCC*, la indemnización de los *consequential damages* se limitará en la medida que estos pudieron haber sido evitados o mitigados mediante una compra de reemplazo<sup>294</sup>. Por ejemplo, en el caso *Lewis v. Nine Mile Mines, Inc.*, el juez estadounidense denegó los *consequential damages* sufridos por el acreedor, por no acreditarse la imposibilidad o dificultad de celebrar una compra de reemplazo<sup>295</sup>.

## 4. La venta de reemplazo *del UCC*

La regla de la venta de reemplazo es análoga a la compra de reemplazo. Tal similitud ha sido intencionada en el *UCC*, por lo que la *resale* también se

<sup>292</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 201; «An Overview...», cit., p. 58.

<sup>293</sup> ANDERSON, R. R., «Incidental and Consequential...», cit., p. 349. WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 7:24, p. 593.

<sup>294</sup> ANDERSON, R. R., «An Overview...», cit., p. 48. *Vid.* la lista de casos en la nota 94.

<sup>295</sup> *Lewis v. Nine Mile Mines, Inc.*, 886 P.2d 912 (*Supreme Court of Montana, Dec. 8, 1994*).

Hechos.—*Lewis*, un prestador del servicio de tala de árboles, demandó a *Nine Mile Mines* por incumplimiento anticipado del contrato. Conforme al contrato, *Lewis* se comprometió a talar árboles en los terrenos mineros de propiedad de *Nine Mile Mines*. A lo largo de la ejecución del contrato, *Nine Mile Mines* acusó a *Lewis* de talar árboles en propiedades en las que no estaba autorizado y de no tener el equipo de tala suficiente para completar el proyecto. Por dicha razón, *Nine Mile Mines* prohibió a *Lewis* la entrada a sus terrenos (*anticipatory repudiation*), impidiéndole a *Lewis* la ejecución del contrato (p. 339).

La *Supreme Court of Montana* estimó el incumplimiento anticipado del contrato por parte *Nine Mile Mines*. Sin embargo, denegó a *Lewis* los *consequential damages* causado, por no haber celebrado una compra de reemplazo y, porque, tampoco acreditó realizar los esfuerzos razonables para llevarla a cabo, a fin de evitar mayores daños y perjuicios. A pesar de que *Lewis* alegó el reconocimiento de los *consequential damages*, por motivo de escasez de la prestación en el mercado [fundamentado en los casos: *Jewell–Rung Agency, Inc. v. Haddad Org., Ltd.*, 814 F. Supp. 337 (U. S. District Court of New York, Feb. 19, 1993); *R. B. Matthews v. Transamerica Transportation Service, Inc.*, 945 F.2d 269 (U. S. Court of Appeals, Sep. 19, 1991); *Calbag Metals Co. v. Guy F. Atkinson Co.*, 770 P.2d 600 (Court of Appeals of Oregon, Mar. 8, 1989).], la *Court* desestimó su pretensión por falta de prueba de la imposibilidad de realizar el reemplazo oportuno. *Lewis v. Nine Mile Mines, Inc.*, cit., p. 342.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

considera una regla de gran innovación frente al anterior sistema contractual estadounidense<sup>296</sup>.

La compra de reemplazo y la venta de reemplazo comparten sus principales características, por ejemplo: *a)* solo aplican en los casos en los que el comprador *no* acepta las mercancías; *b)* conceden el derecho al acreedor (comprador o vendedor) para acudir al mercado y sustituir aquello que le frustró el incumplimiento, reclamando la diferencia (desfavorable) de precios entre el contrato de reemplazo y el contrato original; *c)* requieren la razonabilidad y la buena fe en la ejecución del reemplazo; *d)* el acreedor no tiene la obligación de llevar a cabo el reemplazo (por lo que este puede elegir si reclama los daños por la vía de la operación de reemplazo, o por la regla del mercado, salvo si el acreedor efectivamente celebró una razonable compra o venta de reemplazo); *e)* tienen una importante fundamentación en la mitigación de los daños y perjuicios; y *f)* la no disponibilidad, imposibilidad o inutilidad del reemplazo permite que el acreedor ejercite, según el caso, el cumplimiento específico o la acción para el cobro del precio<sup>297</sup>.

Por tanto, muchas de las características y discusiones jurídicas de la venta de reemplazo las he ido explicando implícitamente a través de el estudio previo sobre la compra de reemplazo.

En este apartado me enfocaré en las particularidades de la venta de reemplazo regulada por el *UCC*, y en los concretos debates jurídicos que esta regla suscita *a través* de los distintos casos (omito, así, generalidades y definiciones, ya vistos para la compra de reemplazo).

### 4.1 GENERALIDADES DE LA VENTA DE REEMPLAZO [§ 2 – 706 (1) UCC]

En dicho artículo se regula la *resale rule*, del modo que sigue:

«(Seller's Resale Including Contract for Resale) (1) Under the conditions stated in Section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental damages allowed under the provisions of this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach [...].»

---

<sup>296</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 159; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:6, p. 671.

<sup>297</sup> ANDERSON, R. R., «The Cover Remedy», cit., p. 159.

De acuerdo con el § 2 – 706 (1) *UCC*, ante el incumplimiento del comprador, el vendedor *podrá* celebrar ventas de reemplazo de todo, o parte, de lo que *no* haya aceptado (o revocado) su comprador, siempre observando la *buenafé* y de manera *comercialmente razonable*. En tal caso, el vendedor *tendrá derecho a recuperar la diferencia (desfavorable) entre el precio de la venta de reemplazo y el precio del contrato original, junto con cualquier otro daño adicional, restando cualquier gasto que se haya ahorrado con ocasión de la venta de reemplazo*<sup>298</sup>.

La fórmula de la *resale rule* del *UCC* sería:

Fórmula (G) *Resale rule* = [(*price of resale – contract price*) + *incidental damages*] – *expenses saved*

Conforme al comentario (1) del § 2 – 706 *UCC*, el único presupuesto de la venta de reemplazo es el *incumplimiento del comprador*, de conformidad con el § 2 – 703 *UCC*<sup>299</sup>. Asimismo, el comentario señala que la venta de reemplazo puede celebrarse una vez ocurrido el incumplimiento del comprador. Por tanto, ante el incumplimiento anticipado del comprador, el vendedor puede iniciar la venta de reemplazo de las mercancías objeto del contrato incumplido<sup>300</sup>.

La celebración de la venta de reemplazo *no es obligatoria*<sup>301</sup>, por tanto, el vendedor puede elegir si celebra una venta de reemplazo y reclama los daños por la vía de la *resale rule* (§ 2 – 706 *UCC*), o si no la celebra y reclama los daños vía la *market rule* (§ 2 – 708 (1) *UCC*).

<sup>298</sup> Los llamados *expenses saved* (también denominados *losses avoided*) son los gastos ahorrados con ocasión del incumplimiento del comprador, los cuales se deducen de la liquidación de los daños derivados de la venta de reemplazo. Un ejemplo simple es cuando un vendedor, a quien su comprador le incumplió el contrato de compraventa de productos para ser entregados en el domicilio comercial de este último, realiza una venta de reemplazo con un tercero, de los mismos productos, pero, para ser entregados en el domicilio comercial del primero; *es decir, ahorrándose los gastos de envío*. En este sentido, el vendedor deberá descontar de los daños totales (los de la diferencia por la venta de reemplazo y los daños costes de incidentales), los gastos ahorrados que corresponden al envío o transporte. Sin embargo, no siempre están muy claros las *expenses saved* por el incumplimiento del comprador. WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:8, pp. 675-676.

<sup>299</sup> § 2 – 703 *UCC*: «(Seller's Remedies in General)/ *Where the buyer wrongfully rejects or revokes acceptance of goods or fails to make a payment due on or before delivery or repudiates with respect to a part or the whole*».

<sup>300</sup> Comentario (1) al § 2-706 *UCC*.

<sup>301</sup> *Supra* IV.3.5. En concreto, sobre la venta de reemplazo, el caso *Berg v. Hogan*, 322 N. W.2d 448 (*Supreme Court of North Dakota*, Jul. 15, 1982), p. 454. En dicho caso, el comprador (demandado) compró unos equipos de pulverización en una subasta. El comprador incumplió con el pago de la obligación, tal como se había comprometido con el vendedor, y alegó que el vendedor no hizo la venta de reemplazo. En el juicio se estableció que el vendedor podía elegir cualquier remedio que le pareciese adecuado y, en efecto, que la celebración de la venta de reemplazo *no era una obligación*. En la doctrina, *vid.* WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:6, p. 671.

Lo anterior es una decisión importante que debe tomar el vendedor (acreedor) ante el incumplimiento, pues los daños pueden ser más, o menos, ventajosos, según el método que elija.

Por ejemplo, WHITE/SUMMERS/HILLMAN plantean un caso en donde un comprador de Nueva York compra 5.000 pares de sandalias a un vendedor de Los Ángeles, por 5.000 dólares, en la modalidad «*F. O. B. the seller's plant*», es decir, que los riesgos se trasladan al comprador y la entrega se hace efectiva desde el momento en que las mercancías parten de Los Ángeles. El vendedor empaquetó y envió correctamente las sandalias a Nueva York. Cuando las sandalias llegaron a Nueva York, el comprador había encontrado un precio más barato en este mercado, por lo que *injustamente* se negó a aceptar las mercancías, incumpliendo el contrato. En este supuesto, los citados autores observan que el vendedor tendrá importantes dudas sobre si celebra, o no, la venta de reemplazo en el mercado de Nueva York (que tiene precios más baratos). En caso de que opte por celebrar la venta de reemplazo en Nueva York, el vendedor debe tener en cuenta que, si la venta de reemplazo no se ajusta correctamente a los requisitos de razonabilidad de la venta de reemplazo, se le concederían los daños, calculados mediante la regla del mercado, que consistirían en la diferencia de precios entre el precio del mercado de Los Ángeles (lugar establecido para la entrega) y el del contrato, de conformidad con el § 2 – 708 (1) *UCC*. En este caso, los daños del vendedor serían *menos ventajosos*, pues el precio de las sandalias en Los Ángeles es más caro. Además, ha de tenerse en cuenta que el vendedor habría obtenido un daño aún mayor por la venta de reemplazo celebrada en Nueva York, pero que, por no ajustarse a los requisitos de la venta de reemplazo, se le habrían denegado.<sup>302</sup>

#### 4.2 LOS REQUISITOS Y LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA RESALE RULE [§ 2 – 706, (2) A (6) *UCC*]

Hasta aquí puede advertirse que lo estudiado sobre la *resale rule* es, en general, muy parecido a la *cover rule*. Sin perjuicio de ello, el § 2 – 706 (2) a (6) *UCC* prevé otros requisitos y características particulares para la *resale rule*:

§ 2 – 706 (*Seller's Resale Including Contract for Resale*) *UCC*:

«(2) *Except as otherwise provided in subsection (3) or unless otherwise agreed resale may be at public or private sale including sale by way of one or more contracts to sell or of identification to an existing contract of the seller. Sale may be as a unit or in parcels and at any time and place and on any terms but every aspect of the sale including the method, manner, time, place and terms must*

---

<sup>302</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:13, p. 688.

*be commercially reasonable. The resale must be reasonably identified as referring to the broken contract, but it is not necessary that the goods be in existence or that any or all of them have been identified to the contract before the breach.*

(3) *Where the resale is at private sale the seller must give the buyer reasonable notification of his intention to resell.*

(4) *Where the resale is at public sale; (a) only identified goods can be sold except where there is a recognized market for a public sale of futures in goods of the kind; and/ (b) it must be made at a usual place or market for public sale if one is reasonably available and except in the case of goods which are perishable or threaten to decline in value speedily the seller must give the buyer reasonable notice of the time and place of the resale; and/ (c) if the goods are not to be within the view of those attending the sale the notification of sale must state the place where the goods are located and provide for their reasonable inspection by prospective bidders; and/ (d) the seller may buy.*

(5) *A purchaser who buys in good faith at a resale takes the goods free of any rights of the original buyer even though the seller fails to comply with one or more of the requirements of this section.*

(6) *The seller is not accountable to the buyer for any profit made on any resale. A person in the position of a seller (Section 2-707) or a buyer who has rightfully rejected or justifiably revoked acceptance must account for any excess over the amount of his security interest, as hereinafter defined (subsection (3) of Section 2-711)».*

Conforme a la citada norma y sus comentarios: *en primer lugar*, el vendedor puede realizar la venta de reemplazo de manera pública o privada (cada una con requisitos propios, a los que me referiré en los dos siguientes apartados). *En según lugar*, la venta de reemplazo puede versar sobre las mercancías objeto del contrato incumplido, o también junto con otras mercancías del vendedor. Las mercancías de la venta de reemplazo deber ser *equivalentes* a las del contrato original, *sin* ser necesario que estas existan en el momento del incumplimiento<sup>303</sup>, o que alguna o todas hayan sido previamente identificadas. *En tercer lugar*, la norma establece, expresamente, que el tercero de buena fe, que ha comprado los bienes en la venta de reemplazo, tiene derecho a las mercancías libres de cualquier derecho de propiedad del primer comprador, incluso, si el vendedor no cumple con las exigencias de la

---

<sup>303</sup> La existencia futura de las mercancías se contempla en el caso de incumplimiento anticipado. Comentario (7) al § 2 – 706 UCC: «*The provision of subsection (2) that the goods need not be in existence to be resold applies when the buyer is guilty of anticipatory repudiation of a contract for future goods, before the goods or some of them have come into existence. In such a case, the seller may exercise the right of resale and fix his damages by “one or more contracts to sell” the quantity of conforming future goods affected by the repudiation. The companion provision of subsection (2) that resale may be made although the goods were not identified to the contract prior to the buyer’s breach, likewise contemplates an anticipatory repudiation by the buyer but occurring after the goods are in existence.*».

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

venta de reemplazo<sup>304</sup>. Y, *en cuarto lugar*, se establece que el vendedor tiene derecho a cualquier beneficio que haya obtenido con la venta de reemplazo.

### 4.2.1 *La venta de reemplazo privada*

Las además de las condiciones que acabo de mencionar, en la venta de reemplazo privada se requiere de la *notificación razonable* del vendedor al comprador [§ 2 – 706 (3) *UCC*]. El momento de la notificación depende de la urgencia del caso y no será necesaria la inclusión de la fecha y del lugar en el que se va a celebrar la venta de reemplazo<sup>305</sup>.

La finalidad de dicha notificación es la de dar la oportunidad al comprador-incumplidor de comprar en la venta de reemplazo, o que decida pagar el precio, y evitar mayores daños al vendedor<sup>306</sup>.

Tal y como se señala en el caso *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp*<sup>307</sup>, en suma, las ventas de reemplazo privadas requieren: *a) la equivalencia* del contrato de venta de reemplazo con el contrato incumplido; *b) la notificación razonable* al comprador (incumplidor) de la intención del vendedor de realizar la venta de reemplazo; y, *c) la celebración* de la venta de reemplazo de *buena fe* y de manera *comercialmente razonable*<sup>308</sup>.

### 4.2.2 *La venta de reemplazo pública*

White/Summers/Hillman señalan que el *UCC* no define qué debe entenderse por venta pública. El comentario (4) del § 2 – 706 *UCC* sugiere que, por venta pública debe entenderse las que se realizan en subastas<sup>309</sup>. Sin embargo,

---

<sup>304</sup> Comentario (10) al § 2 – 706 *UCC*.

<sup>305</sup> Comentario (5) al § 2 – 706 *UCC*.

<sup>306</sup> *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs.*, (CDO 3.º), al que me refiero más adelante.

<sup>307</sup> *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*, 15 S. W.3d 124 (Court of Appeals of Texas, Jan. 20, 2000), p. 136 y 137.

<sup>308</sup> *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*, cit., p. 136 y 137. En este caso, el juez consideró que *Westlake* (vendedor) no cumplió con los requisitos, de acuerdo con el *UCC*, pues, no acreditó, en primer lugar, la *notificación de la venta de reemplazo* y, en segundo lugar, la *razonabilidad comercial*. Por tanto, el vendedor no podría reclamar daños bajo la *resale rule*. En este sentido, la sentencia se cita los siguientes casos: *Larsen Leasing, Inc. v. Thiele, Inc.*, 749 F. Supp. 821 (U. S. District Court, W. D. Michigan, Oct. 17, 1990), p. 823; *Sprague v. Sumitomo Forestry Co., Inc.*, 104 Wn.2d 751, (Supreme Court of Washington, Nov. 27, 1985), p. 757; *Anheuse v. Oswald Refractories Co.*, 541 S. W.2d 706 (Missouri Court of Appeals, Aug. 3, 1976), p. 711.

<sup>309</sup> Comentario (4) al § 2 – 706 *UCC*: «By “public” sale is meant a sale by auction. A “private” sale may be effected by solicitation and negotiation conducted either directly or through a broker».

se dice que la jurisprudencia aún debe definir más claramente la línea divisoria entre la venta pública y la privada<sup>310</sup>.

Por lo que se refiere a los requisitos particulares de la venta de reemplazo pública, el *UCC* exige: *a*) que solo podrán venderse mercancías *existentes*, salvo cuando exista un mercado amplio reconocido para la venta pública de bienes futuros del mismo tipo [*vid.* a continuación el caso *Petroleum Traders Corp. v. Baltimore Cty., Md.*]; *b*) que la venta de reemplazo se celebre, si es razonablemente posible, en el lugar o mercado habitual para la venta pública del tipo de bien que se trate; *c*) a excepción de las mercancías *perecederas*, o que pierden rápidamente *su valor económico*, el vendedor-perjudicado debe *notificar* razonablemente al comprador-incumplidor *la fecha y el lugar* de celebración de la venta de reemplazo pública<sup>311</sup>; y *d*) si las mercancías no están en el lugar de la venta, la notificación de la venta debe indicar el lugar en que se encuentran las mercancías y prever su inspección por parte de los posibles licitadores.

La notificación a veces se entiende implícita cuando la venta de reemplazo se celebra en un reconocido mercado. Por ejemplo, en el caso *Petroleum Traders Corp. v. Baltimore Cty., Md.* la *Court* consideró que, como la venta de reemplazo de los contratos de compraventa de combustible “futuro” se había celebrado en NYMEX (el mercado público más grande para la compraventa de gasolina y combustible para calefacción), se entendía que dicha venta cumplía con *el objetivo de la notificación*, que es el de evitar una venta injusta, disfrazada de un artificial precio más bajo<sup>312</sup>.

Finalmente, cabe advertir que el vendedor-acreedor, para elegir entre una venta de reemplazo privada o pública, debe tener en consideración las características de las mercancías de las que se quiera deshacer con la venta de reemplazo, y los usos y costumbres mercantiles relevantes para estos efectos<sup>313</sup>.

#### 4.3 EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA VENTA DE REEMPLAZO

Al igual que en la *compra de reemplazo*, cuando el vendedor-acreedor no realiza la venta de reemplazo de buena fe y de manera comercialmente razonable, o

<sup>310</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 8:6, p. 671.

<sup>311</sup> Comentario (8) al § 2 – 706 *UCC*.

<sup>312</sup> *Petroleum Traders Corp. v. Baltimore Cty., Md.*, 413 F. App’x 588 (U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, Jan. 12, 2011). Hechos del caso tomados de WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:6, p. 671.

<sup>313</sup> Comentario (4) al § 2 – 706 *UCC*.

no cumple con los requisitos concretos previstos para la venta de reemplazo, aquella será *denegada* por el juez como método de cálculo del daño del vendedor<sup>314</sup>.

En general, el test de la razonabilidad comercial y de la buena fe en la *venta de reemplazo* tiene que ver con que el vendedor *pruebe* que no había otro mercado disponible, o que no había un precio más alto para celebrar la venta de reemplazo<sup>315</sup>. Además, de acreditar la oportuna notificación al comprador (deudor) de la venta de reemplazo<sup>316</sup>. Pues, el vendedor-acreedor es quien tiene la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos (*Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp*<sup>317</sup>)<sup>318</sup>.

Ante el incumplimiento de las condiciones de la *resale rule*, el vendedor tendrá derecho a los daños calculados según el método de la regla del mercado del § 2 – 708 (1) *UCC*. Esta regla consiste en la diferencia entre el precio del mercado del *lugar y la fecha o plazo* acordado para la *entrega* y el precio original del contrato *no pagado* por el comprador, más los otros daños que se causen con ocasión del reemplazo (*incidental damages*)<sup>319</sup>.

Un interesante y cuestionable caso, sobre el incumplimiento los requisitos de la notificación y la falta de observancia de la buena en la *resale*, es *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs., Inc.*<sup>320</sup>. En este caso se negó la determinación del daño mediante la *resal rule* y, en su lugar, se calcularon conforme a la regla del mercado (§ 2 – 708 (1) *UCC*)<sup>321</sup>.

Hechos.—*Zalmen*, un distribuidor de venta al por mayor de productos electrónicos (en adelante, el comprador), expidió una orden de compra de 10.000 memorias fotográficas a *Fuji Photo Film* (en adelante, el vendedor), a un precio de 19,49 dólares, cuyo precio, se entiende, pagó al vendedor. Una vez que el

---

<sup>314</sup> Hace falta recordar que, en la razonabilidad de la venta de reemplazo, aunque el precio del mercado sea un punto de partida, no es un indicador necesario a la hora de determinar si la venta de reemplazo se realizó de manera comercialmente razonable. *Vid.* comentario (3) al § 2-706 *UCC*.

<sup>315</sup> Comentario (5) al 2 – 706 *UCC*: «*Subsection (2) frees the remedy of resale from legalistic restrictions and enables the seller to resell in accordance with reasonable commercial practices so as to realize as high a price as possible in the circumstances*».

<sup>316</sup> *Vid.* la extensa lista de casos de la nota 1 en WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 8:9, p. 677. Sobre este tema también *vid.* más casos comentados del CALIFORNIA-STATE, «Sales: Rights and remedies of seller: Resale: Effect of failure to pursue code requirements», *Cal. L. Rev.*, vol. 13, 3, 1925, pp. 347-351.

<sup>317</sup> *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*, cit., p. 136-137.

<sup>318</sup> No obstante, en el caso *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs., Inc.*, al que me refiero a continuación, la *Court* parece entender que, *solo cuando el vendedor incumple el requisito de la notificación previa de la venta de reemplazo, es cuando nace la carga de probar* si esta se ha realizado de manera razonable.

<sup>319</sup> *Vid.* en *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*, cit., p. 138.

<sup>320</sup> *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs., Inc.*, 930 N. Y. S.2d 174 (*Supreme Court of New York*, Jun. 13, 2011).

<sup>321</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:7, p. 673.

comprador hubo vendido 4.000 memorias, se percató que la competencia del vendedor, *Olympus*, estaba vendiendo las mismas memorias más baratas, por lo que decidió devolver al vendedor las 6.000 memorias que le quedaban en el *stock*. El vendedor, en principio, no aceptó la devolución no autorizada, pero, luego, aceptó almacenar el envío de las mercancías devueltas por el comprador, con la *condición* de recibir las a un precio más bajo que el del contrato original, el de 4,50 dólares. En consecuencia, el vendedor emitió una cuenta de crédito a favor del comprador-incumplidor por las 6.000 memorias, pero al precio de 4,50 dólares (es decir, que se cobró por anticipado los daños y perjuicios de una potencial *resale*). Posteriormente, el vendedor celebró una venta de reemplazo con otro comprador tercero (*resale*), al precio de 4,50 dólares por unidad, pero omitió realizar la notificación al comprador (*Zalmen*) de su intención de realizar la venta de reemplazo de las tarjetas de memoria devueltas<sup>322</sup>.

En la segunda instancia se estimó que, aunque la revocación de la aceptación de las tarjetas de memoria era injusta, esta se había hecho de forma inequívoca y que tal revocación *era irrelevante* en la aplicación de los requisitos del § 2 – 706 *UCC* (notificación al comprador). El juez de apelación señaló que el objetivo de la notificación del § 2 – 706 (3) *UCC* es el de «dar la oportunidad al comprador de comprar en la venta de reemplazo privada, o quizás que decida pagar el resto del precio del contrato original y evitar mayores daños al vendedor». Por tanto, consideró que al incumplir el vendedor el requisito de la notificación, la única opción era calcular los daños y perjuicios bajo la regla del mercado (§ 2 – 708 (1) *UCC*)<sup>323</sup>.

En dicho caso, la *Supreme Court of New York*, a diferencia de la segunda instancia, interpretó que *cuando el vendedor incumple el requisito de la notificación*, lo que ocurre es que *tiene la carga de probar* que la venta de reemplazo se hizo de buena fe y de manera comercialmente razonable. Por lo que se solicitó, al vendedor (*Fuji Photo Film*), que acreditara el precio del mercado y demostrase que la venta de reemplazo se hizo a un precio razonable, reflejando el valor real de las memorias, para concederle los daños conforme a la *resale rule*.

A pesar de ello, y de que el vendedor afirmó que su comportamiento frente a los precios fue razonable, la *Court* estimó que su prueba no era suficiente, sobre la base de que las memorias se podían vender en el mercado a un mayor precio; el de 19,49 dólares por unidad. Por tanto, la *Court* estimó que las tarjetas pudieron venderse al precio establecido en el contrato original, pues estas no tenían averías, ni fueron hechas a medida del comprador, o no se trataban de un objeto específico, sino que eran genéricas. Por lo que el vendedor debió inventariarlas de nuevo y venderlas a 19,49 dólares, y así *no sufrir daño* alguno<sup>324</sup>.

<sup>322</sup> *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs.*, cit. (CDO 1).

<sup>323</sup> *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs.*, cit. (CDO 3).

<sup>324</sup> *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs.*, cit. (CDO 3).

Respecto a esta decisión de la *Court, White/Summers/Hillman* cuestionan que, quizás, la vía más adecuada era la de tratar este caso mediante la indemnización de daños y perjuicios del lucro [(§ 2 – 708 (2) *UCC*], y no mediante la venta de reemplazo. Lo anterior, teniendo en cuenta que el vendedor *está obligado a inventariar de nuevo* los productos, por lo cual es probable que renuncie a la venta de estos y que deba recuperar su *lucro cesante*<sup>325</sup>.

Con relación al anterior caso expuesto, *en primer lugar*, considero que la *Supreme Court of New York* ha pretendido darle un tratamiento «forzado» de venta de reemplazo (con la finalidad de favorecer al acreedor), arguyendo que la falta de la notificación de la venta privada hacía que el vendedor-acreedor tuviese que acreditar la razonabilidad de la venta de reemplazo. A mi modo de ver, no tiene sentido que el requisito de la notificación tenga dicha función, ya que, recuerdo, esta carga probatoria la tiene el interesado (vendedor-acreedor) (*Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*). En este sentido, parece más lógico, como indiqué oportunamente, que dicho requisito se haya diseñado para darle una «segunda» oportunidad al comprador-incumplidor, para que pueda participar en la venta de reemplazo o pagando el precio (tal como lo había interpretado la segunda instancia del caso).

En segundo lugar, estoy totalmente de acuerdo con que, quizás, este era un caso más de pérdida de volumen de venta, que de venta de reemplazo. Pues, *Fuji* (vendedor) es una empresa dedicada a la venta masiva de este tipo de productos (tarjetas de memoria). Por lo que el vendedor sí habría sufrido daño por el *lost of profit*; es decir, los daños consistentes en la diferencia entre el coste de fabricación o de adquisición de la mercancía, y el precio del contrato incumplido<sup>326</sup>.

#### 4.4 LOS *INCIDENTAL DAMAGES* DE LA VENTA DE REEMPLAZO (§ 2 – 710 *UCC*): ¿QUÉ OCURRE CON LOS *CONSEQUENTIAL DAMAGES* DEL VENDEDOR?

El vendedor que lleva a cabo una venta de reemplazo puede sufrir daños adicionales (también denominados daños especiales), los cuales se denominan *costes incidentales*. Al respecto, el § 2 – 710 *UCC*<sup>327</sup> dispone una lista, *no exhaustiva*, de daños incidentales que puede sufrir el vendedor. Estos costes

---

<sup>325</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:7, p. 675.

<sup>326</sup> *Vid. infra* apartado 4.6.2.

<sup>327</sup> § 2 – 710 *UCC*: «(Seller's Incidental Damages)/ Incidental damages to an aggrieved seller include any commercially reasonable charges, expenses or commissions incurred in stopping delivery, in the transportation, care and custody of goods after the buyer's breach, in connection with return or resale of the goods or otherwise resulting from the breach».

incidentales pueden ser, por ejemplo, los que resulten del transporte y custodia de las mercancías para realizar la venta de reemplazo.

A diferencia de los daños del comprador-acreedor que lleva a cabo una compra de reemplazo, *el vendedor-acreedor que realiza una venta de reemplazo no sufre consequential damages*. El UCC solo garantiza los *consequential damages* a los compradores, en caso de incumplimiento por parte del vendedor (§ 2 – 715 UCC). Sumado a ello, ha de tenerse en cuenta el § 1 – 305 UCC, que prevé que el acreedor no tendrá derecho a los *consequential damages*, salvo cuando el UCC así lo exprese<sup>328</sup>. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que la expresión «*or otherwise resulting from the breach*», del § 2 – 710 UCC *in fine*, no autoriza el reconocimiento de los *consequential damages*<sup>329</sup>.

Sin embargo, tan *categorica* afirmación del Derecho positivo estadounidense, en un ordenamiento jurídico basado, principalmente, en precedentes, no parece ser del todo cierta. En este sentido, White/Summers/Hillman consideran que dicha afirmación, acerca de que el vendedor perjudicado nunca tiene derecho a los *consequential damages*, corresponde a un vacío que dejaron los redactores del UCC frente a las necesidades y circunstancias especiales de cada caso. Por tanto, se trata más que de una prohibición, de una omisión del UCC. En su opinión, los redactores no se percataron que los *consequential damages* conectaban con el propio objetivo del contrato y el cálculo de los daños y perjuicios mediante el denominado *lost of profit* [§ 2 – 708 (2) UCC]. Lo que ocurre es que los *consequential damages* del vendedor carecen de claridad, pues, por lo general, el vendedor obtiene su interés de cumplimiento, sea mediante la indemnización de la venta de reemplazo, o sea con arreglo a la regla del mercado, o sea mediante la acción para el cobro del precio<sup>330</sup>.

Pese a lo anterior, White/Summers/Hillman exponen un caso en donde un vendedor sufre *consequential damages* en la venta de reemplazo, pero, el juez, lastimosamente, se los deniega, cuando, en opinión de los autores, debieron haber sido indemnizados. Se trata de un caso, en el que el vendedor recibía descuentos de su proveedor, dependiendo de la cantidad que aquel vendiera. Debido al incumplimiento de uno de sus compradores, *la cuenta total de ventas del año no permitió al vendedor acceder al descuento de su proveedor*, el cual hubiese podido disfrutar si el contrato se hubiese cumplido<sup>331</sup>.

<sup>328</sup> § 1 – 305 UCC: «(Remedies to Be Liberally Administered)/ [...] neither consequential or special damages nor penal damages may be had except as specifically provided in [the UCC] or by other rule of law». WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, §, 8:29, p. 742.

<sup>329</sup> *Ibid.*, § 8:29, p. 741 (en especial, la extensa lista de casos de la nota 1).

<sup>330</sup> *Ibid.*, § 8:29, p. 742.

<sup>331</sup> *Nobs Chem., U. S. A., Inc. v. Koppers Co., 616 F.2d 212 (U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May 2, 1980)*. Vids. en WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, §, 8:29, p. 742.

#### 4.5 SUPUESTOS INUSUALES DE APLICACIÓN DE LA VENTA DE REEMPLAZO Y SUS INTERPRETACIONES, A PARTIR DEL TRABAJO DE ROBERT J. NORDSTROM

El trabajo de Nordstrom desarrolla varias hipótesis de casos el cálculo de daños mediante la venta de reemplazo resulta muy complejo<sup>332</sup>. De estas hipótesis, me permitiré elegir tres, que considero muy convenientes e ilustrativas, ya que pueden resultar las más comunes en el tráfico.

El autor comienza exponiendo que el caso más sencillo de aplicación de la regla de la venta de reemplazo, que es cuando el comprador no ha hecho ningún pago del precio del contrato y el vendedor realiza una venta de reemplazo a un precio menor que el del contrato original, con o sin daños incidentales. En esta situación, el cálculo de los daños y perjuicios mediante la venta de reemplazo no supone ninguna complejidad, pues, simplemente, corresponde a la diferencia entre el precio de la venta de reemplazo y el del contrato, más los daños incidentales. También, señala, es muy sencillo determinar que *no hay daños*, cuando el vendedor celebra una *venta de reemplazo a un precio mayor* que el del contrato original, pues los beneficios que el vendedor obtenga de la venta de reemplazo le pertenecen [§ 2 – 706 (6) UCC]<sup>333</sup>.

*Las dificultades de la venta de reemplazo empiezan a aparecer cuando:*

a) el vendedor celebra una venta de reemplazo por un precio mayor que el del contrato original (caso en el que no habría daño), *pero*, a la vez, incurre en ciertos costes incidentales con ocasión de la venta de reemplazo ¿tiene derecho a estos *costes incidentales*?; b) cuando el comprador ha hecho un pago adelantado del precio, ¿se deduce el precio obtenido en la venta de reemplazo del *precio total del contrato*, o solo del *precio que faltaba por pagar*?; y, c) ¿qué ocurre si el precio pagado excede los daños por la venta de reemplazo? ¿hay lugar a la restitución en favor del comprador?

*Caso base:* Nordstrom supone que existe un contrato de compraventa sobre ciertas mercancías cuyo precio total es de 5.000 dólares, el comprador incumple el contrato (de acuerdo con el § 2 – 703 UCC), y el vendedor decide acudir al remedio de la *venta de reemplazo* (de conformidad con los requisitos del § 2 – 706 UCC)<sup>334</sup>.

*Primer supuesto:* se asume que el comprador no ha hecho ningún pago del precio y el vendedor celebra una venta de reemplazo por 6.000 dólares, pero, además, incurre en 300 dólares de costes incidentales, sin ningún ahorro de gastos con ocasión de la venta de reemplazo. Al respecto, el autor se cuestiona si el vendedor tiene derecho a los 300 dólares de costes incidentales, incluso

---

<sup>332</sup> NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale...», cit., pp. 1299-1314.

<sup>333</sup> Vid. en detalle *ibid.*, p. 1301.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 1300.

habiendo obtenido un beneficio de 700 dólares [6.000 dólares (precio del reemplazo) - 5.000 dólares (precio del contrato) = (+) 1.000 dólares (no hay daños por venta de reemplazo) - 300 dólares (costes incidentales) = 700 dólares].

Para responder esta cuestión, Nordstrom señala que el § 2 – 706 (6) *UCC* se ha interpretado de dos maneras por los jueces estadounidenses. La *primera* considera que, de acuerdo con dicha norma, el comprador no tiene derecho al beneficio de la venta de reemplazo, es decir, a los 1.000 dólares. En consecuencia, el comprador *siempre* será responsable de la totalidad de costes incidentales (300 dólares) en los que incurra el vendedor. Sin embargo, hay una *segunda* interpretación del § 2 – 706 (6) *UCC* que considera que, al disponer que el vendedor no ha de computar el beneficio alcanzado con la venta de reemplazo, puede que *no se refiera al beneficio en bruto (gross profit), sino al beneficio neto (net profit)*. En este sentido, «si el código (*UCC*) se refiere al beneficio neto, el vendedor *no sufriría daños incidentales* hasta que, después del incumplimiento, sus costes incidentales *excedan* el monto en el que el precio de la venta de reemplazo *superó* el precio del contrato original. De esta manera, el vendedor no sufriría ningún tipo de daño en el caso propuesto» (paréntesis, cursivas y traducción del inglés mías)<sup>335</sup>.

Nordstrom considera que, si bien ambas interpretaciones han sido aplicadas por los tribunales, la segunda es la que mejor se adapta a la fundamentación de la responsabilidad contractual del *UCC*, que consiste en dejar a la parte perjudicada por el incumplimiento en la misma posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido (*expectation interest*), y no en una mejor posición económica (indemnizándole los 300 dólares por daños incidentales)<sup>336</sup>.

*Segundo supuesto:* se asume que el comprador adelantó 500 dólares del pago del precio del contrato (el cual, recuerdo, es 5.000 dólares). Por tanto, el comprador, en el momento del incumplimiento, debe 4.500 dólares. Ante el incumplimiento, el vendedor consigue celebrar una venta de reemplazo por 4.500 dólares, sin incurrir en costes incidentales<sup>337</sup>.

Teniendo en cuenta que la fórmula del cálculo de los daños § 2 – 706 (1) *UCC*, literalmente, establece que el vendedor tiene derecho a la diferencia entre la venta de reemplazo (4.500 dólares) y el precio del contrato (5.000 dólares), el comprador deberá pagar 500 dólares [4.500 – 5.000 = (–) 500 dólares] como daños y perjuicios. Al respecto, Nordstrom señala que, en la tradición del *Common Law*, tal solución

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 1303.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 1303.

<sup>337</sup> Hipótesis del autor: *ibid.*, p. 1304.

literal de dicho artículo es impensable, pues va en contra del carácter meramente compensatorio (y no punitivo) de los daños<sup>338</sup>.

Ante la «errónea» literalidad del § 2 – 706 (1) *UCC*, Nordstrom indica que, en esta situación, para ciertos casos la aplicación de la regla de la venta de reemplazo debe leerse «con una interpretación judicial que inserte en el § 2 – 706 (1) *UCC* la palabra *unpaid* justo antes de *contract*» es decir, que al precio de la venta de reemplazo lo que se le debe sustraer es el *precio del contrato* «no pagado» ( y no el precio total del contrato)<sup>339</sup>.

Nordstrom propone lo anterior basándose en una lectura armonizada de la *resale rule* [§ 2-706 (1) *UCC*] con la regla del mercado [§ 2-708 (1) *UCC*], que sí que incluye la palabra *unpaid* antes de *contract*<sup>340</sup>. Pues, como indica, la única diferencia sustancial de las reglas de la *resale* y la *cover*, con la *regla del mercado*, es solo la palabra *unpaid*<sup>341</sup>.

En consecuencia, en el caso supuesto, el vendedor *no* habría sufrido daño contractual, pues el precio de la venta de reemplazo (4.500 dólares) menos el precio que faltaba por pagar del contrato incumplido (4.500 dólares), es igual a cero.

*Tercer supuesto:* se asume que, previamente al incumplimiento del comprador, este había adelantado, como parte del pago del precio, 2.000 dólares de los 5.000 dólares del precio del contrato. Con posterioridad al incumplimiento, el vendedor lleva a cabo una venta de reemplazo por 4.500 dólares, obteniendo como daños y perjuicios contractuales 500 dólares, sin incurrir en daños incidentales, o sin ahorrarse gastos por el incumplimiento<sup>342</sup>.

Ante este supuesto, Nordstrom cuestiona que, en la mayoría de este tipo de casos, el *Common Law* rechaza la restitución económica para el comprador incumplidor<sup>343</sup>. Los jueces se fundamentan en el impacto que tiene el permitir las restituciones en el mundo comercial. En este caso, ni el vendedor ni el comprador tienen derecho a la reparación de daños y perjuicios, pues el vendedor *no* es una parte incumplidora y el comprador no tiene un fundamento para poder reclamar los daños –es decir, el *restitution interest* correspondiente

---

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 1304.

<sup>339</sup> NORDSTROM considera que el *UCC* omitió la palabra *unpaid* de la *resale rule*, quizás, porque fue hecha en semejanza a la *cover rule* (§ 2-712 *UCC*), en la que no es necesaria. NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale...», cit., pp. 1305-1307.

<sup>340</sup> § 2 – 708 (1) *UCC*: «[...] is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages».

<sup>341</sup> NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale...», cit., p. 1306.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 1307.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 1308.

a los 1.500 dólares [2.000 dólares (precio pagado) - 500 dólares (daños por la venta de reemplazo)]-<sup>344</sup>.

No obstante, el autor indica que el *UCC* toma partido en favor del comprador<sup>345</sup>. El § 2 - 718 *UCC* le concede al comprador el derecho a la restitución del precio en los casos en que el vendedor se queda, justificadamente, con las mercancías<sup>346</sup>. Por tanto, en el marco del *UCC*, no sería aceptable que al comprador incumplidor se le prive de su derecho a la restitución del precio pagado, en la medida en que su monto superara los daños del vendedor, provocados por la venta de reemplazo (es decir, se compensa el daño con el precio pagado)<sup>347</sup>.

En suma, el derecho de restitución del comprador está sujeto a los daños del vendedor<sup>348</sup>. De manera que, en el supuesto planteado por el autor, el comprador tendría *derecho a la restitución* de 1.500 dólares<sup>349</sup>.

#### 4.6 LA INAPLICABILIDAD DE LA REGLA DE LA VENTA DE REEMPLAZO

##### 4.6.1 Goods not reasonably resalable: *la acción para el cobro del precio por el vendedor*

En este apartado hago referencia a casos en donde, por las características o condiciones particulares, las mercancías no se pueden revender, sea porque *no* se puede realizar la venta de reemplazo a un *precio razonable*, después de haber hecho el *esfuerzo razonable*, sea porque de las *circunstancias razonables* se demuestre que tal esfuerzo era inviable<sup>350</sup>. Lo anterior, permite que el vendedor

<sup>344</sup> Sobre restituciones por el incumplimiento del comprador, *vid.* SCHWARTZ, A., y SCOTT, R., «Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy», cit., pp. 1648-1661.

<sup>345</sup> NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale...», cit., p. 1309.

<sup>346</sup> § 2 - 718 *UCC*: «(Liquidation or Limitation of Damages; Deposits)/ “[...] (2) [w]here the seller justifiably withholds delivery of goods because of the buyer's breach, the buyer is entitled to restitution of any amount by which the sum of his payments exceeds”» (subrayado mío).

<sup>347</sup> *Procter Gamble Distrib. Co. v. Lawrence Am. Field Warehousing Corp.* 16 N. Y. 2d 344 (Court of Appeals of New York, Dic. 30, 1965), p. 213.

<sup>348</sup> NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale...», cit., p. 1310.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 1310.

Los dos últimos casos no tendrían mayor discusión en los sistemas del *Civil Law*, en donde, si ha habido un pago parcial del precio, el vendedor solo celebraría la venta de reemplazo para recuperar el restante del precio no pagado (interés de cumplimiento) y lo demás lo deber poner a disposición del comprador.

<sup>350</sup> Estos casos suelen darse por el contrato versa sobre productos o mercancías especialmente fabricadas a petición del comprador, o ya enviadas, empaquetadas o etiquetadas, exclusivamente, para un comprador en particular. ELLEN A., P., «Remedies for Breach of Contracts Relating...», cit., párr. 249-250; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:5, p. 663.

pueda ejercitar la *acción para el pago del precio* [§ 2-709 (1) (b) *UCC*<sup>351</sup>] de las mercancías, objeto del contrato incumplido<sup>352</sup>.

Los requisitos para que el vendedor pueda reclamar el pago del precio, cuando el comprador no acepta o no recibe las mercancías, son lógicos y coherentes con el sistema de responsabilidad contractual (en sentido amplio) estadounidense, en cuanto que el cumplimiento específico (que en este caso es la acción para exigir el pago del precio) es un remedio excepcional y secundario al remedio general de la indemnización (venta de reemplazo). En consecuencia, es un sistema en donde la responsabilidad contractual está fundamentada en la mitigación de los daños y perjuicios, lo que hace que se incentive una actitud proactiva del vendedor (acreedor), que tiene en su poder las mercancías, en orden a la mitigación de los daños mediante la realización de ventas de reemplazo.

Ahora bien, interesa en particular examinar, según el *Case Law* estadounidense, qué es lo que se ha interpretado o considerado por *razonable* en el marco del § 2-709 (1) (b) *UCC*. Al respecto, podemos encontrar casos en los que al vendedor se *concede* la acción para exigir el pago del precio, cuando no es razonable acudir a una venta de reemplazo, y otros casos donde se ha *negado* la acción, por acreditarse la posibilidad de una eficiente venta de reemplazo.

1. Dentro de los casos en que se ha *concedido* la acción para el pago del precio, el *primer caso* es *Budnick Converting, Inc. v. Nebula Glass Int'l, Inc*<sup>353</sup>.

Hechos.—*Budnick* (en adelante, vendedor) demandó el pago del precio por el incumplimiento de un contrato de compraventa por parte de *Nebula Glass* (en adelante, comprador), quien se negó a recibir cierta cantidad de cinta adhesiva, objeto del contrato. La *U. S. District Court for the Southern District of Illinois* se pronunció sobre si el vendedor tenía derecho al pago del precio, ya que el comprador alegó la falta del deber de mitigar los daños por el vendedor, pues este no había celebrado una venta de reemplazo de las cintas adhesivas.

En dicho caso, la *Court* estimó que el vendedor tenía derecho al pago del precio del comprador-incumplidor, conforme al § 2 – 709 *UCC*. Lo anterior, en cuanto que encontró que la cinta adhesiva estaba hecha *a medida* y según

---

<sup>351</sup> § 2– 709 *UCC*: «(Action for the Price)/ (1) [w]hen the buyer fails to pay the price as it becomes due the seller may recover, together with any incidental damages under the next section, the price [...] (b) of goods identified to the contract if the seller is unable after reasonable effort to resell them at a reasonable price or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing» (subrayado mío).

<sup>352</sup> Hablar del derecho del vendedor al precio (acción para el pago del precio), cuando «razonablemente» no se puede realizar una venta de reemplazo, es algo que *solo* tiene sentido en aquellos sistemas donde no está, generalmente, disponible el cumplimiento específico. Es decir, en los sistemas del Derecho angloamericano.

<sup>353</sup> *Budnick Converting, Inc. v. Nebula Glass Int'l, Inc.*, 2012 WL 2017972 (*U. S. District Court for the Southern District of Illinois*, Jun 5, 2012).

algunos requerimientos exclusivos para el uso del comprador, por lo que no era fácil venderla en el mercado. Además, también se tuvo en cuenta que el vendedor había acreditado haber realizado *esfuerzos razonables* para revender la cinta adhesiva, y *a un precio razonable*. Con ello, la *Court* concluyó que el vendedor no había podido mitigar sus daños y, por tanto, que tenía derecho a exigir el pago del precio por parte del comprador<sup>354</sup>.

2. El *segundo caso*, en esta misma línea, es *ReMapp Int'l Corp. v. Comfort Keyboard Co*<sup>355</sup>.

Hechos.—Un fabricante de circuitos impresos para *boards* demandó a su comprador, un fabricante de teclados de ordenador, por incumplimiento de un contrato de compraventa, por la falta de pago del precio.

En dicho caso, el juez consideró que era aplicable el *Wisconsin Statute* (que son las reglas del *UCC* adoptadas por este estado), en concreto el § 402.201 (3) (a), que provee una excepción al *Statute of Frauds* para productos especialmente manufacturados<sup>356</sup>. Al respecto, estimó que, teniendo en cuenta que las mercancías habían sido fabricadas especialmente para el comprador, *cualquier esfuerzo para revenderlas sería inútil*<sup>357</sup>. Por tanto, ordenó al comprador pagar el precio al vendedor.

3. Finalmente, en *tercer lugar*, y dentro de esta misma línea de casos, el caso *Great W. Sugar Co. v. Pennant Prod., Inc*<sup>358</sup>. En dicho caso, se discutió sobre si el vendedor tenía derecho al pago del precio por parte del comprador, por el incumplimiento de una compraventa de *azúcar de remolacha refinada*. La *Colorado Court of Appeals* determinó que era indiscutible que el demandante (vendedor) no hizo ningún intento de celebrar una venta de reemplazo del azúcar. No obstante, se determinó que, aunque el vendedor hubiera llevado a cabo una venta de reemplazo, este tenía un gran *stock* de azúcar, suficiente para cumplir su obligación con el comprador (demandado) y para proveer a otros compradores —lo que hubiese causado daños y perjuicios al vendedor por la *lost of volumen*—. La *Court* consideró que lo anterior, junto con el hecho de que, durante este período, toda la industria azucarera tenía más azúcar para vender de lo que el mercado podía absorber (oferta mayor a la demanda), era un indicativo de que los esfuerzos para revender el azúcar habrían sido econó-

<sup>354</sup> *Budnick Converting, Inc. v. Nebula Glass Int'l, Inc*, cit., parte III (III. Analysis).

<sup>355</sup> *ReMapp Int'l Corp. v. Comfort Keyboard Co.*, 560 F.3d 628, (*U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*, Marc. 24, 2009).

<sup>356</sup> *ReMapp Int'l Corp. v. Comfort Keyboard Co.*, cit., p. 633.

<sup>357</sup> *ReMapp Int'l Corp. v. Comfort Keyboard Co.*, cit., p. 638.

<sup>358</sup> *Great W. Sugar Co. v. Pennant Prod., Inc.*, 748 P.2d 1359 (*Court of Appeals of Colorado*, Sep. 24, 1987).

micamente inútiles [caso *Foxco Industries, Ltd. contra Fabric World, Inc.* (595 F.2d 976, U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May. 22, 1979)]. Por tanto, decretó el pago del precio al vendedor<sup>359</sup>.

*De los tres casos expuestos*, se puede concluir que la acción para exigir el pago del precio procede *solo si* el vendedor ha realizado esfuerzos razonables para celebrar una venta de reemplazo, a menos que, por ciertas circunstancias, se demuestre que tal esfuerzo no se podía llevar a cabo por las condiciones del mercado (caso de los bienes únicos, o hechos a medida del comprador), o que de haber realizado la venta de reemplazo, esta hubiese sido ineficiente económicamente (porque, por ejemplo, el vendedor contaba con una oferta suficiente para haber absorbido ambas ventas: la del contrato incumplido y la segunda venta al tercero)<sup>360</sup>.

Contrario a lo anterior, existen ejemplos en los que se *niega* la acción para exigir el pago del precio por *no* cumplirse con el requisito de intentar celebrar una venta de reemplazo. Por ejemplo, el caso *In re Bacon's Estate*<sup>361</sup>. En dicho caso, la *Common Pleas Court of Bucks County* niega la acción en favor del vendedor, a pesar de que se trataba de unos productos hechos de conformidad con el color elegido por el comprador y que se había acreditado su dificultad de revenderlos a terceros. La *Court* consideró que el vendedor no había acreditado la *imposibilidad* de realizar las ventas de reemplazo de los productos del contrato, a precios razonablemente bajos en el mercado<sup>362</sup>.

En este último caso, otra vez se pone de manifiesto que las circunstancias del mercado y las razones económicas juegan un papel muy determinante en la operación de reemplazo. El hecho de que el producto, objeto del contrato, fuera fabricado según las preferencias cromáticas del comprador *no* era una excusa suficiente para que el vendedor no pudiese llevar a cabo la venta de reemplazo *a un precio menor que el del contrato original*.

#### 4.6.2 *El daño de la pérdida de volumen de venta y el daño de la venta de reemplazo*

Normalmente, los daños y perjuicios contractuales calculados mediante la venta de reemplazo (§ 2 – 706 *UCC*) o la regla del mercado [§ 2 – 708 (1) *UCC*] reparan el interés en el cumplimiento del vendedor, junto con la indem-

---

<sup>359</sup> *Great W. Sugar Co. v. Pennant Prod., Inc.*, cit., p. 1361.

<sup>360</sup> *En este sentido*, vid. también el caso *Alloys Int'l, Inc. v. Aeronca, Inc.*, 2012 WL 3600090 (U. S. District Court for the Southern District of Ohio, Aug. 21, 2012).

<sup>361</sup> *In re Bacon's Estate*, 45 Pa. D. & C.2d 733 (Common Pleas Court of Bucks County, Pennsylvania, Feb. 1, 1968).

<sup>362</sup> *In re Bacon's Estate*, cit., p. 734. Resumen del caso en WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:5, p. 665.

nización de los otros daños causados<sup>363</sup>. No obstante, hay casos en donde lo anterior se cuestiona, debido a que el vendedor puede alegar que, mientras celebró una venta de reemplazo con un segundo comprador, *tenía la capacidad comercial de haber satisfecho ambos contratos* (el original incumplido y el de la venta de reemplazo)<sup>364</sup>. De esta manera, el vendedor-acreedor puede alegar que los daños y perjuicios del incumplimiento, calculados mediante la venta de reemplazo, o la regla del mercado, *no son adecuados*, pues lo que el vendedor hubiese obtenido *dos lucros por las dos ventas*, y no solo uno<sup>365</sup>.

A ello se le denomina *daño de la pérdida de volumen de venta*, pues, el vendedor pierde todo el beneficio de una de sus ventas debido al incumplimiento del comprador, que *representaba una venta adicional en su negocio, y no una alternativa*<sup>366</sup>.

La indemnización de la pérdida de volumen de venta se calcula mediante el criterio del *lost of profit*, regulado en la § 2 – 708 (2) *UCC* (*vid.* el *leading case Neri v. Retail Marine Corp*<sup>367</sup>)<sup>368</sup>.

§ 2 – 708 (2) *UCC*: «*If the measure of damages provided in subsection (1) is inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done*

<sup>363</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 896.

<sup>364</sup> HACKLEY, J., «UCC Section 2-714 (1) and the Lost-Volume Theory: A New Remedy for Middlemen?», cit., pp. 193-194; SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 896; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:14, p. 696.

<sup>365</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 896.

<sup>366</sup> BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», cit., p. 462; HACKLEY, J., «UCC Section 2-714 (1) and the Lost-Volume Theory: A New Remedy for Middlemen?», cit., p. 193.

<sup>367</sup> 285 N. E.2d 311 (*Court of Appeal of New York, Jun. 1, 1972*). Hechos.—las partes celebraron un contrato de compraventa de un barco, cuya entrega se acordó entre las cuatro y seis semanas siguientes a la firma del contrato. En la celebración del contrato, el comprador entregó un depósito al vendedor. Llegado el plazo para el cumplimiento, el comprador informó al vendedor la resolución unilateral del contrato, debido a que estaba a punto de ser hospitalizado y se iba a someter a una cirugía. Por tanto, le solicitó al vendedor la devolución del depósito. El vendedor había encargado ya la fabricación del barco en el momento de la recepción de la comunicación del comprador, por lo que no le devolvió el depósito y, en consecuencia, el comprador lo demandó. En la reconvencción, el vendedor reclama el lucro económico de la venta de barco (p. 312).

La primera instancia estimó las pretensiones del vendedor, debido a que este lo había vendido el barco a un tercero por el mismo precio (p. 313). La *Court of appeal* observó que la aplicación de criterio del lucro económico para la determinación del daño del vendedor, normalmente, era desconocida por los tribunales. En su razonamiento, recuerda que, antes de la promulgación del código, el *Common Law* aplicaba este criterio *solo* a los casos en los que el vendedor era un fabricante o agente, pero su aplicación se había extendido a los vendedores minoritarios para evitar resultados económicos injustos. Dicho lo anterior, la *Court* estimó procedente la aplicación del criterio del lucro económico [§ 2 – 708 (2) *UCC*], en cuanto que comprobó que la regla del mercado era inadecuada para reparar el interés positivo del vendedor-acreedor y que, al ser un vendedor minorista, no debía aplicarle la computación del crédito o ingresos de la venta de reemplazo, conforme al § 2 – 708 (2) *UCC in fine* (p. 314). Además, le concedió al vendedor los daños y costes incidentales acreditados (p. 315).

<sup>368</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. III, § 12.11, p. 228; SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 896; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:15, p. 699 (en especial, la extensa lista de casos de la nota 4).

*then the measure of damages is the profit (including reasonable overhead) which the seller would have made from full performance by the buyer, together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), due allowance for costs reasonably incurred and due credit for payments or proceeds of resale».*

Bajo este criterio, el daño consistirá en la diferencia entre el precio acordado en el contrato y el coste de adquisición o de fabricación de la mercancía<sup>369</sup>. Lógicamente, en su caso, dicho daño se indemnizará junto con los costes incidentales en los que haya incurrido el vendedor por el incumplimiento (§ 2 – 710 UCC).

En otro orden de cosas, como se pudo apreciar, al final del precepto del § 2 – 708 (2) UCC, se dispuso que en la determinación del daño del vendedor se pueden computar los beneficios o pérdidas de una venta de reemplazo, con el daño de la pérdida de volumen («[...] due credit for payments or proceeds of resale»). Al respecto, una parte de la doctrina se encuentra de acuerdo con su aplicación literal, pero otra parte de la doctrina –mayoritaria– no lo está<sup>370</sup>. La doctrina mayoritaria considera que, a pesar de la literalidad de la normal, dicha expresión es un error del legislador. Conforme al *Common law*, el beneficio de la venta frustrada por el incumplimiento se habría obtenido en su totalidad, incluso si el comprador no hubiese incumplido el contrato; por lo que ambos criterios (el de la venta de reemplazo y el del lucro económico) son alternativos, y no acumulativos. En otras palabras, allí donde aplica el criterio del lucro económico para indemnizar el daño de la pérdida de volumen, no es aplicable el criterio de la venta de reemplazo.

Los criterios de aplicación de la pérdida de volumen de venta, en palabras de Barnes, responden a un análisis económico del derecho<sup>371</sup>. Dichos criterios, en general, se basan en que el vendedor debe acreditar su capacidad de negocio para realizar una venta adicional y que, esta, efectivamente, hubiese generado un beneficio o lucro adicional, para su negocio. De lo contrario, no podrá reclamar sus daños mediante la pérdida del lucro económico, sino mediante el criterio de la regla del mercado, o el de la venta de reemplazo<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> Comentario (2) del § 2 – 708 (2) UCC: «[...] *The normal measure there would be list price less cost to the dealer or list price less manufacturing cost to the manufacturer. It is not necessary to a recovery of “profit” to show a history of earnings, especially of a new venture is involved*».

<sup>370</sup> Sobre este debate, *vid.*, a favor, SCHLOSSER, W. L., «Construing UCC Section 2-708(2) to Apply to the Lost-Volume Seller», *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 24, 1973, pp. 686-696. En esta misma línea, recientemente, ANDERSON, R. R., «A Look Back at the Future...», *cit.*, p. 227.

En contra, SHANKER, M. G., «The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708 (2) (One Profit for the Reseller)», *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 24, 1973, pp. 697-711.

<sup>371</sup> BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», *cit.*, p. 462.

<sup>372</sup> FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, *cit.*, vol. III, § 12.12, p. 246; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, *cit.*, vol. I § 8:15, pp. 700-701. Un desglose detallado de las condiciones de

Un ejemplo de pérdida de volumen de venta es el caso *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc*<sup>373</sup>.

Hechos.—Una empresa de suministro de máquinas expendedoras de productos demandó a un establecimiento de venta al por menor por incumplimiento de un contrato, en donde la demandante se comprometía a suministrar las máquinas y mantenerlas llenas según se vendieran los productos. Las partes también acordaron, que las ganancias se las repartirían cada dos semanas. El suministrado, tras cinco años de ejecución del contrato, decidió rescindir el contrato y quitar las máquinas de su establecimiento<sup>374</sup>. El *jury* emitió un veredicto en favor de la empresa demandante, pero solo otorgó daños por un dólar, al no haber mitigado los daños celebrando contratos de suministros de las máquinas que había retirado del demandado, con otro establecimiento (*venta de reemplazo*).

En dicho caso, la *Superior Court of New Jersey* consideró que hubo un *error* al reconocer las alegaciones de la demandada, pues la empresa demandante no estaba obligada a mitigar, al haber demostrado que tenía *capacidad de surtir a más establecimientos con las máquinas expendedoras de productos*<sup>375</sup>. La *Court* concluyó que, en lo que respecta a la mitigación de los daños y a la no consideración de que se trataba, claramente, de un caso de pérdida de volumen de venta, se engañó e informó mal al *jury*<sup>376</sup>.

Al respecto, Scott/Kraus muestran su desacuerdo con muchos de los casos en los que los jueces interpretan que el vendedor sufre un daño por la pérdida de volumen de venta, *solo* porque el vendedor demuestra que tiene capacidad de vender las unidades adicionales, después de haber vendido las unidades del contrato incumplido mediante la venta a un tercero. White/Sum-

---

esta teoría, desarrollado por la doctrina estadounidense, en: HARRIS, R. J., «A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract», *Mich. L. Rev.*, vol. 60, 1962, pp. 600-601.

<sup>373</sup> *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc.*, 726 A.2d 316. (*Superior Court of New Jersey*, Apr. 1, 1999).

<sup>374</sup> *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc.*, cit., p. 316.

<sup>375</sup> Sin embargo, se dice que esta es una cuestión un tanto complicada de resolver. En todos los casos *no* se puede partir de la idea que, por la capacidad del vendedor de cubrir dos ventas en el mercado (la del contrato incumplido y la del reemplazo), ambas ventas hubiesen generado un lucro o beneficio económico para el vendedor, es decir, no siempre puede calcularse tales daños mediante el lucro económico. Así lo apunta, precisamente, el caso que analizo: «[w]hether a subsequent transaction is a substitute for the broken contract sometimes raises difficult questions of fact. If the injured party could and would have entered into the subsequent contract, even if the contract had not been broken, and could have had the benefit of both, he can be said to have "lost volume" and the subsequent transaction is not a substitute for the broken contract. The injured party's damages are then based on the net profit that he has lost as a result of the broken contract. Since entrepreneurs try to operate at optimum capacity, however, it is possible that an additional transaction would not have been profitable and that the injured party would not have chosen to expand his business by undertaking it had there been no breach. It is sometimes assumed that he would have done so, but the question is one of fact to be resolved according to the circumstances of each case» (subrayado mío). *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc.*, cit., p. 319.

<sup>376</sup> *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc.*, cit., p. 319

mers/Hillman, con el mismo sentido crítico, señalan: «*[s]ome courts ask only whether the seller would have made an additional sale, not whether it would have*»<sup>377</sup>.

Para la anterior doctrina, el juez debe establecer, no solo que el vendedor tenía capacidad para realizar una venta adicional, sino también lo que hubiese ocurrido *si esa otra venta adicional se hubiese dado*. Y, en este sentido, un factor muy importante es si, al vendedor, le habría sido rentable *producir/vender ambas unidades de las mercancías* (las del contrato incumplido, y las que demuestran que son la pérdida de volumen de venta)<sup>378</sup>. Pues, de lo contrario, en opinión de esta doctrina, no se podría aplicar la figura de la *lost volumen sellers*.

Coincido con los anteriores autores, en cuanto que considero que solo se puede conceder «daño» por la pérdida de volumen de venta, que reportarían al vendedor un margen de beneficio (por la venta adicional), *si en efecto se hubiese dejado de percibir una utilidad; la mera capacidad de absorber la demanda no prueba un daño al acreedor-vendedor*.

## 5. La doctrina de *campbell* (académico inglés) frente a la de *gergen* (académico estadounidense): un análisis crítico y comparatista de la operación de reemplazo en el derecho inglés y estadounidense

Finalmente, resulta muy conveniente, tras estudiar la operación de reemplazo en el sistema inglés y en el estadounidense, referirme a un interesante debate abierto por el académico inglés David Campbell<sup>379</sup>, quien plantea y desarrolla una visión crítica a la forma a como, usualmente, se ha entendido la regla del mercado en el Derecho inglés y propone la implantación generalizada de la regla de la operación de reemplazo en dicho sistema. Sus planteamientos fueron respondidos por el académico estadounidense Mark P. GERGEN<sup>380</sup>. El debate toma como principal referencia el reconocimiento positivo de la *regla de la operación de reemplazo* en el Derecho estadounidense (§§ 2 – 706 y 2 – 712 UCC), estudiado previamente.

---

<sup>377</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:15, p. 701.

<sup>378</sup> SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, cit., p. 897; WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, § 8:15, pp. 701-702.

<sup>379</sup> CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», cit., pp. 297-312.

<sup>380</sup> GERGEN, M., «Reply to David Campbell, “Market Damages and the Invisible Hand”», en Larry A. DiMatteo, Martin Hogg (eds.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 333-341.

El principal aporte de este debate a este estudio es que, además de ser relativamente reciente (2016), en él se expresan de forma nítida –y crítica– una serie de elementos de la regla de la operación de reemplazo. Tales elementos han sido trabajados en el capítulo del Derecho inglés y, en este debate, se enlazan con sus análogos, y estudiados, en este capítulo del Derecho estadounidense.

### 5.1 CAMPBELL: SU CRÍTICA SOBRE LA POCA RELEVANCIA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL SISTEMA CONTRACTUAL INGLÉS

Campbell, a partir del análisis de la *teoría del mercado de la mano invisible* de A. Smith<sup>381</sup> y la importancia de tener una regulación para la economía, analiza los remedios del comprador ante el incumplimiento del vendedor, por la no entrega de cosas genéricas o fungibles<sup>382</sup>.

Campbell manifiesta que el principal «remedio» del comprador, ante el incumplimiento esencial del vendedor, debería ser el de la *operación de reemplazo*. Pues, este promueve una actitud activa y razonable por parte del acreedor<sup>383</sup>. El autor observa que la regla del mercado –que, recuerdo, es la regla prioritaria de la cuantificación del daño en el Derecho inglés– es, a veces, deficiente en el mercado, pues puede incentivar acciones oportunistas del acreedor, que llevan a resultados completamente distintos a los buscados en la indemnización de los daños y perjuicios<sup>384</sup>.

A partir de dicha idea, el autor advierte que hay una contradicción implícita en el Derecho inglés y una explícita en el Derecho estadounidense. La contradicción implícita está en la s. 51(3) *SGA* 1979, que concibe que la *regla del mercado* debe calcularse tomando como referencia el plazo fijado para la entrega de las mercancías al comprador, y, sin embargo, dicha regla funciona como una implícita compra de reemplazo. La contradicción explícita está en el § 2 – 712 *UCC*, pues, si bien este regula la compra de reemplazo, al mismo tiempo señala que este *no* es un remedio obligatorio para el comprador-acree-

---

<sup>381</sup> Teoría introducida por SMITH, por primera vez, en su obra *Theory of Moral Sentiments*, 1759. Se puede consultar en: SMITH, A. 1723-1790, *Theory of Moral Sentiments*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1976.

<sup>382</sup> El autor se enfoca en los incumplimientos por parte del vendedor, por la no de entrega por de bienes genéricos y, ocasionalmente, hace referencia al incumplimiento del comprador por la «no aceptación» de este tipo de bienes, pues, señala que, en esencia, *son situaciones análogas*. CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», cit., p. 298.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 298.

dor [comentario (5) al §2 – 712 *UCC*], y que el perjudicado es libre de elegir el «remedio» que mejor le convenga<sup>385</sup>.

Sus principales ideas son:

1. *Las ventajas de la compra de reemplazo en el sistema inglés.*—Mediante la compra de reemplazo y su indemnización, los contratantes, ante el incumplimiento, actúan de forma cooperativa y eficiente en el *mercado de la mano invisible* (Smith). Esto no ocurre porque lo imponga el Derecho, sino porque las partes responden a una óptima colaboración frente a los efectos negativos del incumplimiento, lo cual funciona «tan bien, que permanece, justamente, “invisible”»<sup>386</sup>.

Con ello, Campbell, más allá de discutir la función que tienen los remedios<sup>387</sup>, busca demostrar cómo el Derecho se encarga de guiar al acreedor a actuar de forma *cooperativa* y óptima, en los casos de compraventa de bienes genéricos.

El autor ilustra lo anterior mediante el siguiente ejemplo. Un comprador acuerda la compra de cierta cantidad de arrabio, con el objetivo de fabricar acero. Si, ante el incumplimiento del vendedor por la no entrega, el comprador realiza una compra de reemplazo, este podrá fabricar el acero y obtener su *expectation*. Mientras que, si el comprador decide *no* celebrar una compra de reemplazo, sufriría, naturalmente, *consequential damages*, ya que no podría fabricar el acero a tiempo, por lo que no obtendría sus expectativas del contrato, y estos daños (*consequential damages*) no le serían indemnizados a través de la regla del mercado [s. 51 (3) *SGA* 1979]<sup>388</sup>.

2. *La compra de reemplazo es, por excelencia, una regla supletoria.*—La compra de reemplazo es la medida que, por excelencia, se identifica con el interés de satisfacción contractual del acreedor.

---

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 300.

<sup>387</sup> Para una discusión sobre la función de los remedios contractuales en el Derecho de contratos y en la sociedad, *vid.* CAMPBELL, D., «The Relational Constitutions of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract», *Tex. Wesleyan L. Rev.*, vol. 11, 2005, pp. 255-280.

<sup>388</sup> El autor apunta, que la no celebración de la compra de reemplazo puede hacer que el acreedor pierda los *consequential damages* (s. 54 *SGS* 1979). Si los daños y perjuicios entran dentro del principio de previsibilidad de los daños, a esto se le aplica la mitigación del daño, y, los daños serán limitados en la medida que la operación de reemplazo era una medida posible –tal como señala, explícitamente, el § 2 – 715 (2) *UCC*–. En consecuencia, mediante la mitigación del daño se le indemniza al comprador los daños y perjuicios cuantificados a través del coste «desfavorable» de la compra de reemplazo, pero, aclara el autor, solo si tales bienes genéricos. Finalmente, señala que al comprador le debe ser indiferente si tal reemplazo le deja en una posición económica igual a la que había planeado al celebrar el contrato (el reemplazo, en este sentido, siempre va a ser exitoso). El autor se apoya en lo dispuesto por el comentario (1) al § 2 – 712 *UCC*. CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», *cit.*, pp. 300-301.

Por ello, Campbell señala que un comprador-acreedor siempre preferirá, como remedio, la compra de reemplazo, pues esta le da una mayor garantía de obtención de las mercancías, que el cumplimiento específico, ya que las mercancías sustitutas siempre estarán disponibles en el mercado. Por otro lado, en el caso de que el *Common Law* así lo permitiera, la garantía del cumplimiento específico, por parte del vendedor, supondría mayores costes de entrega, pues el vendedor tendría que buscar la manera (piénsese que, previamente, no pudo) de fabricar o adquirir la mercancía al precio del contrato.

En suma, la compra de reemplazo, como regla supletoria, es la mejor manera de satisfacer y reestablecer los intereses contractuales de las partes contratantes, y favorece la cooperación de ambas partes en la gestión de las consecuencias desfavorables del incumplimiento<sup>389</sup>.

Campbell aclara que, si no se tratara de bienes genéricos, entonces la operación de reemplazo no puede ser una posibilidad y *no* podría limitar los *consequential damages* del acreedor. Pero, ello no ocurre porque la regla de la operación de reemplazo no funcione –pues la califica de regla impecable–, sino porque en los contratos, que tienen por objeto bienes distintos a los bienes genéricos, tanto el reemplazo, como la regla del mercado, no suelen funcionar<sup>390</sup>.

3. El reemplazo como regla principal.–Desde el punto de vista de Campbell, por un lado, en el Derecho inglés, la *regla de la compra de reemplazo* está implícita en la s. 51 (3) *SGA 1979*, que *solo* codificó una práctica comercial. Por otro lado, en el Derecho estadounidense, hay una inconsistencia en el *UCC*, al regular la regla de la compra de reemplazo, cuando, a la vez, establece que esta no es obligatoria y que el comprador-acreedor es libre de elegir entre el «remedio» de la compra de reemplazo o el de la regla del mercado, pues, en su opinión, la regla de la compra de reemplazo lleva implícita la regla del mercado, por lo que observa un «duplicado de normas que genera inconsistencias»<sup>391</sup>.

En este contexto, Campbell señala que, en el Derecho inglés, al no existir una regla explícita que reconozca la compra de reemplazo y sí, en cambio, una que reconoce la regla del mercado [s. 51 (3) *SGA 1979*], se dificulta el reconocimiento de la compra de reemplazo celebrada por el comprador-acreedor.

---

<sup>389</sup> «*In contracting on the default basis of cover, the self-interest of both parties is best served by agreeing to cooperate in handling the consequences of breach. This is a paradigm economic exchange driven by mutual benefit*». *Ibid.*, p. 301.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>391</sup> *Ibid.*, pp. 302-303.

Pues, señala, que se tiende a interpretar erróneamente la regla del mercado [s. 51 (3) *SGA 1979*], ignorando su implícita operación de reemplazo<sup>392</sup>.

En este sentido, considera oportuno *eliminar la regla del mercado*, en ambos ordenamientos, y *regular solo la operación de reemplazo*, para que esta última sea un «remedio obligatorio», ante el incumplimiento de una compraventa de bienes fungibles –incluso, en la *repudiation*<sup>393</sup>–. Ello supone la regla de reemplazo como regla principal<sup>394</sup>. De esta manera, el acreedor-demandante no podría obtener ganancias o beneficios, manipulando el tiempo y el lugar para calcular sus daños conforme al precio del mercado, siendo la única prueba haber celebrado (incluso hipotéticamente) una compra de reemplazo. Además, dicha regla eliminaría los problemas de prueba del precio del mercado<sup>395</sup>.

Finalmente, Campbell concluye que es importante tener en cuenta que, en los remedios del incumplimiento, debe existir un equilibrio entre los intereses propios de las partes y la cooperación de estas, ante los riesgos y las consecuencias desfavorables del incumplimiento. La compra de reemplazo es una herramienta muy importante en la teoría de A. Smith (pues, la hace libre de intereses propios), que *no* ha sido lo suficientemente apreciada<sup>396</sup>.

## 5.2 RESPUESTA DE GERGEN A CAMPBELL

Gergen comienza su respuesta a Campbell, manifestando su conformidad respecto de la generalización de la operación de reemplazo, y que la regla del mercado solo juegue un papel subsidiario, en el incumplimiento de la compraventa de bienes genéricos. Por tanto, su objetivo se centra en *extender* la opinión de Campbell, con relación a la primacía de la operación de reemplazo como remedio general de los contratos, y en resaltar los puntos en los que la regla del mercado cumple una interesante función, que no cumple la regla de la operación de reemplazo<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>393</sup> Aunque, como oportunamente indiqué, en opinión de MCGREGOR, la sola *repudiation* no supone que el comprador-acreedor deba realizar compras de reemplazo, pues el deber de mitigar el daño nace hasta que se constituye el incumplimiento, con la aceptación de la *repudiaton*. *Vid.* capítulo primero, apartado IV.3.3.

<sup>394</sup> CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», *cit.*, p. 312.

<sup>395</sup> CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», *cit.*, pp. 306-307.

<sup>396</sup> «A pure law of cover is far more coherent law of sales because its grasp of the nature of economic action is far more coherent». *Ibid.*, p. 312.

<sup>397</sup> GERGEN, M., «Reply to David Campbell», *cit.*, p. 333.

A Gergen le sorprende que los actores jurídicos ingleses no conciban la operación de reemplazo como el remedio primario del comprador, ante el incumplimiento por el vendedor por la no entrega de bienes de género<sup>398</sup>.

Asimismo, añade, que la operación de reemplazo, en la determinación del daño por el incumplimiento de la compraventa, es análoga a la regla de sustitución del cumplimiento en un contrato de servicios, regla típica de la indemnización en el *Common Law* por incumplimiento del servicio contratado<sup>399</sup>.

En general, Gergen resalta la importancia del entendimiento y función de la operación de reemplazo en el sistema de remedios: «[t]he concept of a substitute transaction is central to understanding contract remedies even when a substitute transaction is not used as a basis for measuring damages»<sup>400</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor sostiene que la *regla del mercado* tiene «una pequeña, pero útil función», en cuanto que permite que el comprador suministre al juez un valor (precio) subsidiario, para ser tenido en cuenta «indirectamente» e indemnizar los daños y perjuicios difíciles de cuantificar. Al respecto, Gergen aduce que *una de las dificultades de la cover rule* empieza a aparecer cuando el acreedor no puede obtener el beneficio (o lucro) a través de la operación de reemplazo, o cuando esta es ineficiente para los fines contractuales. En estos casos, considera que el acreedor va a optar por reclamar los *consequential damages*, los cuales, en el Derecho estadounidense, tienen problemas de causación de daño, de cuantificación, de previsibilidad y de falta al deber de mitigar los daños y, para los cuales, la regla del mercado puede ser una opción adicional.

*Otra de las dificultades* aparece, cuando el acreedor pretende reclamar los daños y perjuicios a través de una hipotética operación de reemplazo, y tal costo hipotético es claramente desproporcionado, lo que puede resultar en una *windfall* para el acreedor. En estos casos, Gergen estima que el juez debe elegir entre el precio hipotético de la operación de reemplazo y el objetivo del mercado<sup>401</sup>.

### 5.3 CONCLUSIONES DEL DEBATE CAMPBELL-GERGEN

Este debate, como mencioné al principio, sirve para reflexionar sobre los principales elementos que rodean tanto la regla de la operación de reemplazo como la regla del mercado, en los Derechos inglés y estadounidense.

---

<sup>398</sup> El autor expresa, que es lo primero que enseña a sus estudiantes, como primer método de cuantificación de los *damages*. *Ibid.*, p. 333.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>400</sup> GERGEN, M., «Reply to David Campbell», cit., p. 334.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 334.

De ello se puede concluir, por un lado, que, en el Derecho inglés, si bien no se dispone de una regla positiva sobre la operación de reemplazo, la *regla del mercado* la contiene implícitamente, y, su no regulación, le resta relevancia. Por ello, Campbell considera importante su inclusión positiva en el SGA y, además, suprimir la regulación de la regla del mercado, pues esta última quedaría envuelta en la operación de reemplazo. Campbell habla del *pure law of cover*, pues esto asegura que las partes actúen de forma responsable frente a las consecuencias del incumplimiento. Ello lo considera como un gran aporte a la teoría de la mano invisible de A. Smith, pues, priman los intereses sociales sobre los propios.

Por otro lado, del debate también se concluye que, si bien las ideas de Campbell pueden resultar acertadas, para Gergen, se debe tener en cuenta que la *cover rule*, en algunos casos, conlleva dificultades para determinar los daños y perjuicios del acreedor, y en ellas la regla del mercado cumple una importante función, como presunción del daño contractual.

## V. CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO

1. La operación de reemplazo, al igual que en el derecho inglés, es esencial en la gestión de los remedios del acreedor. Su sola posibilidad va a limitar el ejercicio del cumplimiento específico, por parte del acreedor. Aunque, la *especificidad del objeto*, que elimina la posibilidad del reemplazo, tiende a ser más flexible (flexibilizando así el ejercicio del cumplimiento específico), en el sentido que no se analiza exclusivamente desde naturaleza propia del objeto de la obligación, sino que se tiene en cuenta el contexto contractual (dificultades de llevar a cabo el reemplazo, insolvencia del deudor, etc.), para determinar si el reemplazo va a garantizar la satisfacción del interés contractual del acreedor.

2. En el Derecho estadounidense es especialmente importante que el UCC reguló, de manera *innovadora*, la regla de la operación de reemplazo como un *remedio autónomo e independiente* (§§ 2 – 706 y 2 – 712 UCC).

El propósito principal fue conceder al perjudicado el privilegio de procurarse en el mercado de aquello que le ha frustrado el incumplimiento, cuando así lo necesite. En consecuencia, el UCC garantiza al perjudicado una *liquidación extrajudicial y previa de sus daños, conforme al valor del daño sufrido por la operación de reemplazo realizada*.

Sin embargo, *son los criterios de la razonabilidad y la buena fe con la que se lleve a cabo la operación de reemplazo lo que hace que sea jurídica-*

*mente relevante*, de forma que evite que se le repare el daño conforme al *criterio hipotético de la regla del mercado* (que, precisamente, se basa en la celebración de una *hipotética* operación de reemplazo).

Al criterio de la razonabilidad le subyace el principio de la mitigación del daño. Por ejemplo, el acreedor debe elegir la operación de reemplazo más barata del mercado o revisar varias ofertas antes de elegir decantarse por una. Pero, *ello nunca podrá socavar los intereses contractuales del acreedor*.

A pesar del ser un sistema de tradición anglosajona, *la buena fe se regula en el Derecho estadounidense*. Esta se asocia a las *expectativas justificadas del acreedor, a la honestidad de los actos de la contraparte y a los estándares del trato y el comercio justo*.

3. Lo anterior marcó una notable ruptura con la tradición del *Common Law* inglés y, también, con el *Common Law* estadounidense que se venía aplicando antes de la promulgación del *UCC*. Antes de ello, la regla de la operación de reemplazo se circunscribía a los límites de la regla del mercado. Con ello, el acreedor *no tenía seguridad* de si se le resarciría, o no, el daño real-concreto, efectivamente, padecido por la operación de reemplazo realizada.

4. Aunque la regla de la operación de reemplazo, en el *UCC*, fue diseñada para el contrato de compraventa, el *Common Law* estadounidense *ha extendido su aplicación* a otros tipos de contratos (de servicios, de arrendamiento, de obra, entre otros), sobre la base y los requisitos plasmados en el *UCC*, cuando estos se puedan aplicar de manera análoga.

Lo anterior, gracias a la importante fundamentación de la operación de reemplazo en el principio de la mitigación de los daños, que se expande al sistema general de remedios contractuales del *Common Law* estadounidense. Y que, en este sentido, también puede limitar, o no, el ejercicio del cumplimiento específico, en la medida en que el perjudicado pueda obtener un razonable y eficiente cumplimiento sustitutivo de la prestación, mediante un tercero (a través de la operación de reemplazo).

5. Como anticipé antes, la regla de la operación de reemplazo tiene requisitos propios que, en términos generales, se manifiestan en *la razonabilidad del cómo, cuándo y dónde* el perjudicado se procura de las mercancías o prestaciones sustitutas, en el mercado. Ello, si bien tiene que ser lo más parecido a los términos del contrato original, también tiene en cuenta el reparto de los riesgos del incumplimiento entre las partes y las circunstancias posteriores al incumplimiento, de cara a la mitigación del daño.

6. La operación de reemplazo es un remedio (o método de cuantificación del daño), que el perjudicado puede elegir libremente. No obstante, si este

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

ejecuta una razonable operación de reemplazo, *tal libre elección desaparece*, y el precio obtenido por el reemplazo *desplaza* el precio del mercado.

En caso de que el daño padecido por la operación de reemplazo sea *menor* (o, simplemente, no cause daño alguno), que el calculado conforme a la regla del mercado, el deudor, *a efectos de reducir el montante indemnizatorio*, podrá acreditar que *efectivamente* hubo una sustitución del cumplimiento, mediante el reemplazo.

7. Finalmente, otro de los efectos importantes de la adopción de la regla de la operación de reemplazo, en el *UCC*, estribó en la determinación de los daños y perjuicios contractuales en caso de incumplimiento anticipado. Fundamentándose en el principio de la mitigación de los daños, para demandar la indemnización de daños, el perjudicado ya no debe esperar a que venza el plazo o término pactado en el contrato, para celebrar una operación de reemplazo. En caso de no llevar a cabo el reemplazo, tampoco es necesario la aceptación del repudio del contrato por parte de acreedor, para calcular los daños conforme al precio del mercado en el momento del incumplimiento anticipado. Con la regla del reemplazo, se convierte en un elemento clave para el cálculo de los daños, *el día en que la parte contratante tuvo conocimiento inequívoco del incumplimiento anticipado de la otra parte*.

## CAPÍTULO TERCERO

### BREVES NOTAS SOBRE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO FRANCÉS, ALEMÁN, ITALIANO Y HOLANDÉS

#### I. INTRODUCCIÓN

La regla de la operación de reemplazo no es novedosa en el Derecho europeo<sup>1</sup>. Se regula en los tradicionales ordenamientos francés, alemán, ita-

---

<sup>1</sup> Un panorama general de la operación de reemplazo en los sistemas europeos se encuentra en las «notas de Derecho comparado» del artículo III.-3:706 DCFR. Dichas notas las reproduzco a continuación: Nota 1: «[a] general rule on cover transaction is found in the FRENCH, BELGIAN and LUXEMBOURG CC art. 1144 on the creditor's faculté de remplacement. This in principle must be ordered by court but French usages have allowed creditors to do it by themselves in commercial transactions. Belgian case law has accepted the same even in non-commercial cases provided the non-performance was sufficiently fundamental (van Ommeslaghe, RCJB 1986, nos. 98-100). In other legal systems, where the cover transaction is a "self-help" remedy, the rules are found in provisions on sales, see DANISH SGA §§ 25, 30 (2) and 45; FINNISH and SWEDISH SGA § 68; GERMAN BGB 15 November 1978, BGHZ 70, 39 and BGH 1 April 1993, BGHZ 122, 172, 179, Ccom § 376 (3) and AUSTRIAN Ccom § 376 (3) sent. 2 (applicable to commercial sales but extended in practice, which is, however, not undisputed in AUSTRIA, see Rabl, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, 87 et seq.); the DUTCH CC art. 7:37; and ITALIAN CC arts. 1515 and 1516. CISG art. 75 is similar to the Article and so are GREEK and SPANISH case law: see respectively A. P. 1137/1990, EEN 58 (1991) 444-445 and TS 27 October 1992, RAJ (1992/8363; TS 14 May 2003, RAJ 2003/4749 and Albadalejo (Carrasco Perera), Comentarios al Código Civil y compilaciones forales XV, 694 ff. The ESTONIAN LOA § 135(1), as a general provision does no limit, similarly to the Article, the possibility to recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for further loss for contracts of sale. In CZECH law the substitute transaction rule can be found only in the Ccom (art. 385 generally and art. 469 specifically in the context of the sale of goods). Within the scope of the CC any conclusion on the question have to be deduced from the general prevention duty, but there is no particular experience yet»./ Nota 3: «The POLISH CC art. 479 CC provides that in contracts with performance defined only generically the creditor may – in case of the debtor's unexcused delay – purchase the same amount of goods of the same type and quality at the debtor's expense or may demand from the debtor the payment of their value. In both the above cases entering a "cover transaction" does not affect the creditor's claim for damages. For obligations consisting in actions or omissions (not in delivery of goods) – see CC art. 480 (generally court

liano y holandés, aunque con tratamientos muy diferenciados entre los distintos ordenamientos. Como veremos, en algunas normas se ha regulado como una ejecución de la prestación, dentro de la pretensión de cumplimiento, en ocasiones, exigiendo la engorrosa intermediación judicial, pero, en otras reglas de los ordenamientos europeos, sí se ha regulado dentro de la pretensión indemnizatoria.

En este capítulo, realizaré unas breves notas descriptivas sobre la regulación de la operación de reemplazo en el ordenamiento francés (antes y posterior a la reforma), alemán, italiano y holandés. No pretendo realizar un análisis sistemático y profundo de estos ordenamientos, tal como se ha realizado en los capítulos previos, con el Derecho inglés y estadounidense, dado el enfoque de este libro y la indudable influencia del modelo angloamericano en la figura de la operación de reemplazo del *moderno derecho de contratos*.

## II. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

En Francia, la operación de reemplazo (*faculté de remplacement*) se ha regulado desde el Código civil de 1804. Es aquí, donde, como señala Zimmermann, se ubica la *primera* manifestación codificada de la operación de reemplazo; en el *Código civil francés*<sup>2</sup>. Sin embargo, esta figura ha tenido un importante cambio en el ordenamiento francés, tras la Ordenanza nº 2016-131. A continuación, me referiré a la figura de la operación de reemplazo *antes* y *después* de la reforma francesa en materia de obligaciones y contratos.

---

authorization required for substitute performance at the debtor's expense, except urgent cases – § 4)». Nota 4: «The DUTCH CC, ESTONIAN LOA, BELGIAN case law, the FINNISH and SWEDISH SGA and CISG require that the transaction is a reasonable one. The DANISH, GERMAN and ITALIAN provisions contain procedural rules: in Italy these have restricted the use of the cover transactions, see Cass. 14 July 1956, no. 2670 and 18 June 1957, no. 2313, Foro it. Mass. 1956 and 1957. In SLOVENIAN law a rule on cover purchase is developed from the rule on the duty to mitigate in the LOA § 243(4)./ ENGLISH law does not specifically adopt the “cover price” as a means of measuring the damages. However, where there is no market for the performance and a current price cannot be established English courts will treat the cover price as a strong evidence of the amount of loss, see Beale, Remedies, 196-197. SCOT-TISH law is similar see: McBryde, Law of Contract in Scotland, nos. 22.107-22.110. SLOVAK law also does not adopt the cover price as a means of measuring the damages». «Notes; III. –3:706: Substitute transaction» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, Munich, 2009, p. 942.

<sup>2</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1488-1489.

## 1. *La faculté de remplacement* en Código civil francés de 1804

En el reformado Código civil francés (en adelante, CC fr.), la *faculté de remplacement* se regulaba en los artículos 1143 y 1144 CC fr. a.o. (*anterior* a la Ordenanza n° 2016-131), dentro de la ejecución de la prestación, como un derecho del acreedor, a quien se le podía *autorizar* a conseguir, por él mismo, el cumplimiento de la obligación (o destrucción de lo hecho en contravención de una obligación) mediante un tercero<sup>3</sup>. La norma exigía que *el acreedor solicitara de previa autorización judicial* para realizar la operación de reemplazo, ante el incumplimiento del contrato<sup>4</sup>. Planiol/Ripert estudiaban esta norma como una excepción al cumplimiento forzoso (art. 1142 CC fr. a.o.), en casos donde la ejecución del deudor no era esencial. Asimismo, señalaban que esta norma «apenas» infringía la del artículo 1142, pues, el acreedor obtenía la prestación mediante un tercero, y entonces el deudor solo estaría obligado a pagar una suma de dinero que «representa los gastos y *prácticamente análoga a los daños y perjuicios*» (cursiva mía)<sup>5</sup>.

Al respecto, Zimmermann consideró que dicho precepto enlazaba con la *resolución de la relación contractual, antes de la reforma de la Ordenanza n° 2016-131*, la cual también requería de demanda judicial (art. 1184 CC fr. a.o.)<sup>6</sup>. En este sentido, si el comprador (acreedor) realizaba una operación de reemplazo, *ello era una clara muestra que, a este, ya no le interesaba las mercancías del vendedor (deudor), ni pagar el precio*<sup>7</sup>.

Indudablemente, el requisito de la autorización judicial previa, en la *faculté de remplacement* y en la resolución contractual, hacía que el proceso de celebrar una operación de reemplazo *no fuera eficiente*, teniendo en cuenta tanto el interés del comprador como el del vendedor<sup>8</sup>. No obstante, la jurisprudencia

<sup>3</sup> Artículo 1143 CC fr. a.o.: «Sin embargo, el acreedor tiene derecho a pedir que lo hecho contraviniendo la obligación sea destruido; y podrá obtener autorización para destruirlo a costa del deudor, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, si procede».

Artículo 1144 CC fr. a.o.: «El acreedor podrá también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a hacer cumplir él mismo la obligación a cargo del deudor. *Éste podrá ser condenado a adelantar las sumas necesarias para dicho cumplimiento*» (cursiva mía). [Trad. Jesús VALDÉS BLANQUED y Fernando FELDMAN, *Legifrance*, 2014]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>].

La última frase, en cursiva, fue agregada al artículo 1144 CC fr. a.o. en 1991 (por la Ley 91-650 de 9 de julio de 1991, art. 82 *Diario Oficial* de 14 de julio de 1991, en vigor desde el 1 de agosto de 1992).

<sup>4</sup> TREITEL, «Remedies for Breach of Contract...», cit., párr. 18, 20, pp. 13-14, nota 92.

<sup>5</sup> PLANIOL, M., y RIPERT, J., *Tratado Práctico de Derecho civil francés*, vol. VII, 1ª, Cultural S. A., La Habana, 1946, p. 87.

<sup>6</sup> Artículo 1184 CC fr. a.o.: «[...] La resolución deberá ser demandada judicialmente, [...]». [Trad. Jesús VALDÉS BLANQUED y Fernando FELDMAN, cit.].

<sup>7</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 1489.

dencia francesa empezó a permitir las operaciones de reemplazo, del artículo 1144 CC fr. a.o., *sin previa autorización*, en los contratos mercantiles y solo en situaciones de urgente necesidad<sup>9</sup> –piénsese en los casos de contratos de suministro diario de alimentos para un restaurante, cuya actividad comercial depende de aquel suministro–.

Por su parte, en el Derecho belga, que también tiene el mismo artículo francés, en el artículo 1144 del Código Civil Belga<sup>10</sup>, la jurisprudencia permitió la sustitución del cumplimiento, sin previo requerimiento judicial, *a todos los tipos de contratos (civiles y mercantiles)*.

No obstante lo anterior, la regla del artículo 1144 CC fr. a.o. y la jurisprudencia mantenía el requisito de la autorización judicial, lo que la hacía una regla poco útil y práctica en el tráfico. Afortunadamente, como señalo a continuación, la reforma francesa suprimió el requisito de la autorización judicial en la celebración de operaciones de reemplazo.

## 2. *La faculté de remplacement* en la reforma de la *Ordenanza n° 2016-131*: ¿ejecución in natura o indemnización en lugar del cumplimiento?

El Código civil francés, como es sabido, fue reformado en materia de obligaciones y contratos, sustancialmente, con la *Ordenanza n° 2016-131*<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 553; TREITEL, «Remedies for Breach of Contract...», cit., párr. 20, p. 14. MORALES MORENO, señala que la autora G. LARDEUX, momentos previos a la reforma, se mostraba partidaria a permitir la sustitución, sin autorización judicial, de forma que reforzara la fuerza vinculante del contrato y que otorgara eficiencia económica al Derecho contractual («*Plaidoyer pour un droit contractuel efficace*», Recueil Dalloz, 2006). En MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (eds.) *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en homenaje al prodefor Dr. Roca Guillamón*, vol. III, Aranzadi, Madrid, 2021, p. 460.

<sup>10</sup> El cual es el mismo artículo 1144 del CC fr. a.o.

<sup>11</sup> La Ordenanza n° 2016-131 reformó y reestructuró el Código civil francés, en materia del Derecho de los contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones. La reforma entró en vigor el 1 de octubre de 2016. Ello significó la más importante y relevante reforma del conocido Código Civil de Napoleón, desde 1804 (ROWAN, S., «The new french law of contract», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 66, 4, 2017, p. 806). La citada Ordenanza es el resultado de varias iniciativas académicas e institucionales francesas, materializadas a través de una serie de proyectos de reforma [así, el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (2005)* –denominado *Avant-projet Catala*–, el *proyecto de la Chancellerie* (2008), el *proyecto Terré* (2008)]. Una explicación sucinta de cada uno, en MOMBORG URIBE, R., «La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 24, julio, 2015, pp. 123-126. El proceso de los proyectos de reforma lo describe ROWAN, del modo que sigue: «[i]he first reform project in this period, commonly referred as the 'Catala proposals', was drafted mainly by academics and published in 2005. It sought to reform not only contract law but all core areas of French private law. Despite generating much interest, it never made it to the statute book, due largely to an insuffi-

La *faculté de remplacement* se mantuvo en el nuevo artículo 1222 CC fr. d.o (después de la *Ordenanza n° 2016-131*), con algunas modificaciones<sup>12</sup>.

«Luego de la constitución en mora, el acreedor puede también, en un plazo y a un coste razonables, hacer ejecutar la obligación por su cuenta o, con autorización previa del juez, destruir lo que ha sido realizado en violación de esta. Puede pedir al deudor el reembolso de sumas empleadas para ese fin.

Puede también pedir judicialmente que el deudor anticipe las sumas necesarias para dicha ejecución o destrucción»<sup>13</sup>.

En el citado artículo, se *suprime el requisito de la previa autorización judicial de la faculté de remplacement*. Y, en su lugar, se establecen los requisitos del *previo requerimiento al deudor* (o, si se prefiere, su puesta en mora<sup>14</sup>) y la celebración del reemplazo *en un tiempo y a un coste razonable*<sup>15</sup>.

Debo resaltar que, la *faculté de remplacement*, con autorización judicial, se mantuvo en los casos de incumplimiento de obligaciones de no hacer. En estos, el ejercicio de esta facultad implicaría que el acreedor pueda, por sí mismo, destruir lo hecho por el deudor (incumplidor). En estos supuestos, la regla

*ciency of political will. The Catala proposals were followed in 2008 and 2009 by two further reform projects that were supported by the Ministry of Justice. They developed many of the same ideas. Although the proposals in the three projects were never adopted, they and the comments on them served as the foundations on which the newly enacted articles were later built*. ROWAN, S., «The new french law of contract», cit., p. 810.

Entre los principales motivos de la reforma, que luego se convirtieron en propósitos, se encontraban la desactualización del Derecho de contratos del Código civil francés, frente a las nuevas tendencias de modernización del Derecho de contratos; la decadente influencia de Código civil francés en el ámbito internacional (como es conocido, el Código civil de Napoleón fue el instrumento que más influyó en las codificaciones de occidente); y lo poco atractivo del sistema de obligaciones y contratos francés para el comercio internacional. Sobre la génesis de la reforma, *ibid.*, pp. 807-810. También, *vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, vol. 60, 2, 2007, pp. 621-633; FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, vol. 70, 2, 2017, pp. 492-495; MOMBERG URIBE, R., «La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia», cit., pp. 122-123.

<sup>12</sup> Artículo 1222 CC fr. d.o. [original]: «Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin./ Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction».

<sup>13</sup> Traducción en: VVAA, *La reforma francesa del Derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 711.

<sup>14</sup> La expresión «constituir o poner en mora» es más cercana al texto original del artículo 1222 CC fr. d.o.

<sup>15</sup> Chantepie/Latina explican que el requisito del requerimiento previo al deudor se explica bajo los postulados de la buena fe, que preside la ejecución del contrato. El acreedor debe ofrecer al deudor la posibilidad de cumplir sus obligaciones, antes de acudir a cualquier acción de ejecución coactiva. CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *La réforme du droit...*, cit., p. 549.

ha sido clara en señalar que, para destruir lo hecho por el deudor, sí se requiere de la previa autorización judicial (art. 1222 CC fr. d.o. *in fine*).

Según el *Rapport au Président de la République*, el artículo 1222 CC fr. d.o. reprodujo la esencia de los antiguos artículos 1143 y 1144 CC fr. a.o., pero facilitando la operación de reemplazo sin previa autorización judicial –es decir, cumplimiento con el propósito de reforma: la desjudicialización de remedios del acreedor–. De manera que el juez solo intervendría cuando el deudor impugnara el pago de la operación de reemplazo, llevada a cabo por el acreedor<sup>16</sup>.

No obstante, esta modificación de suprimir la autorización judicial en la *faculté de remplacement*, abrió el debate de lo que hasta *antes de la reforma* se había considerado como una ejecución de la prestación por un tercero (dentro del ejercicio de la pretensión de cumplimiento), pues, se cuestiona si, ejecutándose de forma extrajudicial, ahora se trataría de una resolución y, posterior, indemnización de daños, canalizada mediante el reemplazo (como en el Derecho angloamericano).

Al respecto, la reciente doctrina francesa ha interpretado la reforma de la *faculté de remplacement* de dos maneras: por un lado, Deshayes/Genicon/Laithier interpretan que la operación de reemplazo es una forma de ejecución *in natura* del contrato (es decir, como una modalidad de la pretensión de cumplimiento). En este sentido, advierten que la operación de reemplazo *no* puede asimilarse a la resolución del contrato, pues, esta tiene ciertas condiciones: la clausula resolutoria o el incumplimiento suficientemente grave (1224 CC fr. d.o.<sup>17</sup>)<sup>18</sup>. Por otro lado, Chantepie/Latina estiman que, si el encuadre de la operación de reemplazo dentro de la ejecución del contrato (pretensión de cumplimiento) resulta poco apropiado, esta se puede entender como una forma de resolución unilateral del contrato e indemnización de los daños. Los autores consideran que el mecanismo del reemplazo se inscribe en el sistema de remedios (*sanctions*) del acreedor, y no solo en la ejecución del contrato<sup>19</sup>.

En la misma línea de Chantepie/Latina, parece manifestarse Zimmermann, al relacionar el artículo 1222 CC fr. d.o. con *el abandono de la autori-*

---

<sup>16</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017, Chapitre IV (Les effets du contrat), Section 5 (L'inexécution), Sous-section 2.

<sup>17</sup> Artículo 1224 CC fr. d.o.: «*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*». [En inglés] «*Termination results either from the application of a termination clause, or, where the non-performance is sufficiently serious, from notice by the creditor to the debtor or from a judicial decision*». [Trad. CARTWRIGHT, J.; FAUVARQUE-COSSON, B., y WHITTAKER, S].

<sup>18</sup> DESHAYES, O.; GENICON, T., y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª, LexisNexis, Paris, 2018, p. 553.

<sup>19</sup> CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *La réforme du droit...*, cit., p. 553.

zación judicial para la resolución de la relación contractual, ahora regulada en el vigente artículo 1224 CC fr. d.o. (siempre que el incumplimiento sea «grave», la resolución se efectuará, en su caso, mediante una notificación del acreedor al deudor)<sup>20</sup>.

Más allá de las anteriores interpretaciones, lo cierto es que el moderno Derecho de obligaciones y contratos francés favorece la *desjudicialización* del sistema de remedios del incumplimiento<sup>21</sup>. En este enfoque, la operación de reemplazo cobra gran relevancia como una vía alternativa y extrajudicial de satisfacción del interés del acreedor.

En el caso de incumplimientos esenciales, se puede plantear la resolución, con la indemnización del daño de la operación de reemplazo. Sin embargo, en los casos de incumplimientos no esenciales, no conllevaría la resolución, por lo que se plantearía como una ejecución extrajudicial, canalizada a través de la indemnización en lugar de la prestación<sup>22</sup>.

Ahora bien, en ningún caso, la posibilidad del acreedor de llevar a cabo una operación de reemplazo extrajudicial excluiría su derecho a exigir el cumplimiento específico, que se sigue reconociendo como un remedio «central» del Código civil francés, tras su reforma (art. 1221 CC fr. d.o.). ROWAN, refiriéndose al entonces *Avant-projet Catala* (art. 1373<sup>23</sup>), explicó que la mitigación de los daños a través, de una operación de reemplazo, afectaría *solo a la pretensión indemnizatoria*, y no al ejercicio de otro remedio, concretamente, al del cumplimiento específico, lo que reflejaba que el Derecho francés mantenía su preferencia por el cumplimiento específico del mismo deudor, antes que el cumplimiento a través de un tercero<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489.

<sup>21</sup> SAVAUX, E., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, vol. 69, 3, 2016, p. 734.

<sup>22</sup> *Vid.* MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit., pp. 459-461.

<sup>23</sup> Artículo 1373 *Avant-Project Catala*: «Cuando la víctima tenía la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar la agravación, se tendrá en cuenta su abstención mediante una reducción de su indemnización, salvo cuando las medidas sean susceptibles de determinar un ataque a su integridad física». CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma...», cit., p. 823.

<sup>24</sup> ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 152-154, en particular 154. Ello se confirma en la reforma de la *Ordenanza n° 2016-131*, que no adoptó el citado artículo 1373 *Avant-Project Catala*. Tras la reforma, el Código civil francés *solo* prevé, en su artículo 1231-4. CC fr. d.o., que: «*[i]n the situation where non-performance of a contract does indeed result from gross or dishonest fault, damages include only that which is the immediate and direct result of non-performance*» (cursiva mía). CARTWRIGHT, J.; FAUVARQUE-COSSON, B., y WHITTAKER, S., «The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English», *République française, Ministère de la Justice, Textes & Réformes*, 2016, p. 26.

### III. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ALEMÁN

En el ordenamiento alemán, la operación de reemplazo debe entenderse desde dos perspectivas: *en primer lugar*, como un daño indemnizable, regulada expresamente en el *Código de comercio –Handelsgesetzbuch* (en adelante, *HGB*)– y, a través de la figura de la «indemnización en lugar de la prestación» –*Schadenersatz statt der Leistung*, regulada en el § 281 del Código civil alemán –*Bürgerlichen Gesetzbuches* (en adelante, *BGB*)–, que se considera tanto para la inejecución de la prestación como para el cumplimiento imperfecto. En *segundo lugar*, la operación de reemplazo también se entiende como una *ejecución de la prestación* (dentro de la pretensión de cumplimiento), en el caso específico de la venta de reemplazo del § 373 *HGB* (*selbsthilfeverkauf*).

#### 1. La compraventa de reemplazo como un daño indemnizable en el HGB

El *Derecho alemán* regula la operación de reemplazo en el § 376 (3) *HGB*<sup>25</sup>, exclusivamente para el incumplimiento de una compraventa mercantil a plazo fijo, y *tratándose de mercaderías con un precio de «cotización en bolsa o de mercado»* (cursiva mía).

Conforme a dicha regulación, el acreedor, que ha llevado al cabo el reemplazo, podrá reclamar como daños y perjuicios del deudor la diferencia resultante de la compra o venta de reemplazo (cálculo concreto). Los requisitos son: realizar el reemplazo inmediatamente después de que sea exigible la obligación («cumplirse la fecha o expirar el plazo») y mediante *subasta pública*; a falta de esta, mediante un *intermediador autorizado* para la venta o compra de reemplazo o, en su defecto, para llevar a cabo subastas públicas [§ 376 (3) *HGB*]. Es decir, que la operación de reemplazo no es una medida ágil dentro del Derecho alemán, sino que requiere un procedimiento, quizás más engorroso, como es la subasta pública o la necesidad de un intermediador autoriza.

---

<sup>25</sup> § 376 (3) *HGB*: «Compraventa mercantil a plazo fijo./ (3) En caso de que la mercancía tenga un precio de cotización en bolsa o de mercado, el resultado de una venta o una compra efectuada por otro cauce sólo puede servir de base para la reclamación de perjuicios si la venta o la compra se ha efectuado de forma inmediata tras cumplirse la fecha o expirar el plazo establecido para la prestación. Si la venta o la compra no tiene lugar en subasta pública debe producirse por el precio corriente, a través de un corredor de comercio autorizado públicamente para tales ventas o compras, o de una persona autorizada para realizar subastas públicas». *Código de Comercio alemán y Ley de introducción del Código de Comercio. Traducción al español y estudio preliminar*; Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 190. [Trad. MARTÍNEZ-ECHERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS).

El § 376 (2) HGB<sup>26</sup> regula la *regla del mercado o cálculo abstracto* del daño. En el Derecho alemán el *cálculo abstracto siempre prevalecerá sobre el cálculo concreto del daño (o el de la operación de reemplazo)*. Ello, con la finalidad de «obligar» al acreedor a celebrar una operación de reemplazo inmediatamente después del plazo o término para el cumplimiento<sup>27</sup>.

Zimmermann explica que estos requisitos buscan, precisamente, evitar que el acreedor lleve a cabo operaciones de reemplazo *no razonables* y que especule con el precio del mercado a costa del deudor-incumplidor<sup>28</sup>.

A pesar de su regulación en el régimen especial de la compraventa mercantil, la operación de reemplazo no se ha restringido a este ámbito, sino que *se ha extendido –por vía judicial– a los contratos en general*, a través de las reglas civiles del BGB<sup>29</sup>. A ello, me referiré a continuación.

## 2. La indemnización en lugar del cumplimiento de la prestación en el BGB

De conformidad con el BGB, la indemnización de una operación de reemplazo se considera desde la aplicación de la denominada regla «indemnización en lugar de la prestación» –*Schadenersatz statt der Leistung*, regulada en el § 281 BGB –concepto adoptado desde su reforma de 2002–<sup>30</sup>. Como señala

<sup>26</sup> § 376 (2) HGB, «Compraventa mercantil a plazo fijo./ [...]Si se reclama la indemnización por incumplimiento y la mercancía tiene un precio de cotización en bolsa o de mercado, se puede reclamar la diferencia entre el precio de venta y el precio de cotización en bolsa o de mercado la fecha y el lugar en que la prestación adeudada hubo de cumplirse». *Ibid.*

<sup>27</sup> BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; TALLON, D., y VOGENAUER, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law (Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe)*, Oxford/Portland, 2010, pp. 1035-1036.

<sup>28</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489.

<sup>29</sup> TREITEL y ZIMMERMANN –ambos citando a Rabel–. TREITEL, «Remedies for Breach of Contract...», cit., párr. 69, p. 45; ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489.

<sup>30</sup> § 281 BGB: «Resarcimiento del daño en lugar de la prestación por falta de cumplimiento de la prestación o de cumplimiento según lo debido./ (1) En la medida en que el deudor no ha cumplido la prestación vencida o no la ha cumplido según lo debido, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ha fijado sin éxito un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento. [...]». *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, 2008, p. 84. [Trad. LAMARCA MARQUÈS].

La indemnización de los daños en lugar de la prestación (*Schadenersatz statt der Leistung*) es un concepto nuevo en el BGB reformado en 2002, que cumple una función compensatoria o de equivalencia y que permite que el acreedor, en lugar de la prestación, reclame la indemnización del denominado interés positivo. Además del § 281 BGB, se encuentran los §§ 282 y 283 BGB, que constituyen otros criterios de valoración que dan lugar a este tipo de indemnización, como, por ejemplo, cuando el cumplimiento le supone al deudor un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación, teniendo en cuenta el

Morales Moreno, esta regla permite comprender la posibilidad de transformar el derecho al cumplimiento en un derecho a la indemnización que corresponde la prestación<sup>31</sup>.

Este daño, en el BGB, se diferencia del resto de daños indemnizables –*Schadenersatz neben der Leistung*–. Es decir, se configuran, claramente, dos tipos de daños en el ordenamiento alemán (al igual que en angloamericano): el daño de la prestación y el resto del daño (sin embargo, como lo advierte Morales Moreno, ello no significa que se haya creado dos sistemas de responsabilidad en el ordenamiento alemán<sup>32</sup>).

A la indemnización que corresponde al cumplimiento de la prestación se le aplican requisitos concretos: *a*) que se trate de un incumplimiento por inejecución de la prestación o su cumplimiento defectuoso [§ 281 BGB (1)], *b*) que se *haya otorgado al deudor un plazo (razonable) para realizar la prestación sin éxito alguno* [o, en su caso, un requerimiento atendiendo a la naturaleza de la obligación; § 281 (3)]<sup>33</sup>, y *c*) que el reemplazo se haya

---

contenido del contrato y las exigencias de la buena fe (§§ 275 y 283 BGB). Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El moderno Derecho alemán de obligaciones*, 1ª, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017, pp. 72-73.

Hay una parte de la doctrina que señala que el § 376 HGB se aplica a los contratos en general sobre la base del § 252 BGB, que prevé el lucro cesante del acreedor. BEALE, H., y otros, *Cases, Materials and Text on Contract Law (Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe)*, cit., pp. 1035-1036; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Los Remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, cit., p. 198. Sin perjuicio de ello, no puedo compartir esta opinión, dado que el daño producido a un comprador por la compra de reemplazo, ante el incumplimiento por la no entrega del vendedor, por lo general no puede catalogarse como lucro cesante, sino que es un daño emergente. En el caso contrario, cuando es el vendedor quien lleva a cabo la venta de reemplazo, sí se podría considerar lucro cesante. Luego, por lo que no todos los daños producidos por una operación de reemplazo podrán catalogarse dentro del lucro cesante. En consecuencia, a mi juicio, la norma más adecuada para la operación de reemplazo estaría en los daños que forman parte del cumplimiento del § 281 BGB, tal como explico a continuación.

<sup>31</sup> MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit., p. 458.

<sup>32</sup> *Ibid.*

Los dos sistemas de responsabilidad contractual se presentaban en la, hoy ya superada, figura del cumplimiento por equivalente, la cual proviene del Derecho Romano y de la idea de la *perpetuatio obligationis*. En el Derecho Romano, la imposibilidad de la obligación hacía nula la obligación, por el principio *ad impossibilia nulla obligatio est*. No constituyendo la imposibilidad sobrevinida por culpa o dolo del deudor un incumplimiento contractual, era entonces necesario acudir al artificio de la *perpetuatio obligationis* y, por tanto, el valor de esa obligación, que se perpetuaba, se estimaba en su equivalente pecuniario: la denominada *aestimatio rei*, diferenciada del resto de los daños, el *id quod interest*. A la primera, se le aplicaban los presupuestos de la pretensión de cumplimiento. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, pp. 780-781.

<sup>33</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El moderno Derecho...*, cit., p. 73; MARKESINIS; UNBERATH, y JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2nd, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2006, p. 451; ZIMMERMANN, R., *The new german law of obligations (Historical and comparative Perspectives)*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2005, pp. 54, 60-61, 113. Vid. también BARCIA LEHMANN, R., y RIVERA RESTREPO, M., «Covergencias y divergencias del derecho de incumplimiento del Código Civil alemán con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y otros textos internacionales», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, vol. 81, diciembre-mayo, 2018, pp. 379-381.

celebrado bajo los parámetros de la buena fe (§ 242 BGB<sup>34</sup>) y la mitigación del daño [§ 254 (2) BGB<sup>35</sup>]<sup>36</sup>.

Como explica el profesor Morales Moreno, en el Derecho alemán, *la indemnización en lugar del cumplimiento*, que aplica tanto para la inejecución total de la prestación como para el cumplimiento imperfecto (falta de conformidad), exige que se respete el derecho del deudor a cumplir (o subsanar su incumplimiento), mediante la concesión de un plazo razonable (*Nachfrist*). Esto ocurre, porque esta indemnización *priva al deudor de ejecutar la prestación*, por lo que se hace necesario darle una oportunidad, a través de la *Nachfrist*. Sin embargo, como ya avisé antes, a este tipo de daño, al igual que a los demás daños, se les aplican los presupuestos generales de la indemnización (unidad del sistema indemnizatorio)<sup>37</sup>.

### 3. La venta de reemplazo como una ejecución del contrato, ante la *no* recepción de mercancías del comprador, en el HGB

El § 373 HGB<sup>38</sup> regula de una forma muy *particular venta de reemplazo*, para los casos en los que el comprador se encuentra en mora de la recepción de la mercancía, como una alternativa al depósito judicial. Me refiero a la denomina *selbsthilfeverkauf*<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> § 242 BGB «Prestación según Buena fe»: «El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico». *Código Civil alemán*, cit., p. 77. [Trad. LAMARCA MARQUÈS].

<sup>35</sup> § 254 (2) BGB «Concurso de culpas»: «[...] Lo mismo rige si la culpa del perjudicado se restringe a que ha omitido advertir al deudor del peligro de un gran daño inusual, que el deudor ni conocía ni debía conocer, o que ha omitido evitar el daño o mitigarlo. [...]» (cursiva mía). *Ibid.*, p. 79. [Trad. del citado artículo, LAMARCA MARQUÈS].

<sup>36</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489.

<sup>37</sup> MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit., pp. 458-459.

<sup>38</sup> § 373 HGB, «Mora del comprador en la recepción de la mercancía./ (1) Si el comprador incurre en mora en la recepción de la mercancía el vendedor puede depositarla por cuenta y riesgo del comprador [...]./ (2) Además está facultado para promover la venta de la mercancía en subasta pública, previo apercibimiento; si la mercancía tiene un precio determinado en bolsa o de mercado, puede, previo apercibimiento, hacer que se proceda directamente a la venta por el precio corriente con la mediación de un corredor de comercio oficialmente autorizado para tales transacciones o a través de una persona autorizada para realizar subastas públicas. Si la mercancía está expuesta a deterioro y la demora entraña un riesgo, no se requiere el apercibimiento previo; lo mismo se entiende si el apercibimiento no es posible por otros motivos./ (3) Esa venta se realizará por cuenta del comprador moroso./ (4) El vendedor y el comprador pueden pujar en la subasta pública./ (5) Si tuviese lugar en la subasta pública, el vendedor tiene la obligación de informar previamente al comprador acerca de la fecha y lugar de la subasta; también debe informarle de la ejecución de la venta, cualquiera que fuese su forma, tan pronto como se produzca. En el supuesto de no hacerlo responderá de los perjuicios causados. Pueden omitirse las notificaciones si fueren impracticables». *Código de Comercio alemán...*, cit., p. 190. [Trad. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS].

<sup>39</sup> TREITEL, «Remedies for Breach of Contract...», cit., párr. 70, p. 46.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

Conforme al § 373 (3) HGB, la venta de reemplazo es una ejecución de la prestación por cuenta del comprador moroso, que se puede efectuar *previo requerimiento al comprador*, salvo si se tratase de mercancía que «está expuesta a deterioro y la demora entraña un riesgo» o si el requerimiento no es posible. En otras palabras, el vendedor-acreedor actúa *por cuenta y riesgo del comprador-moroso en recibir la mercancía*.

En mi opinión, la *selbsthilfeverkauf* es un supuesto particular, que se refiere a los casos en donde el vendedor prefiere el cumplimiento forzoso, lo que le da derecho *al depósito judicial, que lo faculta a reclamar el pago del precio*. En este sentido, el vendedor simplemente realiza la venta de reemplazo *como una alternativa a este depósito judicial*<sup>40</sup>.

En definitiva, teniendo en cuenta los preceptos de los §§ 373 y 376 (3) HGB y § 281 BGB vistos, en el Derecho alemán parecen convivir dos conceptos de operación de reemplazo: el de la ejecución del contrato y el de la indemnización de daños y perjuicios (como un criterio de cuantificación del daño contractual).

## IV. LA REGLA DE REEMPLAZO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO (COMO EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN)

El *Código civil italiano (1942)* (en adelante, CC it.) *reguló la compra y la venta de reemplazo*, respectivamente, en sus artículos 1515<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Sobre ello, TREITEL entiende que la *selbsthilfeverkauf* es una regla especial, que está disponible para el vendedor-acreedor, incluso, en los casos donde no hay incumplimiento. Por ejemplo, cuando el comprador no tenía la obligación de aceptar las mercancías. Si la no aceptación supone un incumplimiento, el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios tampoco nacería de la *selbsthilfeverkauf*. TREITEL, «Remedies for Breach of Contract...», cit., pp. 46-47. Pero, como se puede apreciar, el autor no aclara a qué supuestos se refiere.

<sup>41</sup> Artículo 1515 CC it.: «Esecuzione coattiva per inadempimento del compratore» «*Se il compratore non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo, il venditore può far vendere senza ritardo la cosa per conto e a spese di lui./ La vendita è fatta all'incanto a mezzo di una persona autorizzata a tali atti o, in mancanza di essa nel luogo in cui la vendita deve essere eseguita, a mezzo di un ufficiale giudiziario. Il venditore deve dare tempestiva notizia al compratore del giorno, del luogo e dell'ora in cui la vendita sarà eseguita./ Se la cosa ha un prezzo corrente, stabilito per atto della pubblica autorità [o da norme corporative], ovvero risultante da listini di borsa o da mercuriali, la vendita può essere fatta senza incanto, al prezzo corrente, a mezzo delle persone indicate nel comma precedente o di un commissario nominato dal tribunale. In tal caso il venditore deve dare al compratore pronta notizia della vendita./ Il venditore ha diritto alla differenza tra il prezzo convenuto e il ricavo netto della vendita, oltre al risarcimento del maggior danno.*» [Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana. Disponible en:

[200](http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile;jsessionid=ujA6IxNzJIDtS3jEcPSg6g_.ntc-as3-guri2a]. La expresión «o da norme corporative» fue derogada por el «r.d.l. 9 agosto 1943 n. 721», en «Comentario del artículo 1515», CENDON, P., <i>Commentario al Codice Civile</i>, Giuffrè, Milán, 2009, p. 503.</a></p></div><div data-bbox=)

y 1516<sup>42</sup>, para las ventas mobiliarias y como reglas especiales de *ejecución del contrato*<sup>43</sup>. Tal encuadre jurídico, parece deberse a que, como señala Alcalde Silva, dichos artículos se inspiraron en el estudiado § 373 HGB<sup>44</sup>.

Sobre la naturaleza jurídica de la *compraventa de reemplazo*, en el sistema italiano, se ha debatido ampliamente sobre si se trata, realmente, de una ejecución forzosa del contrato o si, en cambio, se trata de una forma de resolución unilateral del contrato. Al respecto, CENDON señala que, parte de la doctrina italiana (entre esta, Luzzatto<sup>45</sup>) considera que no se trata de una ejecución forzosa del contrato, sino de una especie de resolución unilateral, en donde la compraventa de reemplazo es un daño del incumplimiento. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia italiana *mayoritaria* sigue configurando la operación de reemplazo como una *forma especial de ejecución forzosa*, mediante autoridad privada<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Artículo 1516 CC it.: «Esecuzione coattiva per inadempimento del venditore»: «Se la vendita ha per oggetto cose fungibili che hanno un prezzo corrente a norma del terzo comma dell'articolo precedente, e il venditore non adempie la sua obbligazione, il compratore può fare acquistare senza ritardo le cose, a spese del venditore, a mezzo di una delle persone indicate nel secondo e terzo comma dell'articolo precedente. Dell'acquisto il compratore deve dare pronta notizia al venditore. Il compratore ha diritto alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto e il prezzo convenuto, oltre al risarcimento del maggior danno».

<sup>43</sup> LUZZATTO, R., *La compraventa según el Nuevo Código civil italiano. Traducción de la primera edición italiana con notas sobre Derecho civil español, por F. Bonet Ramón*, Madrid, 1953, p. 489.

<sup>44</sup> Alcalde Silva señala que la operación de reemplazo del Código Civil italiano (arts. 1515 y 1556) mantuvo la «rúbrica» del artículo 68 del derogado Código de Comercio italiano (1882). Sobre este último precepto, este autor documenta que los trabajos preparatorios de dicho artículo 68 demuestran que la operación de reemplazo se concibió como una forma de «*ejecución coactiva del contrato*», que se inspiró en la señalada *selbsthilfeverkauf* (o venta por cuenta del comprador moroso; § 373 HGB) (ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, p. 373 y notas 987-989). Por su parte, Zimmermann interpreta que las reglas de la operación de reemplazo de los artículos 1515 y 1516 CC it. se asemejan al § 376 (3) HGB, como un daño del incumplimiento (ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489). Ello, como ya indiqué, sería lo deseable para el comprador-incumplidor: pagar daños en lugar del cumplimiento de las prestaciones. ALCALDE SILVA también estudia qué parte la doctrina italiana, lo ha considerado como un daño derivado de la resolución. ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 428 y nota 1190.

<sup>45</sup> Luzzatto expresó: «[...] nos parece bastante dudosa la exactitud de la expresión *ejecución en forma específica*, aplicada a los procedimientos de los arts. 1.515, 1.516 y 2.931 [ejecución forzosa de las obligaciones de hacer por un tercero], puesto que el titular del derecho no consigue el bien directamente del patrimonio del obligado, sino que lo adquiere de terceros, mientras una *ejecución en forma específica* presupondría una *consecución de aquel bien dado, del patrimonio del mismo obligado* [...]. Debe observarse, sobre todo, que de los procedimientos de los cuales estamos hablando nace una profunda modificación de la relación contractual originaria; ellos tienen ante todo, podría decirse, algo de *resolutorio*, algún elemento común a los medios que la Ley da a un contrayente para desvincularse de la relación por incumplimiento del otro [...]» (cursiva del original). LUZZATTO, R., *La compraventa según el Nuevo Código civil...*, cit., pp. 495-496.

<sup>46</sup> CENDON, P., *Commentario al Codice Civile*, cit., pp. 505-506 (art. 1515 CC it), 519-522 (art. 1516 CC it.). Para un estudio detallado de las diferentes teorías y argumentos de la doctrina italiana, sobre la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo, *vid.* la tesis doctoral de ALCALDE SILVA (*Incumplimiento y reemplazo...*, cit.). En particular: como ejecución forzosa del contrato, pp. 373-428; como un daño derivado de la resolución, p. 429 y nota 1190; y como un instrumento *sui generis*, pp. 458-461.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

Conforme a los artículos 1515 y 1516 CC it., el vendedor o el comprador, ante el incumplimiento, respectivamente, por el no pago del precio, o la no entrega de cosas fungibles con un precio corriente, podrá celebrar una *venta o una compra de reemplazo* sin retraso, *por cuenta y a expensas del comprador o del vendedor deudor*, recuperando la diferencia entre el precio del contrato de reemplazo y el precio del contrato original, además del resarcimiento de un *mayor daño*. La reclamación del daño conforme a la regla del reemplazo está sometida a ciertos *requisitos procedimentales*, así:

En el caso de la *venta de reemplazo*, la *ejecución del contrato por el incumplimiento del comprador* (art. 1515 CC it.), debe realizarse mediante subasta pública, *salvo si se trata de bienes con un precio corriente* (conforme al art. 1515. III CC it.), y debe adjudicarse al *mayor precio* ofrecido, por medio de una persona autorizada para estos efectos o, en su defecto, mediante un Oficial judicial. La venta mediante subasta pública habrá de ser oportunamente notificada al comprador-incumplidor (día, hora y lugar), a fin de que este, en su caso, también pueda concurrir. Cuando la venta no se realiza a través de subasta, bastará con la notificación inmediata al comprador-incumplidor (art. 1515. III CC it.)<sup>47</sup>. La venta de reemplazo debe ser adecuadamente publicitada, conforme a la naturaleza y valor de las cosas<sup>48</sup>.

En cuanto a la *compra de reemplazo*, como ejecución coactiva por incumplimiento del vendedor, esta tiene un procedimiento análogo al mencionado para la venta de reemplazo (art. 1516 CC it.). Como indiqué, debe tratarse de cosas fungibles con un precio corriente (conforme al art. 1515. III CC it.)<sup>49</sup>.

Si bien se reconoce la *importancia práctica* de las anteriores reglas en el sistema italiano, por cuanto es un *medio de autotutela del acreedor que permite la rápida satisfacción de su interés contractual*<sup>50</sup>, sus engorrosos requisitos procedimentales han hecho que resulte una *regla de poca aplicación práctica*<sup>51</sup>.

## V. LA MODERNA REGULACIÓN DEL REEMPLAZO EN CÓDIGO CIVIL HOLANDÉS

El vigente Código civil holandés –*Burgerlijk Wetboek* (en adelante, BW)–, con un enfoque *moderno* del Derecho de obligaciones, influenciado por

---

<sup>47</sup> LUZZATTO, R., *La compraventa según el Nuevo Código civil...*, cit., pp. 490-491.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>50</sup> CENDON, P., *Commentario al Codice Civile*, cit., pp. 503, 517.

<sup>51</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1489, nota 16.

la CISG, los PECL y los Principios UNIDROIT<sup>52</sup>, regula la regla de la operación de reemplazo en su artículo 7:37, como un criterio de cuantificación del daño contractual.

Artículo 7:37 BW: «Where the buyer or the seller has entered into a replacement sale and, in doing so, has acted reasonably, he is entitled to the difference between the agreed price and that of the replacement sale»<sup>53</sup>.

Hartkamp indica que dicha regla es un método estándar de cuantificación mínima del daño que, junto con la regla del mercado (art. 7:36 BW<sup>54</sup>), no excluye a los mayores daños que se puedan ocasionar por el incumplimiento (art. 7:38 BW<sup>55</sup>)<sup>56</sup>.

## VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO

La operación de reemplazo, como mecanismo de defensa del derecho de crédito, ha sido regulada en los ordenamientos europeos señalados. Sin embargo, su encuadre jurídico difiere entre los diferentes ordenamientos descritos; sea porque se entiende como una ejecución del cumplimiento (dentro de la pretensión de cumplimiento), o sea porque se ha reconocido como un daño indemnizable en lugar del cumplimiento de la prestación.

En el *Derecho francés*, la operación de reemplazo se regula dentro de la ejecución del contrato, pero, como el nuevo artículo 1222 CC fr. d.o. suprimió el requisito de la autorización judicial para su celebración, la doctrina francesa ha interpretado este cambio de dos formas: una parte considera que la operación de reemplazo es una modalidad de la ejecución del contrato (como una manifestación de la pretensión de cumplimiento) y, otra parte, considera que la operación de reemplazo también podría suponer la resolución y la correspon-

---

<sup>52</sup> FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 483; MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 147; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *RDC*, vol. 1, 3, 2014, p. 57.

<sup>53</sup> HAANAPPEL, P. P. C., y MACKAAY, E., *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek/New Netherlands Civil Code/Nouveau Code Civil Néerlandais*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, p. 380.

<sup>54</sup> Artículo 7:36 BW: «1. Where, in the event that a sale is set aside, the thing has a current price, damages equal the difference between the price provided for in the contract and the price of the day on the day of non-performance [...]». *Ibid.*, p. 57.

<sup>55</sup> Artículo 7:38 BW: «The provisions of the two preceding articles do not preclude a higher amount of damages in the event that the damage suffered is greater». *Ibid.*, p. 381.

<sup>56</sup> HARTKAMP, A. S., *Contract Law in The Netherlands*, 2nd, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 205.

diente indemnización de daños, de conformidad con el nuevo artículo 1224 CC fr. d.o (que considera la resolución extrajudicial). Sin embargo, hemos de concluir que en cualquier caso significó la desjudicialización del sistema de remedios. Y, en el caso concreto del art. 1222 CC fr. d.o., considero que significó la indemnización en lugar de la pretensión de cumplimiento.

En el *Derecho alemán*, en cambio, se encuentran los dos encuadres jurídicos de la operación de reemplazo. Mientras el § 376 (3) HGB regula la operación de reemplazo como un criterio de determinación del daño, el § 373 HGB regula la venta de reemplazo como una ejecución del contrato, en caso de mora del comprador en la recepción de las mercancías (en concreto, como una alternativa al engorroso depósito judicial, como mecanismo de cumplimiento forzoso de la obligación de entrega, que permite el cobro del precio al vendedor).

Por su parte, el BGB, reformado en 2002, adoptó la figura de la *indemnización en lugar del cumplimiento*, tanto para la inejecución como para el cumplimiento imperfecto, en el que se encuadra la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio, diferenciándola del resto de los daños. Ello, permitió que, para el daño en lugar del cumplimiento, se estableciera el requisito de la *nachfrist*, con el objeto de respetar la oportunidad del deudor de subsanar el incumplimiento.

El CC it. 1942 se inspiró, concretamente, en la regla del señalado § 373 HGB alemán, al regular la compra y la venta de reemplazo, en sus artículos 1515 y 1516, *como modalidades de la ejecución del contrato*. En este ordenamiento, la operación de reemplazo está sometida a ciertos requisitos procedimentales, como la intervención de una persona autorizada o de un Oficial judicial.

Finalmente, el BW, por el contrario, recoge la regla de la operación de reemplazo, de la misma manera que lo hacen los instrumentos internacionales de armonización europeos, en su artículo 7:37 BW. Es decir, como un criterio concreto de determinación del daño contractual, como se estudiará en el siguiente capítulo.

## CAPÍTULO CUARTO

### LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL MODERNO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN (EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW*)

#### I. INTRODUCCIÓN

Con moderno Derecho de la contratación, me refiero a los instrumentos normativos de armonización del Derecho de contratos, que comenzó con el Derecho uniforme de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), que regula la compraventa internacional y que, luego, inspiró un movimiento armonizador y, de alguna manera, modernizador, de una teoría general del contrato, en los Principios Unidroit, los Principios Europeos de Derecho de Contratos (en adelante, PECL), entre otros instrumentos de *soft law*. Esfuerzos que comenzaron desde mediados del siglo pasado.

La CISG, como antecedente en normas de armonización y moderno derecho de contratos, positivó la regla de la operación de reemplazo en su artículo 75, para las compraventas (art. 2 CISG), como un criterio concreto de determinación de los daños y perjuicios contractuales derivados de los incumplimientos resolutorios.

Posteriormente, la mayoría de los conocidos textos de *soft law* sobre la armonización del Derecho de contratos regularon, *de manera equivalente al artículo 75 CISG*, la regla de la operación de reemplazo<sup>1</sup>. *En el ámbito interna-*

---

<sup>1</sup> En relación con los Principios UNIDROIT, *vid.* en: «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, La Ley, Madrid, 2012, p. 292; MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on*

*cional*, se regula en los Principios UNIDROIT 2016 (art. 7.4.5). En el ámbito europeo, en los PECL (9:506), en el Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) (art. III.-3:706) y en la Normativa Común de la Compraventa Europea (en adelante, CESL) (art. 164). Y, en el ámbito latinoamericano, en los Principios OHADAC (art. 7.4.5.). Por el contrario, la regla no se ha recogido en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (en adelante, PLDC).

La principal diferencia –y aporte– de la regulación de la operación de reemplazo en los textos de *soft law*, respecto de la CISG, es que en los Principios UNIDROIT 2016, en los PECL, en el DCFR y en los Principios OHADAC, se diseñó el tenor y aplicación de la regla del reemplazo *para los contratos en general, y no solo para la compraventa*.

En este capítulo realizaré, *en primer lugar*, algunas consideraciones preliminares sobre la justificación de la adopción de la regla del reemplazo en todos los citados instrumentos normativos, conjuntamente. Pues, como ya anuncié, la regla de la operación de reemplazo, que adoptaron los textos del *soft law*, es prácticamente una reproducción del artículo 75 CISG.

En *segundo lugar*, realizaré un estudio y contextualización detallado de la regla de la operación de reemplazo en cada uno de los citados instrumentos normativos internacionales. Esta parte se desarrollará del siguiente modo:

1. La regulación, el entendimiento y la aplicación práctica de la regla de la operación de reemplazo se estudiará en el ámbito de la CISG –y para lo que también me apoyo de la bibliografía referente a la operación de reemplazo en el *soft law*–. Pues, no es extraño encontrarse con referencias a los casos e interpretaciones del artículo 75 CISG, para buscar soluciones jurídicas a problemas que se presenten con la operación de reemplazo de los textos de *soft law*<sup>2</sup>.

Por tanto, en el posterior estudio de la regla de la operación de reemplazo de los distintos textos de *soft law*, me limitaré a indicar de manera somera su contenido y aplicación, contextualizando cada uno de estos instrumentos, y haciendo especial énfasis en lo que se considera distinto y/o más desarrollado de sus reglas y comentarios oficiales.

---

*the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*, 2, Oxford University Press, New York, 2015, p. 997. Respecto de los PECL, el DCFR y el CESL, *vid.* en: CHEN-WISHART, M., y MAGNUS, U., «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard Dannemann y Stefan Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law*, 1st, Oxford University Press, Croydon, 2013, p. 676; DORNIS, T. W., «Particular Remedies for Non-Performance», en Stefan Leible y Matthias Lehmann (eds.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, p. 549; MOŽINA, D., «Article 164», en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 652.

<sup>2</sup> MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», *cit.*, p. 997; ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», *cit.*, p. 1491.

2. Respecto de los Principios OHADAC, además de contextualizar su ámbito de aplicación, me permitiré puntualizar sobre lo poco conveniente de la asimilación que se hace entre la operación de reemplazo y la ejecución forzosa mediante un tercero, de las obligaciones de hacer no personalísimas, ya que se trata de dos temas muy distintos (ejercicio extrajudicial-ejercicio judicial).

3. En cuanto a los PLDC, realizaré algunas referencias y reflexiones críticas sobre la supresión de la regla objeto de estudio, en su última versión.

Finalmente, con relación el criterio de determinación del daño de *la regla del mercado* tanto en la CISG (art. 76 CISG) como en los textos de *soft law* (arts. 7.4.6. Principios UNIDROIT 2016, 9:507 PECL, III.-3:707 DCFR, 165 CESL y 7.4.6. Principios OHADAC) me referiré solo en lo que concierne con la regla de la operación de reemplazo. Es decir, *como regla subsidiaria de esta última*. Pues, la regla, *per se*, no es objeto de mi estudio.

## II. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL: UN PUENTE ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW*

La CISG, como es conocido, representó un primer acercamiento de las tradiciones jurídicas del *Common law* (tanto inglés como estadounidense) y del *Civil Law* (Derecho continental de tradición romano-germánica), en sus reglas y principios<sup>3</sup>.

En este sentido, la CISG se ha constituido en un instrumento de inspiración *fundamental* en los procesos de armonización del Derecho de contratos internacional (Principios UNIDROIT)<sup>4</sup>, europeo (PECL, DFCR y

---

<sup>3</sup> Díez-PICAZO, L., «Prólogo», en *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 11; SCHLECHTRIEM, P., y SCHWENZER, I., «Introduction», en Schlechtriem & Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016, p. 6. También *vid.* OVIEDO ALBÁN, J., «El Derecho de los contratos internacionales: entre el conflictualismo y la uniformidad», en Adriana Zapata Giraldo, Jorge Oviedo Albán y Luis Alfonso Gómez Domínguez (eds.), *Contratación internacional. Tratados e instrumentos normativos*, 1.ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 35.

Un estudio detallado sobre las reglas y principios contenidos en la CISG, que derivaron del *Common Law* y del *Civil Law*, en GARRO, A. M., «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», *La Ley*, vol. A, 1985, pp. 452-460; MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?», *Journal of Civil Law Studies*, vol. 3, 2010, pp. 72-95.

<sup>4</sup> La CISG fue necesaria para la elaboración de los Principios UNIDROIT y, desde luego, necesaria para su estudio. PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á., «Preámbulo (Propósito de los Principios)», en David Morán Bovio (ed.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2003, p. 38. También en PERALES VISCASILLAS, M.ª DEL P., «El contrato de compraventa

CESL)<sup>5</sup> y latinoamericano (Principios OHADAC y PLCD)<sup>6</sup>. Ya que, como es sabido, los instrumentos internacionales de armonización del Derecho de contratos (*soft law*) a los que me he referido previamente, además de tener el objeto de la modernización del Derecho de contratos y obligaciones y de inspirar en este mismo sentido a los ordenamientos nacionales, en su mayoría también tuvieron como objeto aproximar el *Common Law* y el *Civil Law* –si bien no tan claro en los PLDC<sup>7, 8</sup>.

---

internacional de mercaderías (Convención de Viena 1980)», en «*Introduction*» to the CISG, UNCITRAL, 2001, párr. 122. [Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>].

<sup>5</sup> «El sistema de responsabilidad contractual de los PECL está inspirado directamente en la CISG de 1980». Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 318. «*The CISG, of course, can also be regarded as a contemporary manifestation of a genuinely European tradition*». También, *vid.* JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 6.

<sup>6</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Í., y VIDAL OLIVARES, Á., «El contenido: Una primera aproximación», en Íñigo De la Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares (coord. y Ed.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017, p. 27. En los Principios OHADAC se puede apreciar, en gran parte de sus reglas y comentarios, referencias a la CISG, como elementos comparativos y de inspiración.

<sup>7</sup> PIZARRO WILSON, en la presentación del texto de los PLDC (2017), comenta que, en su preparación, se intentó «escapar» del propósito de uniformidad de las dos tradiciones del Derecho de contratos, el *Common Law* y el *Civil Law*, perseguido en los textos de *soft law*. Para ello, el grupo exploró varias formas para encontrar una *identidad del Derecho de contratos latinoamericano* (al margen de dicha uniformidad). Sin embargo, como señala el autor, el proceso fue complejo, pues los Derechos locales –latinoamericanos– habían sido construidos a partir de las influencias europeas. Por todo ello, el propósito de los redactores de los PLDC consistió, por un lado, en mantener las normas tradicionales que satisfagan las necesidades actuales del comercio de la región y, por otro lado, en innovar en los aspectos que se consideraran necesarios de cara a la modernización. Para esto último, se inspiraron en los modelos de modernización del código civil argentino (2015), la PMCC, la reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y contratos (2016) y, también, se acudió a diversos textos de *soft law*, como los PECL y los Principios UNIDROIT. PIZARRO WILSON, C., «Presentación», en Íñigo De la Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017, pp. 17-18. Por lo que, *en mi opinión*, si bien no se buscó por vía directa acercar las tradiciones del *Common Law* y el *Civil Law*, indirectamente se pudo llegar a esta aproximación por vía de la modernización del Derecho de contratos y obligaciones, representada en los textos de *soft law*, en los que se reconoce la importancia del Derecho angloamericano.

Por el contrario, en los Principios OHADAC sí se reconoció el propósito (y reto) de buscar la uniformidad entre el *Civil Law* y el *Common Law* en materia de contratos comerciales. Lo anterior, debido a la influencia del *Common Law* inglés y estadounidense en algunas zonas del Caribe. En la parte introductoria de los citados principios se lee lo siguiente: «La influencia del *common law* es evidente, en primer término, en los territorios sometidos a soberanía británica (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas). Idéntica influencia se observa en otros territorios soberanos, aunque tributarios de un pasado colonial vinculado al Reino Unido». Por otro lado, se dice, que «La influencia del *common law* se detecta asimismo en la propia incidencia que el Derecho estadounidense despliega en ciertos sistemas jurídicos caribeños, como Puerto Rico, las Islas Vírgenes Británicas o incluso Panamá. Se afirma, además, una cierta “americanización” en la aplicación del *common law* en los territorios caribeños». «Introducción», Principios OHADAC (2015), pp. 16-19, en particular, p. 18.

<sup>8</sup> *Vid.* para el Derecho europeo: Díez-PICAZO, L., y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., p. 77; THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract*

En este descrito contexto, se introduce, en los mencionados instrumentos jurídicos, la regulación expresa de la regla de la operación de reemplazo y de la regla del mercado, como regla subsidiaria del reemplazo, camino que emprendió la CISG. En consecuencia, tanto la adopción de las reglas de la operación de reemplazo y de la del mercado de la CISG (arts. 75 y 76) [que se originan, respectivamente, en los arts. 85 y 84 (1) LUVI] como su reproducción en la mayoría de los instrumentos armonizadores del Derecho de contratos, significó la *inclusión de una norma proveniente del Common Law, en las tradiciones del Civil Law*<sup>9</sup>.

Concretamente, la disposición de las reglas y el tenor actual del artículo 75 CISG, como indicaré oportunamente, provienen, en gran parte, de la influencia de la delegación estadounidense en la elaboración del texto de la CISG. Dicha influencia estadounidense *persistió* en la adopción de la regla para los contratos en general de los Principios UNIDROIT, a través de Allan Farnsworth (en aquel tiempo, profesor de *Columbia Law School*, EEUU)<sup>10</sup>.

Tal influencia traspasó a los PECL, proyecto elaborado paralelamente a los Principios UNIDROIT y con el que se compartían varios de sus delegados europeos. Los redactores consideraron que la regla de la operación de reemplazo, como método de determinación del daño, *era perfectamente aplicable en todos los sistemas jurídicos europeos*, e, incluso, algunos ya la tenían regulada, aunque con algunas restricciones<sup>11</sup>. En este sentido, la regla del reemplazo de

Law, 2.<sup>a</sup>, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, pp. xxii-xiii. En el ámbito latinoamericano, «Introducción», Principios OHADAC (2015), pp. 18, 19-25.

La construcción de un «puente» entre ambas familias jurídicas (*Common Law* y *Civil Law*), claramente, no evita que subsistan diferencias jurídico-prácticas. Tal como indicó DE EIZAGUIRRE: «(...) la diversidad entre *Civil Law* y *Common Law* persiste y persistirá siempre, con independencia del grado de convergencia que pueda alcanzar la labor de unificación jurídica dentro de la Unión Europea. *Civil Law* es una categoría del pensamiento jurídico distinta y distante en sus rasgos caracterizadores, de la correlativa *Common Law*; sin perjuicio de los puentes que se puedan tender para su comprensión recíproca». DE EIZAGUIRRE, J. M., «*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional», *ADC*, vol. 65, 2, 2012, p. 545.

<sup>9</sup> El remedio de la indemnización de los daños y perjuicios, por la no ejecución del contrato (*non-performance*), en la CISG y en los textos que le siguieron, fue fundamentalmente construido a partir del Derecho angloamericano. NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, vol. 34, 2000, p. 1236.

<sup>10</sup> «Annex» «*List of participants*», UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17 [*working group for the preparation of Principles for International Commercial Contracts. Summary records of the meeting held in Rome from 27 to 31 May 1991 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) – Rome, February 1993*].

<sup>11</sup> «III.–3:706: Substitute transaction» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., nota 1, p. 942. (Utilizo la versión del DCFR, porque actualiza la misma nota del artículo 9:507 PECL; THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, cit., nota 1, p. 490).

los PECL se considera una *regla de visión moderna*, diferenciada de la *versión clásica* que se tiene en algunos de los ordenamientos del *Civil Law* europeos<sup>12</sup>.

Si bien la regla de la operación de reemplazo en el ámbito transnacional derivó de los sistemas *angloamericanos*, su regulación no ha sido caprichosa. Antes bien, responde a una *necesidad práctica* en el tráfico de los contratos en general y es un criterio de determinación mínima del daño perfectamente aplicable a ambas tradiciones –el *Common Law* y el *Civil Law*–<sup>13</sup>.

*Sustitución del cumplimiento por un tercero (operación de reemplazo) v. cumplimiento específico.*—En otro orden de ideas, la operación de reemplazo también significó una regla moderadora en la dicotomía entre la preferencia por la pretensión de cumplimiento en los sistemas del *Civil Law*, y, la preferencia por el remedio de los *damages* en los sistemas del *Common Law*<sup>14</sup>.

La CISG trata de combinar el generalizado reconocimiento de la pretensión de cumplimiento del *Civil Law* (arts. 46 y 62 CISG) con el remedio general de los *damages* del *Common Law* (arts. 74 a 77 CISG). Según el *artículo 28 CISG*, si, conforme a lo dispuesto en la CISG, «una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención»<sup>15</sup>.

En este respecto, los textos de *soft law* van más allá, estableciendo ciertos límites económicos a la pretensión de cumplimiento<sup>16</sup> y, en algunos de ellos, se

---

<sup>12</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1490. Sobre la regulación de la operación de reemplazo en algunos de los ordenamientos europeos, *vid.* capítulo tercero.

<sup>13</sup> Evidentemente, en los sistemas del *Common Law*, estudiados en los primeros capítulos, ambas reglas resultan ser más familiares y desarrolladas por su *case law*, dado el particular enfoque que tienen del remedio contractual de los *damages*.

<sup>14</sup> MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention...», cit., p. 76. Sin embargo, cabe advertir que tal dicotomía es cada vez menor. En el *Common Law* se tiende a flexibilizar más la concesión del *specific performance* [*vid.* capítulo primero, apartado III.1 y capítulo segundo, apartado III.1]. Y en el *Civil Law* se tiende a reconocer más (de lo que se piensa) la eficiencia de la indemnización de los daños o del cumplimiento por el equivalente pecuniario. *Vid.* LANDO, H.; ROSE, C., «On the enforcement of specific performance in Civil Law countries», *International Review of Law and Economics*, vol. 24, 4, 2004, pp. 473, 478-479. *we provide evidence that specific performance is in fact a rare remedy in Denmark, Germany and France, and under CISG, when performance requires actions to be undertaken, and we relate this to costs of enforcement. We argue that it is administratively costly to run a system of enforcement that renders specific performance attractive to the aggrieved party, and that the Civil Law countries have (like Common Law countries).* Concretamente, en España, también se ha reconocido dicha eficiencia en los casos de obligaciones de objeto indeterminado o genérico. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2.<sup>a</sup>, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, párr. 21/37, pp. 1042-1043.

<sup>15</sup> KATZ, A. W., «Remedies for Breach of Contract Under the CISG», *International Review of Law and Economics*, vol. 25, 3, 2005, pp. 384-385. Un análisis detallado en PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de Derecho contractual europeo*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2016, pp. 81-94.

<sup>16</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «El límite económico a la pretensión de cumplimiento específico», en Íñigo De la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares y Jorge Oviedo Albán (eds.), *Derecho de los Contratos*, Universidad Sergio Arboleda/Astrea, Bogotá, 2017, pp. 301-324 (en particular, 310-316).

regula la operación de reemplazo como una *figura intermediaria (o de aproximación) entre el Common Law y el Civil Law*<sup>17</sup>. Esto es, cuando la operación de reemplazo se configura, específicamente, como una excepción de la pretensión de cumplimiento (proveniente del *Civil Law*). Así, por ejemplo, en los Principios UNIDROIT [art. 7.2.2. (c)], los PECL [arts. 9:101 (2)(a) y 9:102 (2)(b)] y el DCFR [arts. III. -3:301 (a) y 3:302 (5)]<sup>18</sup>.

### III. LA COMPRAVENTA DE REEMPLAZO EN LA CISG

La regla de la *compraventa de reemplazo* de la CISG<sup>19</sup> ha significado su inserción positiva en los ordenamientos jurídicos del gran número países que

<sup>17</sup> DE VRIES, G., «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common - Law System and, if So, How Has it Been Bridged in the DCFR?», *European Review of Private Law*, vol. 58, 4, 2009, p. 594.

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización...*, cit., pp. 103-104.

<sup>19</sup> El proceso de unificación de la regulación de la compraventa internacional tiene sus orígenes en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (Instituto de Roma), que, en 1930, nombra a un Comité para redactar un Anteproyecto de Ley internacional uniforme sobre el Derecho a la venta, designando expertos como Ernst RABEL (gran romanista y comparatista del Derecho privado), que lideró a un grupo de «jóvenes brillantes investigadores» del Instituto de Berlín para realizar un estudio comparado de los diferentes ordenamientos.

A partir del trabajo de Rabel, un grupo de ilustres juristas (de Alemania, Inglaterra y Francia) preparó un anteproyecto de «Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales», elaborado en 1939, que se vio paralizado por la II Guerra mundial y solo hasta que el gobierno de Holanda convocó a una conferencia en La Haya se reconsideraron los trabajos sobre este proyecto, conferencia que tuvo lugar en noviembre de 1951.

El prof. Alejandro GARRO relata que «con una comisión especial compuesta por juristas de Francia, Alemania Federal, Italia, Holanda, Suecia, Suiza y el Reino Unido» se trabajó en un *nuevo anteproyecto*, el cual se terminó en 1956.

De las revisiones hechas a dicho anteproyecto, por parte de los diferentes países, surgieron dos anteproyectos en 1962: uno, en relación con la formación del contrato, y otro, en relación con la venta internacional de cosas muebles. GARRO, A. M., y ZUPPI, A. L., *Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp. 29-32. En la conferencia de La Haya (celebrada entre el 2 y el 25 de abril de 1964), las delegaciones de 28 países aprobaron el texto de la LUVI y el texto de la LUF. *Ibid.*, pp. 32-41. Dichos textos no tuvieron una gran acogida internacional, por lo que, a través de las Naciones Unidas, se logró convocar a un número más alto de representantes de todas partes, para lograr un acuerdo más internacional sobre la unificación y armonización del Derecho comercial internacional.

Por iniciativa de Hungría, la ONU, en 1965, dictó una resolución para la creación de la CNUDMI («organismo de las Naciones Unidas encargado de la unificación y armonización del derecho comercial internacional, creado con el propósito de eliminar los obstáculos jurídicos que entorpecen las transacciones comerciales internacionales»). GARRO relata que una de las primeras tareas que tuvo CNUDMI fue la de crear una Ley uniforme para las compraventas internacionales. Como los textos de la LUVI y la LUF no tuvieron una gran ratificación por parte de los estados miembros de la ONU, la CNUDMI, en la reunión celebrada en Ginebra en marzo de 1969, designó un grupo de trabajo de 14 miembros, para que los textos de la LUVI y la LUF se analizaran y se les incorporaran los cambios necesarios para conseguir un texto más acorde a los intereses de la mayoría de los estados con sistemas jurídicos distintos. De este arduo trabajo y de las diferentes reuniones a lo largo de casi una década [en la que tuvieron lugar las sesiones de los diferentes *working groups* (1970-77), de la Comisión de la CNUDMI (1977-78) y, finalmente, de la conferencia diplomática (1980)] surgió la adopción de nuevos cambios para la LUVI y la LUF, en materia

(actualmente) la han ratificado<sup>20</sup>. Entre estos se encuentra, como anticipé al comienzo de este libro, el ordenamiento español, desde el 1 de agosto de 1991.

Lo anterior, sin duda, ha promovido la consolidación de una práctica comercial. Además, ha permitido que los jueces, los árbitros y la doctrina traten la regla de la operación de reemplazo de una manera jurídica más uniforme, con unas bases y requisitos más claros y, por decirlo de alguna manera, con una visión más moderna<sup>21</sup>. No obstante, la aplicación, el tratamiento y el estudio de la regla de la operación de reemplazo sigue siendo muy superficial y, a veces, demasiado provisto de obviedad, en relación a su práctica extrajudicial (por el acreedor) y a la concesión de esta como un daño contractual por los jueces y árbitros.

Por lo anterior, es preciso hacer referencia al funcionamiento y aplicación que ha tenido esta regla, de conformidad con la CISG, pues, si bien, como indiqué, ha derivado de los criterios de cuantificación del daño en los sistemas angloamericanos, esta no se ha regulado igual y tampoco se ha aplicado de la misma forma que en los casos angloamericanos vistos, sino que ha respondido a un contexto más internacional, que incluye también la tradición del *Civil Law*.

En este sentido, este estudio será útil para identificar aquellas diferencias que tiene la operación de reemplazo de la CISG, respecto de los sistemas angloamericanos, en especial, respecto del *UCC*.

En las siguientes líneas me referiré al contenido de la regla del artículo 75 CISG, sus antecedentes y el entendimiento práctico de sus requisitos, para que el acreedor tenga derecho a la indemnización del daño concreto derivado de la compra o de la venta de reemplazo realizada, ante el incumplimiento. Finalmente, me referiré al principio de la mitigación del daño en la CISG, ya que este es el presu-

---

de formación del contrato y compraventa internacional, incumplimiento y remedios, que fueron aprobados en la décima sesión y se refundieron en la undécima sesión en un solo texto, en 1978. El texto unificado de la CISG se aprobó, de manera unánime por sus 62 plenipotenciarios de distintos países, en Viena, quedando abierta para la adhesión y firma de los distintos países en Nueva York, en la Sede oficial de la ONU, el 11 de abril de 1980. Sin duda, la gran participación de los diferentes países en su elaboración es lo que ha logrado que, hoy en día, sea un tratado con un alto número de ratificaciones por los diferentes países. *Ibid.*, pp. 43-47. Al respecto, también *vid.* HONNOLD, J., *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, párr. xi-xii.

El historial de los borradores del texto legislativo de la CISG, antes de la Convención de 1980, puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/conference.html> [Fecha de consulta octubre de 2019].

<sup>20</sup> A la fecha son 95 países. Información de los países que han ratificado la Convención disponible en: [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status). [Fecha de consulta: febrero de 2022].

<sup>21</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950; MP. Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) (FD 5.<sup>o</sup>), en donde se acude al artículo 75 CISG para dirimir un conflicto de un contrato de acciones, no internacional, sobre compra de reemplazo. O el caso de la *Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje*, No. 6281, 1989, CLOUT n. 102, en donde se aplica el Derecho yugoslavo junto con la interpretación del artículo 75 CISG.

puesto básico de la operación de reemplazo (como deber del acreedor para mitigar el daño y como presupuesto en la correcta ejecución del reemplazo).

## 1. Contenido y generalidades del artículo 75 CISG

En la CISG, la regla de la operación de reemplazo tiene dos funciones establecidas para los casos de *incumplimientos resolutorios*: la satisfacción del interés de cumplimiento del acreedor y la determinación del daño mínimo<sup>22</sup>.

Cuando la parte perjudicada por el incumplimiento de una compraventa internacional *resuelve la relación contractual (arts. 25, 49 y 64 CISG) y lleva a cabo, según el caso, una compra o una venta de reemplazo*, el artículo 75 CISG le concede el daño consistente en la diferencia *desfavorable* entre el precio del contrato original y el de la operación de reemplazo, en los siguientes términos:

Artículo 75 CISG: «Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74».

Esta regla supone el *cálculo concreto* del daño indemnizable que, junto con la regla del mercado (76 CISG<sup>23</sup>) –*cálculo abstracto*–, representan *métodos alternativos* de determinación del daño indemnizable en la CISG, en caso de resolución contractual. Ambos sistemas de cálculo del daño complementan

<sup>22</sup> GOTANDA, J., «Article 75», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck München, München, 2011, p. 1012 (en específico, nota 2); VIDAL OLIVARES, A., «El cálculo de la indemnización del daño y la operación de reemplazo en la compraventa internacional», en Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 411.

<sup>23</sup> Artículo 76 CISG: «1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución. 2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías».

el sistema general de indemnización de daños y perjuicios contractuales establecido en el artículo 74 CISG<sup>24, 25</sup>.

Como cálculo concreto del daño, la compra o venta de reemplazo evita que el acreedor deba probar el precio corriente de las mercancías, para acreditar el daño sufrido<sup>26</sup>.

El fundamento de la regla del cálculo concreto del daño deriva de que, con ella, *el acreedor puede mitigar efectivamente los daños y perjuicios* (art. 77 CISG) y que, a su vez, le asegura la satisfacción adecuada de su interés en el cumplimiento, a través de la reparación integral de los daños derivados de la compra o venta de reemplazo (art. 75 CISG), más los daños adicionales a los que haya lugar (de conformidad con el art. 74 CISG)<sup>27</sup>.

## 2. La génesis del artículo 75 CISG: una influencia del *Uniform Commercial Code*

La CISG tuvo como antecedentes a la LUF y la LUVI. En concreto, tanto la regla de la operación de reemplazo como la regla del mercado, derivaron de la regulación que se tenía en los artículos 84 (1) y 85 LUVI.

Artículo 84 (1) LUVI: *«In case of avoidance of the contract, where there is a current price for the goods, damages shall be equal to the difference between the price fixed by the contract and the current price on the date on which the contract is avoided».*

---

<sup>24</sup> Artículo 74 CISG: «La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato».

<sup>25</sup> Doc. B (1) UNCITRAL *Yearbook* VIII (1977), A/32/17, p. 58 [Disponible en: <http://www.cisg-law.pace.edu/cisg/legislative/B01-75.html>]. *Vid.*, también, CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8 – Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76–*, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008, párr. 1.2.1. En doctrina: CASTELLANOS RUIZ, E.; EGEA ZEROLO, R.; IBAÑEZ MARSILLA, S., «La Compraventa Internacional de Mercaderías (cap. II)», en Alfonso Calvo Caravaca y Mariano Yzquierdo Tolsada (eds.), *Tomo XVI. Los contratos internacionales (I)*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 614; HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 Nations Convention*, 4th, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, p. 583; SCHWENZER, I., «Article 75», en Schlechtriem & Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016, p. 1087; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, p. 610; ZELLER, B., *Damages under the convention on contracts for the International Sale of Goods*, 2nd, Oxford University Press, New York, 2009, p. 200.

<sup>26</sup> GOTANDA, J., «Article 75», *cit.*, p. 1013.

<sup>27</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8* *cit.*, párr. 2.1.2.

Artículo 85 LUVI: «*If the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold in a reasonable manner, he may recover, the difference between the contract price and the price paid for the goods bought in replacement or that obtained by the resale*».

Respecto de los anteriores preceptos, la regla la operación de reemplazo del artículo 75 CISG tuvo algunas modificaciones, con ciertos efectos prácticos.

En la quinta sesión del *working group*, celebrada en enero de 1974, se re-examinaron los artículos relativos a la indemnización de los daños y perjuicios, con la representación de Austria, Brasil, Japón y Estados Unidos. El borrador del artículo relativo a la operación de reemplazo de la LUVI (art. 85) se adoptó con cambios muy menores, sugeridos por los distintos representantes<sup>28</sup>.

1. *En primer lugar*, se advierte el cambio de posición de la regla de la operación de reemplazo respecto de la del mercado. En la CISG, se dispone primero la regla de la operación de reemplazo y luego la regla del mercado. Además –y es muy importante–, la regla del mercado (art. 76 CISG) se regula, expresamente, como *regla subsidiaria de la regla de la operación de reemplazo*. Ello no estaba así en la LUVI [art. 84 (1)]<sup>29</sup>.

El antecesor artículo 84 (1) LUVI, sobre la regla del mercado, no distinguía si había o no un cálculo concreto del daño (compra o venta de reemplazo), a fin de que perjudicado pudiera elegir libremente por cuál de los dos métodos reclamaba sus daños, cuando se trataba de bienes con un precio corriente en el mercado (bienes fungibles). Posteriormente, el artículo 57 (actual art. 76 CISG) del Proyecto sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de Ginebra (5-16 enero de 1976) (en adelante, *Geneva Draft*) introdujo una restricción que consistía en que se admitía el cálculo abstracto del daño, si el perjudicado no reclamaba los daños conforme al artículo 55 (actual art. 74 CISG) o 56 (actual art. 75 CISG)<sup>30</sup>.

Artículo 57 *Geneva Draft*: «(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, *if he does not rely upon the provisions of articles 55 or 56*, recover the difference between the price

<sup>28</sup> HONNOLD, J., *Documentary history...*, cit., p. 191. Concretamente sobre el actual artículo 75 CISG, *vid.* el historial legislativo en el siguiente enlace:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/chronology/chrono75.html>.

<sup>29</sup> Esto ha sido resaltado por ZIMMERMANN, R., «Art. 9:507: Current Price», en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1494.

<sup>30</sup> OFFERMANN, J., «Damages Arising Out of a Cover Purchase within the Framework of Articles 74 to 77 CISG», *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 10, I, 2006, p. 3.

*fixed by the contract and the current price on the date on which the contract is avoided [...]» (subrayado mío)*<sup>31</sup>.

Lo anterior se confirmó en 1980, en la 10.<sup>a</sup> sesión plenaria de la *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, en Viena, en la que el comité estableció que el artículo 56 *Geneva Draft* era una manifestación del artículo 57 *Geneva Draft*<sup>32</sup>. A partir de aquel momento, el artículo 72 (actual art. 76 CISG) *solo* se aplicaría si el perjudicado no había llevado a cabo una compra de reemplazo, conforme el artículo 71 (actual art. 75 CISG). El texto fue aprobado por 46 votos y una abstención<sup>33</sup>.

Es importante destacar la consecuencia práctica que tiene tal modificación. Pues, como estudiaré más adelante, en el ámbito de la CISG, el daño sufrido por una *razonable* operación de reemplazo *desplaza* el daño que se derive de la regla del mercado. Así, también lo señaló Offermanns, quien explica que ello obedeció a que, a través del cálculo abstracto (regla del mercado), el perjudicado podía especular a costa del deudor y ello podría resultar en la reparación de un daño que, en realidad, no ha sufrido el acreedor<sup>34</sup>.

La disposición de ambas reglas y la *subsidiaridad de la regla del mercado*, frente a la regla del reemplazo, obedecería a la (evidente) decisiva influencia de la comitiva estadounidense (liderada por John Honnold y Allan Farnsworth) en la redacción de la CISG y que conllevó a una (también evidente) influencia del entonces famoso *UCC (en concreto, de los §§ 2 – 706, 708, 712 y 713 UCC)*<sup>35</sup>.

En este aspecto, es importante destacar que la antigua disposición de las reglas de reemplazo y del mercado, en la LUVI, quizás haya obedecido a que la influencia estadounidense no estuvo tan presente, en su proceso de redacción. Al respecto, MAGNUS relata que, en las primeras etapas del proceso de unificación de la compraventa internacional, sobre el cual se funda la estructura actual de la

---

<sup>31</sup> «Article 57», *Draft Convention on the International Sales of Goods*, en *Report of the working group on the International Sale of Goods on the work of its seventh session (Geneva, 5-16 January 1976)* (A/ CN.9/116), p. 95. [Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/116>].

<sup>32</sup> Doc. B (1) *UNCITRAL Yearbook VIII (1977)*, A/32/17, pp. 58-59. [Disponible en: [https://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/yb\\_1977\\_e.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/yb_1977_e.pdf)].

<sup>33</sup> «Summary Records of the Plenary Meetings», 10th plenary meeting, Thursday, 10 April 1980, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, Viena, [Pte. Mr. EÖRSI (Hungary)]. Doc. A/CONF.97/11/Add.2, p. 13. [Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary10.html>].

<sup>34</sup> OFFERMANN, J., «Damages Arising Out of a Cover...», cit., p. 3.

<sup>35</sup> MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention...», cit., pp. 79-80; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 612; «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 22, en específico, nota 55.

CISG, Estados Unidos no tuvo una influencia considerable, como sí lo tuvo el sistema inglés y su comitiva<sup>36</sup>.

La LUVI es producto de un proyecto elaborado por una comisión especial «compuesta por juristas de Francia, Alemania Federal, Italia, Holanda, Suecia, Suiza y el Reino Unido», quienes terminaron el proyecto en 1956, para ser revisado y comentado por los representantes de 28 países, que aprobaron, en una conferencia celebrada en La Haya, en 1964, el texto de la LUVI (junto con el de la LUF). Sobre la representación de los Estados Unidos, GARRO comenta que este país no tuvo una participación hasta último momento, y que se le autorizó adherirse al Instituto de Roma, a tan solo tres meses antes de la mencionada Conferencia de La Haya<sup>37</sup>.

Sin embargo, posteriormente, para la preparación de la CISG sí hubo una considerable influencia por parte de la delegación estadounidense, en la que HONNOLD y FARNSWORTH estaban «particularmente involucrados», y cuyas intervenciones tuvieron un impacto considerable en las decisiones tomadas en la Convención<sup>38</sup>.

Por esta razón, se advierte una similitud entre el tenor de la regla del artículo 75 CISG y las disposiciones sobre la compraventa de reemplazo del *UCC* (§§ 2 – 706 y 2 – 712 *UCC*)<sup>39</sup>. Al respecto, FLECHTNER destaca que son reglas prácticamente iguales. No obstante, la mayor diferencia se encuentra con la regla de la venta de reemplazo (§ 2 – 706 *UCC*). Pues, para llevarla a cabo, la CISG *no exige* la notificación del vendedor-perjudicado al comprador-deudor, sobre su intención de vender las mercancías a un tercero (venta de reemplazo). Otra diferencia, general, es que el artículo 75 CISG *no prevé expresamente* la deducción de los gastos ahorrados con ocasión del reemplazo del montante indemnizatorio (lo cual sí está en las disposiciones del *UCC*), pero sí prevé la indemnización de los daños adicionales (*consequential* o *incidental damages*). Aunque, en opinión del autor, debería construirse una interpretación que permitiese la deducción de los costes ahorrados, pues ello sería equitativo, toda vez que se reconocen los costes adicionales en virtud del artículo 74 CISG<sup>40</sup>.

2. Y, en segundo lugar, el artículo 75 CISG incorpora explícitamente el requisito del *tiempo razonable después de la declaración de la resolución (avoidance)* (y no solo la manera razonable), que no tenía la LUVI, ni que

<sup>36</sup> MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention...», cit., p. 79.

<sup>37</sup> GARRO, A. M., «La Convención de las Naciones Unidas...», cit., párr. 2 y nota 14.

<sup>38</sup> MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention...», cit., pp. 79-80.

<sup>39</sup> ZIEGEL, J. S., *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, UNCITRAL, Toronto, 1981 (Section II. Article 75). [Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>].

<sup>40</sup> FLECHTNER, H. M., «Remedies under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U. C. C.», *J. L. & Com.*, vol. 8, 1988, pp. 97-98.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

tienen las reglas del *UCC*<sup>41</sup>. Lo que, a mi entender, da mayor relevancia a la importancia de que el perjudicado *no* especule a costa del deudor, celebrando el negocio de reemplazo tan pronto como le sea posible.

También, como ya adelanté, el artículo 75 CISG introduce, expresamente, el derecho del acreedor a los *daños adicionales* que se causen con ocasión del reemplazo (*further loss*), conforme a la regla general de la indemnización del artículo 74 CISG<sup>42</sup>. En este aspecto, Soler Presas manifiesta que esta regla mejora a su antecesora<sup>43</sup>.

*La razón por la que se continuó optando por regular la regla de la compraventa de reemplazo en la CISG* obedeció a su importante naturaleza práctica y a que, con esta, se evitarían los problemas interpretativos de las normas generales de indemnización del daño (arts. 74 - 77 CISG), con las que se llegarían a una misma solución.

Sin embargo, Honnold informó que otros representantes (no puntualiza quienes exactamente) habían sugerido la *supresión de esta norma*, por considerarla innecesaria, debido a que la aplicación de las normas generales sobre la indemnización de los daños y perjuicios, para casos especiales, llevarían al mismo resultado que la norma en cuestión. Dicha sugerencia fue objetada, por las razones anteriormente expuestas<sup>44</sup>.

### 3. Los requisitos y la aplicación de la regla de reemplazo (art. 75 CISG)

#### 3.1 LA EXIGENCIA DE LA PREVIA RESOLUCIÓN

*La CISG exige la declaración de la resolución de la relación contractual, para que opere la determinación del daño conforme a los artículos 75 y 76 CISG*<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> HONNOLD, J., *Documentary history...*, cit., p. 191.

<sup>42</sup> GOTANDA, J., «Article 75», cit., n. 1; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 611.

<sup>43</sup> SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 612; «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 22.

<sup>44</sup> El borrador de la regla de la operación de reemplazo, en la 15.ª sesión del *working group*, el 30 de enero de 1974, se estableció, del modo que sigue: «*if the contract is avoided, and, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or seller has resold the goods, he may, instead of claiming damages under articles 82 or 84 recover the difference between the contract price and the price paid for the goods bought on replacement or that obtained by the resale*». HONNOLD, J., *Documentary history...*, cit., p. 191.

<sup>45</sup> CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (2016)*, Naciones Unidas, New York, 2017, p. 262. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG\\_Digest\\_2016\\_s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG_Digest_2016_s.pdf).

No sobra aclarar que esta comunicación se realiza de forma extrajudicial, por lo que no necesita acción para surtir sus efectos en la CISG (art. 26).

En la CISG, al remedio de la resolución se puede llegar por dos vías: a) por el incumplimiento esencial (arts. 25, 49 y 64 CISG)<sup>46</sup> o b) por el incumplimiento del plazo suplementario (*Nachfrist*), que tiene lugar cuando el acreedor concede un *plazo adicional* al deudor para cumplir y, transcurrido ese plazo adicional, el deudor persiste en su incumplimiento (arts. 47 y 63 CISG<sup>47</sup>)<sup>48</sup>.

Un ejemplo de *Nachfrist* y operación de reemplazo es el caso Italiano de la *Corte di Appello di Milano*<sup>49</sup>. Hechos.—Un vendedor italiano demanda a un comprador francés, por el incumplimiento de contrato de compraventa de un equipo de impresión, por falta de pago del resto del precio (pues solo había pagado una parte) y por negarse a recibir la mercadería, pese a varios avisos del vendedor. En su sentencia, el Tribunal de apelación estimó que *la prórroga* concedida por el vendedor al comprador era «razonable» en los términos del artículo 63.1 CISG (*Nachfrist*). En consecuencia, consideró que dicha demora había causado una pérdida sustancial y que, por tanto, el vendedor tenía derecho a los daños y perjuicios calculados mediante la regla de la operación de reemplazo (art. 75 CISG). El Tribunal, de hecho, rechazó la indemnización reclamada por el vendedor, mediante el artículo 74 CISG, dado que dicha pretensión no estaba justificada, ni acreditada<sup>50</sup>.

### 3.1.1 *La compra o venta de reemplazo «posterior» a la declaración de la resolución*

Cumplidas las anteriores condiciones (incumplimiento esencial/*nachfrist*), la parte perjudicada *debe* declarar (notificar) la resolución de la relación contractual (art. 26 CISG), para que las obligaciones mutuas se extingan

<sup>46</sup> Vid. BRIDGE, M., «Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 59, 2010, pp. 911-940; GREBLER, E., «Fundamental breach of contract under CISG: A controversial rule», *Am. Soc'y Int'l L.*, 101, 2007, pp. 407-413; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., «El incumplimiento esencial del contrato de compraventa internacional de mercaderías», 2001, Universitat de les Illes Balears; ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., pp. 196-198.

<sup>47</sup> Vid. FENOY PICÓN, N., «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de los Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...», *ADC*, vol. 68, 3, 2015, pp. 811-814; ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., pp. 198-200.

<sup>48</sup> BRIDGE, M., «Avoidance for Fundamental Breach of Contract...», cit., p. 912.

<sup>49</sup> Italia: *Corte di Appello di Milano*, Bielloni Castello v. EGO (11 de diciembre de 1998), CLOUT n. 645.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 645.

y, solo después, aquel podrá celebrar una compra o venta de reemplazo<sup>51</sup>. En caso contrario, la determinación del daño, calculado mediante la compra o venta de reemplazo realizada por el acreedor, será denegada por los jueces<sup>52</sup>.

Por falta de incumplimiento esencial, por ejemplo, la SAP Murcia de 25 de mayo de 2012. Hechos.—Una compradora holandesa demandó a una vendedora española por el incumplimiento de un contrato de compraventa internacional de pimentón rojo en polvo, el cual estaba defectuoso. La compradora alegó que se trataba de un «defecto esencial del producto pues el mismo deviene inservible para el consumo humano», por contener colorantes no autorizados<sup>53</sup>. La compradora (demandante) solicitó la resolución [art. 25 y 35.2 CISG], junto con la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a las compras que había realizado a un proveedor alternativo de pimentón rojo en polvo (compra de reemplazo).

Respecto de lo que ahora interesa, después de un análisis detallado de la defectuosidad del pimentón, la Audiencia *no apreció la existencia de un incumplimiento esencial* por la vendedora (demandada), dado que los niveles bajos de los colorantes ilegales encontrados en el pimentón, no se debían a una adulteración deliberada, sino a una «contaminación adventicia del entorno o de la maquinaria utilizada para procesar la especia u otro ingrediente»<sup>54</sup>. En consecuencia, con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios reclamada, la Audiencia Provincial *rechazó* la reparación de los gastos derivados de las compras de reemplazo realizadas (art. 75 CISG), pues no se estaba ante un supuesto de resolución contractual, y no cabe considerarse que el daño producido por la compra de reemplazo fuera consecuencia necesaria de la contaminación<sup>55</sup>.

Por falta de la declaración de la resolución, por ejemplo, la SAP Barcelona de 2 de febrero de 2004. En dicho fallo, la Audiencia concedió, como daños y perjuicios, solo el de las ventas de reemplazo (art. 75 CISG) celebradas con posterioridad a la declaración de la resolución por parte de la compradora (angoleña), perjudicada por la falta de entrega de la vendedora (española)<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 584; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 413. Casos.—Austria: *Oberster Gerichtshof*, 6 Ob 311/99z (9 de marzo de 2000), CLOUT n. 424; España: SAP Valencia, 8.ª (31 de marzo de 2005), CLOUT n. 730; SAP Murcia, 1.ª (25 de mayo de 2012), CLOUT n. 1342 [las sentencias españolas, en esta nota, las cito conforme al compendio de jurisprudencia dispuesto por la CNUDMI (CLOUT) y la numeración dada a los distintos casos internacionales].

<sup>52</sup> SAP Murcia, 1.ª, de 25 de mayo de 2012 (JUR 2012/232460; MP. Ilma. Sra. Dña. María Pilar Alonso Saura) (FD 9.º) [resumida en el CLOUT n. 1342, pp. 6-7]; SAP Barcelona, de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004/91344; MP. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez) (FD 4.º) y SAP Córdoba, 3.ª, de 24 de mayo de 2013 (JUR 2013/332147; MP. Ilmo. Sr. D. Felipe Moreno Gómez) (FD 2.º).

<sup>53</sup> SAP Murcia, de 25 de mayo de 2012 (FD 1.º).

<sup>54</sup> SAP Murcia, de 25 de mayo de 2012 (FD 2.º y 3.º).

<sup>55</sup> La Audiencia consideró relevante que acreditare, además, que la compradora (demandante), con posterioridad, hubiera ordenado un pedido a la vendedora (demandada) sin que alegara incidencia alguna en el producto. SAP Murcia, de 25 de mayo de 2012 (FD 9º).

<sup>56</sup> SAP Barcelona, de 2 de febrero de 2004 (FD 4.º).

El objetivo de la declaración de la resolución, tal como indica Schwenzer, es el de evitar que se reconozcan compras o ventas de reemplazo previas a esta<sup>57</sup>. Pues, con la resolución, el perjudicado *pierde* el derecho al cumplimiento específico y se libera de las obligaciones contraídas<sup>58</sup>. En mi opinión, con el requisito de la resolución, la CISG resuelve la cuestión de que el acreedor ya no pueda exigir el cumplimiento del contrato (sea la entrega de las mercancías o el pago del precio, según el caso). Y ello es muy importante en los sistemas de derecho continental, donde tenemos un reconocimiento generalizado de la pretensión de cumplimiento.

En otro orden de consideraciones, la doctrina también se ha cuestionado sobre la conveniencia de incluir, *en la notificación de la resolución*, la intención del perjudicado de llevar a cabo una compra o venta de reemplazo<sup>59</sup>. A mi modo de ver, no estaría demás incluir dicha información, según el caso, en la declaración de la resolución, o en la comunicación en la que perjudicado fije un plazo suplementario para el cumplimiento de la obligación (*Nachfrist*; arts. 47 y 63 CISG). Particularmente, en el caso de la venta de reemplazo, convendría que el comprador-deudor dispusiese de la información acerca del lugar y la fecha en la que se llevará a cabo la venta de reemplazo, por sí aún le interesaren las mercaderías, en orden a buscar una solución *menos* dañosa, tal como lo han exigido el sistema inglés (s. 48 SGA 1979) y el estadounidense (§ 2 – 706 UCC).

En el marco del Derecho angloamericano, el requisito de la notificación, en concreto, de la venta de reemplazo, permite, entre otras cosas, que el comprador tenga la oportunidad bien de cumplir (pagando el precio), o bien de acudir a comprar, si aún sigue interesado en las mercancías objeto del contrato, de forma que

<sup>57</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1091.

<sup>58</sup> CASTELLANOS RUIZ, E., y otros, «La Compraventa Internacional...», cit., p. 615; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 615; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 413. Vid. la sentencia judicial alemana del *Oberlandesgericht Bamberg*, 3 U 83/98 (13 de enero de 1999), CLOUT n. 294.

Los hechos del caso y la opinión del Tribunal, según el relato del compendio de jurisprudencia de la UNCITRAL, fueron los siguientes: «El demandante, un vendedor portugués, reclamó al demandado, un comprador alemán, el precio de compra pendiente. El comprador presentó una reconvencción en la que pedía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia, entre otras cosas, de la entrega tardía e incompleta, que supuso gastos adicionales por las compras de reemplazo y por la elaboración de parte de la mercancía en Alemania en lugar de Turquía. Con respecto a la entrega incompleta, el tribunal entendió que el comprador no podía presentar una reconvencción pidiendo el reembolso de los gastos adicionales ocasionados por las compras de reemplazo de la mercancía que no se entregó, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la CIM [CISG], ya que no había declarado resuelto el contrato. *Una compra de reemplazo no puede sustituir una notificación de resolución del contrato a tenor del artículo 26 de la CIM, ya que la Convención no prevé la resolución del contrato por imperativo de ley*» (cursiva mía).

<sup>59</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 584; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 416.

evite la causación de mayores daños si la venta de reemplazo la hiciera a un tercero, lo cual *no es obligatorio en los casos de bienes perecederos*<sup>60</sup>.

### 3.1.2 *La compra o venta de reemplazo «previa» a la declaración de la resolución: ¿es un daño?*

Ahora bien, la doctrina se ha cuestionado sobre si la regla de la operación de reemplazo (art. 75 CISG) puede operar, *excepcionalmente*, sin la previa declaración de la resolución<sup>61</sup>. Ello, especialmente, en los casos en donde hay un evidente incumplimiento resolutorio (porque, por ejemplo, una de las partes repudia el contrato) o cuando se trata de bienes con precios muy fluctuantes en el mercado o perecederos, que requieren de una venta de reemplazo urgente, a fin de que no se deprecie rápidamente su valor en el mercado, o se pierdan (mitigación), o que, por ciertas circunstancias de la actividad mercantil del perjudicado, este requiera de un reemplazo inmediato. Sin duda, en estos casos, la determinación y reparación del daño provocado por el reemplazo plantea ciertas dificultades, ya que el artículo 75 CISG exige expresamente la declaración de la resolución.

Al respecto, *en primer lugar*, se ha llegado a admitir la aplicación del cálculo concreto del daño, sobre la base del artículo 75 CISG, en casos en los que el deudor inequívocamente no va a cumplir con su obligación, conforme al principio de la buena fe (art. 7.1 CISG)<sup>62</sup>.

Así, por ejemplo, la sentencia alemana del *Oberlandesgericht Hamburg*, de 28 de febrero de 1997, en donde se sostuvo que, bajo el principio de buena fe (art. 7.1 CISG) –cito textualmente– «*era innecesaria una declaración expresa de resolución del contrato una vez que el vendedor se negaba a cumplir su obligación de entrega, y que insistir en dicha declaración sería contrario al principio de la buena fe (párrafo 1) del artículo 7 de la CIM*». Por tanto, el Tribunal estimó, que «[p]uede prescindirse de dicha declaración siempre que la resolución del contrato sea posible en principio [incumplimiento esencial] y que resulte seguro que el vendedor no cumplirá sus obligaciones en el momento en que se efectúa la compra de reemplazo» (paréntesis mío)<sup>63</sup>. Con ello,

<sup>60</sup> Vid. capítulo primero, apartado IV.2 y capítulo segundo, apartado IV.4.2.

<sup>61</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1089 (en especial, casos de la nota 20).

<sup>62</sup> GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1014.

<sup>63</sup> Alemania: *Oberlandesgericht Hamburg*, 1 U 167/65 (28 de febrero de 1997), CLOUT n. 27. Hechos.– (conforme al compendio CLOUT CNUDMI): «[e]l demandante, un comprador inglés, y el demandado, un vendedor alemán, celebraron un contrato para el suministro de hierro y molibdeno desde China,

se aseguraría que se respete el derecho del deudor a cumplir con la prestación y su interés en el mantenimiento de la relación contractual.

*En segundo lugar*, también, Honnold ha planteado una segunda vía, que consiste en que el artículo 74 CISG pueda tener una función subsidiaria del artículo 75 CISG, para indemnizar operaciones de reemplazo celebradas *previamente* a la declaración de la resolución<sup>64</sup>.

En este aspecto, resulta muy interesante partir del razonamiento de la SAP Valencia, 8.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2005<sup>65</sup>.

Hechos.—Un comprador alemán demandó a un vendedor español, por incumplimiento de un contrato de compraventa de 1.500 toneladas de naranjas para zumo, cuya entrega se había previsto entre la primera semana de enero y el mes de julio de 2002. Dado que el vendedor no envió la mercancía que correspondía en el mes de enero, el comprador decidió, a mediados de febrero, resolver el contrato en lo que atañe al mes de enero y proceder a realizar una compra de reemplazo. Por tanto, el comprador reclamó los daños y perjuicios de conformidad con la regla de la operación de reemplazo (art. 75 CISG). La *primera instancia* estimó la resolución de la relación contractual, pero, como la compradora (demandante) no notificó la resolución hasta el día 26 de septiembre de 2002, consideró que no le era aplicable el artículo 75 CISG, *pero sí el artículo 74 CISG*<sup>66</sup>.

En su sentencia, la Audiencia consideró que la compradora (demandante), en aras a reclamar los daños por el artículo 75 CISG, debió notificar al vendedor la resolución (art. 26 CISG). A partir de aquel momento, el acreedor debió realizar las compras de reemplazo. Como ello no se acreditó, la Audiencia desestimó la indemnización de los daños y perjuicios reclamados conforme a las compras de reemplazo realizadas por el comprador-acreedor, aclarando que estas tampoco podían estar amparadas por el artículo 74 CISG (*como lo había sostenido el Tribunal a quo*). En su opinión, dicha norma se refiere a supuestos fácticos distintos a los de la indemnización conforme a la operación de reemplazo (art. 75 CISG)<sup>67</sup>.

---

CIF Rotterdam, con entrega en octubre de 1994. La mercadería no se entregó al comprador, pues el proveedor chino tampoco entregó la mercadería al propio vendedor. Tras cumplirse un plazo suplementario para la entrega (*Nachfrist*), el comprador realizó una operación de reemplazo con un tercero y demandó al vendedor exigiendo el pago de la diferencia entre el precio pagado y el precio previsto en el contrato». El Tribunal estimó la indemnización de los daños y perjuicios conforme al artículo 75 CISG, pues el contrato se había resuelto por la vía de la *Nachfrist*, conectada al artículo 49 CISG, concretamente, apartados (a) y (b).

Nótese, sin embargo, que, en este caso, existía el típico caso de resolución —pero sin declaración—, que se había efectuado por la *Nachfrist* (art. 47 CISG).

<sup>64</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 586.

<sup>65</sup> SAP Valencia, 8.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/130644; MP. Ilmo. Sr. D. Fernando Javierre Jimenez).

<sup>66</sup> SAP Valencia, 8.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2005 (FD 1.<sup>o</sup>).

<sup>67</sup> SAP Valencia, 8.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2005 (FD 2.<sup>o</sup>).

Con relación a esta sentencia, considero que no se debería perder de vista que, tanto el artículo 75 CISG como el 76 CISG son una manifestación del artículo 74 CISG<sup>68</sup>. Y, en este sentido, no me parece incoherente el razonamiento de la primera instancia, que aplica el artículo 74, para reconocer el daño calculado conforme a las compras de reemplazo realizadas por el acreedor.

A mi juicio, se podría tener en cuenta el sistema concreto de cálculo del daño, de conformidad con la operación de reemplazo, siempre que se acredite que era una medida razonable (y la mejor) para mitigar el daño (art. 77 CISG), es decir, cuando su cuantía esté *por debajo* del precio del mercado, o cuando el reemplazo hubiese mitigado otras pérdidas que habría tenido el perjudicado por el incumplimiento (como las derivados de la paralización de la producción de su empresa o la pérdida de bienes perecederos). Pues, hay que tener en cuenta que, el no haber llevado a cabo la operación de reemplazo, como una medida razonable, podía acarrear consecuencias indeseables en la extensión del daño indemnizable al perjudicado (art. 77 CISG)<sup>69</sup>.

Es otras palabras, el daño concreto se repararía por aplicación de las reglas generales de la indemnización, tales como la del principio de la mitigación (art. 77 CISG) y teniendo en cuenta que, por lo general, el principio de la previsibilidad, exigido por el artículo 74.2 CISG, se cumple en las operaciones de reemplazo<sup>70</sup>.

Offermanns considera que, si se acredita que el perjudicado retrasó la declaración de la resolución, y aumentó el daño, ello se consideraría un incumplimiento del deber de mitigar el daño (art. 77 CISG)<sup>71</sup>.

Sin embargo, la *Opinión No. 8* del *CISG Advisory Council* aclara, que las posiciones doctrinales que defienden las operaciones de reemplazo, *antes* de la declaración de la resolución, son inconsistentes con el explícito tenor del artículo 75 CISG, pues –cito textualmente– «[a]voidance of the contract is required to conduct a substitute transaction because *it is the declaration of avoidance that terminates the rights of the parties under the*

---

<sup>68</sup> Así lo manifiestan los redactores de la regla en la CISG [Doc. B (1) UNCITRAL *Yearbook* VIII (1977), A/32/17, pp. 58].

<sup>69</sup> OFFERMANN, J., «Damages Arising Out of a Cover...», cit., pp. 6-7. No obstante, la autora Offermanns llega a la anterior argumentación, por vía de la aplicación del artículo 76 CISG, sobre el cálculo abstracto-objetivo del daño, como un método que recalcula el daño concreto sufrido por la compra o venta de reemplazo, tomando como referencia el precio objetivo del mercado del momento del incumplimiento (y no el de la resolución; art. 76 CISG) (p. 3).

<sup>70</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., pp. 1089, 1091-1092 (véase la lista de casos de la nota 20).

<sup>71</sup> OFFERMANN, J., «Damages Arising Out of a Cover...», cit., p. 6.

*contract and gives the aggrieved party the freedom to seek its performance interest elsewhere» (subyariado mío)<sup>72</sup>.*

No obstante, considero que habría que revisar las circunstancias particulares de cada caso y, siempre que no se existieran otros medios de tutela más razonables, por vía del artículo 74 CISG y su principio de la reparación integral del daño, determinar si el perjudicado ha sufrido un daño efectivo que deba ser indemnizado; así sea, si se prefiere, mediante el parámetro objetivo del precio del mercado (cálculo abstracto), del momento en que el perjudicado celebró la operación de reemplazo.

### 3.2 LA RAZONABILIDAD (FORMA Y PLAZO) DE LA COMPRAVENTA DE REEMPLAZO

Los requisitos recogidos en la CISG son análogos a los que hay en algunos ordenamientos nacionales, como el estudiado ordenamiento estadounidense (§§ 2 – 706 y 712 *UCC*) o el ordenamiento francés, tras la reforma de su Código civil de 2016 (art. 1222 CC fr. d.o.), vistos en los capítulos anteriores.

En este apartado me enfocaré en aquellas cuestiones prácticas que permitan delimitar y caracterizar el cumplimiento del requisito de la *razonabilidad*, en el ámbito de la compraventa internacional.

#### 3.2.1 *La manera razonable: la equivalencia de las prestaciones y la mitigación subyacente de los daños*

La manera razonable en la que el perjudicado debe proceder, para celebrar una operación de reemplazo, en general, debe conducir a la que realizaría un *comerciante prudente y cuidadoso en sus negocios*, observando la práctica comercial<sup>73</sup>.

CNUNDMI (*advisory council*): *«the substitute transaction was reasonable under the circumstances. Thus, an aggrieved party must act as a “careful and prudent businessman” would act while observing the relevant trade practices. The aggrieved party need not exhaust all possible avenues of research prior to*

<sup>72</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8 – Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76–*, cit., párr. 2.3.3.

<sup>73</sup> CNUNDMI, «Compendio de jurisprudencia...», 2017, Naciones Unidas, New York, p. 396; GOTANDA, J., «Article 75», cit., pp. 1016-1017; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 615; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 416.

*engaging in a resale or cover purchase. All the circumstances surrounding the substitute transaction will be evaluated; therefore, a transaction that was carried out above the market price may, nevertheless, meet the reasonableness standard. The Secretariat Commentary explains:*

*For the substitute transaction to have been made in a reasonable manner... it must have been made in such a manner as is likely to cause a resale to have been made at the highest price reasonably possible in the circumstances or a cover purchase at the lowest price reasonably possible. Therefore, the substitute transaction need not be on identical terms of sale in respect of such matters as quantity, credit or time of delivery so long as the transaction was in fact in substitution for the transaction which was avoided*» (subrayado mío)<sup>74</sup>.

El concepto de «comerciante prudente» puede ser muy abstracto, si no se le atribuye ciertas características prácticas. En este sentido, la manera razonable se proyecta sobre dos cuestiones concretas.

1. *La equivalencia del contrato de reemplazo con el contrato original.*—*En primer lugar*, como es obvio, la compra o venta de reemplazo debe versar sobre mercaderías *del mismo tipo y calidad que las del contrato original*<sup>75</sup>. Pero, se toleran diferencias insignificantes, pues lo relevante es la «funcionabilidad del objeto» y la satisfacción del interés contractual del perjudicado<sup>76</sup>.

*En segundo lugar*, la compra o venta de reemplazo deben tener los mismos términos del contrato original; por ejemplo, las condiciones de transporte, que se pacten, deben ser similares a las del contrato original<sup>77</sup>.

2. *Mitigación.*—De igual manera, la compra de reemplazo debe realizarse al *precio más bajo posible*, o la venta de reemplazo al *precio más alto posible*, ya que, a la operación de reemplazo le subyace el principio de la mitigación del daño (art. 77 CISG)<sup>78</sup>.

Por ejemplo, en el caso francés, resuelto por la *Cour d'appel de Rennes*, una empresa francesa contrató la compra de cierta cantidad de copas de sujetadores, para la fabricación de bañadores, a una empresa italiana. Tras la entrega, la compradora apreció defectos de fabricación y canceló los pedidos. Posteriormente, realizó varias compras de reemplazo y demandó los daños conforme al ar-

---

<sup>74</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8 – Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76*–, cit., párt. 2.3.1.

<sup>75</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 585; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 615.

<sup>76</sup> CNUDMI, «Compendio de jurisprudencia...», cit., p. 396, nota 31; GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1015; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 416.

<sup>77</sup> CNUDMI, «Compendio de jurisprudencia...», cit., p. 396, nota 32; MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 999 y notas 96-97.

<sup>78</sup> GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1016; HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 593; ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., p. 201.

título 75 CISG. En su sentencia, el Tribunal consideró que hubo falta de conformidad del producto (art. 35 CISG) y, además, que la anulación de los pedidos constituía una declaración de la resolución. Sin embargo, con relación a los daños, *rechazó* la indemnización del daño conforme a las compras de reemplazo realizadas, *pues estas no eran razonables, toda vez que la compradora se había cubierto en otro lugar a un precio muy elevado (casi el doble del precio del contrato original)*<sup>79</sup>.

Por lo anterior, *el perjudicado debe acreditar* que eligió la mejor opción entre las varias ofertas que examinó en el mercado, o que, tras varios infructuosos intentos para buscar el reemplazo, no tenía más alternativa en el mercado, que la que finalmente eligió<sup>80</sup>. No obstante, también se han tolerado situaciones extremas en las que, el perjudicado, por necesidades de su negocio, debe celebrar una operación de reemplazo *en un tiempo muy corto*, lo que no le permite buscar, exhaustivamente, el precio más bajo del mercado, caso en el que precio conseguido por el acreedor estaría justificado<sup>81</sup>.

*En general*, la forma razonable se inserta en el principio de la buena fe (art. 7 CISG) y en el de la mitigación de los daños y perjuicios (art. 77 CISG)<sup>82</sup>.

### 3.2.2 *El tiempo razonable*

En principio, el perjudicado debe acudir al mercado tan pronto como declare la resolución. No obstante, se tendrán en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, que no hayan permitido que la operación de reemplazo se realizara de aquella manera<sup>83</sup>.

Por ejemplo, se ha considerado razonable la venta de reemplazo que no se realiza hasta que el vendedor-acreedor tiene certeza del rechazo de la recepción de las mercaderías por el comprador-deudor, incluso habiéndose hecho la venta de reemplazo meses después a que el acreedor hubiese declarado la resolución<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Francia: *Cour d'appel de Rennes* (27 de mayo de 2008), CLOUT n. 1029. En este sentido, también la STS, I.ª, de 28 de enero de 2000 (RJ 2000/454; MP. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), que desarrollo en el marco del Derecho español.

<sup>80</sup> CNUDMI, «Compendio de jurisprudencia...», cit., p. 296, nota 36.

<sup>81</sup> GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1017. En este mismo sentido, «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT 2010*, cit., pp. 292-293.

<sup>82</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1090; ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., p. 201.

<sup>83</sup> Vid. CASTELLANOS RUIZ, E., y otros, «La Compraventa Internacional...», cit., p. 615; GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1017; SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1090; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 616; VIDAL OLIVARES, A., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 418.

<sup>84</sup> Suiza: *Kantonsgericht Zug*, A3 2001 43 (12 de diciembre de 2002), CLOUT n. 629. Hechos.— El comprador, llegado el plazo para el cumplimiento, notificó al vendedor que no recibiría las mercancías hasta que no se resolvieran las demandas que había interpuesto contra el vendedor. Este procedió a decla-

El objetivo del requisito de plazo razonable (art. 75 CISG) es evitar que el acreedor juegue, en su beneficio, con las fluctuaciones del precio del mercado, a costa del deudor. En este sentido, es muy importante la naturaleza de las mercaderías y la fluctuación del precio que estas ostenten en el mercado<sup>85</sup>. Por ejemplo, si se trata de mercaderías con precios muy fluctuantes, se espera que el periodo razonable sea muy corto. En cambio, si se trata de bienes más específicos, hechos a medida, de temporada o con poca fluctuación del precio en el mercado, se justificará que el plazo razonable sea más largo<sup>86</sup>.

Así, por ejemplo, se han considerado razonables las ventas de reemplazo celebradas *dos* meses después de la resolución, porque se trataba de chatarra<sup>87</sup>, o de zapatos de la temporada de invierno<sup>88</sup>.

En cualquier caso, el acreedor *deberá justificar* la razonabilidad de la distancia de tiempo entre la resolución y la operación de reemplazo<sup>89</sup>, pues, en caso contrario, no se considerará razonable la demora en llevar a cabo el reemplazo, tras la resolución<sup>90</sup>.

En el caso de la *declaración de resolución por el incumplimiento anticipado* del contrato (arts. 72.1 y 73.2 CISG), la doctrina se ha cuestionado si el periodo razonable debe contarse a partir de la declaración de la resolución, o desde el día en que debió efectuarse el cumplimiento del contrato. Al respecto, Schwenger y Schlechtriem consideran que el principio de la mitigación de los daños (art. 77 CISG) no obliga a que el acreedor celebre la operación de reemplazo antes del vencimiento del plazo para el cumplimiento, pues dicho plazo es esencial en la

---

rar la resolución del contrato y, posteriormente, realizó la venta de reemplazo. En la contestación a la demanda, el comprador alegó que el vendedor había esperado demasiado para realizar el reemplazo. Sin embargo, el Tribunal consideró que, al principio, el comprador no había rechazado las mercaderías, sino que había sometido la recepción a una condición. Por tanto, que el vendedor tenía derecho a esperar, a tener certeza de que el comprador rechazaría las mercancías, para celebrar la operación de reemplazo.

<sup>85</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8—Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76—*, cit., párr. 2.3.2; GOTANDA, J., «Article 75», cit., pp. 1017-1018.

<sup>86</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8—Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76—*, cit., párr. 2.3.2. GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1018. CNUDMI, «Compendio de jurisprudencia...», cit., p. 396, nota 39. También *vid.* VIDAL OLIVARES, A., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 418. Para los Principios UNIDROIT, *vid.* MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 999.

<sup>87</sup> Australia: *Supreme Court of Queensland*, 10680 de 1996 (17 de noviembre de 2000), CLOUT n. 631.

<sup>88</sup> Alemania: *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 17 U 146/93 (14 de enero de 1994), CLOUT n. 130. Hechos.—El Tribunal consideró razonable la venta de reemplazo de unos zapatos de la temporada de invierno, celebrada casi dos meses después de la resolución, como base para el cálculo de los daños y perjuicios. Lo anterior, en vista de que el vendedor (demandante-acreedor) argumentó que, por un lado, había ofrecido los zapatos en el mercado italiano (lugar pactado para la entrega) y, por otro lado, que, en el mes de agosto (momento de la resolución), «la mayoría de los minoristas habían repuesto ya sus existencias para la siguiente temporada y no tenían motivos para comprar otras mercaderías para la temporada invernal».

<sup>89</sup> VIDAL OLIVARES, A., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 418.

<sup>90</sup> CNUDMI, «Compendio de jurisprudencia...», cit., p. 396, nota 44.

determinación del daño<sup>91</sup>. Contrario a ello se manifiesta Butler, quien sugiere que, en estos casos, el momento más razonables es el de la declaración de la resolución por el incumplimiento anticipado, pues, en su opinión, el principio de la mitigación de los daños y perjuicios (art. 77 CISG) sí requiere que los daños se calculen tan pronto como el perjudicado pueda llevar a cabo el reemplazo<sup>92</sup>. En mi opinión, se podría optar por la solución inglesa, que consiste en que el deber de mitigar nace a partir del momento en el que el acreedor *acepta inequívocamente* el incumplimiento anticipado del deudor y, por tanto, debe actuar en consecuencia<sup>93</sup>.

### 3.3 LA RELACIÓN ENTRE LA REGLA DEL REEMPLAZO (ART. 75) Y LA REGLA DEL MERCADO (ART. 76) EN LA CISG

Como indiqué al principio de este capítulo, la forma cómo se reguló el artículo 75 CISG supone que el sistema de cálculo del daño conforme a la regla de la operación de reemplazo realizada por el acreedor *desplaza* al de la regla del mercado (art. 76 CISG)<sup>94</sup>. En este sentido, la aplicación de la regla del mercado (art. 76 CISG) procede siempre y cuando *no* se haya celebrado una razonable operación de reemplazo<sup>95</sup>.

El deber de realizar una operación de reemplazo es el resultado del deber de mitigar el daño (art. 77 CISG). Por ello, en el ámbito de la CISG, su cumplimiento *excluye* la aplicación de la regla del mercado<sup>96</sup>. Sin embargo, si el perjudicado usualmente realiza transacciones del mismo tipo en el mercado y el *deudor no puede acreditar* que ha habido una *específica transacción sustitutiva* del contrato incumplido, por la que el perjudicado haya sufrido *un menor daño*, el cálculo abstracto de daño (art. 76 CISG) es aplicable<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> SCHLECHTRIEM, P.; BUTLER, P., *UN Law on International Sales (The UN Convention on the International Sales of Goods)*, Springer, Berlin, 2009, p. 220; SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1091.

<sup>92</sup> SCHLECHTRIEM, P.; BUTLER, P., *UN Law on International Sales*, cit., pp. 218-219. La misma opinión de BUTLER se corresponde, precisamente, con uno de los motivos y efectos por los cuales se adoptó la operación de reemplazo en el *UCC*, que consistía en incentivar que, bajo el deber de mitigar los daños, el acreedor acudiera al reemplazo en cuanto tuviese conocimiento inequívoco del repudio del cumplimiento del contrato.

<sup>93</sup> *Vid.* capítulo primero, apartado IV.3.3.

<sup>94</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., pp. 1094-1095; «Article 76», en Schlechtriem & Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016, p. 1097.

<sup>95</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 590; SCHWENZER, I., «Article 76», cit., pp. 1036-1037.

<sup>96</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., pp. 1094-1095.

<sup>97</sup> CASTELLANOS RUIZ, E., y otros, «La Compraventa Internacional...», cit., pp. 617-618; SCHWENZER, I., «Article 76», cit., p. 1097.

Al respecto, Bridge explica que pretender los daños bajo la regla del mercado (art. 76 CISG), habiendo celebrado una operación de reemplazo, podría resultar en una sobre indemnización del daño, no conforme con el artículo 74 CISG<sup>98</sup>.

De lo anterior, se abren *dos* supuestos de casos a considerar, los cuales ilustraré con el mismo ejemplo empleado en la introducción de este libro, aunque con algunos matices propios del ámbito de la CISG:

Supongamos el incumplimiento de una compraventa internacional de mercaderías, por falta de entrega del vendedor. El comprador declara, conforme a los presupuestos de la CISG, la resolución y, posteriormente, realiza una compra de reemplazo. Asumamos que el *precio contractual* de las mercaderías es de 10 euros y que el *precio corriente* de las mercaderías, al momento de la resolución, es de 13 euros.

*En el primer supuesto*, pensemos que el comprador se cubre en el mercado, mediante una *razonable* compra de reemplazo por el precio de 15 euros. En este caso, los daños mediante el reemplazo serán a 5 euros (15 € - 10 €). Y los daños, que tendría, mediante la regla del mercado serían de 3 euros (13 € - 10 €). Como se aprecia, al comprador le son más favorables los daños derivados del reemplazo, mediante el cual, quizás, *haya mitigado, otros daños y pérdidas que se hubieran producido de no haberse celebrado el reemplazo*.

En mi opinión, el hecho de que el cálculo concreto del daño, conforme a la operación de reemplazo realizada, sea mayor al cálculo abstracto del daño, con arreglo al precio del mercado, no significa, *per se*, que el acreedor haya vulnerado su deber de mitigar el daño (art. 77 CISG), fundamento último de la operación de reemplazo. Pues, con el reemplazo, *se pudieron evitar otras pérdidas* (como la pérdida de la mercancía percedera, o el daño producido por la paralización de una producción). Por lo que desconocer el daño concreto de conformidad con el reemplazo podría ser injusto. Además, hay que tener en cuenta que, por lo general, el motivo principal, que lleva al acreedor a celebrar una operación de reemplazo, no es más que el de mitigar daños y perjuicios, que se hubiesen producido por su pasividad ante el incumplimiento del deudor.

*Para el segundo supuesto*, pensemos en una variante del caso anterior, en donde los daños conforme a la regla del mercado son más favorables que los daños conforme a la operación de reemplazo. Asumamos que el comprador se cubre en el mercado, mediante una *razonable* compra de reemplazo de 12 euros. En este caso, los daños mediante el reemplazo serán 2 euros (12 € - 10 €).

---

<sup>98</sup> BRIDGE, M., «Remedies and Damages», en Larry DiMatteo, André Janssen, Ulrich Magnus y Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law Contract*, C. H. Beck; Hart; Nomos, München; Oxford; Baden-Baden, 2016, pp. 561-562.

Y los daños que tendría mediante la regla del mercado serían de 3 euros (13 € - 10 €). En esta situación, el comprador preferirá reclamar de su deudor los daños conforme a la regla del mercado, y tratará de ocultar la compra de reemplazo realizada.

Para este último supuesto, y de conformidad con el artículo 76 CISG, el *deudor puede intentar probar que el acreedor había realizado, efectivamente, una razonable compra de reemplazo a un precio más favorable que el del mercado*. No obstante, ello ha sido criticado por la doctrina, por cuanto se ha estimado que los daños y perjuicios de la operación de reemplazo recaerían en beneficio del deudor<sup>99</sup>.

Finalmente, la doctrina se ha cuestionado si, ante una *no razonable operación de reemplazo* debe aplicarse el sistema de cálculo de la regla del mercado, con arreglo al precio del mercado del día de la resolución (art. 76) o si, más bien, deberá calcularse con arreglo al precio de una hipotética razonable operación de reemplazo. Al respecto, Schwenger considera que se debe conceder el daño conforme a una *hipotética razonable operación de reemplazo* (y no conforme a la regla del mercado)<sup>100</sup>. En esta la misma línea se manifestaron los comentaristas del DCFR<sup>101</sup>.

En mi opinión, el cálculo del daño conforme a una hipotética operación de reemplazo se identifica más con el interés de cumplimiento del acreedor y favorece la mitigación del daño.

Por ejemplo, pensemos en la declaración de la resolución de una compraventa internacional, por incumplimiento anticipado (arts. 72.1 y 73.2 CISG) del vendedor. Asumamos que, el comprador-acreedor, que había comprado las mercancías para la producción de su empresa, no requiere las mercancías al momento del incumplimiento anticipado, sino hasta momento del plazo pactado. En este caso –y siempre que no se vulnere el principio de la mitigación del daño–, será más adecuado calcular el daño conforme a una hipotética operación de reemplazo, la cual se ajusta mejor al interés de cumplimiento y necesidades contractuales del acreedor. Pues, conforme al artículo 76 CISG, el daño debe calcularse al momento de la declaración de la resolución –es decir, cuando el incumplimiento anticipado–.

<sup>99</sup> Entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, vol. 46, 4, 1993, p. 1749, nota 77. Su pensamiento, y el de otra parte de la doctrina que siguió esta misma línea, lo desarrollo en el marco del Derecho español. *Vid.* capítulo quinto.

<sup>100</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1092, notas 49 y 50.

<sup>101</sup> *Infra* V.3.

### 3.4 LA LIQUIDACIÓN DE LOS DAÑOS EN LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

A continuación, expondré algunas bases para la liquidación del daño en caso de celebración de una operación de reemplazo.

1. *En primer lugar*, ha de establecerse el precio del contrato. Cuando este no se estipula, ni expresa, ni tácitamente, el precio del contrato se determinará conforme al artículo 55 CISG<sup>102, 103</sup>.

2. *En segundo lugar*, ha de identificarse el precio de la operación de reemplazo que se va a diferenciar del precio del contrato. A veces, ello puede suponer ciertas dificultades cuando el comprador/vendedor acreedor, por las condiciones de su negocio, celebra varios negocios susceptibles de ser sustitutos del contrato incumplido, y posteriores a la declaración de la resolución. Para determinar *cuál es el precio del reemplazo efectivo del incumplimiento*, la doctrina ha planteado dos soluciones.

*La primera* consiste en tomar en consideración la diferencia desfavorable de precios de la *primera operación de reemplazo*, después de la notificación de la resolución (propuesta por Honnold<sup>104</sup>).

*La segunda* consiste en determinar *el precio promedio de las operaciones susceptibles de ser sustitutas del contrato original, celebradas des-*

---

<sup>102</sup> Artículo 55 CISG: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate».

<sup>103</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8—Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76—*, cit., párr. 2.2.1.

Los artículos 75 y 76 CISG contienen dos expresiones distintas del precio del contrato: el artículo 75 CISG dispone «el precio del contrato» y el artículo 76 CISG «el precio señalado en el contrato». Aunque la diferencia entre ambas expresiones parezca inane, ello supuso una discusión en la *Diplomatic Conference* de la CISG, pues los miembros del comité del borrador de la CISG se cuestionaron si ello podía prestarse a confusión, en cuanto que el artículo 76 CISG solo tuviera como referencia el precio estipulado en el contrato, y no abarcara al artículo 55 CISG. Para HONNOLD, representante de Estados Unidos, lo mejor era adoptar la misma expresión para ambos artículos, la de «precio del contrato». Sin embargo, por los distintos motivos de interpretación entre los diferentes sistemas legales y la herencia de la LUVI, finalmente se optó por dejar las distintas expresiones, aclarando la *Secretariat*, que el artículo 55 CISG abarcaba tanto el artículo 75 CISG como el artículo 76 CISG: «*The contract price is the price fixed in the contract or the price as determined under Article 55*». *Ibid.*, párr. 2.2; HONNOLD, J., *Documentary history...*, cit., p. 650.

Un estudio detallado sobre el artículo 55 CISG y la determinación del precio en el Derecho español puede consultarse en: GARCÍA PÉREZ, C. L., «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *ADC*, vol. 70, 3, 2017, pp. 1073-1137 (en particular, 1103-1105).

<sup>104</sup> HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., pp. 584-585.

*pués de la resolución* y, respecto a este precio, se determina la diferencia de precios desfavorable (esta es la solución propuesta por White/Summers/Hillman para el *UCC* <sup>105</sup>).

3. *En tercer lugar*, al daño calculado conforme a la operación de reemplazo han de sumarse los daños adicionales <sup>106</sup> a los que haya lugar (art. 75 *CISG in fine*). Estos daños pueden catalogarse como costes incidentales y daños consecuentes <sup>107</sup>. Un ejemplo de los primeros pueden ser los costes de gestión de la operación de reemplazo. Y de los segundos el lucro cesante del acreedor por el retraso en obtener el cumplimiento, conforme al contrato (retraso que comprende el periodo de tiempo entre el vencimiento de la obligación y el momento en que se hizo efectiva la operación de reemplazo) <sup>108</sup>.

Ahora bien, *respecto del la imputación objetiva del daño*, se debe tener en cuenta que, por lo general, en la *CISG*, el daño de la operación de reemplazo se reputa previsible. Al respecto, Schwenger apunta que ni siquiera ha de considerarse la previsibilidad cuando la operación de reemplazo se realice en un mercado *extremamente fluctuante*. Para el autor, ello supondría una contradicción del mismo artículo, que busca reparar el interés de cumplimiento del acreedor (daños en lugar del cumplimiento) <sup>109</sup>.

En cambio, los daños adicionales han de superar el principio de previsibilidad, de conformidad con el artículo 74 *CISG*. Además, han de ser razonables e inevitables, conforme a la mitigación del daño (art. 77 *CISG*) <sup>110</sup>.

<sup>105</sup> WHITE, J., y otros, *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, p. 557. Solo que, en el Derecho estadounidense no se toma en cuenta el momento de la resolución, sino el del incumplimiento [*vid.* en capítulo segundo, apartado IV.3.6.2]

<sup>106</sup> El concepto de daño adicional comúnmente se ha utilizado en la regla de la operación de reemplazo para diferenciar entre el daño que corresponde al interés del cumplimiento (la diferencia de precios entre el reemplazo y el precio acordado) y los otros daños que se puedan ocasionar por el incumplimiento y con ocasión del reemplazo.

<sup>107</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., nota 44. El análisis de este tipo de daños, en el marco de la *CISG*, puede nutrirse de lo dispuesto en el *UCC* estadounidense, la doctrina y sus casos. Para una explicación más profunda e ilustrativa de los *daños consecuentes e incidentales* que pueden tener ambas partes del contrato (comprador y vendedor), *vid.* capítulo segundo, apartados IV.3.8 y IV.4.4.

<sup>108</sup> *CISG ADVISORY COUNCIL, Opinion No. 8 – Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76*–, cit., párr. 3.1.

<sup>109</sup> SCHWENZER, I., «Article 75», cit., pp. 1091-1092. Para una visión contraria, *vid.* ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., p. 202.

<sup>110</sup> *CISG ADVISORY COUNCIL, Opinion No. 8* cit., párr. 3; GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1019; HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 591; SCHWENZER, I., «Article 75», cit., p. 1092; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 616.

#### 4. La mitigación del daño como fundamento de la celebración de la operación de reemplazo en la CISG

En este apartado me referiré, brevemente, a la mitigación del daño como principio general de la delimitación del daño en la CISG y, luego, a su relación con la operación de reemplazo.

El artículo 77 CISG regula el deber general de mitigar el daño para la compraventa internacional, del modo que sigue:

«La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

1. Las medidas que debe tomar el acreedor, ante el incumplimiento, dependerán, en primer lugar, de los *usos y costumbres mercantiles internacionales* y, en segundo lugar, de las medidas que hubiese tomado una *persona razonable en la misma posición y bajo las mismas circunstancias* (respectivamente, arts. 9 y 8.2. CISG). En ningún caso, la medida debe implicar que el acreedor incurra en costes excesivos<sup>111</sup>.

En un caso internacional, la jurisprudencia española ha aplicado la mitigación del daño del artículo 77 CISG, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2000<sup>112</sup>.

Hechos.—Una compañía holandesa ofreció a otra compañía española la venta de 800.000 bolas de yuta, a \$ 55,90 dólares cada cien unidades. Posterior a la aceptación «pura e incondicionada», es decir, celebrada la compraventa internacional, la compradora solicitó una renegociación del contrato por un precio menor —pensando que aquél no le era vinculante—, por las 730.000 bolsas restantes. La vendedora demandó a la compradora por la no aceptación de las unidades restantes, reclamando los daños conforme a la diferencia de precios entre la venta de reemplazo concertada con un tercero y el precio del contrato (art. 75 CISG)<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> SCHWENZER, I., «Article 77», en Schlechtriem & Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016, p. 1107. También, OVIEDO ALBÁN, J., «Mitigación de los daños en la compraventa internacional. A propósito de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010», *IUSTA*, vol. 36, enero/junio, 2012, p. 56. En doctrina española, *vid.* el comentario de SOLER PRESAS, A., «Art. 77», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 621-628.

<sup>112</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 28 de enero 2000 (RJ 2000/454; MP. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

<sup>113</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 28 de enero 2000 (FD 2.º).

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo, en aplicación del deber de mitigar el daño (art. 77 CISG), redujo el montante indemnizatorio, toda vez que la vendedora no había aceptado la propuesta novatoria de la compradora española, la cual tenía un mejor precio que la venta de reemplazo celebrada<sup>114</sup>.

Obsérvese que, en la sentencia, el deber de mitigar se aplicó en atención a una propuesta mitigadora del propio deudor, y no por la vía de la operación de reemplazo, que resultaba ser más dañosa<sup>115</sup>.

2. Entre las medidas de mitigación, en la CISG se reconoce ampliamente la operación de reemplazo<sup>116</sup>. Al respecto, Schwenger explica que hay dos situaciones que deben ser diferenciadas. *La primera* es cuando el acreedor quiere mantener el contrato. En esta situación, este no tiene la carga de realizar una operación de reemplazo en orden a mitigar los daños, *salvo* si el reemplazo es compatible con la continuación del contrato (por ejemplo, piénsese en el incumplimiento parcial de un contrato de suministro). *La segunda* es cuando el acreedor resuelve la relación contractual. Aquí, la operación de reemplazo *es una carga*, que supone que, ante la falta de esta, la indemnización se limitará a los daños calculados conforme a la regla del mercado (art. 77 CISG)<sup>117</sup>.

#### IV. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Las anteriores discusiones jurídicas sobre la operación de reemplazo del artículo 75 CISG son perfectamente aplicables al ámbito de los instrumentos internacionales de *soft law*, que adoptaron la regla con aquel mismo tenor. Por tanto, como indiqué al principio, a continuación, mi estudio, por un lado, se limitará a indicar de manera somera el contenido de la regla, haciendo especial énfasis en lo que se considera distinto y, por otro lado, me referiré a aquellas cuestiones concretas que llevaron a que se adoptara la regla del reemplazo, en cada uno de los conocidos instrumentos internacionales de *soft law* y las discusiones que se plantearon al respecto.

<sup>114</sup> STS, 1.ª, de 28 de enero 2000 (FD 3.º).

<sup>115</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 182.

<sup>116</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 8 – Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76–*, cit., párr. 2.1.2. En la doctrina: CASTELLANOS RUIZ, E., y otros, «La Compraventa Internacional...», cit., p. 616; GOTANDA, J., «Article 75», cit., p. 1013; HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., p. 593; SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 613; VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño...», cit., p. 412; ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., p. 201.

<sup>117</sup> SCHWENZER, I., «Article 77», cit., pp. 1108-1109.

## 1. Los artículos 7.4.5 Y 7.4.6 Principios UNIDROIT 2016<sup>118</sup>

Dichos artículos, respectivamente, regulan la operación de reemplazo y, con carácter subsidiario, la regla del mercado, *sin modificaciones desde la primera edición de 1994*<sup>119</sup>.

Artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2016: «(*Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo*).

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional» (cursiva del original).

Artículo 7.4.6 Principios UNIDROIT 2016: «(*Prueba del daño por el precio corriente*).

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional. [...]» (cursiva del original).

---

<sup>118</sup> Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales e internacionales de 2016 son la cuarta edición, realizada por el *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT). Se trata de un conjunto de normas contractuales bastante conocidas por la academia, los jueces, árbitros, abogados e interesados en los contratos comerciales e internacionales, pues hace ya más de dos décadas que se publicó su primera edición, en 1994. La *nueva* edición de 2016 buscó adecua sus disposiciones en relación con los *long-term contracts*. Por tanto, la presente edición de 2016 *no implicó una revisión/modificación de las reglas de la anterior edición de 2010*, sino más bien consistió en una adecuación de sus reglas. «Introduction to the 2016 edition», Principios UNIDROIT 2016. Respecto de lo que me interesa, no se aprecian cambios, ni modificaciones, ni en las normas, ni en los comentarios. Por tanto, los comentarios en español, de los que me serviré, serán los correspondientes a la versión española de la edición 2010. Pues, la versión en español de 2016 de los Principios UNIDROIT, solo se tradujo respecto de las normas, y no de los comentarios.

<sup>119</sup> 1. Artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 1994: «(*Proof of harm in case of replacement transaction*)/ *Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm*». 2. Artículo 7.4.5. Principios UNIDROIT 2004 (2007, versión en español): «(*Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo*)/ Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional». 3. Artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010: «(*Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo*)/ Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional».

Conforme al *Comentario oficial (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT*, el daño calculado conforme a la operación de reemplazo es una *presunción que facilita la prueba del daño*<sup>120</sup>. Por lo que dicha regla no es más que una manifestación complementaria del sistema de indemnización de los daños y perjuicios contenido en las reglas generales de la indemnización (arts. 7.4.2 Principios UNIDROIT 2016 ss.).

El ejemplo con el que se ilustra es el siguiente: «“A”, un astillero, se compromete a ajustar un buque perteneciente a “B”, un naviero, para lo cual se conviene en que las reparaciones se llevarán a cabo a partir del 1.º de julio en el muelle de “A”, a un costo de 500,000 dólares. El 1.º de junio “B” se entera que el muelle solo estará disponible a partir del 1.º de agosto. “B” resuelve el contrato y después de largas y costosas negociaciones celebra un contrato con “C”, otro astillero de características idénticas al de “A”, a un costo de 700,000 dólares. “B” tiene derecho a ser indemnizado por “A” no solo por la diferencia del precio de 200,000 dólares, sino también por los gastos en que incurrió y la compensación por el periodo más prolongado durante el cual no podrá disponer del buque»<sup>121</sup>.

La regla de la operación de reemplazo en los Principios UNIDROIT (al igual que en la CISG) se fundamenta, por un lado, en la mitigación de los daños y, por otro lado, en la práctica mercantil<sup>122</sup>.

Como indicaré a continuación, la regulación de la operación de reemplazo de los Principios UNIDROIT es una adaptación de la regla de la compraventa de reemplazo del artículo 75 CISG *a los contratos comerciales internacionales, en general*.

## 2. **Adaptación de la regla de reemplazo a los contratos internacionales (discusiones de sus redactores)**

El artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT se corresponde sustancialmente con el artículo 75 CISG. Sin embargo, la construcción de la regla para los Principios UNIDROIT requirió la implementación de ciertas modificaciones y concretas adecuaciones para el ámbito de los contratos internacionales. A estas me referiré a continuación, con base en las reuniones y discusiones sostenidas

---

<sup>120</sup> «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT 2010* (2012), *cit.*, p. 292.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 293.

entre los diferentes miembros del *working group*<sup>123</sup>, previas a la publicación de la *primera edición* de los Principios UNIDROIT 1994.

Dichas discusiones también servirán para entender las reglas análogas en los *demás textos de soft law*, referidos a los contratos en general. Sobre todo, en los PECL, donde se reguló la operación de reemplazo (junto con la regla del mercado) simultánea y similarmente a la de los Principios UNIDROIT, gracias a la influencia recíproca entre ambos textos [*infra* V].

Los Principios UNIDROIT y los PECL se hicieron de manera casi simultánea<sup>124</sup>. Varios de los miembros europeos, redactores de los Principios UNIDROIT, también pertenecieron a la primera *Comission on European Contract Law*, encargada de la redacción de los PECL. En concreto, coinciden en ambos grupos: Ole Lando (promotor de los PECL), Ulrich Drobnig, Denis Tallon y Michael Joachim Bonell<sup>125</sup>.

Al respecto, es interesante la reunión del *meeting group*, celebrada en Roma, entre el 27 y el 31 de mayo 1991<sup>126</sup>. Dicha reunión fue reseñada en el documento UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17<sup>127</sup>. En ella se fijó la *redacción definitiva de la operación de reemplazo de la primera edición de los Principios, en 1994 –y que se ha mantenido, sin modificaciones, en las posteriores ediciones–*<sup>128</sup>.

Las discusiones y modificaciones sostenidas por los distintos miembros, referentes a la construcción de la regla de la operación de reemplazo y su adecuación a los contratos internacionales, se pueden dividir en *cuatro temáticas*:

1. *La terminología empleada para la regla.*—Los redactores optaron por denominar *replacement transaction* (operación de reemplazo), en lugar de *cover* (negocio de cobertura). Lo anterior, debido a que, como manifestó FARNSWORTH, el término *cover*, que se tenía en los borradores, tenía su particular origen en el *UCC*<sup>129</sup>. En este sentido, resultaba una expresión poco cono-

<sup>123</sup> Entre los miembros participantes, que discutieron la forma de cómo se incluiría la regla de la operación de reemplazo, se encontraban los prestigiosos académicos Allan FARNSWORTH (EEUU), Paul André CRÉPEAU (Canadá), Ole LANDO (Dinamarca), Denis TALLON (Francia), Michael Joachim BONELL (Italia), Ulrich DROBNIG (Alemania), por mencionar algunos. Vid. «“Annex” “List of participants”», UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17.

<sup>124</sup> JANSEN, N.; ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», cit., p. 5.

<sup>125</sup> THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law (1995)*, 1.<sup>a</sup>, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. xiii.

<sup>126</sup> En dicha *meeting group*, se discutió sobre el borrador de los Principios elaborado en *Ivry-sur-Seine*, en noviembre de 1986 (en lo sucesivo, *Ivry meeting*) (UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, p. 1), en el que se había adoptado la regla de la operación de reemplazo, junto con la regla del mercado (UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, pp. 49-50.).

<sup>127</sup> UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17.

<sup>128</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

<sup>129</sup> UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, p. 49.

cida en el ámbito internacional de los contratos. Por tanto, se sugirió la expresión *replacement transaction*, mucho más conocida dentro de la cultura jurídica internacional; tanto en el lenguaje jurídico del *civil law* (en el documento, se refiere al lenguaje jurídico francés) como en el *common law* (que, por lo general, utiliza la expresión *substitute transaction*)<sup>130</sup>.

2. *La reafirmación de incluir el requisito de la resolución en el texto de la regla.*—Entre los redactores se generó una interesante discusión sobre si debía, o no, incluirse el requisito de la resolución previa, como se hace en el artículo 75 CISG [que, además de establecer que la operación de reemplazo era para determinar el daño derivado de la resolución del contrato («si se resuelve el contrato»), dispone que el reemplazo debía celebrarse en un «tiempo razonable después de la resolución del contrato»<sup>131</sup>].

Drobnig recalcó la necesidad incorporar claramente que ninguna operación de reemplazo, previa a la resolución, podría imputarse como un daño del acreedor. Al respecto, Tallon opinó que ello no era necesario en la regla de la operación de reemplazo, pues *no* se trataba de una norma sobre la resolución o sus efectos, sino la manera en que debían calcularse ciertos daños<sup>132</sup>. En esta misma línea, Bonell consideró que ello debía entenderse dentro de la expresión «manera razonable»<sup>133</sup>.

Por su parte, Maskow manifestó que la resolución era imprescindible en la regla de reemplazo, pues estos daños se relacionaban directamente con los derivados de la resolución. No obstante, el autor observó que la regla se dirigía a los casos *de inejecución total de la obligación* y que, en este sentido, *se presuponía que ya no era posible el cumplimiento del contrato*.

Esto llevó a los redactores a cuestionarse si, entonces, hacía falta que el acreedor declarara la resolución, antes de llevar a cabo el reemplazo, ante la inejecución total de la obligación. ¿Cómo sabría el deudor que, a pesar de su incumplimiento, ya no podría insistir en el cumplimiento?

Para Drobnig, sin la declaración de resolución, el deudor podría seguir insistiendo en el cumplimiento del contrato (por ejemplo, el vendedor, a pesar de su incumplimiento, por la no entrega en plazo, podría entregar las mercancías al comprador-perjudicado). Para Furmston, cuando el vendedor no realiza la entrega en plazo, se asume que el comprador se puede negar a recibirlas.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>131</sup> La expresión «... and within a reasonable time after avoidance» no estaba en la LUVI. Fue incluida para el artículo 75 CISG

<sup>132</sup> UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, p. 50.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 50.

Finalmente, Bonell, poniendo límite a la discusión emprendida sobre el requisito de la resolución, centró la cuestión en la votación entre dos opciones: la de adoptar una versión más corta: «*if the contract is terminated and there has been reasonable replacement transaction*», o la de la CISG, que además rezaba «*[...] in a reasonable manner within a reasonable time after termination*».

Y Tallon propuso, como solución intermedia, adoptar la forma acogida para la operación de reemplazo del artículo 4:505 PECL (en la versión actual, art. 9:506 PECL), que disponía lo siguiente.

«*Where de aggrieved party has terminated the contract and has made a cover transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, he may recover the difference between the contract price and the price of the cover transaction as well as damages for any further loss recoverable under this section*»<sup>134</sup> (cursiva mía).

Por mayoría, se adoptó la inclusión de la resolución y la expresión *in a reasonable manner* de los PECL,<sup>135</sup> tal como se puede apreciar en el actual artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT.

3. *Los daños derivados de la operación de reemplazo como límite mínimo de los daños derivados de la resolución por incumplimiento.*—En el texto de la primitiva regla de los Principios UNIDROIT se había propuesto que la diferencia desfavorable de precios entre la operación de reemplazo y el precio del contrato original fuera una mera «presunción de los daños», *a menos que se probaran mayores o menores daños ocasionados al perjudicado por el incumplimiento*, lo cual no estaba en el texto de los PECL.

Al respecto, Bonell observó que, conforme al texto de los PECL, el deudor (incumplidor) no podría probar *menores daños ocasionados al acreedor* (perjudicado). Conforme a dicho texto, solo el acreedor podría ser indemnizado por la diferencia desfavorable de precios entre el reemplazo y el contrato original, más otros daños adicionales que se probaran (*mayores daños*)<sup>136</sup>.

Por otro lado, Farnsworth señaló que el permitir la indemnización por los «*mayores daños*» promovía que el comprador, *habiendo realizado un reemplazo, prefiriera los daños por la regla del mercado*. Por ejemplo, en el caso de

---

<sup>134</sup> La primera versión de los PECL fue publicada en 1995 (un año después de la primera versión de los Principios UNIDROIT). Si bien la *meeting group* a la que me estoy refiriendo fue celebrada 4 años antes de que se publicara el texto de la primera versión de los PECL, se puede comprobar que la regla a la que se refirieron era la misma, salvo por la expresión *cover*, que también fue cambiada en los PECL a *Substitute transaction*. «Artículo 4:505 PECL». THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law (1995)*, cit., pp. 209-210

<sup>135</sup> UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, p. 53.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 52.

que el comprador (perjudicado por el incumplimiento), sea por la suerte o por sus habilidades, llevara a cabo una compra de reemplazo a un precio más favorable que el precio corriente del mercado, lo normal era que este quisiera reclamar sus daños conforme al precio corriente (es decir, por mayores daños que los del reemplazo). En consecuencia, para evitar esta acción «ventajosa» del acreedor, propuso la solución adoptada en la doctrina estadounidense, que consistía en limitar los daños a la operación de reemplazo ejecutada.

Por lo anterior, a Farnsworth le pareció más adecuado adoptar el texto de los PECL: «*as well as damages for any further loss recoverable under this section*»<sup>137</sup>, quedando esto último como definitivo en los Principios UNIDROIT.

4. *La excepción expresa de los daños por la pérdida de volumen en la regla de la operación de reemplazo.*—En las discusiones del *working group* se cuestionó si la regla de la operación de reemplazo también podía cubrir los daños de la pérdida de volumen. Concretamente, dentro de la indemnización de los *daños adicionales* prevista en la regla de la operación de reemplazo, pues, esta cuestión *no había quedado clara* en la CISG<sup>138</sup>.

Al respecto, Farnsworth recordó la solución adoptada en el *UCC*, que calcula los daños derivados de la pérdida de volumen en la *lost of profit* (lucro cesante) del acreedor<sup>139</sup>. El citado redactor explicó que los daños por de la pérdida de volumen *no* podían repararse dentro de los *daños adicionales* de la regla del reemplazo (art. 7.4.5 Principios UNIDROIT *in fine*). *Ya que estos se concebían para cubrir otro tipo de perjuicios, provenientes de la celebración de la operación reemplazo*; por ejemplo, los costes adicionales a pagar a un intermediario para que realizase la operación de reemplazo<sup>140</sup>.

Además, la pérdida de volumen de negocio y el coste desfavorable de obtener el interés de cumplimiento (la prestación) mediante el reemplazo *son daños completamente distintos*. Lo que supone que, si el cálculo de los daños conforme a la operación de reemplazo no repara suficientemente el daño sufrido por el perjudicado, se debe acudir a una regla distinta.

Finalmente, Lando—quien apuntó que estas situaciones se presentaban más en los casos dónde el perjudicado era un profesional/comerciante del objeto del contrato— y Farnsworth propusieron que, si bien ello no debía considerarse en el texto de la regla del reemplazo, se debía de aclarar en sus comentarios<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pp. 56-57

<sup>141</sup> UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17, p. 57.

Por consenso de los redactores, se optó por precisar, en los comentarios oficiales, *la no aplicación de la regla del reemplazo en los casos de daño por pérdida de volumen*. Para estos casos, procedería la aplicación de las reglas generales de la indemnización de daños y perjuicios (actualmente, arts. 7.4.2 Principios UNIDROIT 2016 ss.)<sup>142</sup>.

En el comentario (1) al artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010 se lee: «[t]ampoco hay una operación de reemplazo, y por lo tanto se aplicarán las reglas generales, cuando una compañía, después de resolver el contrato, utiliza su equipo para cumplir otros contratos que podría haber cumplido al mismo tiempo que el primero (“pérdida de volumen”)<sup>143</sup>».

### 3. Consideraciones particulares sobre la aplicación y excepciones del artículo 7.4.5. Principios UNIDROIT

#### 3.1 LA APLICACIÓN DE LA REGLA Y SUS EXCEPCIONES

Al igual que en la CISG, cuando el perjudicado ha realizado una operación de reemplazo, el daño concreto desplazará la aplicación de la regla del mercado (art. 7.4.6. *Principios UNIDROIT*)<sup>144</sup>.

No obstante, conforme al *comentario oficial (1) al artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT*, la regla de la operación de reemplazo *no será aplicable* en los casos en los que el perjudicado sea quien, por su propia cuenta, ejecute la prestación incumplida<sup>145</sup>.

Tampoco se considerará el daño calculado conforme a la regla de la operación de reemplazo, «cuando una compañía, después de resolver el contrato, utiliza su equipo para cumplir otros contratos que podría haber cumplido al mismo tiempo que el primero (“pérdida de volumen”)<sup>145</sup>». En palabras de McKendrick, la aplicación de regla de la operación de reemplazo requiere que el

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

<sup>143</sup> «Comentario (1) del artículo 7.4.5 *Principios UNIDROIT 2010*», en *Principios UNIDROIT 2010 (2012)*, cit., p. 292.

<sup>144</sup> MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 997; «Article 7.4.6», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*, 2, Oxford University Press, New York, 2015, p. 1002.

<sup>145</sup> «[P]or ejemplo, cuando un naviero procede a reparar por sí mismo un buque que debió ser reparado por el astillero a quien se le había confiado el trabajo». «Comentario (1) del artículo 7.4.5 *Principios UNIDROIT 2010*», en *Principios UNIDROIT 2010 (2012)*, cit., p. 292.

perjudicado demuestre que no hubiese tenido la necesidad de cubrirse en el mercado, de no ser por el incumplimiento <sup>146</sup>.

En caso de que el acreedor incurriera en gastos incidentales por una fallida o no válida operación de reemplazo, estos perjuicios no se reparan bajo los presupuestos del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT *in fine*, pero sí cabría su indemnización mediante el deber de mitigar el daño (7.4.8. Principios UNIDROIT) <sup>147</sup>.

### 3.2 DOS ACLARACIONES SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ADICIONAL 148 AL DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO (ART. 7.4.5 *IN FINE* PRINCIPIOS UNIDROIT)

Sobre dicha indemnización, los Principios UNIDROIT aclaran:

1. Se debe tratar exclusivamente de daños relacionados, o bien con la propia ejecución de la operación de reemplazo, o bien con los perjuicios ocasionados al perjudicado por no haber tenido disponible la prestación al momento del vencimiento del plazo para el cumplimiento del contrato original <sup>149</sup>.

2. Los costes adicionales en los que incurre el perjudicado, en el intento de realizar una «infructuosa» operación de reemplazo, no se pueden conceder bajo los «daños adicionales» del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT. Lo que no obsta para su resarcimiento mediante el principio de la mitigación de los daños (art. 7.4.8 Principios UNIDROIT *in fine*).

Artículo 7.4.8 Principios UNIDROIT 2016: «(Atenuación del daño)/ [...] (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño» (cursiva del original).

Lo anterior debido a que, aunque la operación de reemplazo esté fundada la mitigación del daño, esta es una regla de aplicación distinta <sup>150</sup>. Entonces, cuando el acreedor no logra satisfacer su interés de cumplimiento mediante una operación de reemplazo –porque esta es infructuosa–, las medidas y gastos razonables en los que haya incurrido (con el fin de *atenuar el daño* y mediante

<sup>146</sup> MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 998. «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT 2010 (2012)*, cit., p. 292.

<sup>147</sup> MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 998.

<sup>148</sup> Sobre la expresión de daño adicional, propia del sistema indemnizatorio de la operación de reemplazo y empleada para distinguir *el daño del interés de cumplimiento* de los demás daños ocasionados por el reemplazo, me remito a lo visto en el marco de la CISG [*supra* III.3.4].

<sup>149</sup> «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT 2010 (2012)*, cit., p. 292.

<sup>150</sup> MCKENDRICK, E., «Article 7.4.5», cit., p. 1000.

una *fallida operación de reemplazo*) son resarcibles, *pero*, por la propia regla de la mitigación.

## V. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN LOS PECL/DCFR/CESL

Trato conjuntamente los textos armonizadores del Derecho europeo de los contratos de los PECL<sup>151</sup>, del DCFR<sup>152</sup> y del CESL<sup>153</sup>. En *primer lugar*, porque, como es conocido, parte del DCFR y del CESL son la revisión/evolución de los PECL<sup>154</sup>.

Los PECL, el DCFR y el CESL derivaron de un propósito inicial, consistente en conseguir un *European Contract Code*, que empezó hace más de cuatro décadas. Como un primer paso para ello, se redactaron los PECL<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, cit. En español: COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, *Principios de Derecho Contractual Europeo (Partes I y II)*, Colegios notariales de España, Madrid, 2003; Díez-PICAZO, L., y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit.

<sup>152</sup> STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit. En español: STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR) (2015)*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2015 (traducción al español coord. Carmen Jerez Delgado).

<sup>153</sup> *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM/2011/0635 [disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011PC0635>].

El CESL fue retirado por el punto 60 del Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrasburgo, de 16 de diciembre de 2014, COM (2014) 910. En dicho documento, se anuncia su retirada, «para liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital». [disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-910-ES-F1-1-ANNEX-4>. Pdf]. A pesar de su retirada, continúa siendo, al igual que los PECL y el DCFR, un instrumento referente en el análisis y estudio de la modernización del Derecho de los contratos y obligaciones. Sobre el CESL, me serviré de los Comentarios publicados en SCHULZE, R., *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012.

<sup>154</sup> JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», cit., pp. 8, 10. También *vid.* FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 508; FERRANTE, A., «¿Quimera o Fenix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado*, vol. 30, enero-junio, 2016, pp. 108-110.

<sup>155</sup> El origen de los PECL comienza con la idea de conseguir un Código europeo de Derecho de obligaciones. En 1974, se celebró un simposio sobre el borrador de la Convención de Derecho internacional privado sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, en la *Copenhagen Business School*. En la cena de cierre del simposio, Lando, principal precursor de los PECL, quien se había sentado junto al Dr. Hauschild (representante de la Dirección General de Mercado Interno en la Comisión de las Comunidades Europeas) y otros expertos, llegaron a la conclusión que las normas de derecho internacional privado sobre Ley aplicable eran insuficientes para la *necesaria armonización jurídica de cara a la integración del mercado interno europeo*. El Dr. Hauschild consideró la necesaria consecución de un

Lando (en una publicación para la *American Journal of Comparative Law*, en 1983) indicó que el método utilizado en los PECL sería el de una especie de principios o recomendaciones, para una primera «asimilación gradual»<sup>156</sup> entre los diversos ordenamientos europeos. Algo parecido a los *Restatements del American Law Institute*, aunque con un propósito más creativo que de sistematización, dada la diversidad de los ordenamientos jurídicos europeos<sup>157</sup>.

Sin perjuicio de la hasta ahora frustrada aprobación legislativa a nivel europeo<sup>158</sup>, sin lugar a duda, todos los textos europeos se han convertido en *instrumentos básicos en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*<sup>159</sup>.

En *segundo lugar*, porque, en los mentados textos, las disposiciones relacionadas con la operación de reemplazo y la regla del mercado son normas que se mantuvieron, casi inalteradas, desde los PECL hasta el CESL. Como he indicado, dichas reglas derivaron del Derecho Uniforme de la CISG (arts. 75 y 76), al igual que los Principios UNIDROIT.

También cabe destacar aquí, que la regla de la operación de reemplazo en el ámbito del Derecho de contratos europeo resultó muy parecida a la de los contratos comerciales internacionales de los Principios UNIDROIT. Ello, debido a que la adecuación de la regla de la operación de reemplazo –derivada de la compraventa internacional de la CISG– a los *contratos en general* fue producto de la influencia recíproca entre los PECL y los Principios UNIDROIT, quizás porque varios de los miem-

---

*European Code of obligation*. Posteriormente, en 1976, en el simposio celebrado en el *European University Institute*, sobre las nuevas perspectivas del Derecho común europeo, Lando presentó un *paper* en el que no perdió la oportunidad de argumentar su visión favorable a un *European Uniform Commercial Code*. THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law* (1995), cit., p. xi. Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO identificaron que Lando, quizás, habría utilizado el rótulo de moda del *Uniform Commercial Code* estadounidense (Díez-PICAZO, L., y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., p. 57). Entre 1980 y 1981 empezaron los trabajos de elaboración de los PECL, gracias a la constitución de la denominada *primera Comisión on European Contract Law*, liderada por LANDO. La *Comisión* se conformó por un grupo de juristas europeos, como un organismo no gubernamental y financiado por la Comisión de la (entonces) Comunidad Europea (LANDO, O., «European Contract Law», *Am. J. Comp. L.*, vol. 31, 1983, pp. 653, 655). Ello, gracias a la ayuda del mencionado Dr. Hauschild y, luego, gracias a la intermediación del Director General del Servicio Legal de la Comisión Europea, Claus Ehlermann, para la financiación del proyecto. THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law* (1995), cit., pp. xi-xii. También en Díez-PICAZO, L., y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., pp. 75-76; FERRANTE, A., «¿Quimera o Fenix?...», cit., p. 108, en concreto notas 1-3.

<sup>156</sup> Expresión acuñada de JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», cit., p. 5.

<sup>157</sup> LANDO, O., «European Contract Law», cit., pp. 656-657.

<sup>158</sup> Un análisis problematizado de la situación actual del proyecto de un *European Contract Code* y sus perspectivas de futuro, en: JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», cit., pp. 11-15.

<sup>159</sup> MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., pp. 37-38.

bros de la primera comisión redactora de los PECL pertenecieron también al *working group* redactor de los Principios UNIDROIT <sup>160</sup>.

Por ejemplo, en ambos textos, obviamente, ya no se habla de «comprador» o «vendedor», sino del perjudicado por el incumplimiento (*agrieved party*; inclusive, en el CESL que solo trata la compraventa). Los dos instrumentos adoptaron la expresión «*within a reasonable time and in a reasonable manner*», respecto de los requisitos de la operación de reemplazo (sin la redundancia de la CISG: «*reasonable time after termination*»), expresión recogida en el antiguo artículo 4:505 PECL (actualmente, art. 9:506 PECL).

También, en ambos textos, se suprimió la expresión *cover*, por otras más internacionales. En los Principios UNIDROIT: «*replacement transaction*» (derivada más del *Civil Law*, en concreto, del sistema francés «*faculté de remplacement*», antiguo art. 1144 del reformado *Code*). En los PECL: «*substitute transaction*» (derivada del *Common Law* inglés).

Frente a los ordenamientos nacionales europeos, la operación de reemplazo de estos instrumentos representa una visión *moderna* de la regla <sup>161</sup>. En dichos instrumentos se optó por considerarla debido a que la regla era perfectamente aplicable a «todos los ordenamientos jurídicos europeos» <sup>162</sup>, aunque supeditada a ciertas restricciones, derivadas de la regulación *tradicional* que se tiene, –o tenía (caso de Francia)–, de la operación de reemplazo en algunos de los ordenamientos europeos <sup>163</sup>.

## 1. Los artículos 9:506 y 9:507 PECL, III. –3:706 y 3:707 DCFR y 164 y 165 CESL

Como he insistido, *salvo cierta diferencia terminológica*, que explicaré a continuación, dichos artículos reproducen los artículos 75 y 76 CISG, del mismo modo y con el mismo tenor de los correspondientes artículos de los Principios UNIDROIT.

Artículo 9:506 PECL: «*Substitute Transaction. /Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between*

---

<sup>160</sup> *Supra* IV.2.

<sup>161</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., pp. 1490-1491.

<sup>162</sup> STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 940, nota 1; THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, cit., p. 449, nota 1.

<sup>163</sup> *Vid.* Capítulo tercero.

*the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section».*

Artículo 9:507 PECL: «*Current Price. /Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section».*

Artículo III.-3:706 DCFR: «*Substitute transaction. /A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss».*

Artículo III.-3:707 DCFR: «*Current price. /Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination, as well as damages for any further loss».*

Artículo 164 CESL: «*Transacción sustitutiva./ Cuando un acreedor haya resuelto un contrato en su totalidad o en parte y haya realizado una transacción sustitutiva en un plazo y modo razonables podrá, en la medida en que tenga derecho a percibir una indemnización, cobrar la diferencia entre el valor que hubiera sido debido en virtud del contrato resuelto y el debido en virtud de la transacción sustitutiva, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir».*

Artículo 165 CESL: «*Precio vigente./ Cuando el acreedor haya resuelto el contrato y no haya realizado una transacción sustitutiva, pero exista un precio vigente por la prestación podrá, en la medida en que tenga derecho a percibir una indemnización, cobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio vigente en el momento de la resolución, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir».*

## **2. El nuevo concepto de *value* adoptado a partir del DCFR: el caso del contrato de arrendamiento**

Del artículo 9:506 PECL al artículo III.-3:706 DCFR solo se realizó un cambio terminológico, pero que tiene, a mi juicio, *importantes connotaciones*

*prácticas*. El DCFR ya no se refiere a la mera diferencia (desfavorable) de «precios» entre el contrato de reemplazo y el contrato original (como en el art. 9:506 PECL), sino a la «diferencia entre el importe [valor] de lo que hubiera tenido que pagar en virtud de la relación resuelta y el debido en virtud de la operación de reemplazo»<sup>164</sup> (art. III.–3:706 DCFR). El mismo tenor del DCFR se adoptó en el CESL (art. 164).

Conforme al *Comment* del artículo III.–3:706 DCFR, el cambio de expresión obedeció a que la simple *diferencia de precios no sería adecuada para los contratos de tracto sucesivo*. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento, en el que el pago de la renta puede pactarse para diversos periodos (día, mes, etc.) y en plazos más o menos largos e, incluso, indefinidos. En consecuencia, no es suficiente la mera diferencia de precios, para calcular el perjuicio sufrido con el reemplazo, sino que hace falta calcular el importe que falta por pagar para el cumplimiento definitivo del contrato y el importe que, efectivamente, sustituye lo «frustrado por el incumplimiento», por la operación de reemplazo realizada<sup>165</sup>.

El cálculo de los daños mediante la operación de reemplazo en el contrato de arrendamiento se ejemplifica bastante bien en el comentario (2) del § 25-2A-518 (*Cover; substitute goods*) del *UCC*, de North Carolina, que se refiere, concretamente, a la aplicación del *cover* a los contratos de arrendamiento (*leases*), como sigue:

«(2) *Except as otherwise provided with respect to damages liquidated in the lease agreement (G. S. 25-2A-504) or otherwise determined pursuant to agreement of the parties (G. S. 25-1-302 and G. S. 25-2A-503), if a lessee's cover is by a lease agreement substantially similar to the original lease agreement and the new lease agreement is made in good faith and in a commercially reasonable manner, the lessee may recover from the lessor as damages (i) the present value, as of the date of the commencement of the term of the new lease agreement, of the rent under the new lease agreement applicable to that period of the new lease term which is comparable to the then remaining term of the original lease agreement minus the present value as of the same date of the total rent for the then remaining lease term of the original lease agreement, and (ii) any incidental or consequential damages, less expenses saved in consequence of the lessor's default*»<sup>166</sup>. «Consequential damages may include loss suffered by the lessee because of deprivation of the use of the goods during the period between the default

<sup>164</sup> La versión española del DCFR tradujo la expresión *value* por *importe*. «Art. III.–3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (2015), cit., n. 149. Aunque, la versión oficial del CESL en español, lo tradujo como *valor*.

<sup>165</sup> «Comment A; III.–3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 940.

<sup>166</sup> *Comment (2) § 25-2A-518. Cover; substitute goods, North Carolina General Statutes Annotated, October 1, 2006.*

*and the acquisition of the goods under the new lease agreement. If the lessee's cover does not satisfy the criteria of subsection (2), Section 2A-519 governs»<sup>167</sup>.*

Lo anterior indica que el importe a tomar como referencia para la determinación del daño, por el reemplazo, dependerá sustancialmente del *periodo de tiempo que medie entre el incumplimiento (conforme al DCFR, desde la resolución) y el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento*<sup>168</sup>. Los daños adicionales de la operación de reemplazo podrían ser los producidos durante el tiempo en que el perjudicado *no dispuso del bien arrendado hasta la operación de reemplazo*.

El *Comment del artículo III.-3:706 DCFR* indica que la diferencia de importes, por lo general, se establece mediante el «*cash flow analysis*»<sup>169</sup>.

El término *value*, según el citado *Comment del DCFR*, también *permite establecer como reemplazo del contrato original otro tipo de contrato*, distinto del incumplido. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento, por incumplimiento esencial del arrendador, que, por motivos prácticos y razonables, se sustituye, *no por un nuevo contrato de arrendamiento, sino por un contrato de compraventa* que satisface los mismos propósitos contractuales del perjudicado, para los que se había celebrado el (primer) contrato de arrendamiento<sup>170</sup>.

*«The value of what would have been payable under the lease contract must be compared with the value of what is payable under the sales contract (in prac-*

<sup>167</sup> MARY G; LEARY, J. D., «§ 44. Cover or substitute goods under contract for lease of personal property», II. Leases of Personal Property (North Carolina Uniform Commercial Code Article 2A), E. Default. 2. Default by Lessor, Strong's North Carolina Index 4<sup>th</sup>, February 2019. [24 N. C. Index 4th Property § 44].

<sup>168</sup> A propósito del DCFR, así también lo ha entendido DORNIS, T. W., «Particular Remedies for Non-Performance», cit., p. 550.

<sup>169</sup> «Comment A; III.-3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 940.

Un ejemplo sobre *cash flow analysis* en los contratos de arrendamiento se puede extraer del caso estadounidense *Specialists, Inc. v. Weiser Realty Advisors LLC*, 2012 WL 242835 (*United States District Court, S. D. New York, January 24, 2012*). Hechos.—Una firma internacional de abogados, con sede en Nueva York, ante la disminución de la rentabilidad de su negocio, decidió vender su negocio a otra firma de abogados en esta misma ciudad. La vendedora tenía suscrito un contrato de arrendamiento de las oficinas donde operaba y que, a su vez, subarrendaba, en parte, a terceros. Para la negociación con la compradora y la oportuna cesión del contrato de arrendamiento, la vendedora tuvo que acudir a un perito, para que le valorara el *interés actual económico del contrato de arrendamiento, de las oficinas donde funcionaban (fair market value of a leasehold interest)*. Para ello, el perito realizó un *cash flow analysis* consistente en determinar el valor actual del mercado del contrato de arrendamiento (teniendo en cuenta el estado de aquella época del mercado, la ubicación del inmueble en Manhattan y el estado de las instalaciones) (en el caso de la operación de reemplazo, sería el del valor del arrendamiento sustituto del primero). Luego, tomó los flujos de efectivo que tendría la empresa al coste del arrendamiento en el mercado y a ello le restó el precio real del contrato de arrendamiento que estaba pagando la vendedora al propietario de las oficinas (que era mucho menor al del mercado). El resultado tuvo en cuenta: la renta del contrato, a partir de la fecha de valoración (en el caso de la operación de reemplazo, sería a partir de la fecha de la resolución); y la proyección de las tarifas de alquiler del mercado por el período del plazo del contrato de arrendamiento suscrito por la vendedora.

<sup>170</sup> «Comment A; III.-3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 941.

*tice a comparison of the net present values of costs if the expected income is unchanged)*»<sup>171</sup>.

A pesar del explicado cambio terminológico, Zimmermann advierte, que sería conveniente seguir refiriéndose a la clásica expresión de la *diferencia de precios* (como en los PECL, Principios UNIDROIT, CISG, etc.), pues esta hace más sencillo su análisis, de cara a la mayor doctrina y casos, al respecto<sup>172</sup>. *Algo que considero oportuno*, pues el término importe, o valor, funciona casi exclusivamente con *los contratos de tracto sucesivo*, que con el resto de los contratos.

### 3. Criterios de la regla de reemplazo en *el soft law europeo*

Solo con el propósito de contextualizar la regla de la operación de reemplazo dentro del marco jurídico de los instrumentos europeos de *soft law*, a continuación, resumo su aplicación y función, que, en gran parte, ya he estudiado mediante la CISG y los Principios UNIDROIT.

1. La regla del reemplazo, al igual que la regla del mercado, no son más que expresiones *mínimas* del daño en caso de resolución del contrato<sup>173</sup>. Esto es, ambas reglas *se supeditan al principio de reparación integral de los daños*, que consiste en colocar a la parte perjudicada por el incumplimiento en la situación (económica) que tendría si el contrato no se hubiese incumplido (interés positivo) (arts. 9:502 PECL, III. –3:702 DCFR y 160 CESL)<sup>174</sup>.

En este sentido, la operación de reemplazo no construye un sistema indemnizatorio independiente, sino que se le aplican las reglas generales que operan en la indemnización (conforme a los arts. 9:501 PECL, III.–3:701 DCFR y 159 CESL)<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 941.

<sup>172</sup> ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», cit., p. 1491.

<sup>173</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., p. 375; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios...», cit., pp. 1246-1247.

<sup>174</sup> SCHULZE, R., y ZOLL, F., *European Contract Law*, 2nd, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 287; ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)», *RCDI*, vol. 775, septiembre, 2014, p. 2357.

<sup>175</sup> «Comment C; III.–3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 941. La excepción de la indemnización se explica con casos de contratos con cláusulas resolutorias eximentes de responsabilidad: «A contract provides that on termination by either party for any reason the other will not be liable for any loss caused by non-performance of obligations falling due for performance after the time when termination takes effect. This provision cannot be avoided simply by the making of a cover transaction». En este

2. La regla de la operación de reemplazo concede, *como daño mínimo*, la diferencia desfavorable de precios (PECL) –o del valor (DCFR y CESL)– entre el contrato incumplido y el de reemplazo. Daño mínimo que, naturalmente, se concede por la inejecución de la prestación y en su lugar<sup>176</sup>.

Ahora bien, la indemnización por la operación de reemplazo *se complementa* con la reparación de los daños *adicionales* a los que haya lugar y que el perjudicado pruebe. Estos últimos se supeditan *a las reglas generales de la indemnización* (arts. 9:502 PECL ss., III.–3:702 ss., DCFR 160 ss. CESL).

Lo anterior se puede ejemplificar con el caso del artista que alquila una galería para exponer sus obras. Ante el incumplimiento esencial de su arrendador, quien le informa que no va a tener disponible la galería el día acordado, el artista alquila otro espacio por un *mayor precio*. Por medio de la regla de la operación de reemplazo se le conceden, como daños y perjuicios, la diferencia de precios entre el contrato sustituto y el contrato incumplido. Y, *como daños adicionales*, se indemnizarían los costes en los que haya tenido que incurrir el perjudicado, por ejemplo, por haber tenido que cambiar la dirección en los carteles de promoción de su exposición<sup>177</sup>.

3. Al igual que en la CISG y en los Principios UNIDROIT, en los textos europeos, *la regla del mercado* (arts. 9:507 PECL, III. –3:707 DCFR y 165 CESL) se aplica siempre que el perjudicado *no haya llevado cabo una operación de reemplazo*.

Ejemplo 4.–«S, a commodity dealer, contracts to sell to B 50 tonnes of soybean meal at a price of 300,000 lire a tonne for delivery on 1st August. On that date, when the price of soybean meal has fallen to 250,000 lire a tonne, B fails to take up and pay for meal. A week later S sells 50 tonnes of soybean meal to C at 375,000 lire a tonne. Even if the market price rule (that is to say the rule that, in the case of goods of a kind available on market, the normal measure of damages is taken to be the difference between contract price and market price) did not apply, S would not have to bring into account in its claim against B the extra profit on its sale to C, in the absence of evidence that its transaction was a substitute for the contract with B» (subrayado mío)<sup>178</sup>.

---

sentido, también se excluyen los daños punitivos o los daños no reales (los denominados *nominal damages* del *Common Law*). PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización...*, cit., p. 113; VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 1, 2015, p. 4; ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización de daños...», cit., pp. 2353-2354.

<sup>176</sup> MOŽINA, D., «Article 160», en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 642.

<sup>177</sup> «Comment A; III.–3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 941.

<sup>178</sup> «Comment C article 9:502» THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, cit., p. 440. El mismo ejemplo reproduce en los comentarios al DCFR [«Com-

4. En los casos del daño de la *pérdida de volumen del negocio*, la operación de reemplazo no se aplica, pues, con esta, no se indemniza al perjudicado (comerciante), ya que el reemplazo le habría *generado otro lucro o beneficio de intercambio*. Por lo cual, *el daño de la pérdida de volumen debe calcularse conforme a las reglas generales de la indemnización*.

5. La operación de reemplazo exige que se haya celebrado *de manera razonable y en un periodo de tiempo razonable*, tras la declaración de la resolución del contrato. En caso de no cumplirse estos requisitos, la diferencia (desfavorable) de precios no procederá como criterio de determinación del daño. Por tanto, *el juez deberá ajustar la cuantía de los daños a una hipotética –y razonable– operación de reemplazo*<sup>179</sup>.

Al respecto, el ejemplo utilizado en los PECL y el DCFR es el del alquiler de un automóvil estándar por tres semanas, y el arrendatario, al estropearse el automóvil en la primera semana, y al no encontrar uno con las mismas condiciones del contrato incumplido, alquila un automóvil de lujo, por las dos semanas restantes. En este caso, los daños y perjuicios del perjudicado se limitarán a los de una «razonable» operación de reemplazo; es decir, al coste que tendría el alquiler de un automóvil parecido al del contrato incumplido<sup>180</sup>.

6. Finalmente, la doctrina ha reconocido ampliamente la fundamentación y la utilidad práctica de la operación de reemplazo en el *deber de mitigar el daño*, como límite a la extensión de los daños indemnizables por el incumplimiento (arts. 9:505 PECL, III.–3:705 DCFR y 163 CESL)<sup>181</sup>.

---

ment D article 3:702» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 925].

<sup>179</sup> «Comment B; III. –3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 941; «Comment B article 9:506» THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, cit., p. 449. En la doctrina, DORNIS, T. W., «Particular Remedies for Non-Performance», cit., p. 549.

<sup>180</sup> «O supplies a small car on hire to H for three weeks at a rent of € 1000 a week. The car breaks down at the end of the first week while H is on holiday, and as no other small car is available H terminates the contractual relationship with O and hires a large luxury car from another firm for remaining two weeks at a rent of € 5000 a week. H's damages for extra rental charges will be restricted to the additional cost, if any, of hiring the nearest available equivalent of the original car in size and value» (subrayado mío). «Comment B; III. –3:706» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 941.

<sup>181</sup> NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios...», cit., pp. 1243, 1247; VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)», cit., p. 18; ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización de daños...», cit., p. 2362.

## VI. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN LOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* LATINOAMERICANOS (PRINCIPIOS OHADAC/PLDC)

Mientras los Principios OHADAC (2015)<sup>182</sup> regulan la operación de reemplazo (cálculo concreto del daño) en su artículo 7.4.5, los PLDC<sup>183</sup> han optado por suprimirla en su versión definitiva de 2017.

<sup>182</sup> Los Principios OHADAC son un conjunto de reglas de *soft law*, creadas por la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHADAC), que tienen como objetivo esencial la armonización y unificación del Derecho mercantil en los países caribeños (sobre los orígenes de la OHADAC, *vid.* «Introducción», Principios OHADAC (2015), pp. 11-13). Como indiqué al principio de este capítulo, estos principios buscaron una aproximación entre *el Civil Law y el Common Law* en materia de contratos comerciales, dada la influencia del *Common Law* inglés y estadounidense en algunas zonas del Caribe. Como punto de partida se evidencia la clara influencia del Derecho Uniforme de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los estudiados textos de *soft law* europeos (PECL/DCFR/CESL) –en la mayor parte de los *Comentarios oficiales* a sus reglas, se hace constante y oportuna referencia a estos textos, según la materia que se trate–. «Introducción», Principios OHADAC (2015), p. 21. Para un panorama general de los Principios OHADAC y su aplicación, *vid.* FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *cit.*, pp. 526-537.

Los Principios OHADAC (2015) se encuentran disponibles en:

<http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>.

<sup>183</sup> Los PLDC también son reglas de *soft law*, que responden a una iniciativa académica de armonización y modernización del Derecho de contratos en Latinoamérica, nacida hace una década en el marco de un congreso internacional franco-latinoamericano en *Rennes* (Francia), con el apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental*. *Vid.* PIZARRO WILSON, C., «Presentación», *cit.*, pp. 15-16. Los PLDC buscaron una identidad propia latinoamericana, a la vez que buscaron innovar en aquellas cuestiones que requerían de una actualización. El punto de partida estuvo en un trabajo sobre el «estado de la cuestión» de la doctrina y jurisprudencia de los diferentes países latinoamericanos, realizado por profesores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, se fueron publicando varios borradores de los PLDC, que gozaron de gran difusión y discusión para su perfeccionamiento, no solo en Latinoamérica, sino en Europa (concretamente, Inglaterra y España). *Vid.* GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «The Future of Contract Law in Latin America, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», *ADC*, vol. 68, 3, 2015, pp. 1083-1090; GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)», *ADC*, vol. 70, 4, 2017, pp. 1575-1611; MORALES MORENO, A. M., «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, vol. 67, 1, 2014, pp. 227-254; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, vol. 69, 3, 2016, pp. 991-1038. La versión de 2013 y la versión de 2015, respectivamente, en MORALES MORENO, A. M., «Los Principios latinoamericanos...», *cit.*, pp. 241-254; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Los Principios latinoamericanos...», *cit.*, pp. 1012-1038. Para una presentación de los PLDC, descripción general, fundamentación y su aplicabilidad *vid.* DE LA MAZA GAZMURI, Í., y VIDAL OLIVARES, Á., «El contenido: Una primera aproximación», *cit.*, pp. 27-75. En este sentido, también *vid.* FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *cit.*, pp. 568-580.

Los PLDC se pueden consultar en *español, francés, inglés e italiano* en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017. También en el siguiente enlace del Proyecto: <https://pldc.uexternado.edu.co/el-proyecto-2/>.

## 1. Los principios ohadac

### 1.1 EL ARTÍCULO 7.4.5 PRINCIPIOS OHADAC

El citado artículo reguló la operación de reemplazo, del *mismo modo que en la CISG* y los subsecuentes textos de *soft law* que le siguieron <sup>184</sup>. El mismo artículo también reguló la regla del mercado, como regla subsidiaria de la regla de la operación de reemplazo.

Artículo 7.4.5 Principios OHADAC: «Cálculo del daño:

1. Resuelto el contrato, el acreedor que ha concluido un *negocio de reemplazo razonable*, puede recuperar la diferencia entre el precio acordado en el contrato y el precio del negocio de reemplazo.

2. Resuelto el contrato, *el acreedor que no concluye un negocio de reemplazo* puede, si existe un precio corriente para la prestación convenida, recuperar la diferencia entre el precio contractual y el precio corriente en el momento de la resolución. Por precio corriente se entiende el precio generalmente establecido para una prestación realizada en circunstancias comparables en el lugar en que debía realizarse o, en defecto de precio corriente en dicho lugar, el precio corriente en otro lugar que quepa razonablemente considerar como lugar de referencia.

3. Lo establecido en los dos apartados anteriores debe entenderse *sin perjuicio de la indemnización que corresponda a la parte perjudicada por otros daños adicionales*, conforme a lo establecido en esta sección» (cursiva mía).

En los Principios OHADAC se advierte una regla más simplificada que la de los textos vistos anteriormente. No se habla de manera y forma razonable, sino propiamente de un *negocio de reemplazo razonable* (que, a mi entender, incluye ambas). También se opta por *unificar en un solo artículo* tanto el cálculo concreto de *la operación de reemplazo*, como el cálculo abstracto de *la regla del mercado (cuando no se ha concluido un negocio de reemplazo)* como criterios de cuantificación del daño, en caso de *incumplimiento resolutorio*. Se reconocen en todo caso los *daños adicionales*, conforme con las reglas generales de la indemnización de los daños y perjuicios (arts. 7.4.1. ss. Principios OHADAC).

De acuerdo con el *Comentario del artículo 7.4.5. Principios OHADAC*, estas reglas se recogieron con el objetivo de «facilitar el cálculo del daño en la responsabilidad contractual cuando ha habido resolución de contrato» <sup>185</sup>. También se reconoce que las reglas de la operación de reemplazo y del mercado *no se encuentran positivadas en las diferentes legislaciones del Caribe*.

---

<sup>184</sup> «Comentario del artículo 7.4.5. Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015), p. 459.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 459.

Aunque, sí se han tenido en cuenta por los jueces a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio de los daños y perjuicios contractuales, «sobre todo en contratos mercantiles»<sup>186</sup>.

## 1.2 LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO Y SU DIFERENCIA CON LA EJECUCIÓN FORZOSA POR UN TERCERO: LA NATURALEZA PROCESAL DE LA *CONDEMNATIO PECUNIARIA*

En relación con el criterio de la operación de reemplazo, el comentario del artículo 7.4.5. Principios OHADAC señala: «[...] [a]demás, una forma de cálculo concreto de la indemnización se recoge [en los códigos civiles caribeños], aunque bajo el aspecto de cumplimiento específico, respecto de las obligaciones de hacer, que el acreedor puede mandar ejecutar a costa del deudor en caso de incumplimiento» (paréntesis incluido por mí)<sup>187</sup>. Concretamente, el comentario se refiere a los siguientes artículos: 1610 CC colombiano<sup>188</sup>; 695 CC costarricense<sup>189</sup>; 290 CC cubano<sup>190</sup>; 1144 CC francés<sup>191</sup> y dominicano; 1323 CC guatemalteco<sup>192</sup>; 934 CC haitiano<sup>193</sup>; 1357 CC hondureño<sup>194</sup>; 2.027 CC mexicano<sup>195</sup>; 1.849 CC nicaragüense<sup>196</sup>; 983 CC

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>187</sup> «Comentario del artículo 7.4.5 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015), p. 459.

<sup>188</sup> Artículo 1610 CC colombiano: «Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: [...] /2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. / 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato» (cursiva mía).

<sup>189</sup> Artículo 695 CC costarricense: «Cuando la obligación de hacer no exige para su cumplimiento la acción personal del deudor, si éste se negare a realizarla, podrá el acreedor ser autorizado para hacerla ejecutar por cuenta del deudor, o ejecutar la autoridad».

<sup>190</sup> Artículo 290 CC cubano: «Si el obligado a hacer alguna cosa incumple la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir la ejecución a costa del deudor. [...]».

<sup>191</sup> Los Principios OHADAC se refieren al artículo 1144 CC fr., anterior a la reforma de 2016; al respecto *supra* IV.4.1.

<sup>192</sup> Artículo 1323 CC guatemalteco: «En las obligaciones de hacer el incumplimiento del obligado da derecho al acreedor para hacer por sí o por medio de tercero, a costa del deudor, lo que se hubiere convenido, si la calidad del ejecutante fuere indiferente».

<sup>193</sup> Artículo 934 CC haitiano: «*Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.*».

<sup>194</sup> Artículo 1357 CC hondureño (con el mismo tenor del CC colombiano): «Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: [...] / 2.- Que se le autorice a el mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. / 3.- Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato».

<sup>195</sup> Artículo 2027 CC mexicano: «Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible [...]».

<sup>196</sup> Artículo 1849 CC nicaragüense: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costo. Esto mismo se observará si la hiciera contraviniendo al tenor de la obligación [...]».

panameño<sup>197</sup>; 1.051 CC portorriqueño<sup>198</sup>; 997 CC santaluciano<sup>199</sup>; 1.266 CC venezolano<sup>200</sup>.

Al respecto, es necesario aclarar que tal comparación obedece a que la mayoría de los citados códigos civiles, de origen franco-romano (influenciados en su mayoría por el Código de Napoleón de 1804 a excepción del Código civil santaluciano<sup>201</sup>), se han fundamentado en la clásica concepción tripartita de las obligaciones en dar, hacer y no hacer –al igual que en el CC español (art. 1088)–. En las obligaciones de hacer, convive la tradicional fundamentación escolástica del *pacta sunt servanda*, traducida en el *derecho al cumplimiento específico*, con la *condemnatio pecuniaria*.

Para entender la *condemnatio pecuniaria*, como una forma de *cumplimiento específico* en las obligaciones de hacer –y no como daño contractual–, conviene realizar unas *breves consideraciones* sobre los antecedentes y la posterior recepción del cumplimiento específico, fundamentado en el generalizado principio del *pacta sunt servanda*, como base de la construcción de la teoría general del contrato, en los códigos de tradición continental.

Como antecedente del *pacta sunt servanda*, Zimmermann, en su conocida obra sobre los fundamentos del Derecho romano en el Derecho de obligaciones de tradición continental, sitúa la cuestión en las épocas preclásicas, en donde, ante el incumplimiento de una obligación exigible, existía la convicción de que el acreedor no podía tomarse la justicia por su propia mano y autotutelarse su derecho de crédito<sup>202</sup>. En consecuencia, el acreedor debía acudir al «juez» para reclamar su derecho, bajo las normas procesales; es decir, conforme al sistema formulario del Derecho romano. El sistema formulario, como su nombre indica, se basaba en ciertas fórmulas sobre las que el juez *solo podía condenar o absolver*, y cuyas *condenas, por regla general, eran de tipo pecuniario (omnis condemna-*

---

<sup>197</sup> Artículo 983 CC panameño: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costo. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación [...]».

<sup>198</sup> Artículo 1051 CC portorriqueño: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación».

<sup>199</sup> Artículo 997 CC santaluciano: «*The creditor may without prejudice to his claim for damages, demand specific performance or fulfilment in a case which admits of it, or that he may be authorised to execute the obligation at the debtor's expense, or that the contract that gives rise to the obligation be set aside, subject to the special provisions of this Code*».

<sup>200</sup> Artículo 1266 CC venezolano: «En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor./ Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniera a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención».

<sup>201</sup> Aunque el Código civil santaluciano tiene una base muy importante en las costumbres y leyes francesas anteriores a la promulgación del Código de Napoleón. Vid. N. J. O. LIVERPOOL, «The history and development of the Saint Lucia Civil Code», *Revue Générale de Droit*, vol. 14, 1983, pp. 384-385.

<sup>202</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1.ª, Oxford University Press, Oxford, 1990, p. 770.

*tio pecuniaria*)<sup>203</sup>. Por ejemplo, si la obligación consistía en un objeto específico, el juez tenía que *valorar su valor económico* para condenar<sup>204</sup>. Zimmermann destaca que tales *reglas procesales* influyeron en cierta manera en el *Derecho sustantivo romano*, pero que, con la desaparición del procedimiento formulario, la idea de la *condemnatio pecuniaria* estaba condenada a decaer<sup>205</sup>.

Para el Derecho romano recopilado por Justiniano, Zimmermann señala que no se rescató la estructura y principios del sistema formulario, por lo que *no* se retomó el principio *omnis condemnatio pecuniaria*, permitiendo que el acreedor, por lo general, tuviese derecho a reclamar el cumplimiento específico (Instituciones IV, 6, 32<sup>206</sup>). Sin embargo, *ello solo se estimó para las obligaciones de dar*, pues, como apunta el autor, para las obligaciones de hacer y de no hacer se mantuvo la *condemnatio pecuniaria*<sup>207</sup>. Es decir, *que todavía en el Derecho romano justinianeo no se tenía una idea generalizada del cumplimiento específico de los contratos*.

En la baja edad media, una de las grandes controversias y discusiones en el *ius commune*<sup>208</sup> fue, precisamente, el dilema entre el derecho al cumplimiento específico y las condenas pecuniarias. Zimmermann observó que, en la escuela de los glosadores de aquella época, si bien la triple división del contenido de la obligación era un punto general de partida, la extensa casuística del *Corpus Iuris Civilis* reclamaba un *marco sistemático* al respecto. En este sentido, gracias a la fuerte influencia del *Derecho canónico*, que incorporó la idea del *pacta sunt servanda*<sup>209</sup>, a finales de la Edad Media, *el derecho al cumplimiento específico se*

<sup>203</sup> Vid. también MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 51 y nota 99.

<sup>204</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations...*, cit., pp. 770-771.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 772.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 772-773.

<sup>207</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations...*, cit., p. 773.

<sup>208</sup> El llamado *ius commune* o Derecho común, en su concepción más tradicional, se refiere a «un conjunto de textos que no sólo contienen normas, sino también doctrina escrita por juristas» –escuela de los glosadores y los comentaristas–. Aunque también, al *ius commune* se le ha atribuido una acepción más comprensiva, que es la de tratarse de «una cierta manera de concebir el derecho, de entender su establecimiento y su aplicación, de considerar jurídicamente las relaciones del hombre con su entorno de personas y cosas, un modo de pensamiento y de acción puesto de manifiesto a través de leyes, de usos, de decisiones judiciales y de interpretaciones doctrinales», es decir, una *cultura jurídica* (LORENTE, M.; VALLEJO, J., y otros, *Manual de Historia del Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 58-59). Lo que es muy destacable. La inclusión de muchos de los principios del *ius commune*, que hoy se tienen en la tradición del Derecho continental, tocan con una manera concreta de entender las relaciones entre las personas, el cumplimiento *moral de las promesas y pactos* y otras acepciones de tipo socio-cultural (y marcadamente eclesialística) [vid. DECOCK, W., «La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, vol. 73, 2014, pp. 513-533]. Ello se mezcló con el gran interés en recoger o reinterpretar los textos normativos y doctrinales del Derecho romano justinianeo (pues estos, a veces, aparecían con «diferente tenor al original»). Es por todos conocido que los dos pilares del *ius commune* fueron el Derecho romano (*ius civile*) y el Derecho canónico (*ius canonicum*). LORENTE, M., y otros, *Manual de Historia del Derecho*, cit., pp. 60-65, 69-70.

<sup>209</sup> A partir del s. XII, la jurisprudencia canónica, con base en la construcción de los glosadores sobre la teoría general del contrato, a partir de la «noción de pacto», dividida en los «pactos desnudos» (*pactum nudum*) y los «pactos vestidos» (*vestimenta pactorum*), para diferenciar los que no tenían carácter vinculante de los que sí lo tenían, desarrolló la idea de que las promesas por sí mismas debían ser cumplidas –aunque

*reconoció para todas las clases de obligaciones (dar, hacer y no hacer), aunque ello siguió conviviendo con otros casos en los que se podía compeler al deudor a pagar el equivalente pecuniario*<sup>210</sup>. Naturalmente, el derecho al cumplimiento específico se seguía presuponiendo mayoritariamente para las obligaciones de dar. *Respecto de las obligaciones de hacer*, ZIMMERMANN indica que los glosadores reconocían la posibilidad del cumplimiento específico, permitiendo que el acreedor eligiera entre este o el equivalente pecuniario<sup>211</sup>.

Como acabo de exponer, la *condemnatio pecuniaria* tiene un origen procesal, *que traspasó a lo sustantivo en los códigos civiles de tradición continental*<sup>212</sup>.

Es, por ello, por lo que no se puede perder de vista, que el derecho del acreedor a exigir la ejecución de la obligación a costa del deudor, *en las obligaciones de hacer, coincide con los mecanismos del procedimiento judicial* (por ejemplo, *vid.* art. 433 Código General del Proceso colombiano) *sobre la ejecución forzosa de una condena de hacer no personalísima*<sup>213</sup>.

---

fuese un *ex nudo pacto*—, llegando a introducir la máxima del *pacta sunt servanda*, pues «el quebrantamiento del pacto —e incluso de una promesa— *era moralmente reprochable*, porque los pactos aunque nudos (*quantumque nuda*) debían obligar» (cursiva primera mía) (*ibid.*, p. 125). Esto teniendo en cuenta que, si bien los *pactos nudos* no tenían una acción civil, para la doctrina canónica, sí que debían tener una sanción en sede eclesial. LORENTE, M., y otros, *Manual de Historia del Derecho*, cit., pp. 123-125. También *vid.* BAHAMONDES OYARZÚN, C., *El cumplimiento específico de los contratos*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2018, pp. 100-101; SEVERIN FUSTER, G. F., *Los contratos de servicios: su construcción como categoría contractual, y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

<sup>210</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations...*, cit., p. 774.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 774.

<sup>212</sup> Algo parecido sucede con la derogada *faculté de remplacement* del artículo 1144 CC fr. a.o., pero, referida a las obligaciones en general (de dar, hacer y no hacer). En palabras de ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, en el sistema clásico voluntarista creado por el Código civil francés y transmitido a los países latinoamericanos que le siguieron, como el caso del Código civil venezolano y el Código civil de Andrés Bello, vigente en Colombia y en Chile, «[u]na vez formado el contrato, la realización específica del interés del acreedor se verifica cada vez que el deudor, o un tercero, da cumplimiento en forma espontánea y exacta a las prestaciones prometidas en el contrato. Cuando el acreedor es víctima de un incumplimiento contractual, la realización específica de su interés implica la obtención por vía judicial del mismo resultado práctico que hubiese obtenido si el deudor hubiese ejecutado el contrato de forma espontánea, sea directamente del patrimonio del acreedor o mediante la cooperación de un tercero, siempre que medie, en este último caso, la autorización del juez al acreedor para actuar por cuenta y a costa del deudor» (cursiva mía). ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J., «Resolución del contrato y operación de reemplazo. Realización específica del interés del acreedor», *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 71, 2017, pp. 10-11. También en ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J., «Realización específica del interés del acreedor por otros medios. Resolución y operación de reemplazo», en Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, pp. 301-302.

<sup>213</sup> Estos mecanismos de ejecución forzosa por un tercero, en el procedimiento, provienen de la prohibición del empleo de la fuerza, en el derecho civil, para coaccionar físicamente al deudor a realizar el hecho al cual se obligó (*nemo praecise cogi potest ad factum*). Ello presupone que la ejecución *in natura* se desvíe por otra vía (procesal): el pago del valor de la prestación, realizada por un tercero, para obtener la satisfacción del interés contractual del acreedor (OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen General de las Obligaciones*, 8.ª, Temis, Bogotá, 2016, p. 53). Por ejemplo, en el Derecho colombiano, dicho apremio se realiza mediante autorización judicial, conforme a los artículos 1610 CC Colombiano y 433 Código

Por todo lo anterior, *respondiendo a la cuestión inicial*, la ejecución de las obligaciones de hacer a costa del deudor por parte del acreedor no sería propiamente una norma sustantiva, sino de procedimiento y, quizás, en este sentido, *no podría compararse con la regla sustantiva de la operación de reemplazo*, que recoge el artículo 7.4.5. Principios OHADAC y que supone una resolución e indemnización de daños y perjuicios.

## 2. Los PLDC: la inconveniencia de no regular la regla de la operación de reemplazo

Los PLDC, publicados en 2017, optaron por *no* recoger criterios concretos sobre la cuantificación del daño; no regulan ni la regla de la operación de reemplazo ni la regla del mercado. Ello, a pesar de que la regla de la operación de reemplazo se había tenido en cuenta en los borradores anteriores de los PLDC y bajo la rúbrica de «*resolución e indemnización de daños*»<sup>214</sup>.

El artículo 112 del borrador de los PLDC de 2015 establecía: «Si el acreedor opta por la resolución y celebra en términos razonables con un tercero un contrato de reemplazo sobre el mismo objeto, tiene derecho a la indemnización de la diferencia de precio entre ambos contratos, sin perjuicio de la indemnización de otros daños según las reglas precedentes»<sup>215</sup>.

Sin embargo, como es lógico, la indemnización de daño calculado conforme a la regla del reemplazo es admisible en los PLDC, bajo los presupuestos y reglas de *remedio de la indemnización de daños y perjuicios* (arts. 104-109 PLDC)<sup>216</sup>. Aunque su reconocimiento resulta ser mucho más limitado, que en los demás instrumentos de *soft law* vistos.

---

General del Proceso colombiano: «3. Cuando no se cumpla la obligación de hacer en el término fijado en el mandamiento ejecutivo y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios, *el demandante podrá solicitar, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de dicho término, que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor*; así se ordenará siempre que la obligación sea susceptible de esa forma de ejecución. Con este fin el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez» (cursiva mía).

<sup>214</sup> BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización de perjuicios en los PLDC, atendiendo a la conducta del acreedor - contribución a los perjuicios y mitigación de los mismos. Análisis comparativo con otras propuestas y textos legales», en Álvaro Vidal Olivares y Gonzalo Francisco Severin Fuster (eds.), *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Civitas, Santiago de Chile, 2018, pp. 727 y 759.

<sup>215</sup> SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Los Principios latinoamericanos...», cit., p. 1036.

<sup>216</sup> VIDAL OLIVARES, uno de los precursores de los PLDC, señala que la indemnización tiene una doble función: la obtención del interés de la prestación (donde estaría inserta la operación de reemplazo) y el interés de conservación. VIDAL OLIVARES, Á., «Indemnización de daños y la opción del acreedor», en

*En primer lugar*, el daño calculado conforme a la operación de reemplazo, al identificarse con el interés de la prestación, es un daño que, en los PLDC, cae bajo el cobijo de la previsibilidad del daño (art. 107 PLDC<sup>217</sup>). Y, *en segundo lugar*, su fundamentación estaría en la mitigación de daños y perjuicios, regulada en el artículo 109 PLDC.

Artículo 109 PLDC: «Mitigación de perjuicios./ (1) La indemnización queda sujeta a *reducción* si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el perjuicio. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse./ (2) El *acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación*, aun cuando éstas hayan sido infructuosas» (cursiva mía).

Sobre la pertinencia la operación de reemplazo y la mitigación de los daños y perjuicios en los PLDC, se ha ocupado Benavente Moreda<sup>218</sup>. En su opinión, conforme al Derecho comparado y a la doctrina internacional, una de las medidas fundamentales para mitigar los daños y perjuicios es, precisamente, la operación de reemplazo<sup>219</sup>. En este sentido, si bien *no es exigible* la celebración de una operación de reemplazo, su no realización, en ciertas circunstancias, *reduce* el daño indemnizable de conformidad con el deber de mitigar el daño del acreedor (109 PLDC)<sup>220</sup>. Ahora bien, respecto a la omisión reguladora de la operación reemplazo, Benavente Moreda considera la conveniencia de incluir una norma específica sobre la medida de la operación de reemplazo, que habría ayudado a contribuir en la delimitación del daño indemnizable<sup>221</sup>.

---

Íñigo De la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares y Jorge Oviedo Albán (eds.), *Derecho de los Contratos*, Universidad Sergio Arboleda/Astrea, Bogotá, 2017, pp. 348-349.

<sup>217</sup> Artículo 107 PLDC: «(1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de la celebración del contrato y que provengan del incumplimiento [...]».

<sup>218</sup> BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización...», cit., pp. 726-771.

<sup>219</sup> En cuanto a la doctrina latinoamericana, entre otros, *vid.* ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J., «Realización específica...», cit., pp. 324-326; BARONE GONZÁLEZ, J. L., «El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano», *Revista Verba Iuris*, vol. 13, 39, 2018, pp. 90-92; JARAMILLO J., C., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho privado*, Temis, Bogotá, 2013, p. 183; OVIEDO ALBÁN, J., «Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods», *Vniversitas*, vol. 137, 2018, pp. 5-6; SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «El límite económico como manifestación del principio de mitigación», en Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, p. 237; VIDAL OLIVARES, Á., «La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento», en Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 269. Desde una perspectiva histórica, SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «La carga de evitar o mitigar el daño: Antecedentes Históricos y Justificación», en Álvaro Vidal Olivares y Gonzalo Francisco Severin Fuster (eds.), *Estudios de Derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 697-700.

<sup>220</sup> BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización...», cit., p. 766.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 767.

Por mi parte, y en la misma línea de las anteriores consideraciones, entiendo que hay *diferencias fundamentales* –y, en ocasiones, *inconvenientes*– de no plasmar positivamente la regla de la operación de reemplazo.

*La primera*, y más importante, es que no haberla positivizado hace que no se promuevan principios básicos de la modernización del Derecho de obligaciones, como es la buena fe. Pues, se ha evidenciado cómo su positivación promueve una actividad más diligente del acreedor ante el daño derivado del incumplimiento. Por otro lado, ello trae consigo una desprotección del propio acreedor que, al no tener claro que tiene derecho al reemplazo (y sus requisitos), corre el riesgo que no se le reconozcan daños del lucro cesante que pudo evitar con el reemplazo (como ocurre en reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 13 de noviembre de 2019<sup>222</sup>).

*La segunda* es que no se establecen condiciones y requisitos específicos de la forma como el acreedor ha de realizar la operación de reemplazo, aunque, ello puede remitirse al principio de la buena fe (art. 7 PLDC) y a la mitigación de los daños (109 PLDC).

*Y, la tercera*, es que no se establece con claridad cuándo aplica el criterio de la operación de reemplazo frente a otros métodos de cuantificación del daño indemnizable. En concreto, frente al sistema de cálculo abstracto, con arreglo al precio del mercado (regla del mercado)<sup>223</sup>.

La práctica nos lleva a estimar que se relega un tema tan típico en la costumbre mercantil al comportamiento libre del acreedor, el litigio y la Corte de turno, que sin tener muy claro la regla de reemplazo y sus requisitos, suele reconocerla como un daño emergente.

## VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO CUARTO

1. El estudio conjunto de la regla de la operación de reemplazo en el Derecho Uniforme de la CISG y en los instrumentos de *soft law* que la adoptaron (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL y Principios OHADAC) permite poner de manifiesto la inclusión de una regla originada en los sistemas angloamericanos, *pero que, a su vez, es perfectamente aplicable (y no ajena)*

---

<sup>222</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala civil, SC4902-2019, MP: Luis Alonso Rico Puerta. En este caso, la Corte colombiana resolvió no reconocer los daños de la parálisis de la actividad de comercialización del acreedor cumplido, ya que este no demostró que no había otra fuente para conseguir el producto, objeto del contrato incumplido (p. 55).

<sup>223</sup> Sobre esta cuestión me remito a las consideraciones vistas en el ámbito de la CISG. *Supra* III.3.3.

*a los sistemas del Derecho continental.* Pues, a través del requisito de la resolución, respeta el derecho del deudor a cumplir la prestación.

En concreto, el tenor de la regla de la operación de reemplazo (75 CISG), y su aplicación prioritaria frente a la regla del mercado (art. 76), tomaron como modelo el *UCC*. Modelo que siguieron los Principios UNIDROIT, los PECL, el DCFR, el CESL y los Principios OHADAC.

2. La adecuación de la regla de la operación de reemplazo en los Principios UNIDROIT y PECL permite entender las posibilidades de aplicación de la regla en todos los tipos de contratos, distintos de la compraventa. Por su parte, el tenor de la regla de la operación de reemplazo en el DCFR proporciona una regla que, además, piensa en los contratos de tracto sucesivo; como el caso del contrato de arrendamiento.

3. En mi opinión, desafortunadamente, se perdió una oportunidad en los PLDC de regularse la operación de reemplazo. En los ordenamientos nacionales latinoamericanos hace desarrollar métodos de cuantificación del daño. La regla de la operación de reemplazo, por un lado, facilita el ejercicio del *derecho del acreedor a obtener el cumplimiento del contrato mediante un tercero*, con reglas claras de su ejecución. Por otro lado, *promueve prácticas de diligencia de los acreedores para mitigar el daño del incumplimiento*, en desarrollo del principio de la buena fe.

## CAPÍTULO QUINTO

### LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO DE CONTRATOS ESPAÑOL

*«La operación de reemplazo es, sin duda, un derecho del acreedor, en caso de incumplimiento del contrato; una medida de autotutela, y una vía de satisfacción del interés del acreedor que facilita la liquidación y prueba del daño. Pero también, un medio típico y razonable para mitigar los efectos dañinos del incumplimiento»<sup>1</sup>.*

#### I. INTRODUCCIÓN

La operación de reemplazo podría encuadrarse dentro de los artículos 1096. II y 1098. I CC que, como estudiaremos más adelante, suelen encajarse dentro de la pretensión de cumplimiento. Sin embargo, como una medida de autotutela *extrajudicial* del acreedor y de cuantificación del daño contractual, no se encuentra regulada ni por el Código civil, ni por el Código de comercio español. En este sentido, su articulación, en las instituciones del Derecho de contratos español, se ha desarrollado gracias a su doctrina y jurisprudencia<sup>2</sup>, las cuales siguen siendo muy escasas, a pesar de que se trate

---

<sup>1</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 183.

<sup>2</sup> Por mencionar algunas sentencias, las SSTs, 1.ª, de 14 de febrero de 1964 (RJ 1964/748; MP. Excmo. Sr. D. Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta) (CDO único); de 5 de febrero de 1974 (RJ 1974/438; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Peral García) (CDO único); de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8363; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales) (FD 6.º y 7.º); de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) (FD 3º); de 13 de julio de 2005

de una figura muy común en la práctica de los diferentes agentes económicos, en sede del incumplimiento contractual<sup>3</sup>.

Sin embargo, cabe destacar aquí la importancia que tuvo la incorporación del artículo 75 CISG, al ordenamiento español<sup>4</sup>. Ello supuso que la doctrina dirigiera más su atención hacia un enfoque más moderno del estudio de la operación de reemplazo y, además, inspiró un trato *más uniforme y claro* con relación a su aplicación. Hay que señalar que el Prof. Joaquín Garrigues, mucho antes de la entrada en vigor de la CISG, ya se había referido a la regla de la compraventa de reemplazo, con una extraordinaria precisión y practicidad, desde un enfoque moderno de la misma<sup>5</sup>.

En este capítulo voy a estudiar, *en primer lugar*, la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo en el Derecho de contratos español. Tal estudio me conducirá a decantarme por la necesaria naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo y, en consecuencia, consideraré el funcionamiento de la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio. *En segundo lugar*, me referiré a la operación de reemplazo en relación con la mitigación y la causalidad del daño resarcible. *En tercer lugar*, analizaré la doctrina y la jurisprudencia española sobre la operación de reemplazo. Finalmente, *en cuarto lugar*, me referiré a la particular venta de reemplazo que recogió la reforma del Libro sexto del Código civil de Cataluña y a la regulación de la regla de la operación de reemplazo en el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, ACM).

## II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Este análisis que hago en este apartado puede partir de la siguiente cuestión: ante el incumplimiento del deudor, la realización (extrajudicial) de una operación de reemplazo por el acreedor ¿es un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento correspondiente a la obligación incumplida o es una vía alternativa de la satisfacción del interés del acreedor a través de un tercero, que *no* es, propiamente, el cumplimiento de la obligación?

---

(RJ 2005/5098; MP. Excmá. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) (FD 3.º). A todas estas sentencias me referiré a lo largo del capítulo.

<sup>3</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios y el incumplimiento», *ADC*, vol. 64, 4, 2011, p. 1537 y nota 142.

<sup>4</sup> Que, recuerdo, entró en vigor el 1 de agosto de 1991 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991, pp. 3170 a 3179).

<sup>5</sup> *Vid. infra* IV.1.1.

En la primera alternativa la operación de reemplazo es, por su naturaleza, una forma de ejercitar la pretensión de cumplimiento. En la segunda alternativa no. El reemplazo es la indemnización<sup>6</sup>.

Marsal y Lauroba señalan que tanto en el Derecho civil español como en los textos de *soft law*, concretamente, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, el interés del acreedor se puede satisfacer a partir de la realización de la conducta descrita como prestación por un tercero. No obstante, hay una diferencia fundamental entre el Derecho español y los citados instrumentos de *soft law*: «[e]n el Derecho español, el deudor que ha incumplido se ve compelido a financiar la realización de la prestación por un tercero [se refieren al art. 1096. II CC] y, adicionalmente, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Simultáneamente, *el acreedor deberá pagar el precio al deudor*. En cambio, tanto en los Principios UNIDROIT (art. 7.4.5.) como en los PECL (art. 9:506), el acreedor deberá celebrar un segundo contrato con una prestación idéntica y resolver el primer contrato, exigiendo al deudor la indemnización de los daños derivados de su incumplimiento. Aunque en ambos casos la satisfacción del interés del acreedor se consigue por la realización de la prestación por un tercero, *en el Código civil se trata de la conducta descrita en la obligación incumplida mientras que en los textos de soft law es la conducta descrita en una nueva obligación, surgida del segundo contrato (la llamada operación de reemplazo)*» (cursiva mía). Solución que los autores exaltan como una vía extrajudicial y rápida de satisfacción del interés del acreedor<sup>7</sup>.

## 1. La operación de reemplazo como una modalidad del ejercicio de la pretensión de cumplimiento

### 1.1 LA DOCTRINA DE ALCALDE SILVA

La profunda investigación científica de Jaime Alcalde Silva, en su tesis doctoral *Incumplimiento y reemplazo* (2013), constituye una base para el estudio de la regla de la operación de reemplazo. En particular, sus aportaciones sobre la delimitación de la figura en el Derecho español, diferenciándola de

---

<sup>6</sup> La pretensión de cumplimiento no tiene la misma función que la acción del artículo 1101 CC. CARRASCO PERERA manifiesta que «la responsabilidad *ex art. 1101 CC* no es una “garantía” de la obligación, sino una *obligación nueva*» (cursiva mía). CARRASCO PERERA, Á., «Artículo 1101», en Manuel Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 403.

<sup>7</sup> MARSAL GUILLAMET, J., y LAUROBA LACASA, M. E., «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro Derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Piçazo*, vol. II, Thomson Civitas, 2003, p. 2463.

otras figuras afines –§3 «Delimitación del reemplazo en derecho español: concepto, recepción y distinción de figuras afines»<sup>8</sup>– y la construcción dogmática del reemplazo –§4 «Fundamentación dogmática de las reglas de cobertura»<sup>9</sup>– son, sin duda, un punto de partida de este apartado.

Aunque posteriormente me distancie de su opinión, Alcalde Silva considera a la operación de reemplazo como una manifestación particular de la pretensión de cumplimiento en el Derecho español. Presenta cuatro teorías: la primera es «la ejecución coactiva del contrato»; la segunda, «la sustitución del contrato incumplido» (la cual es una variante de la anterior); la tercera, «la ejecución coactiva con carácter procesal»; y la cuarta, «la ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor». De dichas teorías, me voy a detener en la primera, que considera la operación de reemplazo como una *forma particular de ejecución del contrato incumplido*, pues, a mi modo de ver, es la que mejor reúne y esboza las consecuencias de este encuadre jurídico.

Antes de referirme a la primera teoría, debo recordar que calificar la realización extrajudicial de una operación de reemplazo como una particular ejecución del contrato (es decir, como una manifestación pretensión de cumplimiento) se hace en el Derecho italiano, conforme a lo dispuesto en los artículos 1516 y 1517 CC it. Estos artículos, como apunté oportunamente, provienen de la influencia del Derecho alemán, en particular, del § 373 HGB: la denominada *selbsthilfeverkauf*. Las citadas normas consideran la operación de reemplazo como una forma de ejecución del contrato, *por cuenta y riesgo del deudor-incumplidor*<sup>10</sup>. Esta calificación también se hace en la doctrina mercantilista española<sup>11</sup>.

Alcalde Silva, con gran apoyo en la prolífera doctrina italiana<sup>12</sup>, señala que la operación de reemplazo, como una particular ejecución del contrato

<sup>8</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 267-372.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 373-428.

<sup>10</sup> Me remito a las consideraciones sobre el Derecho italiano y alemán hechas en el capítulo tercero.

<sup>11</sup> BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 24.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 2017, p. 74; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 37.<sup>a</sup>, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 276. GARRIGUES lo encuadra dentro de la pretensión de cumplimiento, pero solo para el caso de la venta de reemplazo. *Infra* IV.1.2.

<sup>12</sup> En su tesis doctoral, ALCALDE SILVA se inspira y construye este engarce jurídico mayoritariamente a partir de la doctrina italiana. De las obras citadas por el autor para este cometido, merece la pena destacar la obra italiana de FERRARA JR., F., *L'Esecuzione Coattiva Della Compra-Vendita Commerciale*, Giuffrè, Milán, 1937. Quien, como apunta ALCALDE SILVA, desarrolló la teoría de la operación de reemplazo como una «ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor» (como derivación de la que estoy comentando y dentro del marco de la pretensión de cumplimiento) (*Ibid.*, pp. 75-92).

Sobre el pensamiento de Ferrara, ALCALDE SILVA destaca: «Ferrara estructura su razonamiento a partir de la siguiente premisa: la ejecución forzada consiste en la realización de la situación económica prescrita por la norma (contenido típico del derecho), obrada de alguna de las formas consentidas por el ordenamiento, sin importar que se trate de una modalidad procesal, administrativa o privada. Esto lo lleva a contraponer la ejecución forzada al resarcimiento del daño, cuya esencia estriba en que la suma de dine-

incumplido, se concibe *económicamente como la continuación del contrato incumplido*, pero jurídicamente como un negocio *distinto* en el que el deudor pasa a ocupar la posición contraria a la que originalmente tenía. El autor, señala, «por ejemplo, el comprador moroso pasa a ser vendedor [del terreno], pues la venta de reemplazo se realizaría por cuenta y riesgo de éste»<sup>13</sup>.

En consecuencia, Alcalde Silva señala que la operación de reemplazo sería una ejecución forzosa en sentido material, y no técnico, pues carece de la intervención del poder público como fuerza coercitiva sobre el patrimonio del deudor. Con lo cual, aduce que *encajaría en una particular ejecución de los artículos 1096. II, 1098. I CC* y los concordantes de la LEC<sup>14</sup>.

De este encuadre jurídico de la operación de reemplazo, Alcalde Silva extrae una serie de consecuencias para el Derecho español. De todas ellas, me permitiré enunciar algunas que considero oportunas para mi estudio.

1. *La resolución de la relación contractual se excluye*, pues se considera que la operación de reemplazo es la continuación de dicha relación, y la ejecución por la sustitución del cumplimiento del deudor se hace *por cuenta y riesgo del deudor* que continúa obligado con el acreedor<sup>15</sup>. En decir, el contrato se mantiene.

En consecuencia, la celebración de la operación de reemplazo (válida y efectiva) conlleva a que el acreedor pierda la facultad de resolver la relación contractual (art. 1124 CC). Alcalde Silva explica –citando a Ferrara– que aquí el contratante moroso es cumplidor a la fuerza, aunque sea a su pesar<sup>16</sup>.

2. El acreedor solo podrá acudir al mercado para procurarse los bienes sustitutos solo a partir de llegar el plazo para el cumplimiento, conforme al contrato (arts. 1125 CC y 62 CCo)<sup>17</sup>.

ro recibida por el acreedor en razón del incumplimiento corresponde al equivalente pecuniario de la prestación convenida, el que sustituye a ésta cada vez que su objeto tenga una naturaleza no fungible o no exista en el patrimonio del deudor, así como en aquellos casos en que el cumplimiento no sea ya posible por culpa de aquél o porque ha perdido interés para el acreedor. De ello se sigue que, si el acreedor recibe el mismo bien sobre el que contrató, se está siempre en presencia de una ejecución en naturaleza, y no de un resarcimiento en forma específica». ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 419-418.

<sup>13</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 375.

<sup>14</sup> ALCALDE SILVA argumenta que tanto la ejecución forzosa como la operación de reemplazo producen iguales efectos. Simplemente, la diferencia entre una y otra radica en que «la operación de reemplazo comporta el ejercicio directo de un *poder de autotutela* conferido al contratante insatisfecho para obtener aquel resultado no obtenido mediante el contrato incumplido» (cursiva mía). *Ibid.*, pp. 376-377.

<sup>15</sup> En detalle, *Ibid.*, pp. 378-382.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 387 y nota 1038.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 382-383.

3. La puesta en mora del deudor no se considera relevante, al ser este un requisito ajeno a la pretensión de cumplimiento<sup>18</sup>.

4. El deudor puede impedir que la operación de reemplazo surta sus efectos, cumpliendo con su obligación en el tiempo intermedio, siempre que no se haya iniciado el proceso para llevar a cabo la operación de reemplazo (como la subasta pública)<sup>19</sup>.

5. La operación de reemplazo, dado que se enmarca en la pretensión de cumplimiento, no necesitaría de un *incumplimiento culpable* para poder realizarla<sup>20</sup>.

6. El incumplimiento del contrato debe provenir exclusivamente del deudor o, al menos, no ser imputable al acreedor, que lleva a cabo la operación de reemplazo, ya que, de no ser así, el deudor se podría defender con la excepción de contrato no cumplido<sup>21</sup>.

7. Si la prestación adolece de vicios ocultos, el acreedor no podrá optar por la operación de reemplazo (pretensión de cumplimiento), pues solo le queda la acción redhibitoria (arts. 1484 y 1486 CC; con las restricciones propias de los arts. 336 y 342 CCo, cuando se trata de una compraventa mercantil)<sup>22</sup>. Y tendría la acción *quanti minoris* (art. 1486. I CC).

8. Alcalde Silva señala que el lugar de celebración de la operación de reemplazo deberá ser (siempre) el *lugar donde se encuentren las mercancías*, o el *lugar estipulado para el cumplimiento* –inclinándose la doctrina italiana minoritaria por el primero y la mayoritaria por el segundo–<sup>23</sup>.

9. Puesto que la ejecución forzosa requiere el conocimiento del deudor, para que este pueda tener una oportunidad de cumplir y evitar el procedimiento, Alcalde Silva entiende que, cuando se lleva a cabo una operación de reemplazo, este requisito se cumpliría con el *aviso previo* de que se va a proceder a esta, para que el deudor tenga la posibilidad de cumplir el contrato y evitar que se lleve a cabo el reemplazo. En los casos en los que se ignora o desconoce el paradero e identidad del deudor, el citado autor propone acudir a lo dispuesto en los artículos 15.1 y 164 LEC, sobre medios de comunicación que garanticen la difusión<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 383. El autor añade que no exigir la puesta en mora, para celebrar la operación de reemplazo ha provocado recelo, en especial de la doctrina francesa. Sin embargo, ALCALDE SILVA estima que este requisito se cumpliría con una notificación previa del acreedor al deudor (*vid.* referencias de la nota 1023, p. 383). Actualmente, el nuevo artículo 1222 CC fr. d.o. exige la puesta en mora del deudor («Après mise en demeure [...]»). *Vid.* capítulo tercero, apartado II.

<sup>19</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 384.

<sup>20</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 384.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 391.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 389.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 392.

10. Si el acreedor *no* celebra una operación de reemplazo de modo correcto (cuando la operación de reemplazo comporte un abuso de derecho por parte del acreedor, ya que, como pretensión de cumplimiento, el reemplazo carece de requisitos formales propios<sup>25</sup>), dicho acreedor responderá por los daños que se deriven de esta y, subsidiariamente, se le reconocerá la obtención del valor que correspondería a una hipotética operación de reemplazo correcta<sup>26</sup>.

11. El estudio de Alcalde Silva también se refiere a una materia que no es objeto de esta tesis: el funcionamiento de la transmisión de la propiedad en la venta de reemplazo. Establece las diferencias oportunas entre los sistemas en los que la propiedad se trasmite por el consentimiento y los sistemas que exigen título y modo<sup>27</sup>.

12. Alcalde Silva también se refiere a la distribución del precio obtenido en la venta de reemplazo. Explica que la operación de reemplazo supone una variación accidental del programa de la prestación, que jamás debe producir un enriquecimiento injustificado para una de las partes<sup>28</sup>. Así afirma:

«El acreedor que ha recurrido a este mecanismo de cobertura ha de compensar la obligación de pago que pesa sobre el deudor con las propias partidas que integran su posición contractual. Esta compensación se realizará observando las siguientes reglas: (i) si hay una diferencia a su favor, el acreedor puede imputarla a los gastos u otros daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, de acuerdo a la liquidación convencional o judicial que se haga de los mismos (artículos 1174 y 1780 CC), pudiendo retener con igual fin las arras que el deudor haya entregado en función penal (artículos 1252 y 1454 CC); (ii) si la diferencia es en contra, el acreedor tiene el derecho a reclamar su pago al deudor o a quienes hayan garantizado la obligación; (iii) por último, *si el saldo no puede ser imputado a ninguna otra partida, el acreedor tiene la obligación de entregar esa diferencia al deudor*. Esta última situación es una consecuencia natural de entender que el contrato conserva entre las partes toda su fuerza obligatoria y contenido obligacional, porque el acreedor así lo ha querido al perseverar en su cumplimiento; de donde se sigue que la medida de su derecho de crédito no puede ser superior a aquella acordada en aquel contrato y que fue considerada como equivalente de la prestación a la que se obligaba el deudor (artículo 1274 CC)»<sup>29</sup> (cursiva mía).

---

<sup>25</sup> Al respecto, el autor, más adelante, apunta que, al tratarse la operación de reemplazo como una medida destinada a suplir la falta de cumplimiento del deudor, esta no tiene términos (o requisitos) generales para su procedencia, pese a que se aconseje lo contrario –en la doctrina italiana–. En este sentido, ALCALDE SILVA estudia cómo en la doctrina italiana han surgido diferentes teorías acerca de la proutitud y momento en el que se debe celebrar la operación de reemplazo. *Vid. ibid.*, pp. 405-415.

<sup>26</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 401-402.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 396-397 y 403-404.

<sup>28</sup> *Vid.* ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 397-400.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 399-400.

## 1.2 UNA VALORACIÓN INICIAL DE ESTE ENFOQUE

Sobre los postulados descritos: en *primer lugar*, como análisis a continuación, la naturaleza de los artículos 1096. II y 1098. I CC, que es donde parece encuadrarse la operación de reemplazo, no parece resolver las cuestiones modernas de la figura de la operación de reemplazo, como un mecanismo de autotutela *extrajudicial* del derecho de crédito del acreedor.

En *segundo lugar*, dentro de la *Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, que toma *el concepto de incumplimiento objetivo* de contrato, abriendo un sistema articulado de remedios<sup>30</sup>, en primer lugar, la *falta de conformidad* resuelve de otra manera los problemas de la acción redhibitoria por vicios ocultos, permitiendo acceder a todo el catálogo de remedios, según el caso, como la resolución.

En *tercer lugar*, en cuanto a la *oportunidad de cumplir del deudor* antes de la operación reemplazo que lleve a cabo el acreedor, también debe estimarse que el derecho a cumplir del deudor puede respetarse mediante la *concesión de un plazo razonable (Nachfrist)*. Sobre ello volveré más adelante.

En *cuarto lugar*, en lo que respecta a la imputación de daños y beneficios, puedo destacar una diferencia fundamental entre la conceptualización del reemplazo dentro de la pretensión de cumplimiento y fuera de ella, dentro del remedio indemnizatorio. En el primer caso, si el acreedor, después de haber descontado cualquier otro daño, obtiene un beneficio con la operación de reemplazo realizada, dicho beneficio debe restituirlo al deudor. En cambio, en el segundo caso, cuando se encuadra la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio, el acreedor no debe restituir el beneficio obtenido (vende a mayor precio); pues, simplemente, no habría sufrido un daño que se le deba indemnizar [*vid.*, por ejemplo, el § 2 – 706 (6) UCC<sup>31</sup>].

## 2. La operación de reemplazo y los artículos 1096. II y 1098. I CC

Como indiqué al principio, la operación de reemplazo de reemplazo puede encuadrar dentro de los citados artículos del Código civil, cuando el incumplimiento se trate de la *no entrega de cosa indeterminada o genérica* o de una

---

<sup>30</sup> PANTALEÓN PRIETO (1993), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 46, 4, p. 1721; MORALES MORENO (2016), *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Grupo Editorial, pp. 90-91; DE LA MAZA GAZMURI, y VIDAL OLIVARES (2019), *La Modernización del Derecho de Contratos*, Ibáñez. Centro de Estudios de Derecho comparado, pp. 131 ss.

<sup>31</sup> *Vid.* en capítulo segundo, apartado IV.4.2.

*obligación de hacer*. Permitiendo que el acreedor pueda *pedir* que se cumpla la obligación, mediante un tercero, a costas del deudor. Sin embargo, como veremos, estos preceptos requieren de autorización judicial y se canalizan a través de la pretensión de cumplimiento. La cuestión es si tales normas permiten desarrollar la figura de la operación de reemplazo como una *medida eficiente y rápida* de autotutela del derecho de crédito, en sede de incumplimiento. Ello, por un lado, teniendo en cuenta las *necesidades del tráfico económico actual* y, por otro lado, el *no desgaste de los recursos económicos*, evitando la propagación del daño contractual, por el tiempo que tarda un proceso judicial.

## 2.1 EL ORIGEN EJECUTIVO-PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 1096. II Y 1098. I CC

En este apartado estudio la regulación de los artículos 1096. II CC («Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor») y 1098. I CC («Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa») y su relación con la operación de reemplazo.

Como ya he estudiado previamente, las reglas sobre la *ejecución forzosa de las obligaciones de los artículos 1096. II y 1098. I CC* tienen su origen en el procedimiento formulario del Derecho romano, en concreto, en la figura de la *condemnatio pecuniaria*, que traspasó a lo sustantivo en los códigos civiles de tradición continental<sup>32</sup>. En este sentido, ¿podrían considerarse como manifestaciones de la moderna operación de reemplazo?

Sobre la justificación de los artículos 1096 y 1098 CC, conviene recordar lo que dijo Manresa y Navarro, autor temporalmente cercano a la promulgación del Código civil español. El autor sostuvo que su regulación se debía a que no resultaría práctico que el acreedor sea quien compeliere al deudor a cumplir o ejecutar la obligación, por lo que *el cumplimiento exacto de estas obligaciones solo puede ser voluntario y no impuesto por la Ley*, la cual solo debe ocuparse de disponer de mecanismos *sustitutos* del cumplimiento *in natura* de la obligación<sup>33</sup>.

No obstante, el derecho del acreedor a ordenar la ejecución de la obligación mediante un tercero, a costa del deudor, coincide con los mecanismos del *proce-*

<sup>32</sup> Capítulo cuarto, apartado VI.1.2.

<sup>33</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, vol. VIII, 2.<sup>a</sup>, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, p. 51.

*dimiento judicial*, de los artículos 702 y 706 LEC. Pues, los artículos 1096. II y 1098. I CC son reglas que tienen una naturaleza ejecutiva-procesal<sup>34</sup>.

Respecto del artículo 1096. II CC, Díez-Picazo aclara que, si bien es una norma judicial, no excluye la posibilidad que el deudor extrajudicialmente consiga la prestación genérica en el mercado, a costa del ejecutado (en el proceso)<sup>35</sup>.

Conforme a lo anterior, estas normas se pueden considerar como una base legal del cumplimiento por sustitución en el Derecho civil. Sin embargo, no podríamos afirmar que se trate traten completamente la figura de la operación de reemplazo de la *modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, pues, como se ha estudiado previamente, está prevista como un mecanismo de tutela del cumplimiento inmediato del acreedor, que no requiere de proceso y, más bien, permite que el cumplimiento se traduzca en un daño del acreedor a cargo del deudor. En las citadas reglas del Código civil, es claro que se requiere de proceso, pero, se podría afirmar que *¿es diferente de la sustitución del deudor en la ejecución procesal de la realización extrajudicial de una operación de reemplazo?* O se trata, más bien, de *¿una desjudicialización de la regla de la ejecución por otro?* En este caso, *¿tendría naturaleza de pretensión de cumplimiento o se trataría, más bien, de una indemnización en lugar de la prestación?*<sup>36</sup>.

Es mi opinión, la operación de reemplazo *puede significar la desjudicialización de las citadas normas del código civil español*, pues priva al deudor de su derecho a cumplir con la obligación, *transformando la pretensión de cumplimiento en la indemnización de daños y perjuicios*.

## 2.2 COMPARACIÓN DEL ARTÍCULO 1098 CC CON LA *FACULTÉ DE REMPLACEMENT* DEL ARTÍCULO 1144 CC FR. DE 1804: LA DOCTRINA ESPAÑOLA CERCANA A SU PROMULGACIÓN

Fenoy Picón indica que la regla del artículo 1098 CC ya se encontraba en el Proyecto de Código civil de 1851 (en lo sucesivo, PCC 1851), en su

---

<sup>34</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., pp. 1535-1537; SEVERIN FUSTER, G. F., *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 557, 584-586.

En material procesal, *vid.* CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 427-428; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 1344-1345, 1347-1348.

<sup>35</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 779.

<sup>36</sup> De esta forma la trata MORALES MORENO (incluso cuando no se requiere la resolución) en «Indemnización en lugar de la prestación...», cit.

artículo 1108<sup>37</sup>. Respecto de este, García Goyena comentó que coincidía con el artículo 1144 CC fr. a.o.<sup>38,39</sup>. Dicho precepto francés contenía una primitiva noción de la *faculté de remplacement*, referida a las obligaciones en general (dar, hacer y no hacer), que, como apunté oportunamente, requería la previa autorización judicial (en el procedimiento de ejecución)<sup>40</sup>.

Sobre la equivalencia entre el artículo 1098 CC y el 1144 CC fr a.o., Scaevola, autor temporalmente cercano a la promulgación del Código civil español, observó (en 1902) que, aunque se trate de reglas sustancialmente parecidas, *el procedimiento judicial de cada sistema hacía que fueran reglas muy distintas*<sup>41</sup>. Y que, conforme al procedimiento español [refiriéndose al entonces art. 924 LEC (1881), actual art. 706 LEC], quien actúa, en lugar del obligado, es un tercero que designa el juez, y en la forma, que este también dictamina. Mientras que, en el sistema francés, el tercero lo elige el acreedor, previa autorización judicial<sup>42</sup>. También se diferencian en cuanto al arbitrio judicial, ya que, en el sistema francés, el juez puede autorizar, o no, la sustitución en el cumplimiento. Ello no ocurre en el sistema español, cuyo artículo 1098. I CC dispone que se «mandará» a ejecutar por otro a costa del deudor<sup>43</sup>.

Sobre la autorización judicial, Scaevola plantea la cuestión de si, en los *casos de urgencia*, podría el acreedor actuar por sí mismo, es decir, extrajudicialmente. Al respecto, adujo que la doctrina francesa era favorable a ello y que, en estos casos, al juez simplemente le quedaba la tarea de aprobar *a posteriori* la sustitución del cumplimiento (el reemplazo) y de *fixar el importe del gasto resarcible*. La justificación de ello no sería económica, pues señaló que, a la postre, el deudor siempre responderá del gasto anticipado (por el reemplazo), sino que sería de tipo personal, en cuanto que el acreedor podría tener una

<sup>37</sup> Artículo 1108 PCC 1851: «Si el obligado á prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa. / Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo á lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho». FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1536.

<sup>38</sup> Lo vuelvo a reproducir aquí, para facilitar su lectura.

Artículo 1144 CC fr. a.o.: «El acreedor podrá también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a hacer cumplir él mismo la obligación a cargo del deudor. Éste podrá ser condenado a adelantar las sumas necesarias para dicho cumplimiento». [Trad. Jesús VALDÉS BLANQUED y Fernando FELDMAN, *Legifrance*, 2014].

<sup>39</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español (1852)*, Tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 46.

<sup>40</sup> Sobre la *faculté de remplacement* en el Derecho francés, *vid.* capítulo tercero, apartado II.

<sup>41</sup> SCAEVOLA, M., *Código civil comentado y concordado extensivamente*, vol. Tomo XIX, Legislación española Casa Editorial, Madrid, 1902, p. 436.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 437.

*necesidad física o moral de obtener el cumplimiento de la obligación en un determinado día o plazo*<sup>44</sup>.

Para el Derecho español, Scaevola aclaró que –cito– «[a]utorizar al acreedor para que realice el servicio por sí mismo, ó mejor dicho aún, para que, sustituyéndose al deudor, elija los medios para realizarlo, á toda costa, sin la presencia serena é imparcial del Juez, sería conceder una facultad excesiva, desequilibrando el fiel de la balanza en que se supone colocados por la ley al acreedor y al deudor». Sin embargo, también reconoció que, *en los casos de urgencia y ante los largos años que tarda un juicio*, el acreedor quedaría indefenso si no se le permitiera remediar, por sí mismo, la dificultad (el incumplimiento), ni se le dieran los medios para que pueda solucionarlo. *Deficiencia del sistema que calificó de irremediable*. Incluso, Scaevola adujo que, en el sistema francés, tampoco se había podido prescindir de la autorización judicial para la operación de reemplazo –sin apenas poder imaginarse que, más de un siglo después, mediante la Ordenanza n° 2016-131, el sistema francés finalmente prescindió de la autorización judicial (art. 1222 CC fr. d.o.)–<sup>45</sup>.

Es decir, pareciera que la ejecución por un tercero *dentro del proceso judicial es tratada como una ejecución forzosa*, mientras que, en casos de urgencia, cuando el cumplimiento se consigue por un tercero de forma extrajudicial, por los motivos que justifica la doctrina, pareciera más bien tratada como *un daño resarcible*. Y es así como, en efecto, lo ha interpretado, recientemente, el Tribunal Supremo español (STS, 1.ª, de 13 de julio de 2005).

### 2.3 EL ENFOQUE MODERNO DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU COMPARACIÓN CON EL NUEVO ARTÍCULO 1222 CC FR. D.O.: DEL PLANO PROCESAL-EJECUTIVO AL PLANO SUSTANTIVO-EXTRAJUDICIAL

Como ya adelanté, la naturaleza procesal ejecutiva de los artículos 1096. II y 1098. I CC hacen que sus reglas *no se puedan comparar por completo* con la moderna operación de reemplazo, pues en dichas reglas se requiere del mandato judicial. Por ello, *se puede reafirmar que la operación de reemplazo que se realiza extrajudicialmente no cuenta con una norma sustantiva en el Derecho español*.

---

<sup>44</sup> SCAEVOLA, M., *Código Civil...*, cit., vol. Tomo XIX, pp. 437-438.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 438.

Sin perjuicio de ello, en el marco del moderno Derecho de la obligaciones y contratos, el acreedor puede alcanzar la satisfacción de su derecho de crédito, *serviéndose de una vía distinta a la de los artículos 1096. II y 1098. I CC*, que es el de la resolución extrajudicial de la relación contractual (art. 1124 CC)<sup>46</sup>, seguida de la celebración de una operación de reemplazo, cuyo importe desfavorable podrá exigir mediante la indemnización de los daños y perjuicios, junto con otras partidas que se causen por el incumplimiento (arts. 1101 y ss.)<sup>47</sup>. Esta alternativa evita apremiar al acreedor a acudir al engorroso proceso, cuando se trate de obligaciones de objeto genérico y fácilmente sustituibles en el mercado, favoreciendo la evitación/mitigación de daños.

*El Derecho francés*, si bien contaba con una norma más parecida a la actual operación de reemplazo, pues permitía que, con previa autorización, fuese el mismo acreedor quien se procurara en el mercado la prestación frustrada (art. 1144 CC fr. a.o.), tras la reforma de 2016, en el nuevo artículo 1222 CC fr. d.o. ha suprimido el requisito de la autorización judicial para celebrar una operación de reemplazo. En mi opinión, ello *ha marcado una ruptura con la herencia de la naturaleza procesal-ejecutiva de la regla del artículo 1144 CC fr. de 1804*, pues, al trasladarla a un plano extrajudicial, *supuso un verdadero reconocimiento sustantivo de la operación de reemplazo (extrajudicial)*<sup>48</sup>.

## 2.4 CONCLUSIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 1096. II Y 1098. I CC

Del análisis de los artículos 1096. II y 1098. I CC, puedo concluir que, en el Derecho español, estos preceptos limitan el ejercicio de la operación de

---

<sup>46</sup> Para un estudio exhaustivo sobre el modelo de la *resolución extrajudicial* y su construcción jurisprudencial y doctrinal, en el Derecho español, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 300-516. La autora dedica gran parte de su obra a perfilar con claridad y rigor el modelo de *resolución extrajudicial* en el Derecho español y el abandono de la exclusiva resolución por autoridad judicial (que se presuponía en el art. 1124 CC). En concreto, sobre la declaración unilateral del acreedor como forma de ejercicio de la resolución, la autora indica: «[c]on algunas excepciones, la doctrina española ha sido permeable desde muy temprano a la admisión de un ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria mediante declaración unilateral del acreedor (sin necesidad de sentencia judicial ni de aceptación del deudor)». A continuación, SAN MIGUEL PRADERA realiza un análisis detenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. En particular, interesa la línea que interpreta que «[l]a resolución tiene lugar y produce sus efectos cuando el acreedor se lo notifica al deudor» (pp. 353-368, en particular 364-365).

Sobre el modelo de la resolución extrajudicial, en el Derecho español, también *vid.* FENOY PICÓN, N., «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 2003», *CCJC*, vol. 65, 2005, pp. 516-547.

<sup>47</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», *cit.*, p. 1536. La regla de la operación de reemplazo, como aduce MORALES MORENO, permite que «el centro de gravedad de la relación obligatoria contractual se desplace de la pretensión de cumplimiento a la pretensión indemnizatoria [...]». MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, *cit.*, p. 100.

<sup>48</sup> En detalle, *vid.* capítulo tercero, apartado II.2.

reemplazo que se requiere en el mercado actual; la extrajudicial y que se canalizaría a través del daño en un potencial proceso.

Conforme a los artículos 1096. II y 1098. I CC, *la sustitución del deudor por un tercero corresponde al desarrollo la pretensión de cumplimiento, en la ejecución procesal*. Por ello, es conveniente que la figura de la operación de reemplazo (extrajudicial) *se estudie desde el plano meramente indemnizatorio (arts. 1101 CC y ss.)*, es decir, como una indemnización en lugar del cumplimiento. A continuación, me permitiré exponer las razones por las que considero poco conveniente su conceptualización dentro de la pretensión de cumplimiento.

### 3. ¿Procede encuadrar la operación de reemplazo en la pretensión de cumplimiento?

En mi opinión, no. *En primer lugar*, dicho encuadre jurídico traería *efectos poco prácticos*, los cuales pondré de manifiesto a través de *las ventajas* que tiene su encuadre dentro de la pretensión indemnizatoria<sup>49</sup>.

En *segundo lugar*, la operación de reemplazo como una manifestación de la pretensión de cumplimiento se quedaría en algo meramente conceptual y/o ficticio, por cuanto la pretensión de cumplimiento debería dirigirse a la existencia de la posibilidad de que el deudor pueda cumplir con la prestación. Y, si no es posible dicha satisfacción del interés contractual de forma voluntaria y espontánea, se deben acudir a otras vías *diferentes* de satisfacción del interés, tales como la sustitución del cumplimiento *por un tercero*, que, como indica Morales Moreno, «desvía la vinculación contractual del deber de cumplimiento al de la indemnización»<sup>50</sup>.

Para Gómez Pomar, el criterio esencial de distinción sería que, «allí donde hay un remedio basado en la conducta del deudor, hay cumplimiento de forma específica. Allí donde el remedio se basa en dinero, nos hallamos en el campo indemnizatorio»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> *Infra* II.4.1.

<sup>50</sup> MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 83-92; *Claves de la modernización...*, cit., p. 107. El mismo autor, en reciente trabajo, incluso, para cumplimientos defectuosos, trata el cumplimiento mediante tercero como una indemnización en lugar de la pretensión de cumplimiento. *vid.* MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit.

<sup>51</sup> Debo aclarar que GÓMEZ POMAR no solo se refiere a la operación de reemplazo extrajudicial, sino que, además, incluye todas las medidas de sustitución del cumplimiento por un tercero, en el ámbito del procedimiento judicial (arts. 702 y 706 LEC). Para el autor, estas también hacen parte también del remedio de la indemnización de daños y perjuicios. GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, vol. 3, 2007, p. 15. En contra de esta última idea, MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 90.

Por todo ello, considero que, en cualquier caso, *la operación de reemplazo es una vía alternativa de satisfacción in natura de la prestación, que genera ciertos gastos, que deben incluirse en indemnización de daños y perjuicios, desplazando así el ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Y, en consecuencia, el punto de partida de su estudio, cuando esta es extrajudicial, debe ser estrictamente el del remedio indemnizatorio.*

#### 4. La operación de reemplazo como una partida del remedio indemnizatorio y daño imputable al deudor contractual

El encuadre de la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio es el que reside en Derecho angloamericano, Derecho Uniforme de la CISG e instrumentos internacionales de *soft law* (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL y Principios OHADAC). En el ámbito español, es *también* el encuadre por el que ha tomado partida la mayor parte de la doctrina española<sup>52</sup>. Asimismo el que se reflejó en la propuesta del ACM<sup>53</sup>.

*En mi opinión*, las reglas y principios generales de la indemnización de daños y perjuicios contractuales garantizan un mayor y mejor control sobre la eficacia jurídica del daño provocado (si lo hay) por la operación de reemplazo. Pues, no se puede ignorar que, aunque el acreedor tenga derecho a la satisfacción *in natura* de su interés en el cumplimiento, la operación de reemplazo es una práctica extrajudicial que, en gran parte, obedece a la capacidad negociadora del acreedor y a su buen o mal comportamiento en el mercado.

Por tanto, la operación de reemplazo debe considerarse como una forma concreta de determinación daño contractual indemnizable. Es decir, como una nueva obligación surgida por el incumplimiento: la de pagar daños y perjuicios.

En consecuencia, el daño calculado conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor estaría sujeto a los requisitos de la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1101 CC y ss). Naturalmente, desde el enfoque de la unidad del sistema indemnizatorio (sin acudir a la bipartición artificiosa del daño del cumplimiento por equivalente, diferenciado del resto de los daños)<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> *Infra* IV.2.

<sup>53</sup> *Infra* V.2.

<sup>54</sup> Sobre ello, *vid.* MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 47-51.

Y, en cuanto a su imputación, debo recordar que, si bien la culpa es un factor predominante en el remedio indemnizatorio, la tendencia es a la *objetivación*, en el sentido de que el deudor, por su ámbito de control, asegura un resultado de satisfacción<sup>55</sup>.

#### 4.1 LAS VENTAJAS DE SITUAR LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO DENTRO DEL REMEDIO INDEMNIZATORIO Y SU POSIBILIDAD EN INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

Si se encaja la operación de reemplazo dentro de la indemnización de los daños, ello, a mi juicio, supone ciertas ventajas jurídicas y prácticas (que no tendría de incluirse en el remedio de la pretensión de cumplimiento). Serían:

1. Se permite la posibilidad de celebrar operaciones de reemplazo en el hipotético caso del incumplimiento anticipado (pues, como ya indiqué, si se identificare con la pretensión de cumplimiento, se debería esperar al vencimiento del plazo para el cumplimiento)<sup>56</sup>. La operación de reemplazo, ante un incumplimiento anticipado del contrato, podría incentivar soluciones mitigadoras, frente a las consecuencias desfavorables del incumplimiento anticipado, y acordes con las necesidades del tráfico mercantil.

2. El daño de la operación de reemplazo sería una partida más de la indemnización. Por tanto, tanto al daño equivalente a la prestación como a los demás daños producidos por el incumplimiento se les aplicarían los principios generales de la imputación de los daños y perjuicios (así, el prin-

---

<sup>55</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», cit., pp. 1056-1072.

<sup>56</sup> Es importante tener en cuenta que, dentro del marco del moderno Derecho de obligaciones y contratos español, en concreto, el plasmado en la PMCC, en su artículo 1200. II, se permite que el acreedor pueda anticiparse a un previsible incumplimiento esencial por parte del deudor, autorizándosele a la resolución de la relación contractual, antes de llegar el plazo. El presupuesto de la resolución anticipada es el «riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor». FENOY PICÓN señala que dicho riesgo futuro ha de ser claro. Además, que el incumplimiento previsible ha de ser esencial. La autora señala los siguientes ejemplos: «el deudor es incapaz de ejecutar todos los contratos que ha celebrado, incluido aquel que le interesa al acreedor, o el deudor adolece de una insuficiencia patrimonial con muy alta probabilidad de no poder remontarla para la fecha de cumplimiento del contrato, o es definitivamente insolvente». FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., pp. 1592-1597 (en particular, p. 1592). En este sentido, también *vid.* GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, vol. LXV, 1, 2012, p. 70. Esta figura, del incumplimiento anticipado y una hipotética resolución, abre una puerta a la celebración de una operación de reemplazo, antes de llegar el plazo para la exigibilidad de la obligación contractual.

cipio del fin de protección del contrato, el de la mitigación de los daños y perjuicios, el cómputo de beneficios o la *compensatio lucri cum damno*, entre otros). *No habría dualidad en el sistema indemnizatorio*.

3. La imputación de los daños y perjuicios de la operación de reemplazo en el remedio de la indemnización, a diferencia de su encaje en la pretensión de cumplimiento, no tiene en cuenta el beneficio que el acreedor pueda obtener por la operación de reemplazo. Ese beneficio le pertenece. Ello se justifica porque el negocio de reemplazo es *individual e independiente* del incumplido, que, si bien se celebra a propósito de este, solo tiene importancia como remedio del incumplimiento en la medida que corrija el daño provocado por el incumplimiento al acreedor<sup>57</sup>.

4. Finalmente, el encuadre de la operación de reemplazo dentro del remedio indemnizatorio permite al acreedor ejercitar el remedio de la resolución (remedio incompatible con la pretensión de cumplimiento). La resolución, como explico a continuación, a veces es necesaria para evitar que el deudor siga obteniendo la ventaja de intercambio, cuando el acreedor celebra una operación de reemplazo en un mercado que le es más favorable *solo si* se libera de su obligación de pagar el precio (*vid.* el ejemplo del siguiente apartado).

#### 4.2 ¿ES NECESARIA LA PREVIA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL PARA PODER REALIZAR UNA OPERACIÓN DE REEMPLAZO?

Sobre esta cuestión, Alcalde Silva considera que la operación de reemplazo exige la previa resolución del contrato (art. 1124 CC)<sup>58</sup>. En consecuencia, *estaría también sujeta a los requisitos propios de la resolución (extrajudicial) de la relación contractual*. Por ejemplo, para que el acreedor pueda celebrar una operación de reemplazo, *debe* tratarse de un incumplimiento esencial<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», *RDP*, vol. 3, Mayo-Junio, 2014, p. 28. Al respecto, *vid.* los casos prácticos que desarrollo en capítulo quinto, apartado III.1 y 2.

<sup>58</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 578. En este sentido, el autor previamente aclaró que el efecto liberatorio de la resolución para las partes contratantes no impide la indemnización del interés positivo al acreedor (*vid.* en pp. 442-445).

Sobre la compatibilidad entre la resolución de la relación contractual y la indemnización del interés contractual positivo, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, vol. 42, 4, 1989, pp. 1143-1168.

<sup>59</sup> *Vid.* ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 439-440.

*En mi opinión*, no es necesaria la resolución para que se de la operación de reemplazo, o, por lo menor, *no debería limitarse esta figura a incumplimientos resolutorios*. Esta cuestión se podría analizar de otra manera, que consiste en determinar si la operación de reemplazo *absorbe completamente el contenido prestacional del contrato*. En efecto, si el contrato puede mantenerse o no. Por ejemplo, como expone Carrasco Perera, la resolución en la operación de reemplazo no sería necesaria si las prestaciones son fraccionables y el incumplimiento no se extiende a toda la relación contractual, o cuando la operación de reemplazo se requiere para subsanar un incumplimiento *no esencial* a efectos de la resolución<sup>60</sup>; por ejemplo, pensemos en el incumplimiento de un contrato de obra por defectos en la construcción.

En los casos de incumplimiento defectuoso, Morales Moreno lo ha tratado como una indemnización en lugar del cumplimiento, cuando la subsanación se obtiene por una vía distinta a la del deudor, y sin tener que acudir al proceso (desjudicialización del sistema de remedios). Pero, cuando se exige la subsistencia del contrato (sin resolución)<sup>61</sup>.

En los supuestos que *no* requieran la resolución del contrato, la operación de reemplazo supondría la indemnización de daños y perjuicios contractuales, como un remedio autónomo e independiente al de la resolución. Al respecto, López Díaz considera que, por ejemplo, en los casos de incumplimientos de contratos de suministro «por la entrega tardía, la no entrega o la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*)», parece razonable que el acreedor pueda demandar la indemnización para satisfacer su interés contractual, sin la previa solicitud de la resolución o del cumplimiento forzoso (art. 1124 CC)<sup>62</sup>.

Sin embargo, a ello debo añadir una consideración, de tipo económico, que plantea la cuestión de si debe, o no, presuponerse la resolución de la rela-

---

<sup>60</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 3.<sup>a</sup>, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, párr. 23/42, pp. 1318-1319. En esta misma línea, también ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J., «Resolución del contrato y operación de reemplazo. Realización específica del interés del acreedor», *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 71, 2017, p. 11, nota 7; «Realización específica del interés del acreedor por otros medios. Resolución y operación de reemplazo», en Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, p. 302, nota 5.

<sup>61</sup> MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit., p. 453.

<sup>62</sup> LÓPEZ DÍAZ, P., «La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho civil chileno», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 15, 2010, pp. 65-113 (en particular, pp. 102-103).

ción contractual en las operaciones de reemplazo aunque sea parcialmente, a través del siguiente ejemplo:

Supongamos que, en un contrato de suministro de determinadas mercancías, una de las partidas suministradas por el vendedor no es conforme al contrato y el comprador se ve obligado a sustituirlas por otras en el mercado. Pensemos que el precio de las mercancías suministradas es de 100 euros. Y que, teniendo en cuenta las condiciones del mercado, en el momento en que debe producirse la operación de reemplazo, el precio pagado fue de 50 euros. Es cierto que el precio del mercado (50 €) es más favorable al comprador (acreedor), pero solo si *no* tiene que pagar el precio correspondiente establecido en el contrato inicial, porque se haya producido una resolución parcial del contrato.

En el anterior ejemplo, una *resolución total o parcial parece necesaria para evitar que el deudor incumplidor siga obteniendo la ventaja del intercambio*; es decir, los 50 euros de diferencia entre el precio del contrato (100 €) –que debería pagar el comprador en caso de que no hubiese resolución– y el precio de la operación de reemplazo (50 €).

Pero, como aduce Morales Moreno, la elección del acreedor entre la indemnización, sin más, o la resolución, con la indemnización complementaria depende de lo que a este le resulte más conveniente. El autor señala el ejemplo del contrato de obra, cuando el incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para resolver el contrato, porque se trata de subsanar algunos defectos de la obra, al acreedor le interesa simplemente la indemnización del coste de reparación de los defectos, que el deudor no reparó<sup>63</sup>.

En este sentido, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2003<sup>64</sup>, el Tribunal Supremo consideró que, por razones de urgencia y frente a la conducta pasiva del deudor, se justificaba plenamente la transformación de la reparación *in natura* (cumplimiento específico), en el reconocimiento del coste de la reparación llevada a cabo por un tercero<sup>65</sup>.

De modo similar, pero más contundente, se pronunció el Tribunal Supremo en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005<sup>66</sup>, que reconoció los costes del reemplazo de la obligación de reparación del constructor-deudor, por el incumplimiento por defectos en la construcción. El Alto Tribunal estableció que el derecho a exigir el cumplimiento *in natura* no excluía la posibilidad de ejercer directamente el

<sup>63</sup> MORALES MORENO, A. M., «Evolución y dilemas actuales del cumplimiento específico como remedio de la inexecución de las obligaciones contractuales», en Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, p. 30.

<sup>64</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2003 (RJ 2003/7395; MP. Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández).

<sup>65</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2003 (FD 2<sup>o</sup>).

<sup>66</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (RJ 2005/5098; MP. Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).

*remedio de la indemnización de daños, en lugar del cumplimiento*<sup>67</sup>. Excepciona así la regla del artículo 1098 CC (ejecución judicial mediante tercero), siempre que se cumplan tres requisitos: *a)* que haya habido un requerimiento previo del cumplimiento específico del contrato; *b)* que se trate de un incumplimiento voluntario (de conformidad con el art. 1101 CC); y *c)* que el acreedor afectado por incumplimiento prefiera la indemnización de los daños y perjuicios, ante el «constatado» incumplimiento del deudor, «por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales»<sup>68</sup>. Esta misma doctrina jurisprudencial también se encuentra en las SSTs, 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2005<sup>69</sup> y de 23 de marzo de 2007<sup>70</sup>.

Respecto de esto último, Morales Moreno argumentó que *la indemnización por incumplimiento defectuoso necesita, en primer lugar, de requerimiento del deudor y, en segundo lugar, de la concesión de un plazo razonable para la subsanación (salvo en casos de urgencia)*. De esta forma, en el Derecho español, se podría transformar la pretensión de cumplimiento (de subsanación) en indemnización, respetando el derecho del deudor al cumplimiento<sup>71</sup>.

#### 4.3 LA CALIFICACIÓN DEL DAÑO DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO COMO DAÑO EMERGENTE Y COMO LUCRO CESANTE (ART. 1106 CC)

##### 4.3.1 *Como un daño emergente*

Soler Presas considera que el daño de la operación de reemplazo *siempre* será un daño emergente, en tanto que es un valor o beneficio económico que el

---

<sup>67</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (FD 3.<sup>o</sup>).

<sup>68</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (FD 3.<sup>o</sup>).

<sup>69</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8577; MP. Excmo. Sr. D. José Ramón Fernández Gabriel).

Hechos.—El comitente demandó al constructor por su cumplimiento defectuoso anticipado, por graves defectos, anomalías y deficiencia de construcción. El acreedor solicitó la indemnización consistente en el coste de la reparación realizada por un tercero (art. 1591 CC). El Tribunal Supremo declaró que, conforme a la STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 1995 y al artículo 705 LEC, no se impide que, en ciertas circunstancias, el acreedor, sin esperar la condena, pueda realizar por sí mismo, o por otro, la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar su coste. Para lo anterior, el Tribunal Supremo establece la necesaria prueba de que «el obligado no va a cumplir correctamente con la prestación» o, si ha sido requerido, ello haya sido infructuoso (cita la STS, 1.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2002 y la STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005). STS, 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2005 (FD 6.<sup>o</sup>).

<sup>70</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/223; MP. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) (FD 4.<sup>o</sup>). Se trató de un caso de incumplimiento de un contrato de obra por defectos de construcción. Los costes de reparación fueron adelantados por el acreedor y, en juicio, se le reconocieron, con cargo al deudor y a título de indemnización de daños y perjuicios.

<sup>71</sup> MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit., p. 477.

acreedor habría obtenido con el contrato (aunque lo sea de forma teórica)<sup>72</sup>. En esta misma línea, también se han manifestado Arana de la Fuente<sup>73</sup>, Alcalde Silva<sup>74</sup>, Carrasco Perera<sup>75</sup>, Díez-Picazo<sup>76</sup> y Díez-Picazo Giménez<sup>77</sup>.

Dicha calificación del daño de la operación de reemplazo como daño emergente ha sido considerada, de forma categórica, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003<sup>78</sup>.

Hechos.—La sociedad Mostos Internacionales S. A. (en lo sucesivo, la compradora) demandó a la sociedad Mayoristas de Vinos S. A. (en lo sucesivo, la vendedora), por incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil de mosto de determinadas características, ya que la vendedora no puso a disposición de la compradora parte de la mercancía que faltaba, para el cumplimiento del contrato. En consecuencia, la compradora, conforme al artículo 329 CCo, solicitó la indemnización de los daños y perjuicios y la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la determinación de los daños mediante la regla del *daño abstracto* o técnica de la *compra de reemplazo*, dado que el mosto contratado, por las circunstancias del mercado, experimentó una notable subida del precio, lo que le suponía una ganancia potencial con la reventa a terceros, la cual se vio frustrada por el incumplimiento de la vendedora —es decir, que se frustró el beneficio de reventa—<sup>79</sup>.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la primera instancia, ya que consideró que, en vista de que no estaba acreditada la compra de reemplazo, no había lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Ello, debido a que las compras de reemplazo del mosto llevadas a cabo por la compradora, a otros comerciantes, *nada tenían que ver con*

<sup>72</sup> SOLER PRESAS, A., y otros, «Elementos sustantivos de la pretensión», en *Practicum Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, párr. 2/80, p. 190.

<sup>73</sup> ARANA DE LA FUENTE, I., «Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AAVV (ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 1358.

<sup>74</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 556; «Notas sobre la operación de reemplazo en el Derecho Español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 23, diciembre, 2014, p. 473. El autor llega a esta conclusión puesto que la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo es un daño siempre previsto por los contratantes.

<sup>75</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Artículo 1106», en Manuel Albaladejo (Dir.) (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 677.

<sup>76</sup> DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo I, 11.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 2016, p. 215.

<sup>77</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «Artículo 1106», en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (eds.), *Código Civil Comentado. Vol III [Libro IV - De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]*, 2.<sup>a</sup> Ed., Thomson Reuters ProView (online), 2016.

<sup>78</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).

<sup>79</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003 (FD 2.<sup>o</sup>).

*el incumplimiento del contrato*, pues fueron celebradas con *anterioridad* a la retirada de la última partida de mosto efectuada por la compradora<sup>80</sup>.

El Tribunal Supremo, por un lado, desestimó el primer motivo de casación, en el que se alegaba que, conforme al artículo 329 CCo, el incumplimiento de la vendedora presumía, *iures et de iure*, la existencia de daños. Por otro lado, estimó los demás motivos del recurso de casación interpuesto por la compradora-demandante. En *primer lugar*, señaló que el incumplimiento de un contrato, efectivamente, frustra el interés por el que se celebró, dando lugar, en consecuencia, a la indemnización. Lo anterior es muy distinto de la determinación de dicha indemnización, cuya cuantía debe ser probada en juicio<sup>81</sup>. En *segundo lugar*, con relación a la determinación de los daños indemnizables, en concreto, del lucro cesante (art. 1106 CC) de la compradora, basado en el interés de la reventa, el Tribunal Supremo consideró que era frecuente la confusión entre las compras de reemplazo y el lucro cesante. Para el Alto Tribunal, *las compras de reemplazo son un daño emergente que se origina en el patrimonio [del acreedor], que nada tiene que ver con el lucro cesante* (que consistía en las expectativas de ganancia del comprador con el cumplimiento del contrato)<sup>82</sup>. En consecuencia, ante la falta de pronunciamiento de la Audiencia Provincial sobre el lucro cesante de la compradora-acreedora, el Tribunal Supremo estimó que el lucro cesante era un daño racionalmente posible, *dado que se trataba de una compraventa mercantil, en la que evidentemente se había adquirido la mercancía con el propósito de revenderla*. Por tanto, el Tribunal Supremo fija la indemnización del *lucro de la reventa conforme a la diferencia de precios entre el momento en que el vendedor debió entregar la mercancía y el precio pactado en el contrato (regla del mercado)* (conforme a las SSTS de 14 de enero de 1964, de 27 de marzo de 1974 y de 30 de enero de 1976, entre otras). Finalmente, señaló que no había lugar a la disminución de la indemnización del lucro cesante, ya que no estaba demostrado que la compradora hubiese podido adquirir la misma mercancía a un precio inferior al que corría (conforme al deber de mitigar los daños, basado en el art. 1258 CC)<sup>83</sup>.

Como se puede apreciar, en este caso, *la compradora* demandó los daños del lucro cesante por el interés de reventa, calculados a través del criterio de la compra de reemplazo. A mi modo de ver, el *Tribunal Supremo* buscó simplemente aclarar la confusión entre el daño de la compra de reemplazo (interés de obtener la mercancía al precio del contrato) y el daño del interés de reventa (lucro cesante). De ahí, que el Alto Tribunal declarara que el daño de la compra de reemplazo sea necesariamente un daño emergente. Y que, en consecuencia,

---

<sup>80</sup> STS, 1.ª, de 14 de mayo de 2003 (FD 3.º).

<sup>81</sup> STS, 1.ª, de 14 de mayo de 2003 (FD 2.º).

<sup>82</sup> STS, 1.ª, de 14 de mayo de 2003 (FD 3.º).

<sup>83</sup> STS, 1.ª, de 14 de mayo de 2003 (FD 4.º).

el lucro cesante del interés de reventa, lógicamente, no pueda ser reparado mediante el criterio de la compra de reemplazo, sino mediante el criterio de la regla del mercado.

Estando totalmente de acuerdo con este fallo, considero que, quizás, para la distinción de ambas partidas y sus criterios de cuantificación, hubiese sido más apropiado calificar el daño de la operación de reemplazo como un *daño que pertenece al cumplimiento de la prestación* y, el del interés de reventa, como un *daño distinto del cumplimiento*, pero, garantizado por el contrato<sup>84</sup>. Como argumentaré a continuación, *no* considero que la calificación de daño emergente deba *necesariamente* extenderse a todas las operaciones de reemplazo, tal y como desafortunadamente se interpretó en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010<sup>85</sup>, inspirándose en la sentencia antes comentada.

#### 4.3.2 *Como lucro cesante y la innecesaria calificación del daño de la operación de reemplazo*

Hay otra parte de la doctrina española que no siempre ha ubicado el daño de la operación de reemplazo como una manifestación concreta del daño emergente, justificado en que, en ocasiones, este no representa una disminución del patrimonio del acreedor, sino que podría significar la pérdida de un interés o

---

<sup>84</sup> Sobre el lucro de reventa, MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., pp. 73-74.

<sup>85</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950; MP. Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).

Hechos.—La sociedad Preventiva S. A. (en lo sucesivo, la compradora) demandó a la sociedad Límite S. A. (en lo sucesivo, la vendedora), por incumplimiento del contrato de compraventa de la totalidad de sus acciones, por un precio de 9.116.012 euros (cifra esta que mejoraba en 600.000 euros la oferta hecha por la compañía Almodena S. A.). La vendedora, en el momento de la celebración, entregó un balance de la situación financiera en el que, posterior a la auditoría, aparecían reflejadas unas pérdidas de 396.667 euros. Tras la firma del contrato, la compradora solicitó el ajuste del precio por las pérdidas que se reflejaban en el balance financiero. La vendedora decidió resolver el contrato por incumplimiento del contrato de compraventa de las acciones, reteniendo el adelanto del precio que había pagado la compradora, y posteriormente vendió sus acciones a Almodena S. A. (en lo sucesivo, el tercero) por un precio inferior al inicialmente ofertado por esta compañía. La vendedora reconvino, alegando la resolución y la indemnización de los daños y perjuicios, consistente en la diferencia entre el precio del contrato incumplido por la compradora y el precio recibido en la venta con el tercero (venta de reemplazo). El Tribunal Supremo (FD 5.º) consideró que la compraventa de reemplazo no se podía *equiparar* con el lucro cesante (STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003). STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010 (FD 5.º).

Para un estudio crítico sobre esta sentencia, en la misma línea que defiende, *vid.* GILI SALDAÑA, M., «Sentencia de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6950)», *CCJC*, vol. 86, 2011, pp. 1075-1096 (en particular, 1093-1096). También, recientemente, PARRA LUCÁN considera que, en esta sentencia, hay lucro cesante indemnizable por la venta de reemplazo. PARRA LUCÁN, A., «La indemnización del lucro cesante», *RDP*, enero-febrero, 2019, p. 89.

beneficio que se esperaba alcanzar con el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, Morales Moreno ha tratado la operación de reemplazo como una forma de canalizar la indemnización del lucro cesante<sup>86</sup>. Por su parte, Gómez Pomar estima que la operación de reemplazo, o su hipotética realización, en las prestaciones corrientes del mercado, se identifica con la indemnización del interés contractual positivo, que, en palabras del autor, incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>87</sup>.

Al respecto, resulta muy ilustrativa la STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992<sup>88</sup>. En este caso, el Tribunal Supremo *concedió el daño de la venta de reemplazo como criterio indemnizatorio del lucro cesante del vendedor*, por el incumplimiento de una compraventa de manzanas, por parte del comprador (art. 1106 CC).

Hechos.—Un vendedor demandó a su comprador por el incumplimiento parcial de una compraventa de manzanas de una cosecha. El comprador no había pagado parte del precio acordado y tampoco había retirado parte de las manzanas vendidas, conforme al contrato. Tras varios requerimientos al comprador por parte del vendedor, este último, por el *carácter perecedero de las manzanas, y habiéndolo estipulado en el contrato*, decidió realizar una *venta de reemplazo* de las manzanas, no recogidas, ni pagadas por el comprador, en pública subasta (a la baja) notarial; subasta debidamente notificada al comprador. En la subasta, el vendedor obtuvo un precio muy por debajo del precio del contrato, por lo que demandó al comprador-deudor, alegando la resolución del contrato y la indemnización de los daños correspondientes a la diferencia entre el precio contrato original y el obtenido en la venta de reemplazo.

En primera instancia se estimó la demanda, resolviéndose el contrato y dando lugar a la indemnización por la venta de reemplazo. La Audiencia estimó parcialmente la apelación en relación con el cálculo de los daños, pues, entendió que *no había prueba de que el precio obtenido en la subasta hubiera sido el mejor precio conseguido* en el mercado. Por tanto, concedió los daños conforme a la *regla del mercado* del momento de la resolución, que, para la Audiencia, coincide con la fecha para el cumplimiento del comprador de pagar y recoger el resto de las manzanas.

El Tribunal Supremo consideró que no había ninguna justificación y razón para privar al vendedor del daño de la venta de reemplazo. Por tanto, estableció que el día de resolución era, precisamente, el día en que el vendedor celebró la

---

<sup>86</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., pp. 41-51 (en particular, p. 42 y nota 81).

<sup>87</sup> GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», cit., pp. 19-20. En esta misma línea, NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios...», cit., p. 1242. También, GILI SALDAÑA, M., «Sentencia de 3 de septiembre de 2010...», cit., pp. 1093-1096; REDONDO TRIGO, F., «Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010», *RCDI*, vol. 724, Marzo, 2011, p. 1189. Ambos, a propósito de la crítica al fallo en el sentido opuesto de la STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010 [*supra*; II.4.3.1].

<sup>88</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8363; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

venta de reemplazo en pública subasta. Además, añadió que la venta de reemplazo se había celebrado al *mejor precio conseguido*, pues solo se había presentado un licitador en la subasta<sup>89</sup>.

En el anterior caso, la venta de reemplazo resultó ser una herramienta idónea para probar el lucro cesante del vendedor-acreedor, ante el incumplimiento del comprador<sup>90</sup>.

En su comentario crítico a la STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010, Gili Saldaña considera que los daños derivados de la operación de reemplazo serían una «aproximación al interés positivo contractual», que incluye el precio que el vendedor obtendría con el contrato incumplido (que equivale a la ganancia o expectativa de este)<sup>91</sup>. Ello se daría en los casos en los que se transmiten bienes a un precio superior al del mercado –como consecuencia de las capacidades de negocio del vendedor–, pues la pérdida de esa ventaja supondría el lucro cesante del vendedor<sup>92</sup>.

Por todo lo anterior, *considero que la indemnización de la operación de reemplazo se refiere al interés en el cumplimiento del contrato*, en sí mismo considerado, y no a otros daños. Su indemnización viene a *reestablecer lo que se hubiese obtenido con el contrato. Unas veces evita el daño que supone adquirir la prestación (caso de la compra de reemplazo) y otras veces supone la obtención del precio que se buscaba con el contrato original (caso de la venta de reemplazo)* (art. 1106 CC)<sup>93</sup>. En este sentido, he de indicar que no es frecuente, en el Derecho angloamericano, que se clasifique las partidas indemnizatorias en daño emergente o lucro cesante. En el sistema español, considero que, por las razones previamente expuestas, tampoco sería necesario esta clasificación, en el ámbito específico de la operación de reemplazo. Sumado a lo anterior, no ha de olvidarse que tanto el daño emergente como el lucro cesante son expresiones integradas a la unidad del concepto de daño y que han sido muy relevantes en cuanto a la prueba del daño<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992 (FD 6.º y 7.º).

<sup>90</sup> GILI SALDAÑA, M., «Sentencia de 3 de septiembre de 2010...», cit., p. 1092.

<sup>91</sup> GILI SALDAÑA, M., «Sentencia de 3 de septiembre de 2010...», cit., pp. 1093-1096.

<sup>92</sup> REDONDO TRIGO, F., «Los remedios del vendedor en las compraventas...», cit., p. 1187.

<sup>93</sup> Por ejemplo, CARRASCO PERERA califica la ganancia, que se deja de obtener del contrato que se incumple, como un daño del «lucro cesante del incumplimiento». Dicha ganancia frustrada por el incumplimiento, en ocasiones, se puede reparar mediante la indemnización de una venta de reemplazo. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párt. 23/45, p. 1048.

<sup>94</sup> Unidad percibida desde el Derecho romano. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 22.

#### 4.4 LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO (ART. 1107. I CC) Y LA OPERACIÓN REEMPLAZO

Situado el daño de la operación de reemplazo en el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato, este daño debe reputarse previsible o, en su acepción más moderna, se justifica conforme al fin de protección del contrato<sup>95</sup> (art. 1107. I CC)<sup>96</sup>. Es un daño previsible, aunque la operación de reemplazo se realice en un mercado *extremadamente* fluctuante, cuyas alteraciones no pudieron ser previstas por las partes. En este caso, la previsibilidad debe referirse a la necesidad del acreedor de acudir al mercado, como consecuencia del incumplimiento del contrato, para satisfacer su interés de cumplimiento<sup>97</sup>.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta el criterio de la razonabilidad de la operación de reemplazo. Cuando las prestaciones tienen un precio muy fluctuante en el mercado, lo *razonable* será que el acreedor realice el reemplazo tan pronto como pueda, a fin de no especular a costa del deudor<sup>98</sup>. Cuando la operación de reemplazo no se realiza en el periodo de tiempo razonable, esta se reputa inválida y, subsidiariamente, el daño se cuantifica conforme a la regla del mercado (art. 76 CISG)<sup>99</sup>.

En otras palabras, cuando el acreedor celebra una *no razonable operación de reemplazo*, el Derecho no puede privarlo de la reparación de su interés de cumplimiento, por su mal actuar en el mercado, sino que debe concederle el daño objetivo (regla del mercado), que precisamente se fundamenta en la celebración de una hipotética razonable operación de reemplazo<sup>100</sup>.

En cambio, el lucro cesante del acreedor, conectado con la ejecución de la operación de reemplazo, sí debe estar justificado conforme al fin de protección del contrato (art. 1107. I CC). Por ejemplo, el daño de un fabricante-comprador que, por el incumplimiento del vendedor, por falta de entrega de las mercancías, padece ciertas pérdidas en la producción de su empresa, *mientras lleva a cabo el reemplazo*.

<sup>95</sup> Sobre la moderna doctrina del fin de protección del contrato en el Derecho español, *vid.* RUIZ ARRANZ, A. I., «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, vol. 34, 2, 2016, pp. 409-440.

<sup>96</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 516-523, 556 (en particular, 518); RUIZ ARRANZ, A. I., «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *ADC*, vol. 71, 4, 2018, p. 1446.

<sup>97</sup> En el ámbito de la CISG, como indiqué oportunamente, lo considera SCHWENZER, I., «Article 75», cit., pp. 1091-1092. En contra de esta tesis, ZELLER, B., *Damages under the convention...*, cit., p. 202.

<sup>98</sup> Me remito a las interpretaciones de la doctrina, *en el ámbito de la CISG*, en: Capítulo cuarto, apartado III.3.4.

<sup>99</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 518.

<sup>100</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-Tomo 3, RDM, Madrid, 1963, p. 320.

### III. LA MITIGACIÓN DEL DAÑO COMO FUNDAMENTO ESENCIAL DEL REEMPLAZO

A lo largo del estudio de la operación de reemplazo en el Derecho angloamericano, en el Derecho Uniforme y en los instrumentos internacionales de *soft law*, se ha podido comprobar su importante fundamentación en *la regla de la mitigación de los daños y perjuicios*, reconocida ampliamente por todos estos sistemas<sup>101</sup>. La operación de reemplazo, además de ser una vía alternativa de satisfacción del interés de cumplimiento del acreedor, es la medida más típica de mitigación del daño contractual, cuando la prestación no tiene un objeto específico y se puede obtener fácilmente en el mercado<sup>102</sup>.

En el ordenamiento español, *la operación de reemplazo tiene también esa función*<sup>103</sup>. Aunque la figura de la mitigación del daño no se encuentra expresamente regulada, está vigente en el ordenamiento español: en primer lugar, a través del artículo 77 CISG, y, en segundo lugar, a través de la jurisprudencia y la doctrina<sup>104</sup>. Además, la mitigación del daño no ha sido un principio ajeno al Derecho de tradición continental<sup>105</sup>.

A continuación, me referiré a la operación de reemplazo y al principio de la mitigación del daño, en la doctrina Pothier, como un *antecedente clave* en el Derecho de tradición continental. Con ello, empezaré a estudiar el deber general de mitigar el daño y sus fundamentos generales. Posteriormente, analizaré

<sup>101</sup> Al respecto, *vid.*, en el Derecho inglés: capítulo primero, apartado IV.3.3.; en el Derecho estadounidense: capítulo segundo, apartado IV.2.; y, en el Derecho Uniforme y los textos internacionales de *soft law*: capítulo cuarto, apartado III.4.

<sup>102</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 24/28, p. 1392; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 182; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 1, 2015, p. 44; VIDAL OLIVARES, Á., «La carga de mitigar...», cit., p. 262; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 16.

<sup>103</sup> La función mitigadora de la operación de reemplazo ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina española. En la jurisprudencia, las SSTs, 1.ª, de 15 de noviembre de 1994 (FD 7.º), de 28 de enero de 2000 (FD 3.º) y de 14 de mayo de 2003 (FD 4.º). En la doctrina: BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización...», cit., p. 753; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 183; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., p. 44; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 23.

<sup>104</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 180; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., p. 8; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 4.

<sup>105</sup> MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., p. 120. SOLER PRESAS ubica el primer reconocimiento de la figura de la mitigación del daño en la obra de los pandectistas alemanes y en la época de la Edad Media, en donde el Derecho parecía inclinarse más por una solidaridad social, que por la concepción individualista que se tenía en épocas anteriores. Sin embargo, apunta que fue la obra de POTHIER (*Traité des obligations*), la que más se difundió este principio. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 63. Para el origen histórico de la mitigación, *vid.* PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., pp. 5-8.

las propuestas académicas de modernización del Código civil español, las cuales recogen el principio de la mitigación del daño, pero *no* la regla de la operación de reemplazo. No me referiré al artículo 77 CISG, vigente en España, pues ya se estudió oportunamente.

## 1. La delimitación del daño y la operación de reemplazo en Pothier

La doctrina de Pothier constituye una aportación fundamental en el sistema indemnizatorio, en los sistemas de tradición continental<sup>106</sup>. Sus famosos casos prácticos enseñan cómo la operación de reemplazo aparece como un mecanismo práctico en la delimitación objetiva de los daños y perjuicios contractuales.

### 1.1 CASOS DE OPERACIÓN DE REEMPLAZO Y DELIMITACIÓN DEL DAÑO EN INCUMPLIMIENTOS *NO DOLOSOS*

Pothier, en su obra *Traité des obligations* (1761), y a propósito de la delimitación del daño indemnizable<sup>107</sup>, hace referencia, salvando las distancias,

---

<sup>106</sup> MORALES MORENO apunta tres razones por las que la doctrina de Pothier resulta de gran interés en la imputación objetiva de la responsabilidad contractual.

La primera razón consiste en que la doctrina de Pothier constituye una reinterpretación de los textos romanos del *Corpus Iuris*, a los que les da una moderna visión conforme al principio de la autonomía de la voluntad privada en los contratos. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 112.

La segunda razón es que la doctrina de Pothier influye en la redacción de los artículos 1150 y 1151 CCfr. a.o. (actualmente reformados por la reforma de 2016). Pues, como es conocido, Pothier es uno de los autores más influyentes en el Código napoleónico de 1804. RAMOS VÁZQUEZ, I., «Marco Jurídico de las relaciones de trabajo en el XIX. Del antecedente de la *locatio conductio*, la influencia del *louage d'industrie*, hasta el arrendamiento de obras y servicios», *AHDE*, vol. 86, 2016, p. 553. Sobre la influencia de Pothier en el Código civil francés, vid. ARNAUD, A. J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 2016, pp. 111-114, 163-167.

En este sentido, MORALES MORENO señala que los artículos 1150 y 1151 CCfr. a.o inspiraron la redacción del actual artículo 1107 CC.

Y, en tercer lugar, debido a que la obra de Pothier también tuvo una conocida influencia en el *Common Law*; sistema de Derecho que, como ya se ha visto, considera la regla de la previsibilidad del daño, al igual que la regla de la mitigación de los daños y perjuicios contractuales (y, por esta vía, la operación de reemplazo). Al respecto, vid. CORRAL TALCIANI, H., «La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho Civil continental y de *Common Law*», *RDU CN*, vol. 16, 2, 2009, pp. 139-159.

<sup>107</sup> Capítulo II, artículo III («De los daños y perjuicios que resultan, ya sea del incumplimiento de las obligaciones, ya del retardo puesto a su ejecución»), el cual se refiere a la reparación del acreedor en casos donde *no* es el dolo del deudor lo que ha dado lugar a la indemnización. POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones* [1824], Heliastra S. R. L., Buenos Aires, 1978, p. 98.

a la actual idea de la operación de reemplazo<sup>108</sup>, a través de las soluciones que ofrece. *De un lado*, en el número 161, la operación de reemplazo se muestra como un *daño típico* del incumplimiento de la obligación, reputado previsible con relación a la cosa objeto del contrato. Y, *de otro lado*, en el número 162, la operación de reemplazo aparece como un límite a la indemnización de los daños extrínsecos del incumplimiento de la obligación, cuando estos han sido previstos al celebrar el contrato. En dichos números 161 y 162 se leen los siguientes supuestos:

«161. Supongamos que yo haya vendido a alguien un caballo, y que me haya obligado a entregarlo dentro de cierto tiempo, lo que no me haya sido posible hacer. Si dentro de ese tiempo los caballos hubiesen aumentado de precio, *lo que el comprador habrá pagado de más por no haber adquirido el mío*, y siendo de su misma calidad, es un precio del cual le debo indemnización: pues es un perjuicio que ha sufrido *propter rem ipsam not habitam*, que no tiene relación más a la cosa que ha hecho el objeto del contrato, que he podido prever que él podía sufrir, estando como está el precio de los caballos, como el de las demás cosas sujeto a variaciones. Más si ese comprador fuere canónigo, quien, por culpa de no haberle entregado el caballo ofrecido, no hubiera podido llegar a tiempo al lugar de su beneficio para recoger sus pingües frutos, en este caso yo no sería responsable de dicha pérdida por más que la hubiera causado el incumplimiento de mi obligación pues es un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto de mi obligación y que no se ha previsto cuando se celebró el contrato, y para cuya reparación no puede decirse que me hubiera sometido a contratar» (cursiva mía)<sup>109</sup>.

«162. Algunas veces el deudor es responsable de daños y perjuicios del acreedor, bien que extrínsecos, a saber: cuando parece que por el contrato han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de incumplimiento de su obligación. Por ejemplo, yo he vendido mi caballo a un canónigo, con una cláusula expresa en el contrato, por la cual me había obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos. Si en ese caso, falto por mi culpa, bien que sin dolo, a llenar mi obligación, y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de los daños extrínsecos resultantes de la pérdida que haya sufrido en sus pingües frutos; pues por la cláusula del contrato, el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose por lo tanto que yo me había encargado del mismo»<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Advierto que POTHIER no se refiere a la actual idea de la operación de reemplazo en concreto, sino que las características de la solución jurídica que ofrece en sus casos prácticos encajan en lo que hoy se categoriza como operación de reemplazo. Esta apreciación de la operación de reemplazo en los casos de POTHIER, también se encuentra en: SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «El límite económico como manifestación del principio de mitigación», cit., p. 699.

<sup>109</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 92.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 93.

1. *En el primer ejemplo* propuesto por Pothier (número 161), la operación de reemplazo se encuentra en la expresión «lo que el comprador habrá pagado de más por no haber adquirido el mío, y siendo de su misma calidad, es un precio del cual le debo indemnización», *daño típico y previsto por los contratantes del incumplimiento de la obligación*.

En dicho ejemplo, Pothier no se refiere a la posibilidad de que el acreedor pueda acudir (extrajudicialmente) a *autotutelar* su derecho de crédito mediante un tercero. Pese a ello, es menester señalar que lo expresado en su ejemplo (número 161) es coherente con lo que autor expresa, como efecto de las obligaciones de dar, en el número 143, en el que señala que, *una vez se ha requerido al deudor para la satisfacción de la obligación*, es todavía efecto de la obligación que el deudor se obligue a indemnizar al acreedor, si el incumplimiento persiste tras el requerimiento<sup>111</sup>. De ahí que, a mi modo de ver, cabe pensar que, conforme a la doctrina de Pothier, el acreedor podría, una vez requerido el deudor al pago de la obligación sin éxito, celebrar una operación de reemplazo y reclamar, posteriormente, la indemnización de daños y perjuicios.

El relato de dicho caso también parece plasmar una exigencia para la celebración de la operación de reemplazo, cuando Pothier señala que el bien sustituto debe ser de la misma calidad que el del contrato original («y siendo de su misma calidad»), sin referirse a requisitos más detallados, tales como el lugar de compra, el momento de la compra, el precio, etc., quizás más propios de nuestra época (y no de la de mediados del s. XVIII), en la que se tiene un mercado más amplio y desarrollado.

2. *En el segundo ejemplo* propuesto por Pothier (número 162), la referencia a la operación de reemplazo es más evidente que en el primero, cuando el autor expresa «[...] y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de los daños extrínsecos [...]». Aquí, la posibilidad de celebrar una operación de reemplazo aparece como un límite de la indemnización de los daños extrínsecos del acreedor, daños que habían sido previstos por las partes al celebrar el contrato.

Pothier, como *regla general*, señala (en el ejemplo número 161) que «[p]or lo común, se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación con la cosa que es objeto de la misma [...]»<sup>112</sup>. Más adelante, como *primera excepción* a dicha regla general, el autor estima que hay circunstancias por las que el deudor es responsable de los daños extrínsecos, cuando «parece que por el

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 84. Lo mismo se constata cuando estudia las obligaciones de hacer y no hacer (núm. 146). *Ibid.*, pp. 85-86.

<sup>112</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 92.

contrato han sido previstas [...]». Entonces, la posibilidad de celebrar una operación de reemplazo es un límite a la indemnización de los daños extrínsecos que han sido previstos al celebrar el contrato. Si se lee en sentido inverso el ejemplo propuesto por Pothier, es decir, si el canónigo hubiese podido encontrar fácilmente otro caballo u otro carruaje, el deudor *no* estaría obligado al pago de los daños extrínsecos, a pesar de que estos hayan sido previstos por las partes.

En este segundo ejemplo, Pothier también parece fijar otras exigencias del reemplazo. Con la expresión «fácilmente», parece suponer que el reemplazo *no* deba implicar mayor esfuerzo y compromiso para el acreedor, de manera que, si el acreedor acredita que la obtención del bien sustituto le suponía dificultad, el criterio del reemplazo no limitaría la indemnización de los daños extrínsecos previstos.

También, habría otra exigencia implícita en el hecho de que el autor hace referencia no solo a otro caballo, sino a *otro carruaje*. A mi modo de ver, ello muestra que no solo se refiere a una prestación completamente equivalente a la del contrato original, sino, en general, a cualquier medida por la que el acreedor hubiese podido conseguir el fin del contrato, pues, en el caso propuesto, tanto otro caballo como otro carruaje servirían «para que [el canónigo] pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos».

Aquí estaría la clave del pensamiento del Pothier, pues, de esta forma se evita que, *por la inactividad del acreedor*, se produzcan daños y perjuicios *no necesarios* como consecuencia del incumplimiento. Con ello, *Pothier estaría favoreciendo la actual idea del deber de mitigar los daños y perjuicios y la operación de reemplazo como un mecanismo útil para esta finalidad*<sup>113</sup>.

## 1.2 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN INCUMPLIMIENTOS DOLOSOS

Pothier, más adelante (número 167), hace especial referencia a *otras medidas de mitigación de los daños* (diferentes de la operación de reemplazo), cuando trata de la imputación y delimitación de los daños en caso de *dolo* del

---

<sup>113</sup> El caso del canónigo se ha considerado como un adelanto de la moderna doctrina del deber de mitigar el daño. CORRAL TALCIANI, H., «La regla de la previsibilidad de los daños...», cit., n. 15 (p. 143). No obstante, en otras ocasiones, la doctrina se refiere al deber mitigar los daños de Pothier, con el conocido supuesto de la vaca entregada con una enfermedad contagiosa (número 167), *supra* III.1.2. En este contexto, SOLER PRESAS señala que fue POTHIER quien más contribuyó a la difusión de la regla de la mitigación del daño. Pero, lamenta que lo introdujera como una regla de delimitación del resarcimiento. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 63. En esta misma línea, también, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., p. 6.

deudor<sup>114</sup>. En dicho caso, señala el autor, el deudor responde indistintamente de todos los daños e intereses sufridos, tanto en la cosa que ha sido objeto del contrato (*propter rem ipsam*) como en los *otros bienes del acreedor*<sup>115</sup>.

Me refiero al conocido caso de la vaca con una enfermedad contagiosa, enfermedad *dolosamente* disimulada por el vendedor y que contagia al resto del ganado (número 167). En este caso, Pothier arguye que el deudor responderá, no solamente de la pérdida de la vaca (obligación primitiva), sino también de los daños que ha sufrido el resto del ganado que se haya contagiado. No obstante, la imputación de los daños no la atribuye a los daños sufridos por el acreedor como consecuencia lejana e indirecta del dolo del deudor. Por ejemplo, cuando el contagio a los bueyes del acreedor, por la vaca vendida, le ha impedido cultivar sus tierras, pues «ese defecto de cultivo *no es una consecuencia absolutamente necesaria* de la pérdida de mi ganado[...]» (cursiva mía)<sup>116</sup>. Aun existiendo dolo del deudor, Pothier limita el alcance de la reparación integral del daño, para «evitar que la cadena de los daños indemnizables resulte ilimitada», fundamentándose en lo que, actualmente, se denomina como el *deber de mitigar el daño*<sup>117</sup>.

Conforme con la doctrina de Dumoulin<sup>118</sup>, Pothier establece: «[l]a pérdida que he sufrido por defecto de mis tierras parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante [del vendedor]: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien subarrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo»<sup>119</sup>.

En el anterior supuesto de Pothier (número 167), la posible *compra de nuevos animales*, para cultivar las tierras, reemplazando el ganado contagiado

<sup>114</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, cit., pp. 98-102.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>117</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 120.

<sup>118</sup> A POTHIER se le atribuye haber rescatado, a mediados del s. XVIII, la obra de Charles DUMOULIN (publicada en 1555), la cual toma de referencia para su fundamentación sobre los daños y perjuicios contractuales. Vid. ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 202-203. CORRAL TALCIANI señala que la originalidad de POTHIER fue «haber reducido las múltiples reglas del antiguo comentarista francés [DUMOLIN] a una sola: solo se responde de los daños que se han previsto o podido prever, y todos los casos son reconducidos a este principio fundamental. El material estaba preparado para que la regla fuera convertida en una norma del Código Civil». CORRAL TALCIANI, H., «La regla de la previsibilidad de los daños...», cit., p. 142.

<sup>119</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 99.

(los otros bienes del acreedor) por la vaca enferma (objeto del contrato), equivale a otra de las medidas mitigadoras de los daños producidos por el incumplimiento doloso del deudor, distintas de la operación de reemplazo, pues no se está sustituyendo la cosa objeto del contrato (la vaca enferma), si bien en esencia, tiene la misma lógica: evitar la propagación de los daños y perjuicios mediante un reemplazo práctico y oportuno.

## 2. Algunas consideraciones sobre el deber de mitigar el daño en el ordenamiento español

### 2.1 EL CONCEPTO DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

Soler Presas define la mitigación del daño como una *carga* «que obliga al acreedor del resarcimiento a adoptar todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, se estimen razonables en orden a evitar la propagación de las consecuencias lesivas del incumplimiento o a paliar la gravedad del mismo». De ello se desprende que la mitigación no es propiamente una obligación del acreedor, sino un requisito para poder reclamar la indemnización. Su inobservancia no significa un incumplimiento, sino, simplemente, limita el daño sufrido, en la medida que el acreedor pudo razonablemente evitarlo, tomando las oportunas medidas<sup>120</sup>. Por tanto, *la operación de reemplazo es una carga*, cuya inobservancia supone la limitación de los daños sufridos a los que el acreedor hubiese padecido, de haber celebrado una operación de reemplazo.

La exigencia de la mitigación se fundamenta en razones de política socioeconómica, que permiten exigir al acreedor una conducta razonable en orden al evitar el malgasto de recursos económicos<sup>121</sup>.

### 2.2 LOS FUNDAMENTOS DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO: LA BUENA FE Y LAS DISTINTAS TESIS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN EN LA CAUSALIDAD DEL DAÑO

El fundamento de la regla de mitigación del daño es, *en primer lugar*, el *principio de la buena fe*, consagrado para el ejercicio de los derechos, en el artículo 7.1 CC y que, en el ámbito contractual, se concreta en el artículo 1258 CC.

<sup>120</sup> SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 64.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 74. En esta misma línea, *Chitty on Contracts*, cit., vol. I, párr. 26-080, p. 1849.

*La buena fe impone, como evidencia la doctrina, que el deudor sea diligente frente a las consecuencias desfavorables del incumplimiento*<sup>122</sup>.

En segundo lugar, una parte de la doctrina también ha asociado la fundamentación de la mitigación del daño a la *necesaria causación del daño contractual indemnizable*<sup>123</sup>. En este sentido, Díez-Picazo explica que la propagación del daño ya no sería consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino que se debería a la «inacción» o «pasividad» del acreedor<sup>124</sup>.

Sin embargo, otra parte de la doctrina no cree que el principio de mitigación del daño tenga que ver con la existencia de causación del daño. En este sentido, Pérez Velázquez argumenta que la mitigación tiene como supuesto básico, que el daño sea completamente imputable al que lo provoca, es decir, que, para que nazca la carga de mitigar los daños, el daño debe superar la relación de causalidad y la imputación objetiva, por lo que sería un *tercer criterio independiente*<sup>125</sup>. Soler Presas aduce que, precisamente, la causalidad del daño es lo que *diferencia* la mitigación, de la figura de la *conurrencia de culpas*<sup>126</sup>.

Por su parte, San Martín Neira defiende la idea de que *la mitigación del daño es un problema de causalidad*, pues no se trata de un criterio autónomo de delimitación del daño. Basándose en argumentaciones histórico-jurídicas, entre otras, en el Derecho romano y en la doctrina Pothier, que califica el daño evitable/mitigable como «consecuencia no necesaria», la citada autora aduce que la justificación de la delimitación de los daños que no debe soportar el deudor se encuentra en la propia culpa del acreedor, quien soporta una carga de diligencia socialmente esperada, según las circunstancias del caso. La inobservancia del deber de diligencia del acreedor implica la *interrupción del nexo*

<sup>122</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 24/26, p. 1390; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 783; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., pp. 22-24; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 17.

<sup>123</sup> BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización...», cit., p. 742; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 784; RUIZ ARRANZ, A. I., «La doctrina del fin de protección...», cit., pp. 423-425; SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «La carga de evitar o mitigar el daño...», cit., p. 723; ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 18.

<sup>124</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 784.

<sup>125</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., p. 25.

<sup>126</sup> En palabras de SOLER PRESAS: «[I]a concurrencia de culpas exige que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño, excluyéndose del resarcimiento aquella pérdida que se deba al comportamiento “negligente” del demandante, no a la actuación del demandado. El deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante». SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS, 1.ª, de 15 de Noviembre de 1994)», *ADC*, vol. 48, 2, 1995, p. 963 y «Art. 77», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, p. 622. Esta misma postura, también la adopta FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1663.

*causal entre el daño efectivamente sufrido y el incumplimiento*, lo que hace imposible que se le pueda atribuir al deudor aquellos daños que razonablemente pudo evitar el acreedor, con la debida diligencia <sup>127</sup>.

En mi opinión, *desde la técnica jurídica, debemos estudiar la mitigación con fundamento en la buena fe*. En *primer lugar*, como ya ha señalado Soler Presas, para no confundirla con la concurrencia de culpas. Y, en *segundo lugar*, porque se debe establecer primero qué daños están dentro del principio de la previsibilidad del daño (o fin de protección del contrato) (art. 1107 CC), para luego determinar aquellos daños que pudo evitar el acreedor con una debida diligencia, conforme a la mitigación. Si bien parece que Pothier la estudia desde la causalidad, *no considero que los daños mitigables sean precisamente los que no sean imputables al incumplimiento (causalidad)*. Por el contrario, deben superar la causalidad y, por supuesto, la previsibilidad: pues, de no ser así, *la limitación del daño simplemente se daría por estos dos principios (falta de causalidad o imprevisibilidad del daño), y no por la mitigación*.

### 3. La operación de reemplazo como medio de mitigación del daño

En este apartado, me referiré a la *función* asignada a la operación de reemplazo como medida de mitigación de los daños y perjuicios, en las propuestas de reforma del Código civil español. Además, analizaré la *consideración* de la operación de reemplazo como una medida de mitigación del daño en la jurisprudencia.

#### 3.1 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (PMCC/PAPDC)

##### 3.1.1 *En la PMCC*

Pantaleón Prieto (en 1993) advirtió sobre la conveniencia de incorporar al Código civil una regla sobre el deber de mitigar el daño, parecida a la de los instrumentos internacionales (art. 77 CISG, y sus análogos, arts. 7.4.8 Princi-

---

<sup>127</sup> SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «La carga de evitar o mitigar el daño...», cit., pp. 703-724 (en particular, 723).

pios UNIDROIT<sup>128</sup> y 9:505 PECL<sup>129</sup>)<sup>130</sup>. Al mismo tiempo, manifestó que *no* era conveniente recoger las reglas que, en su opinión, generalizaban la cuantificación del daño: la regla de la operación de reemplazo y la regla del mercado (art. 75 y 76 CISG)<sup>131</sup>.

Sus propuestas se vieron recogidas en la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (en adelante, PMCC)<sup>132</sup>, pues esta cuenta con la regla de la mitigación del daño, en su artículo 1211, pero *no* siguió el ejemplo del Derecho Uniforme y, de los instrumentos internacionales de *soft law*, en lo que se refiere a positivización de los criterios de cuantificación del daño: la regla de la operación de reemplazo y la regla del mercado.

El artículo 1211 PMCC dispone:

«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas».

Sobre la mitigación del daño en la PMCC y su relación con la operación de reemplazo en la PMCC, la doctrina ha señalado:

1. Fenoy Picón considera que, en el remedio indemnizatorio, es clave ordenar ciertas reglas que eviten que los daños de los que haya de responder el deudor se extiendan en exceso. Entre estas medidas, se encuentra *la mitigación del daño*. Esta regla, al no encontrarse regulada por el Código civil, es una de las *novedades* de la PMCC (art. 1211), que, en su opinión, debería codificarse<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> Artículo 7.4.8. Principio UNIDROIT: «(Atenuación del daño)/ (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables./ (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño».

<sup>129</sup> Artículo 9:505 PECL: «Reduction of loss/ (1) *The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps./ (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.*».

<sup>130</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1743.

<sup>131</sup> *Infra* IV.2.2.2. B.

<sup>132</sup> La PMCC fue elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Sobre sus orígenes, composición, estructura y su asidua tarea en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español, *vid.* PÉREZ GARCÍA, M. J., y JEREZ DELGADO, C., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *RJUAM*, vol. 19, 2009, pp. 155-179.

<sup>133</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., pp. 1663-1664 (en particular, 1664).

2. Por su parte, Vaquer Aloy sostiene que, en los casos de incumplimiento por no ejecución de una obligación con objeto genérico, en el marco del artículo 1211 PMCC, se puede indemnizar la operación de reemplazo como una medida típica de la mitigación del daño<sup>134</sup>.

3. En otro orden, en el supuesto que la operación de reemplazo resultase infructuosa o fallida para satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor (por ejemplo, porque el acreedor celebra un contrato de reemplazo que no satisface sus expectativas), considero que el daño del acreedor, obviamente, no se determinaría conforme al sistema de la regla de la operación de reemplazo. No obstante, los costes adicionales en los que haya incurrido con ocasión de la operación reemplazo se repararían, siempre que sean razonables, de conformidad con el artículo 1211 *in fine* PMCC.

En estos casos, el acreedor obtendría su interés de cumplimiento mediante la indemnización calculada conforme al precio del mercado (cálculo abstracto-objetivo) (de conformidad con los arts. 1205 y 1207 PMCC). Precio del mercado que, a mi modo de ver, debe tomar como referencia el momento en que el acreedor pudo acudir al mercado para procurarse de la prestación sustituta, en orden a mitigar los daños (art. 1211 PMCC).

4. Finalmente, he de destacar que, a pesar de lo anterior, Sánchez Ruiz de Valdivia<sup>135</sup>, Vidal Olivares<sup>136</sup> y Alcalde Silva<sup>137</sup> lamentan que la *Propuesta* no haya recogido una norma expresa sobre la operación de reemplazo. Por el contrario, el ACM sí la recoge en el artículo 417-4 ACM, con ciertas peculiaridades que estudiaré más adelante<sup>138</sup>.

En mi opinión, la operación de reemplazo tuvo que ser recogida por la propuesta, o debería recogerse en una futura reforma, pues, siendo una de las medidas más importantes en la mitigación del daño contractual, es, además, una práctica muy común en el mercado, que daría mayor seguridad jurídica al acreedor que decide, razonable y de buena fe, llevar a cabo un reemplazo.

<sup>134</sup> VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)», cit., p. 18.

<sup>135</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el Nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas», en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (ed.), *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 473.

<sup>136</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 16, Julio, 2011, p. 289.

<sup>137</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 311-313.

<sup>138</sup> *Infra* V.2.

### 3.1.2 *En la PAPDC*

La PAPCC, de forma análoga a la PMCC, recoge la mitigación del daño, en su artículo 518-25.

Artículo 518-25 PAPCC: «Deber de mitigar el daño./ No responde el deudor del daño que el acreedor ha podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero debe resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas»<sup>139</sup>.

Y, al igual que la PMCC, *no* recogió la regla de la operación de reemplazo, por lo que me remito a las consideraciones antes vistas, en el ámbito de la PMCC.

## 3.2 LA LIMITACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE POR LA *NO* CELEBRACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE REEMPLAZO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

### 3.2.1 *Como manifestación del deber de mitigar el daño*

Como indiqué al principio, la mitigación de los daños en el Derecho español se ha perfilado a través de la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo. Asimismo, la operación de reemplazo se ha mostrado como una de las medidas mitigadoras más comunes y exigibles al acreedor frente a las consecuencias desfavorables del incumplimiento.

Lo anterior se puede apreciar, por ejemplo, en la primera sentencia española que se refirió *formalmente* al deber de mitigar el daño: la STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 1994 (FD 7.º)<sup>140, 141</sup>. En dicha sentencia, el Alto Tribunal redujo el montante indemnizatorio (por aplicación del art. 1103 CC), ya que encontró que había existido una «*conurrencia parcial de imprevisiones*», no solo por parte del deudor-incumplidor, sino también del acreedor que pudo haber tomado una medida razonable (haber celebrado operación de reemplazo de un análogo seguro de viajes) para mitigar el eventual daño, que le imponía la *buena fe negocial*<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 660.

<sup>140</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8488; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

<sup>141</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., p. 9.

<sup>142</sup> Hechos.—El señor D realizaba, por razón de su oficio, frecuentes viajes en avión Madrid-Bilbao-Madrid, cuyos billetes compraba a través de la misma agencia de viajes y los pagaba por medio de su tarjeta de crédito Visa, emitida por el banco H, con cargo a su cuenta corriente. El banco tenía concertado

Pérez Velázquez asevera que, antes de que la regla de la mitigación fuera formulada formalmente, esta ya se venía aplicando *implícitamente* a través de la operación de reemplazo. Se refiere a la STS, 1.ª, de 27 de octubre de 1992<sup>143</sup>, en donde el Tribunal Supremo concedió la indemnización de la venta de reemplazo, toda vez que, con esta, el vendedor-acreedor había mitigado los daños derivados del incumplimiento<sup>144</sup>.

En este sentido, hay otras sentencias, más recientes, en relación con la determinación del daño por el incumplimiento del *contrato de arrendamiento*. Por ejemplo, por un lado, en la STS, 1.ª, de 26 de septiembre de 2007<sup>145</sup> se razona si el *arrendatario* (acreedor) debió celebrar una operación de reemplazo para limitar la indemnización del lucro cesante (debido a su inactividad comercial), ante el incumplimiento del arrendador del derrumbamiento de la cubierta del local (derrumbamiento que le era imputable)<sup>146</sup>. Por otro lado, en la STS, 1.ª, de 9 de abril

---

un contrato de seguro que garantizaba a los titulares de las tarjetas de crédito, o a sus beneficiarios, «una indemnización de hasta veinte millones de pesetas por daños corporales sufridos como consecuencia de los accidentes ocurridos en calidad de pasajeros en un medio de transporte público, siempre que el importe del transporte hubiera sido pagado con la referida tarjeta». El día 18 de febrero de 1985, el señor D acudió a la agencia de viajes a comprar un billete de avión Madrid-Bilbao, como de costumbre, con la referida tarjeta de crédito, sin embargo, la agencia le comunicó que el pago no podía realizarse, pues la tarjeta había sido cancelada por el banco. El señor D acudió al banco y le informaron que su tarjeta, efectivamente, había sido cancelada, pero, por error, ya que existía otro cliente homónimo, que no tenía saldo disponible en su cuenta, por lo que le aconsejaron que solicitara una nueva tarjeta que le sería entregada a la mayor brevedad. Ante la imposibilidad de comprar el billete de avión con su tarjeta visa, el señor D compró su billete con cargo a la empresa donde trabajaba, pero, esta vez, sin el referido seguro que habría tenido de haber comprado el billete con la tarjeta crédito emitida por el banco H. El 19 de febrero de 1985, el avión en el que viajaba el señor D tuvo un accidente aéreo, en el cual pereció. La señora E, viuda del señor D, demandó al banco H, al sistema 4B S.A. y a Visa España S.A., reclamando la indemnización de veinte millones pesetas (el importe de la póliza), por la conducta negligente de la entidad bancaria. STS, 1.ª, de 15 de noviembre de 1994 (FD 2.º).

El Tribunal Supremo (FD 7.º), en lo que me interesa, consideró que, por un lado, el banco, al cancelar injustificadamente la tarjeta Visa de su cliente, podría prever que aquel quedaba privado de todos los beneficios inherentes a la expresada titularidad, como el seguro que amparaba el accidente aéreo en el que murió el cliente. También reconoció, que es cierto que al banco le era difícil prever el accidente aéreo, dada la poca frecuencia con que ocurre. Sin embargo, por otro lado, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el señor D sabía, o debía saber, que al haber sido cancelada la tarjeta de la que era titular quedaba privado del seguro de accidentes inherente a la misma, por lo que *fácilmente podía, por una muy escasa prima (330 pts.), haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo*, con lo que la esposa, beneficiaria, habría percibido la indemnización que el otro seguro (cancelado) le habría concedido.

Para un estudio extenso sobre el deber de mitigar el daño, comentando la citada sentencia, *vid.* SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS, 1.ª, de 15 de noviembre de 1994)», cit., pp. 951-970.

<sup>143</sup> STS, 1.ª, de 27 de octubre de 1992 (FD 7.º). *Supra* II.4.3.2.

<sup>144</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar...», cit., pp. 8-9.

<sup>145</sup> STS, 1.ª, de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5360; MP. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).

<sup>146</sup> STS, 1.ª, de 26 de septiembre de 2007 (FD 1.º). *Vid.* también, MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., pp. 183-184.

de 2012<sup>147</sup>, se analiza la concreción de los daños en función de la posibilidad del *arrendador* (acreedor) de concertar un nuevo arrendamiento, tras el incumplimiento del arrendatario. Veámoslas con más detenimiento.

1. En la STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo discute la concreción del periodo de lucro cesante reclamado por el arrendatario, consistente en las ganancias dejadas de obtener desde el derrumbamiento inminente (que provocó su desalojo, por causas imputables al arrendador) hasta la expiración del contrato de arrendamiento del local comercial. Dicha indemnización del lucro se había limitado hasta la finalización de la prórroga del contrato, pero, el arrendatario alegaba que debía ser hasta el momento en que el contrato hubiese permanecido vigente, de no haberse incumplido (pues se trataba de un contrato de arrendamiento con prórroga forzosa para el arrendador). Al respecto, el Tribunal Supremo desestimó las alegaciones del arrendatario, confirmando la sentencia de primera instancia, en cuanto que estimó que se podían valorar las circunstancias que permitieran establecer un «plazo razonable» para que el arrendatario hubiese podido *volver a poner en marcha un nuevo negocio*, «sujeto a las vicisitudes propias de la actividad empresarial»<sup>148</sup>.

Sobre la STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2007, Morales Moreno observó que el *plazo razonable* sería, justamente, el que delimitaría la indemnización del lucro cesante. Por tanto, sostuvo que ello justificaba la adopción de medidas mitigadoras del daño, por parte del arrendatario, tales como el reemplazo<sup>149</sup>. [Cfr. *infra* STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2012].

2. En la STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2012<sup>150</sup>, el Tribunal supremo discute sobre la indemnización de daños y perjuicios del lucro cesante del arrendador, consistente en el monto de las rentas que faltaban por pagar (seis años) en favor del arrendador-acreedor, y de conformidad con el contrato. Sobre dicho lucro cesante, el Alto tribunal consideró que la fijación del lucro cesante es de carácter hipotético y, por tanto, requiere que su cuantificación sea razonable y «atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento». Sobre esta base, el Tribunal Supremo consideró que

---

<sup>147</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2012 (RJ 2012/8986; MP. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>148</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de julio de 2007 (FD 6.º).

<sup>149</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., pp. 183-184 (también, pp. 66-67, en particular nota 137).

<sup>150</sup> Hechos.—Un arrendador demandó por el *incumplimiento anticipado* de un contrato de arrendamiento de un local, por la resolución unilateral del contrato por la arrendataria, cuando el contrato tenía un plazo mínimo de seis años, obligatorio para ambas partes. La parte arrendadora demandó la resolución e indemnización de los daños y perjuicios. STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de septiembre de 2012 (FD 1.º).

el lucro cesante *no podía corresponder con el importe íntegro de las rentas dejadas de percibir por el arrendador-acreedor*, durante los seis años para la vigencia mínima del contrato, pues, ello supone asumir implícitamente que el bien arrendado *no* pudo ser objeto de explotación económica. Lo que equivale a desconocer *la razonabilidad económica de la posibilidad de la arrendadora de celebrar un nuevo arrendamiento* (operación de reemplazo), *u otra actividad económica*, a partir del momento de la resolución unilateral del contrato por la arrendataria. Conforme a ello, estimó que la cuantía del lucro frustrado debe hacerse partiendo de una *moderación* del importe total de la renta pendiente<sup>151</sup>. Es decir, en función de la operación de reemplazo que razonablemente hubiese podido celebrar la arrendadora-acreedora.

### 3.2.2 *El desconocimiento del deber de mitigar el daño en algunas sentencias del Tribunal Supremo*

Pero, junto con las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, también cabe recordar otras en las que el *desconocimiento del deber de mitigar el daño* ha permitido la indemnización de daños que, *a mi juicio*, pudieron haber sido evitados mediante la oportuna medida mitigadora, como el reemplazo. Por lo que, en realidad, son daños que el deudor no hubiera tenido que soportar.

Por ejemplo, Díez-Picazo cita el «paradigmático» caso de la STS, 1.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1960<sup>152</sup>, en el que, en opinión del autor, se debió aplicar la regla de la mitigación del daño, en vista de que el acreedor pudo actuar diligentemente, aceptando la propuesta novatoria de su deudor (la cual era un billete de Renfe para el transporte del montaje de un circo, con una tarifa más cara de la ofrecida en el contrato), evitando que, finalmente, se produjeran los daños del lucro cesante del negocio, que perdió por no haber podido instalar el circo en las fechas navideñas deseadas<sup>153</sup>.

Otro ejemplo de esta índole, pero que se concreta en la *no exigencia* de una adecuada operación de reemplazo, como medida mitigadora del daño, es la STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2005<sup>154</sup>. En dicha sentencia, la propietaria de un restaurante en Sevilla, con vistas al río Guadalquivir, demandó a una empresa por la instalación incorrecta y con materiales inadecuados de un techo

<sup>151</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2012 (FD 4.º).

<sup>152</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1960 (RJ 1960/1716; MP. Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández).

<sup>153</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 784.

<sup>154</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2806; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán).

móvil con motor retráctil, lo que le ocasionó, entre otros, los daños del lucro cesante por la imposibilidad de explotar la terraza entre abril de 1992 y abril de 1993, en el que se llevaba a cabo la Exposición Universal de Sevilla. La segunda instancia no concedió la indemnización del suplicado lucro cesante, por apreciar falta de diligencia de la propietaria (demandante) para lograr una más pronta reparación de la instalación (debía haber celebrado una operación de reemplazo)<sup>155</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de primera instancia, que había concedido toda la indemnización del lucro cesante pedido<sup>156</sup>.

Con relación a esta sentencia, Morales Moreno señala que su fallo deja una cuestión abierta: «¿a partir de qué momento el acreedor tiene que realizar una operación de reemplazo?»<sup>157</sup>.

### 3.2.3 *La incidencia del ejercicio de la pretensión de cumplimiento en la mitigación de los daños*

La cuestión que ahora me ocupa es si el ejercicio de la pretensión de cumplimiento por el acreedor impide que el deudor pueda oponerse al pago, alegando la posibilidad del acreedor de celebrar una operación de reemplazo. Para esta cuestión, resulta muy interesante la STS, 1.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2016<sup>158</sup>.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo consideró que, como se trataba de un caso en el que el arrendador-acreedor había optado por ejercitar la pretensión de cumplimiento, la arrendataria-deudora debía pagar las rentas del arriendo que le faltaban por pagar, de conformidad con el plazo del contrato. Por lo anterior, *no estimó procedente la moderación de la indemnización de los daños y perjuicios por la operación de reemplazo que supuestamente podía celebrar la arrendadora* (alegada por la arrendataria), pues no se trataba de una indemnización, sino de una ejecución del contrato (de la pretensión de cumplimiento), consistente en el pago de las rentas adeudadas.

---

<sup>155</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2005 (FD 1.<sup>o</sup>).

<sup>156</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2005 (FD 4.<sup>o</sup>).

<sup>157</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 184.

<sup>158</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016/861; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

Hechos.—Un arrendador demandó a su arrendatario por el incumplimiento anticipado (repudio) de un contrato de arrendamiento de un local comercial. El arrendador reclamó el cumplimiento específico, es decir, el pago de las rentas del arriendo que faltaban por pagar hasta el vencimiento del contrato (esto es, desde junio de 2009 a enero de 2010). En su contestación, la arrendataria alegó haber dejado a disposición de la arrendadora el local comercial, meses antes que se cumpliera el plazo (lo hizo en agosto de 2009), manifestando por escrito la resolución del contrato. Asimismo, argumentó que no existían pruebas de algún impedimento que hubiese tenido la arrendadora para alquilar el local a un tercero (operación de reemplazo). STS, 1.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2016 (FD 1.<sup>o</sup>).

Además, el Tribunal Supremo aclaró que tal petición no estaba en contra del principio de la buena fe, dado que se presumía que, si el arrendatario había repudiado el contrato por las obras en la calle, ordenadas por el Ayuntamiento, ello suponía una dificultad para el arrendador de conseguir otro arrendatario. Y que, de cualquier manera, *no se había probado la posibilidad de que el arrendador pudiese haberlo hecho*. Es decir, *que la posibilidad de la operación de reemplazo no estaba acreditada*<sup>159</sup>.

De la anterior sentencia puedo hacer dos relevantes consideraciones en la cuestión que me ocupa:

1. La regla general es que *la mitigación del daño no se proyecta sobre la aplicación del sistema de remedios*. Aunque económicamente hubiese sido mejor para el deudor (ante el incumplimiento anticipado), que el acreedor (arrendador) optara por la resolución y realizara una operación de reemplazo<sup>160</sup>.

2. No obstante, en el *obiter dicta* de esta sentencia, el Tribunal Supremo considera la buena fe como un principio que rige la actuación del acreedor frente al ejercicio de los remedios del incumplimiento. Y, por esta vía, parece reconocer la existencia de restricciones a la regla anterior, en algunos casos<sup>161</sup>.

Al respecto, Zurita Martín señala que la actuación judicial, en el sistema de Derecho civil español, está basada en los principios de *buena fe* y de *relación de causalidad*, los cuales se canalizan a través de un juicio razonable en función de las circunstancias concretas, conforme a las cuales, la operación de reemplazo –celebrada, o la que se hubiese podido celebrar– podría tenerse en cuenta<sup>162</sup>.

#### IV. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

Tras el estudio del *engarce jurídico de la operación de reemplazo en el remedio indemnizatorio y su fundamentación en la mitigación de los daños*, voy a referirme a su entendimiento y aplicación como un criterio de cuantificación del daño y como una vía alternativa de cumplimiento *in natura* de la obligación. Para dicho cometido, me serviré especialmente de la doctrina y la jurisprudencia españolas. Finalmente, haré una breve referencia a la regulación de la venta de reemplazo en el Código civil catalán y en el ACM.

<sup>159</sup> STS, 1.ª, de 18 de marzo de 2016 (FD 4.º).

<sup>160</sup> STS, 1.ª, de 18 de marzo de 2016 (FD 4.º).

<sup>161</sup> Al respecto, *vid.* más adelante las soluciones propuestas por la doctrina. *Infra* IV.2.3.

<sup>162</sup> ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe...», cit., p. 23.

## 1. La compraventa de reemplazo en el ámbito mercantil

Comienzo por la *compraventa mercantil*, dado que es el contrato a través del cual la doctrina mercantilista introdujo el estudio de la figura del reemplazo en el Derecho español. Lo que no es de extrañar, si se tiene en cuenta que la compraventa es uno de los contratos más comunes y que, en este ámbito, comúnmente, versa sobre bienes genéricos y con un precio corriente en el mercado.

He de señalar que no fue hasta el s. xx cuando la doctrina mercantilista se refirió a la posibilidad del acreedor de realizar, según el caso, una compra o venta de reemplazo<sup>163</sup>. En concreto, fue Garrigues quien (en 1963) estudió la operación de reemplazo con mucha precisión y practicidad, de la misma manera como actualmente se estudia en el moderno Derecho de contratos<sup>164</sup>. A la doctrina de este autor me referiré a continuación.

El estudio de la compraventa de reemplazo me servirá para proyectarlo sobre el Derecho de contratos en general, pues, al igual que ha ocurrido en el Derecho estadounidense y en la CISG, en el Derecho español, la aplicación de la regla del reemplazo en la compraventa se ha extendido a los demás contratos<sup>165</sup>.

### 1.1 LA DOCTRINA DE GARRIGUES SOBRE LA COMPRAVENTA DE REEMPLAZO

Garrigues se refirió a la *compraventa de reemplazo como un medio de defensa de los intereses del acreedor*, ante el incumplimiento del contrato. Sus aportes fueron de gran importancia y claridad.

Garrigues *novedosamente anunció y destacó* el carácter *práctico* de la compraventa de reemplazo en el tráfico mercantil y, además, estableció *ciertas condiciones*, con base en el principio de la buena fe, para su ejercicio. A con-

---

<sup>163</sup> En la literatura mercantilista *cercana* a la promulgación del Código de comercio español de 1885 no se observan referencias parecidas a la compra o venta de reemplazo (ESTASÉN, P., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, p. 205; MARTÍ DE EIXALÁ, R., y DURÁN Y BAS, M., *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 9.ª, Sociedad Gral. de Publicaciones (Barcelona), Barcelona, 1911, pp. 166-167). Mucho menos en la literatura anterior a esta, sobre la base del derogado Código de comercio español de 1829 (DE BACARDÍ, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, vol. I, Imprenta de Benito Espona, Barcelona, 1840, pp. 146-159; GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Imprenta del heredero de José Gorgas, Barcelona, 1859, p. 248).

<sup>164</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, pp. 320-329. Cabe advertir que, quizás, la moderna visión de la compraventa de reemplazo (para la época) de GARRIGUES se debe a que fue delegado de España en la CNUDMI que, como es conocido, fue el organismo encargado de la redacción la CISG. *Vid.* COMISIÓN DE LA NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Anuario, Vol. II, 1971 (A/CN.9/SER. A/1971), Anexo I.

<sup>165</sup> *Infra* IV.2.1.

tinuación, empezaré con las particularidades propuestas para la *compra de reemplazo* y, más adelante, me referiré a la *venta de reemplazo*.

### 1.1.1 *El cálculo concreto conforme a la compra de reemplazo desplaza al cálculo abstracto del daño (la regla del mercado)*

*Ante el incumplimiento de un contrato de compraventa, por el vendedor* (y cuando el comprador ha sufrido daños), Garrigues observó que «la exigencia de una rápida liquidación del contrato es incompatible con el sistema del cálculo propio del Derecho civil, inspirado en criterios subjetivos o de daño concreto y tendente a reparar todas las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento sin limitación alguna»<sup>166</sup>.

Por lo anterior, Garrigues, *en primer lugar*, destacó la *utilidad práctica* del denominado *cálculo abstracto del daño o regla del mercado*, en los casos de mercancías con un precio corriente<sup>167</sup>. *En segundo lugar*, consideró que, dado que el sistema de cálculo abstracto se funda en una *hipotética compra de la misma mercancía a otro vendedor*, sin que este contrato llegue a concluirse, cuando sí se celebra un segundo contrato aparece la denominada *compra de reemplazo*<sup>168</sup>.

La compra de reemplazo es de uso frecuente en el tráfico y, por tanto, en opinión de Garrigues, si se celebra, la indemnización debe fijarse sobre la base del *precio pagado en el segundo contrato* (la compra de reemplazo), ya que este es una derivación del cálculo abstracto del daño (la regla del mercado). Citando a Rabel, Garrigues aseveró, que «el uso de concretar en dinero los daños por medio de una compra efectivamente realizada es más antiguo que el cálculo abstracto de la diferencia que se basa en la ficción de una compra de cobertura»<sup>169</sup>.

### 1.1.2 *Los antecedentes legales de compra de reemplazo*

Para incorporar la compra de reemplazo al Derecho español, como un criterio determinante de la *pérdida real* del acreedor, Garrigues se basó en las disposiciones del Código de comercio que contenían normas relacionadas con el sistema de cálculo abstracto y concreto del daño. *En primer lugar*, el autor

<sup>166</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, p. 319.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 319

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 320; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 8.<sup>a</sup> (revisada por Sánchez Calero), Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 88.

<sup>169</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, p. 320, nota 142.

identificó el sistema de cálculo abstracto del daño que se regulaba para el contrato de transporte, en los artículos 363<sup>170</sup> y 371<sup>171</sup> CCo (actualmente derogados por el art. 19.1 de la LCTTM, que aún mantiene una solución parecida<sup>172</sup>)<sup>173</sup>. En *segundo lugar*, el autor encontró que el Código de comercio también regulaba la operación de reemplazo para «el supuesto de demora del agente mediador en las transacciones bursátiles (...)», en su artículo 77 CCo (actualmente derogado). Este último, recogía la operación de reemplazo como una *ejecución del contrato por cuenta riesgo del deudor moroso*<sup>174</sup>.

Sobre el entonces vigente artículo 77 CCo, Garrigues se cuestionó dos cosas:

1. ¿Había *impedimento* alguno para *extender* este artículo a las *compraventas mercantiles*?
2. ¿Era *conveniente*, además, extender su aplicación *con el mismo requisito de la intervención de un agente*?

---

<sup>170</sup> Artículo 363 CCo: «Fuera de los casos prescritos en el párrafo segundo del artículo 361, el porteador estará obligado a entregar los efectos cargados, en el mismo estado en que, según la carta de porte, se hallaban al tiempo de recibirlos, sin detrimento ni menoscabo alguno, y *no haciéndolo, a pagar el valor que tuvieren los no entregados, en el punto donde debieran serlo y en la época que correspondía hacer su entrega.* [...]» (cursiva mía).

<sup>171</sup> Artículo 371 CCo: «En los casos de retraso por culpa del porteador, a que se refieren los artículos precedentes, el consignatario podrá dejar por cuenta de aquél los efectos transportados, comunicándose por escrito antes de la llegada de los mismos al punto de su destino.[...] No verificándose el abandono, *la indemnización de daños y perjuicios por los retrasos no podrá exceder del precio corriente que los efectos transportados tendrían en el día y lugar en que debían entregarse; observándose esto mismo en todos los demás casos en que esta indemnización sea debida*» (cursiva mía).

<sup>172</sup> Artículo 19.1 LCTTM: «El cargador deberá entregar las mercancías al porteador en el lugar y en el tiempo pactados. En caso de incumplimiento, el cargador *le indemnizará en cuantía equivalente al precio del transporte previsto, o bien le ofrecerá la realización de un transporte de similares características que se encuentre inmediatamente disponible*» (cursiva mía).

<sup>173</sup> La referencia legal apareció hasta la edición cuarta de GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 4.ª, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962, p. 82. En las posteriores ediciones, dicha referencia a los derogados artículos 362 y 372 CCo se omite, aunque la idea se mantiene igual. *Vid.* GARRIGUES, J., *Curso Derecho Merc.*, cit., vol. II, p. 88 (ed. 8.ª, 1983).

<sup>174</sup> Artículo 77 CCo (publicado el 16-10-1885 en vigor desde 01-01-1886), *actualmente derogado* por la modificación realizada por la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (BOE de 29-07-1988; en vigor desde el 29 de enero de 1989): «Si las transacciones se hicieran por mediación de agente de cambio colegiado, callando esto el nombre del comitente, o entre agentes con la misma condición, y el agente colegiado, vendedor o comprador, demorase el cumplimiento de lo convenido, el acreedor por la demora podrá optar en la Bolsa inmediata entre el abandono del contrato, denunciándolo a la Junta sindical, o el cumplimiento del mismo./ En este último caso, se consumará con la intervención de uno de los individuos de la Junta sindical, *comprando o vendiendo los efectos públicos convenidos, por cuenta y riesgo del agente moroso*, sin perjuicio de la repetición de este contra el comitente./ La junta sindical ordenará la realización de la parte de fianza del agente moroso, necesaria para satisfacer inmediatamente estas diferencias.[...]» (cursiva mía).

GAY DE MONTELLÁ, en su comentario al derogado artículo 77 CCo, califica la operación de reemplazo como un «procedimiento coactivo de cumplimiento del contrato», ya que esta se hace por cuenta y riesgo del agente moroso, sin perjuicio de la repetición del agente moroso contra el comitente oculto, algo que, aduce, ocurre raramente en la práctica. GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de comercio español comentado*, 2da, BOSCH, Barcelona, 1948, pp. 338-339.

En respuesta a la primera cuestión, Garrigues no encontró impedimento legal para permitir que la *compra de reemplazo fuera un medio de defensa del comprador*, ante el incumplimiento por la falta de entrega de su vendedor.

Y, en respuesta a la segunda cuestión, no consideró necesaria la intervención de un agente o mediador judicial (como establecía el derogado art. 77 CCo; que, como el mismo autor manifestó, era también el requisito que contienen el § 376 HGB y el artículo 1516 CC it<sup>175</sup>), pues la «única condición exigible es que el comprador proceda de buena fe al acudir a la compra de reemplazo»<sup>176</sup>. Lo anterior se debe a que, como señaló Garrigues, los requisitos impuestos a dicha defensa privada por la legislación y la doctrina extranjeras *respondían a los postulados de la buena fe*. Y el hecho de que el derogado artículo 77 CCo exigiera la intervención de un agente que perteneciese a la Junta Sindical de la Bolsa denotaba los deseos del legislador de evitar cualquier forma abuso por parte del comprador al llevar a cabo la compra de reemplazo<sup>177</sup>.

### 1.1.3 *Los requisitos de la compra de reemplazo*

Con base en el principio de la buena fe, Garrigues propone cuatro requisitos para la celebración de la compra de reemplazo<sup>178</sup>. Son:

1. La compra de reemplazo debe versar sobre bienes de igual calidad que los estipulados en el contrato original, si bien se toleran diferencias que no tengan mayor importancia.
2. La mercancía ha de tener un precio corriente en el mercado, que excluya cualquier discusión sobre la razonabilidad del precio de la compra de reemplazo.
3. La celebración de la compra de reemplazo debe llevarse a cabo sin retraso.
4. El comprador debe notificar previamente al vendedor incumplidor su intención de realizar la compra de reemplazo, para que el vendedor pueda actuar en consecuencia.

### 1.1.4 *La naturaleza indemnizatoria y efectos de la compra de reemplazo*

Garrigues criticó la consideración de la operación de reemplazo como una ejecución forzosa del contrato (tal y como disponía el derogado art. 77 CCo).

<sup>175</sup> Vid. en capítulo tercero, apartados III.1 y IV.

<sup>176</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, p. 322.

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp. 321-322.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 323.

En su opinión, era obvio que no se trataba de una ejecución forzosa para la entrega de la mercancía, pues «el comprador no ataca directamente a los bienes del vendedor, no se apodera de cosas de propiedad de éste, sino que se procura en otro sitio»<sup>179</sup>. Para Garrigues, *la compra de reemplazo «se funda en las exigencias más elementales de la técnica mercantil y constituye un medio privado de puntualizar el daño sufrido por el acreedor en la entrega de una mercancía. No se trata de una ejecución forzosa sin intervención del órgano jurisdiccional, ya que aquí no se ejecutan bienes del deudor, sino que se busca por medio de un tercero la satisfacción de un derecho nacido de un contrato que fracasó por culpa del vendedor» (cursiva mía)*<sup>180</sup>.

En consecuencia, Garrigues le da efectos resolutorios a la compra de reemplazo, pues el vendedor ya no podrá realizar la entrega de la cosa, mientras que el comprador tiene derecho a reclamar del vendedor la diferencia entre mayor precio de la compra de reemplazo y el precio del contrato<sup>181</sup>.

El autor destaca que la compra de reemplazo es una herramienta que evita acudir al proceso, favoreciendo las necesidades de rapidez del tráfico mercantil, pues se trata de un procedimiento de carácter privado<sup>182</sup>.

En definitiva, Garrigues calificó la compra de reemplazo como un *sistema de autodefensa del acreedor*, que representa un tipo de «ejecución *sui generis* del derecho de crédito del acreedor», sin intervención judicial<sup>183</sup>.

## 1.2 LA VENTA DE REEMPLAZO COMO PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO: SU INCONVENIENTE EN GARRIGUES

Ante el incumplimiento *de la compraventa por el rehúse (injustificado) del comprador a recibir la mercancía*, Garrigues también consideró la *venta de reemplazo*, del modo que sigue:

«El recurso al depósito judicial tiene en la práctica muchos inconvenientes.

Por esta razón, la doctrina alemana, cuando este depósito no es posible porque exigiría gastos desproporcionados (como es el caso, tratándose de géneros fácilmente deteriorables, de las flores, las frutas, etc.), opta por los remedios ofrecidos en el artículo 373 del C. de c. alemán bajo el nombre *Selbsthilfeverkauf*. Esta venta en defensa del vendedor tiene dos modalidades: la subasta pública y la venta por mediador público cuando se trata de mercancías que tengan un precio

---

<sup>179</sup> *Ibid.*, nota 144.

<sup>180</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, p. 321.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 324.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 322.

<sup>183</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, p. 323.

de Bolsa o de mercado. En ambos casos es necesario el previo requerimiento o intimación al comprador. Este requerimiento no tiene lugar cuando por su naturaleza la mercancía está expuesta a rápido deterioro o cuando, por otras causas, el requerimiento no es posible. Esta solución es la que mejor responde a las exigencias del tráfico y no vemos inconveniente en que sea también admitida en nuestro Derecho a pesar de no estar recogida ni en el C. c. ni en el C. de c.»<sup>184</sup>.

Como se puede apreciar, Garrigues conceptualiza la venta de remplazo de manera distinta a la compra de reemplazo. El autor no habla de un sistema de cuantificación y liquidación de los daños y perjuicios (lo que sí hizo con la compra de reemplazo), sino que, al inspirarse en el § 373 HGB (*selbsthilfeverkauf*)<sup>185</sup>, parece conceptualizar la venta de reemplazo como *una ejecución del contrato (pretensión de cumplimiento)*, por cuenta y riesgo del comprador-deudor. Esta visión de la venta de reemplazo es justamente la que ha adoptado en el Código civil catalán<sup>186</sup>.

*En mi opinión*, el inconveniente de la formulación de Garrigues estaría en no diferenciar los distintos casos de la venta de las mercancías a un tercero, por parte del vendedor. A veces, puede que dicha venta sí encaje en una ejecución de la obligación de entrega del vendedor, pero hay otras veces que ello no procede.

Para explicar lo anterior, acudiré a los siguientes ejemplos:

Pensemos en un caso de compraventa de bienes perecederos. Asumamos que el comprador *paga todo el precio*. Llegado el plazo acordado para la entrega, el vendedor pone a disposición del comprador los bienes, pero este no se presenta. Naturalmente, hay un deber de conservación de los bienes por parte del vendedor, por el que quizás deba vender las mercancías a un tercero. Pero, ello no sería una satisfacción de su interés de cumplimiento (pues ya ha obtenido el precio), sino que sería una venta en nombre del comprador.

En estos casos, resulta adecuado el encaje de Garrigues. La venta a un tercero puede ser una manera *análoga* a la *consignación* o al *depósito judicial* (arts. 1176 CC<sup>187</sup> y 332. II CCo<sup>188</sup>).

Ahora bien, pensemos en *otro supuesto* también de un contrato de compraventa de bienes perecederos. En este caso, asumimos que el comprador *no paga el*

<sup>184</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., vol. I-Tomo 3, pp. 328-329.

<sup>185</sup> *Vid.* en capítulo tercero, apartado III.1.

<sup>186</sup> *Infra* V.1.

<sup>187</sup> Artículo 1176 CC: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

<sup>188</sup> Artículo 332 CCo: «Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías./ El mismo depósito judicial podrá constituir el vendedor siempre que el comprador demore hacerse cargo de las mercaderías./ Los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiere dado motivo para constituirlo».

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

*precio*. Siendo esto así, la venta de los bienes a un tercero supone una satisfacción del interés de cumplimiento del vendedor (obtener el precio), lo que, a mi modo de ver, sería más parecido a lo que actualmente se denomina *venta de reemplazo*.

En dicho caso, la venta de reemplazo supone, aunque sea de manera implícita, la resolución y la indemnización del daño calculado conforme a la diferencia entre el precio de la venta de reemplazo y el acordado en el contrato (*vid.* STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992)<sup>189</sup>.

### 1.3 ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA COMPRA Y LA VENTA DE REEMPLAZO

#### 1.3.1 *Sobre la compra de reemplazo: dos visiones distintas sobre su eficacia en la doctrina mercantilista*

En la doctrina mercantilista más reciente se hace referencia a la compra de reemplazo, ante el incumplimiento del vendedor por la falta de entrega de las mercancías<sup>190</sup>. No obstante, existen diferentes posiciones sobre su eficacia, como señalo a continuación.

Uría/Menéndez/Vergel aducen que, si el comprador-acreedor celebra de buena fe una operación de reemplazo, de mercancías de la misma calidad y cantidad, ello no plantea especiales problemas de reconocimiento en el Derecho español, siempre que las mercancías tengan un precio en el mercado y aquella se celebre sin retraso (con una particular influencia de la doctrina de Garrigues)<sup>191</sup>. Vicent Chuliá, además, añade que para la celebración de la *compra de reemplazo* se requiere de una *previa resolución expresa* de la relación contractual (art. 329 CCo)<sup>192</sup>.

Críticos de los anteriores planteamientos se muestran Jiménez Sánchez, Díaz Moreno y Seco Caro, quienes consideran que, en general, la posibilidad del comprador de celebrar una compra de reemplazo, ante el incumplimiento del vendedor por la falta de entrega, *debe estar previamente pactada en el*

---

<sup>189</sup> La naturaleza indemnizatoria de la venta de reemplazo la considera VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, 23, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 1592.

<sup>190</sup> Entre otros, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.; DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 2017, p. 525; SECO CARO, E., «Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa», en Guillermo Jiménez Sánchez (ed.), *Derecho Mercantil II*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 335; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, cit., p. 1592.

<sup>191</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 120.

<sup>192</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, cit., p. 1592.

*contrato (cláusula contractual expresa)*. De lo contrario, por un lado, creen que la compra de reemplazo es *una forma de obligar al vendedor a aceptar la resolución del contrato*. Y, por otro lado, observan que el Derecho español no contiene una norma que permita aplicar esta solución, ni tampoco los usos permiten extraer una solución sólida al respecto (como la del art. 75 CISG)<sup>193</sup>.

### 1.3.2 Sobre la venta de reemplazo y la razonabilidad del depósito judicial

La doctrina mercantilista, en general, no se refiere a la figura de la venta de reemplazo, tal y como lo propuso Garrigues<sup>194</sup>, salvo Vicent Chuliá, que considera que la *venta de reemplazo* no requiere de la expresa resolución del contrato, ya que «el vendedor está legitimado a proceder a la venta de sustitución ante el rehúse sin justa causa por el comprador, que produce efectos resolutorios automáticos (art. 332 CCo)»<sup>195</sup>.

Lo que sí es claro es que, ante el incumplimiento del comprador por el rehúse injustificado a recibir las mercancías y el no pago del precio, el vendedor podrá optar entre la resolución y el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), y en ambos casos, junto con la indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC)<sup>196</sup>.

Si el vendedor opta por el cumplimiento forzoso, tiene derecho a cumplir su obligación de entrega mediante el *depósito judicial* (art. 332 CCo), el cual le faculta a reclamar el pago del precio<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.; DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 525; SECO CARO, E., «Contenido, incumplimiento...», cit., p. 335.

<sup>194</sup> El hecho de que no se haya estudiado tanto la venta de reemplazo, quizás se deba a que Garrigues no fue insistente en la misma en sus manuales (GARRIGUES, J., *Curso Derecho Merc.*, cit., vol. II, pp. 82-84; ed. 4.<sup>a</sup>, 1962). Y solo hasta su *Tratado de Derecho Mercantil* (1962) es cuando menciona la *venta de reemplazo*, inspirándose en el Derecho alemán (*Sebsthilfeverkauf*). Idea que desde entonces ya se incorpora sus manuales (GARRIGUES, J., *Curso Derecho Merc.*, cit., vol. II, p. 90; ed. 8.<sup>a</sup>, 1983).

<sup>195</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, cit., p. 1592.

<sup>196</sup> Como bien señalan URÍA/MENÉNDEZ/VERGEL, aunque en el Código de comercio no esté prevista la indemnización de daños y perjuicios para los supuestos de incumplimiento del comprador, no hay razón para que *no* se considere su aplicación, conforme a las normas generales del Derecho de obligaciones. URÍA, R., y otros, «El contrato de compraventa...», cit., p. 122. En esta misma línea, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, cit., vol. II, p. 82; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 13.<sup>a</sup>, Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 83; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., vol. II, p. 277.

<sup>197</sup> El depósito judicial, conforme al Código de Comercio, se puede realizar bien porque el comprador rehúsa injustificadamente recibir las mercancías, o bien porque el comprador se retrasa en hacerse cargo de ellas (arts. 332 CCo). Los gastos del depósito, naturalmente, serán de cargo de quien diese a su motivo (art. 332 CCo), en concreto, el comprador incumplidor. En el caso que el vendedor-acreedor no realice el depósito judicial y opte por el cumplimiento, quedará obligado a la conservación y custodia de las mercancías, de conformidad con el artículo 339 CCo, sin perjuicio de reclamar los daños y perjuicios causados. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, cit., vol. II, p. 82; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.,

Al respecto, se puede cuestionar si, ante el rehúse injustificado del comprador a recibir las mercancías, y si estas son perecederas o pierden su valor rápidamente en el mercado, ¿el vendedor tiene la carga de celebrar una venta de reemplazo ante la inminente pérdida de las mercancías?

En la STS, 1.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 1991<sup>198</sup>, el Tribunal Supremo consideró que la perfección del contrato obliga, «no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1258 del C. C.)». En consecuencia, estimó que el vendedor-acredor no tiene que realizar el depósito, pues la entrega *ficta* se produce al pactarse la forma y fecha en que ha de hacerse la entrega (art. 1463 CC) y, además, *calificó como beneficioso*, para el propio deudor, que el vendedor vendiera la mercancía a un tercero, dado el carácter perecedero de las mercancías objeto del contrato, puesto que ello se subsume en el artículo 1258 CC<sup>199</sup>.

Pues bien, considero que lo más razonable es que el vendedor soporte la carga de la venta de reemplazo, pues este tiene ante todo un deber de conservación y custodia de las mercancías (art. 329 CCo). Por tanto, si se acredita que al vendedor le era fácil realizar una venta de reemplazo, la pérdida de las mercancías se debería solo a su falta de diligencia, y no al incumplimiento del comprador-deudor. Por lo que parece razonable que el comprador-deudor solo deba responder por el daño que hubiese padecido el vendedor de haber celebrado una oportuna venta de reemplazo (es decir, si hubiese optado por la resolución). Ya que, como señala Vicent Chuliá, sin necesidad de la venta de reemplazo, la jurisprudencia aplica el cálculo en abstracto<sup>200</sup>.

Finalmente, cabe advertir que bajo lo anterior subyace la discusión sobre la limitación al cumplimiento específico (depósito judicial), cuando era más razonable llevar a cabo una operación de reemplazo, que se fundamenta en el principio de la buena fe<sup>201</sup>.

---

y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 527-528; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 83; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., vol. II, p. 277; URÍA, R., y otros, «El contrato de compraventa...», cit., p. 121.

En conclusión, el *depósito judicial* funciona como una medida sustitutiva de la obligación de entrega del vendedor, y es de *carácter liberatorio*. El vendedor se libera de dicha obligación y puede reclamar el pago del precio. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 277. Es decir, que *el depósito en este ámbito opera como una consignación*; artículo 1176 CC. Sobre la figura del depósito y sus orígenes históricos *vid.* MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., «Evolución Histórica de la Depositio in Aedem en Roma como precedente de la consignación actual», *Revista de Derecho UNED*, 8, 2011, pp. 261-306.

<sup>198</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6276; MP.Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Temes).

<sup>199</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 1991 (FD 4.º).

<sup>200</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, cit., p. 1592.

<sup>201</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1540.

## 2. La generalización de la regla de la operación de reemplazo y su indemnización

### 2.1 LA APLICACIÓN DE LA REGLA A LOS CONTRATOS EN GENERAL

Carrasco Perera, en su comentario al artículo 1106 CC (en 1989), *generalizó* la aplicación de la regla de la operación de reemplazo a otros tipos contractuales, distintos de la compraventa. Por ejemplo, se refirió al arrendamiento de bien inmueble, al alquiler de un automóvil y al contrato de obra<sup>202</sup>.

Más adelante, Díez-Picazo explícitamente, en su obra *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (a partir de la 4.<sup>a</sup> edición del año 1993<sup>203</sup>), propuso el criterio del cálculo concreto del daño *del negocio de reemplazo*, inspirado en la figura de la *compraventa de reemplazo* (desarrollada por la doctrina mercantilista, y la contenida en el art. 75 CISG)<sup>204</sup>. Al respecto, Díez-Picazo sostuvo que la operación de reemplazo *podía generalizarse a la totalidad de las relaciones contractuales incumplidas*. Además, que puede *ser aplicada respecto de cualquier tipo de incumplimientos* (en el que incluyó al cumplimiento defectuoso)<sup>205</sup>.

Recientemente, Morales Moreno, sin llamarla operación de reemplazo, sino indemnización en lugar de la prestación, la estudia para los cumplimientos defectuosos de los contratos, como en casos de entrega defectuosa de obra<sup>206</sup>.

### 2.2 LA APLICACIÓN GENERALIZADA DE LA REGLA EN LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO: ¿EL CÁLCULO CONCRETO (OPERACIÓN DE REEMPLAZO) DESPLAZA AL CÁLCULO ABSTRACTO DEL DAÑO (REGLA DEL MERCADO)?

#### 2.2.1 *La jurisprudencia*

En este apartado me referiré, cronológicamente, a una serie de sentencias del Tribunal Supremo, en las que se ha concedido, o rechazado, la indemniza-

<sup>202</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Art. 1106», cit., p. 677. En esta misma línea siguió el comentario de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «Artículo 1106», cit., p. 124.

<sup>203</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.<sup>a</sup>, Civitas, Madrid, 1993, pp. 684-685. Los criterios del cálculo de los daños contractuales no se encuentran en las ediciones anteriores (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 1988, p. 749).

<sup>204</sup> «1. El mayor o menor coste del negocio de reemplazo celebrado por la parte que sufre la lesión o el incumplimiento con un tercero para cubrirse de las consecuencias negativas que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso le produce». DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, pp. 788-789.

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 789-790.

<sup>206</sup> MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación...», cit.

ción del daño de la operación de reemplazo. Sus razonamientos son un buen punto de partida, para determinar la forma en como se ha venido aplicando el criterio del reemplazo, en la jurisprudencia.

En la STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 1964<sup>207</sup>, el Tribunal Supremo *admite* el daño de la *compra de reemplazo* como prueba del daño del acreedor.

Hechos.—Un comprador demanda al vendedor por el incumplimiento de la compraventa de ciertas cantidades de vino clarete, por la falta de entrega del vendedor. El comprador (demandante) solicitó la indemnización de daños y perjuicios conforme a la diferencia de precios entre el contrato original y la compra de reemplazo, celebrada con posterioridad al incumplimiento.

En su sentencia, el Tribunal Supremo estimó plenamente probada la existencia de un daño, debido a que existía una *incontrovertida alza en el precio del vino en el mercado*, desde la celebración del contrato hasta el día en que debió efectuarse la entrega del vino. Por tanto, concedió la indemnización en favor del comprador, calculada según el sistema de cálculo concreto del daño, es decir, el consistente en la diferencia entre el precio de las compras de reemplazo realizadas por la compradora, al momento *en que debieron ser entregadas* las mercancías y el precio del contrato<sup>208</sup>.

Posteriormente, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 1966<sup>209</sup>, el Tribunal Supremo *niega* la determinación de los daños y perjuicios de la *venta de reemplazo*. Lo anterior, por cuanto el vendedor había celebrado el reemplazo *tres años después del incumplimiento*. En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró que no había *nexo causal* entre el incumplimiento y el daño producido por el reemplazo, por lo que adujo que la depreciación (reclamada) del valor de las acciones no era «consecuencia necesaria del incumplimiento»<sup>210</sup>. En

---

<sup>207</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 1964 (RJ 1964/748; MP. Excmo. Sr. D. Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta).

<sup>208</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 1964 (CDO único).

<sup>209</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534; MP. Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Ayllón).

<sup>210</sup> Hechos.—La entidad Almacenes el Siglo (vendedora) demandó a la entidad El Corte Inglés (compradora), por el incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil de acciones. La vendedora solicitó la resolución y la indemnización de daños y perjuicios, conforme a la diferencia de precios entre el contrato original y la venta de reemplazo, realizada *tres años después del incumplimiento*. El contrato fue celebrado el 6 de febrero de 1958. En este, la vendedora se comprometía a recoger y entregar al comprador la totalidad de las acciones del capital social del Grandes Almacenes el Siglo S. A., el 1 de marzo de 1958, día en el que debía dejar libre los locales y las instalaciones de la sociedad. Las obligaciones del vendedor fueron cumplidas y acreditadas según los autos.

En su sentencia, el Tribunal Supremo declaró la resolución de la relación contractual y la reparación de los daños y perjuicios en favor de la vendedora. Dicha indemnización de los daños y perjuicios la calculó de manera distinta a la solicitada (diferencia de precios entre el contrato original y la venta de reemplazo). Al respecto, el Tribunal Supremo indicó: «(...) si bien es cierto que la compra de acciones se hizo en cumplimiento del pacto, las acciones se vendieron el 3 de marzo de 1961, es decir, *tres años después de su adquisición*. Por tanto, la depreciación que hubieran sufrido no es, a tan gran distancia de tiempo, *consecuencia necesaria del incumplimiento*, y al no existir nexo de causalidad no puede estimarse esa

esta sentencia, el Tribunal Supremo no deniega la operación de reemplazo por su propia naturaleza, *sino por la demora producida entre el incumplimiento y la celebración del reemplazo*<sup>211</sup>.

Ello también se aprecia, más adelante, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1974<sup>212</sup>, en donde el Tribunal Supremo *admite* el daño conforme al criterio de la *venta de reemplazo*, puesto que lo considera un *daño real y concreto* sufrido por el vendedor y además se establece el *nexo causal* entre el incumplimiento del comprador y el daño producido.

Hechos.—El vendedor, una empresa dedicada al comercio de madera y exportación a diversos países, con sede en París, demandó a su comprador por incumplimiento de una compraventa de ciertas cantidades de madera de diversas especies provenientes de Costa de Marfil. En el contrato, se establecía que el flete y el transporte corrían por cuenta de la compradora. El comprador, una vez embarcada la mercancía y próxima a su destino, comunicó al vendedor que no podía hacerse cargo de esta y que le rogaba buscarse otro comprador. El vendedor encontró otro comprador que se hiciera cargo de la madera, pero, por el deterioro de esta, le tuvo que hacer un descuento en el precio. Además, también se generaron otros costes de transporte, al tener que descargar del barco parte de la mercancía en Santander (gastos incidentales).

El Tribunal Supremo concedió en favor del vendedor-acreedor el daño calculado conforme a la diferencia (desfavorable) entre el precio de la venta de reemplazo y el precio del contrato, así como los otros daños, consistentes en los costes de transporte y el menoscabo de la mercancía, producidos gracias a que el comprador no se hizo cargo de esta, de conformidad con el artículo 333 CC<sup>213, 214</sup>.

---

petición, así como tampoco la depreciación sufrida por las mercancías enajenadas, pues el contrato solo obligaba al actor a retirarlas, dejando los locales libres, pero no imponía su venta, por lo que los únicos perjuicios derivados del incumplimiento serían los que la traslación de las existencias hubiera podido ocasionar, los que no se reclaman ni acreditan». STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 1966 (CDO 6.<sup>º</sup>).

En consecuencia, el Tribunal Supremo estimó que, al cumplir la vendedora con el deber de dejar libres los locales el 1 de marzo de 1958, fecha en que cesaban sus actividades, esta sufrió un daño en su negocio comercial, pues tuvo que soportar los gastos de este como si estuviera en plena actividad hasta reanudar su empresa. Por tanto, existe un nexo causal entre el cierre, el incumplimiento y los daños causados a la vendedora, pero no por la extensión pretendida, sino por los daños causados en el tiempo que fuese necesario para la reapertura de su negocio, así como el beneficio dejado de obtener durante ese periodo, siendo la diferencia entre ambos conceptos el perjuicio resarcible. STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 1966 (CDO 6.<sup>º</sup> y 7.<sup>º</sup>).

<sup>211</sup> REDONDO TRIGO, F., «Los remedios del vendedor en las compraventas...», cit., p. 1193.

<sup>212</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1974 (RJ 1974/438; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Peral García).

<sup>213</sup> Artículo 333 CC.: «Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor».

<sup>214</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1974 (CDO único).

Más adelante, en la misma línea que la sentencia anterior, la STS, 1.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 1976<sup>215</sup> admite el daño de la *compra de reemplazo*, sufrido por el comprador-acreedor, por considerarlo una prueba de su *daño real sufrido* y porque, además, coincidía con el precio del mercado al alza de la mercancía.

Hechos.—Un comprador demandó al vendedor por incumplimiento por falta de entrega, de conformidad con un contrato de compraventa celebrado el 19 de agosto de 1972, de 150 cerdos de 8 arrobas. El comprador solicitó la resolución de la relación contractual y los costes abonados por las compras de reemplazo que tuvo que celebrar, a precios superiores (debido a que el mercado del ganado había experimentado una considerable alza), para sustituir las partidas no entregadas y atender las necesidades de su matadero industrial.

El Tribunal Supremo estimó que la indemnización fijada en la segunda instancia (que concedía los mayores costes de las compras de reemplazo, como daños y perjuicios) no infringía el artículo 329 CCo, con relación al artículo 1101 CC. Pues, encontró que, no solo existía la realidad del daño causado (a través del reemplazo), sino que se podía afirmar la cuantía exacta de los daños representada por «la diferencia entre el precio contratado de 485 pesetas la arroba y el que corrió en el mercado, para la misma unidad, en cada una de las fechas en las que, debieron hacerse las entregas y el vendedor demandado dejó de hacerlas...». Por tanto, para el Tribunal Supremo, no había base jurídica que permitiera justificar la alegada indeterminación de los daños efectivos del comprador por el incumplimiento, admitidos por la Audiencia con base en las compras de reemplazo realizadas<sup>216</sup>.

No siempre el daño de la operación de reemplazo se ha reconocido por coincidir (o ser) una prueba del precio del mercado. Por ejemplo, en la ya estudiada STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992, el Tribunal Supremo *concedió* en favor del vendedor el daño de la *venta de reemplazo*, toda vez que esta se había celebrado en pública subasta y que el precio obtenido era el mejor precio, ya que solo se había presentado un licitador<sup>217</sup>.

Más recientemente, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000<sup>218</sup>, el Tribunal Supremo *denegó* el daño de la *compra de reemplazo*, pues, no encontró justificado que la compradora se hubiera cubierto en el mercado a un precio superior al de los productores de aceite (objeto del contrato).

Hechos.—Una compradora demandó a su vendedora por el incumplimiento de una compraventa de 1.000.000 de kilos de aceite de girasol crudo, por el precio de 67 pts./kl, celebrado el 7 de julio de 1993. El plazo de entrega era el 26 de julio y el 15 de agosto. La vendedora entregó solo una parte del aceite vendido,

<sup>215</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 1976 (RJ 1976/95; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero).

<sup>216</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 1976 (CDO 3.º).

<sup>217</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992 (FD 6.º y 7.º). En detalle, *supra* II.4.3.2.

<sup>218</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6678; MP. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes).

dejando incumplida la entrega de 507.750 Kls. de aceite. En consecuencia, la compradora reclamó, como indemnización de daños y perjuicios, la suma correspondiente a la diferencia entre el mayor precio abonado para adquirir el aceite no entregado y el precio del contrato original (compra de reemplazo). La primera instancia y la segunda instancia desestimaron la demanda.

En su sentencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. El Alto Tribunal consideró el incumplimiento parcial por falta de entrega del vendedor (dejó de entregar 507.750 kls. de aceite de girasol) y la causación de perjuicios a la compradora (arts. 1101 y 1124 CC). Declaró resuelto el contrato. Y respecto de los daños y perjuicios reclamados, determinó *el daño de la compradora de conformidad con el criterio de la regla del mercado*, consistente en la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio medio del mercado (regla del mercado), durante los meses de septiembre a diciembre de 1993, del tipo de producto especificado en el contrato. Lo anterior, debido a que no encontró acreditada la conducta de la compradora de comprar a precio superior a los productores<sup>219</sup>.

A mi modo de ver, en dicha sentencia, el Tribunal Supremo habría denegado el daño de la compra de reemplazo, puesto que el mayor precio de la operación de reemplazo respecto del precio del mercado no estaba justificado, como en el caso visto de la STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992, en donde la operación de reemplazo se había llevado a cabo mediante subasta y solo había un licitador.

Finalmente, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2005, el Tribunal Supremo *admitió* en favor del vendedor-acreedor los daños conforme a las *ventas de reemplazo* celebradas con terceros, pero no los costes de transporte del contrato incumplido, dado que el comprador *avisó* mucho antes al vendedor de no embarcarse las mercancías, de modo que *no se dio una relación causal de dichos gastos con la responsabilidad del deudor*<sup>220</sup>.

<sup>219</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000 (FD 4.º).

<sup>220</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/6364; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) (FD 6.º).

Hechos.—Un vendedor inglés, dedicado a la importación y venta de fibras textiles, demandó a un comprador español, por el incumplimiento de un contrato internacional de 68.000 kgs. de hilo procedente de Indonesia. El vendedor reclamó como daños y perjuicios la cantidad de 56.412,95 dólares, por la diferencia de precios entre la compraventa original y el importe recuperado en las ventas de reemplazo con terceros. Adicionalmente, reclamó, la cantidad de 70.166,82 dólares por los gastos de transporte, seguro, depósito y gestiones fiscales y de importación que la vendedora tuvo que abonar por el incumplimiento de la compradora. En su contestación, la compradora alegó que la compraventa no había llegado a perfeccionarse *por falta de aceptación de la demandada*. La sentencia de primera instancia acogió esta tesis y desestimó la demanda. Sin embargo, en el *ad quem*, se estableció el perfeccionamiento del contrato, pues «pese a la falta de firma del documento de compraventa remitido en su día por la actora a la demandada, había “pruebas sobradas que acreditan la aceptación” del contrato [...]». Tales pruebas eran dos comunicaciones del comprador, la una, en la que pedía al vendedor que retrasara el embarque de los pedidos por la mala situación del mercado y, la otra, en la que le solicitó la anulación del pedido de los contratos de seis contenedores de hilados por la crisis que estaba atravesando el mercado, lo cual había avisado con suficiente tiempo de antelación. (FD 1.º).

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

Con base en la jurisprudencia analizada, *se puede concluir que el Tribunal Supremo, en general, considera el daño de la operación de reemplazo como un daño real y concreto sufrido por el acreedor*. En este sentido, tiende a concederlo, salvo que encuentre que, dadas las concretas circunstancias, el daño de la operación de reemplazo no tiene un *nexo causal* con el incumplimiento del deudor. Tales circunstancias pueden ser la demora en la ejecución del reemplazo, el injustificado mayor precio del reemplazo respecto de precio corriente, entre otros.

### 2.2.2 *La doctrina de los autores*

En la doctrina española la aplicación generalizada del sistema de cálculo concreto del daño, conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor, frente al abstracto, con arreglo al precio del mercado, es una cuestión que suele pasar desapercibida. Quizás, ello se deba a que, como ya me referí antes, la doctrina más clásica ha identificado y estudiado la operación de reemplazo dentro de la ejecución forzosa<sup>221</sup>, y no dentro del daño, donde la regla del mercado es importante y puede enfrentarse con el cálculo del daño conforme a la operación de reemplazo realizada.

No obstante, actualmente, existen ciertos autores que se han referido a dicha cuestión, aunque con posiciones muy distintas: una, *a favor*, que considera que el daño de la operación de reemplazo es un daño real-concreto, que podría desplazar al daño de la regla del mercado (daño abstracto), y otra, *en contra*, que circunscribe la operación de reemplazo a los límites del cálculo abstracto (regla del mercado) y a los de la mitigación del daño. A continuación, expondré cada una de dichas tesis.

#### A. La tesis favorable: Díez-Picazo, Garrigues y Fenoy Picón

Como señalé, Díez-Picazo formuló la regla de la operación de reemplazo para los contratos en general. No obstante, el citado autor se apartó de la doctrina mercantilista, que, como oportunamente indiqué, inspirada en el Derecho alemán, consideró la compraventa de reemplazo como una vía alternativa al cálculo abstracto del daño. Para Díez-Picazo, aun cuando dicho criterio fue recibido por la jurisprudencia, en el Derecho español era difícil considerar el

---

<sup>221</sup> *Supra*, apartado II.2.

cálculo concreto como una alternativa del cálculo abstracto del daño (sistema que, señaló, es el contenido en el art. 1108 CC). Por ello, sostuvo que, *a diferencia del cálculo abstracto, que es una cantidad teórica, el cálculo concreto debe buscarse en el artículo 1106 CC*, es decir, en la pérdida real sufrida por el acreedor y en la ganancia frustrada o dejada de obtener<sup>222</sup>. Por tanto, el autor parece darle una relevancia al daño de la operación de reemplazo –fundamentado en la reparación de la pérdida real sufrida (art. 1106 CC)– al margen del cálculo abstracto de la regla del mercado.

Por una vía argumentativa distinta, la doctrina de Garrigues había interpretado que el sistema de cálculo abstracto se funda en una *hipotética operación de reemplazo*, y entonces, cuando esta se celebra, la indemnización debe fijarse sobre la base del *precio pagado en la operación de reemplazo* –sistema que, adujo, es mucho más antiguo que el del cálculo abstracto del daño–<sup>223</sup>.

Por su parte, Fenoy Picón, en su comentario a la STS de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3210), considera que, sin bien en el Derecho español y en el ámbito de la compraventa mercantil está asentada la admisión de un sistema de cálculo abstracto del daño (regla del mercado), lo anterior no es óbice para que la diferencia de precios de una venta de reemplazo *llevada a cabo efectivamente por el vendedor*, por menor precio que el del contrato original, pueda ser exigida al primer comprador-incumplidor, en concepto de daño. Por tanto, la citada autora comprendió que, en estos casos, *«el sistema concreto del cálculo de daños de la operación de reemplazo desplaza al sistema abstracto»*<sup>224</sup>.

## B. La tesis en contra: Pantaleón Prieto, Soler Presas y Juárez Torrejón

Pantaleón Prieto, en su trabajo de propuesta de reforma de la responsabilidad contractual en Código civil español (en 1993), advirtió sobre la poca conveniencia de generalizar la regla de cobertura (operación de reemplazo), de los textos de Derecho Uniforme de la CISG (art. 75) y de los Principios UNIDROIT (art. 7.4.6.). Lo anterior, lo justifica en las siguientes ideas:

1. Pantaleón Prieto solo da valor a *la operación de reemplazo como prueba del daño*. En su opinión, por un lado, porque la generalización de la

<sup>222</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 789. En esta misma línea, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/42, p. 1164-1166.

<sup>223</sup> *Supra* IV.1.1.1.

<sup>224</sup> FENOY PICÓN, N., «Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2008», *CCJC*, vol. 80, 2009, p. 579.

regla del reemplazo puede causar la confusión de que al acreedor se le estaría reconociendo una «facultad general de autotutela de su derecho de crédito». Por otro lado, porque advierte que esta regla de reemplazo podría crear la desacertada idea de que los daños han de calcularse en el momento de la resolución –momento en el que ha de celebrarse la operación de reemplazo en los mencionados textos (arts. 75 CISG y 7.4.5 Principios UNIDROIT)–, y no en el momento de la sentencia<sup>225</sup>.

2. En otro orden de ideas, Pantaleón Prieto manifiesta que no sería razonable que, si el acreedor logra cubrirse en el mercado (con la operación de reemplazo) *a un precio más favorable que el del mercado*, ello recaiga en beneficio del deudor-incumplidor<sup>226</sup>. Esta postura, más recientemente, la adopta Palazón Garrido<sup>227</sup>.

Un ejemplo que aclara el planteamiento anterior es el siguiente: un comprador-creedor celebra una operación de reemplazo *a un mejor coste que el del precio del mercado*. Supongamos que el precio del contrato es de 10 euros y, en el momento del incumplimiento, la prestación en el mercado cuesta 15 euros. Ahora pensemos, que, sea por el momento de la celebración, sea por las capacidades de negociación o sea por otras ciertas circunstancias, el comprador-creedor logra conseguir un *precio menor* al del mercado en la compra de reemplazo, por ejemplo, de 13 euros. La cuestión que plantea Pantaleón Prieto es que no parece razonable que el vendedor-incumplidor se beneficie de pagar una menor cuantía de daños, conforme a la operación de reemplazo (13 € - 10 € = 3 €). Por el contrario, el vendedor-deudor debería pagar los daños conforme al precio del mercado en el momento del incumplimiento (15 € - 10 € = 5 €). Como bien señala el autor, en pie de nota, en la doctrina extranjera existen debates a favor y en contra de ello<sup>228</sup>.

De lo anterior se puede concluir que, conforme a la tesis de Pantaleón Prieto, *el deudor incumplidor no podría acreditar que el acreedor ha llevado a cabo una efectiva operación de reemplazo, a efectos de reducir el montante indemnizatorio*, cuando el comprador le reclama los daños mediante la regla del mercado.

---

<sup>225</sup> Una consideración al respecto: he de recordar que, si bien los daños derivados de la operación de reemplazo, conforme a los textos de la CISG y los Principios UNIDROIT, se calculan en el momento de la resolución, ello no significa que esta regla agote la reparación integral del daño, pues, en dichos textos se reconoce, expresamente, la indemnización de *otros daños* a los que haya lugar, conforme a la regla general de la indemnización de los daños (art. 74 CISG).

<sup>226</sup> Es decir, contrario a lo previsto en la CISG. PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1743.

<sup>227</sup> PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Los Remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, cit., p. 200.

<sup>228</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1743, en particular, nota 77. Sobre esta discusión en la doctrina estadounidense, *vid.* capítulo segundo, apartado IV.3.4.

3. En coherencia con lo anterior, posteriormente, Pantaleón Prieto, en su comentario al artículo 74 CISG, *rechaza la aplicación subsidiaria* prevista en el artículo 76 CISG, de la regla del mercado, cuando el acreedor no «ha procedido a una compra o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75» CISG. Esto, por cuanto propone que, de existir un precio corriente, *prevalece* la cuantificación «abstracto-normativa» del daño (art. 76 CISG) sobre el cálculo concreto del daño (art. 75 CISG), ya que este sería aplicable en caso de que las mercancías no tuvieran un precio corriente<sup>229</sup>.

La anterior doctrina la siguió Soler Presas<sup>230</sup>, autora renombrada en la materia de la cuantificación del daño contractual, con consideraciones mucho más desarrolladas y con algunos matices –y en una posición menos crítica que la anterior– que la autora fue incorporando a lo largo de sus publicaciones. En concreto:

1. *En su primera manifestación al respecto*, que proporciona en sus comentarios a los artículos 75 y 76 CISG, en la misma línea de Pantaleón Prieto, Soler Presas *rechazó la aplicación subsidiaria de la regla del mercado, y defendió que la regla de la compra de reemplazo tiene una función meramente ejemplificativa, y no sustantiva*. En consecuencia, adujo que –cito– «[u]na defensa coherente de la función meramente ejemplificativa de las citadas normas o, lo que viene a ser lo mismo, del carácter abstracto-tipificado de la regla de mercado contenida en el artículo 76 CV [CISG], exigiría obviar la interpretación exegética de la remisión transcrita y defender la posibilidad de invocación del artículo 74 CV [CISG] también por el deudor de la indemnización, con el fin de reducirla cuando acredite que el beneficio esperado por el acreedor del cumplimiento del contrato –*expectation interest*– era menor que el coste de sustitución de la prestación frustrada en el mercado fijado en la regla abstracta»<sup>231</sup>.

2. Posteriormente, en su conocida obra sobre la *valorización del daño en la compraventa* (1998), Soler Presas se muestra menos crítica y reconoce que la operación de reemplazo es un medio de reforzamiento de la posición del acreedor<sup>232</sup>. En dicha publicación, propone otra solución, para, como señala la misma autora, «evitar el indeseable desplazamiento injustificado de lucros al deudor y, a su vez, respetar el carácter presuntivo que la regla del mercado

<sup>229</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 74», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 589, 597-599.

<sup>230</sup> Como ella misma reconoce en: SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 24, nota 59.

<sup>231</sup> SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», cit., p. 611.

<sup>232</sup> SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., pp. 113, 212.

debe generalmente tener»<sup>233</sup>. Esta solución consistió en incorporar *límites* a la operación de reemplazo y su relación con la regla del mercado, *basados en el principio de la mitigación del daño*.

En consecuencia, la autora consideró que «la cobertura de mercado celebrada por el comprador desplazará la *market rule* cuando, por haberse celebrado en un momento posterior en el que el mercado ha descendido, evidencie que la pérdida sufrida, cifrada en el coste de sustitución efectivo, es menor que la que se deduce de la aplicación de la regla de mercado. Por el contrario, no podrá excepcionarse la aplicación de la regla alegando que el acreedor ha sufrido un menor daño gracias a que se ha cubierto por un precio inferior al de mercado, pues no hay razón alguna que justifique el desplazamiento de este beneficio, derivado de un magnífico negocio que el comprador no estaba, en absoluto, obligado a realizar»<sup>234</sup>.

Por lo anterior, Soler Presas *considera innecesaria la positivización de la operación de reemplazo*, pues bastará con regular la regla del mercado<sup>235</sup>. Esto, por cuanto estimó que la operación de reemplazo no es más que la «correcta interpretación y aplicación del deber de mitigar que incumbe al acreedor de la indemnización [...]» –es decir, en la misma línea del sistema inglés–<sup>236</sup>.

Soler Presas –analizando el *case law* inglés– adujo que la regla de cobertura se acepta solo en la medida que sea menor a la de la regla del mercado (*market rule*), pues esta es la única forma para desplazar la primera. Respecto a lo sostenido por la doctrina mayoritaria estadounidense que, como se ha visto, y como bien señala la citada autora, defiende «un carácter meramente presuntivo de la regla del mercado», la autora sostiene que sería preciso distinguir los posibles negocios de cobertura celebrados por el acreedor del resarcimiento, con el fin de seleccionar solo aquellos que son exigibles conforme al deber de mitigar<sup>237</sup>.

Por tanto, la autora se muestra crítica con la positivización de la *cover rule* del *UCC* estadounidense, ya que sostiene que, con ello, se pretendía «dejar claro que el negocio de cobertura realmente celebrado por el acreedor excepcionara, para su beneficio o perjuicio, la aplicación de la regla del mercado». Lo que su-

---

<sup>233</sup> Así lo relata en: SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 24.

<sup>234</sup> SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 118.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>236</sup> SOLER PRESAS concluye que «la regla de la *mitigation* selecciona, a la hora de valorar la pérdida ocasionada por falta de entrega del bien debido, los negocios de cobertura *de mercado*, únicos exigibles al acreedor como medio de impedir una innecesaria expansión de los daños y que servirían de baremo para determinar si la efectiva cobertura celebrada por el demandante de la indemnización es o no razonable; y desprecia aquellos otros que el mismo pueda haber realizado *al margen del mercado*, por ser de todo punto inexigibles». *Ibid.*, pp. 118-119, 121, 217 (en particular, p. 118). Sobre el Derecho inglés, *vid.* capítulo primero, apartado IV.

<sup>237</sup> SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., pp. 120-121.

pondría que el beneficio de una buena operación de reemplazo, a un coste por debajo del mercado, beneficiaría al patrimonio del deudor-incumplidor –factor que, como señala Soler Presas, es criticado por la doctrina inglesa–<sup>238</sup>.

4. Finalmente, en su última publicación al respecto, Soler Presas reafirma su anterior opinión sobre la limitación de la regla de la operación de reemplazo a la mitigación del daño y, principalmente, delimitada por el cálculo abstracto del daño (regla del mercado)<sup>239</sup>.

De manera que, como oportunamente indiqué, la autora *lamenta* que los redactores de los PECL y el DCFR se hayan decantado por la solución opuesta; esto es, por aquella de que el cálculo concreto de la operación de reemplazo *desplaza* el cálculo abstracto del daño<sup>240</sup>.

Esta misma línea de opinión la sigue Juárez Torrejón, para los contratos con consumidores. En opinión del autor, la operación de reemplazo no puede limitar la indemnización, pues, por un lado, un buen negocio de reemplazo (cuando con este el acreedor ha sufrido menores daños que los que se tendría por el precio del mercado) no puede beneficiar al deudor, rebajando su indemnización al acreedor. Y, por otro lado, menos podrá limitarse a un mal negocio de reemplazo (cuando se han padecido mayores daños que los que se tendría con el precio del mercado), pues ello no se justificaría desde el deber de mitigar los daños y perjuicios<sup>241</sup>.

### 2.2.3 *A modo de conclusión: por qué la regla del reemplazo no se limita al cálculo abstracto del daño (regla del mercado) y debe tener un reconocimiento propio*

*En mi opinión*, es cierto que la operación de reemplazo en una medida típica de la mitigación del daño (carga del acreedor), donde justamente está su fundamento y desde donde debe ser estudiada. Empero, su estudio no debe acotarse allí, pues, *a mi juicio*, la operación de reemplazo también es una medida de autotutela del acreedor, por la que tiene derecho al daño real-concreto

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>239</sup> SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 25.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>241</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., p. 34.

que el reemplazo le haya irrogado (art. 1106 CC), aspecto donde también debe ser estudiada<sup>242</sup>.

Y en ese ámbito de estudio, no considero necesario limitar la operación de reemplazo al sistema del cálculo abstracto del daño o según la regla del mercado. Ello por las siguientes razones:

1. *El cálculo abstracto parte de la presunción de la celebración de una operación de reemplazo*, por lo que el acreedor no necesita probar el daño, sino que, precisamente, se parte de una hipotética operación de reemplazo. Entonces, el cálculo abstracto no sería una prueba del daño, sino, como señala Carrasco Perera, una regla de *Derecho material* (como la del art. 1108) (en la jurisprudencia, *vid.* STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2004<sup>243</sup>). Por lo que el acreedor, ante la no realización del reemplazo, deberá probar que existía un *mercado relevante* para la compraventa de bienes de la misma clase<sup>244</sup>.

En cambio, el coste del reemplazo es una partida del daño resarcible, contenida dentro del artículo 1106 CC y, en este sentido, se considera una prueba del daño real y concreto<sup>245</sup>. Así se ha reconocido en la jurisprudencia analizada. El problema, a mi juicio, está en delimitar de manera clara las condiciones en las que el *acreedor ha de llevar a cabo una operación de reemplazo*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como se pudo comprobar, en la jurisprudencia, no se exigen ciertos requisitos sobre la validez de las operaciones de reemplazo, en mi opinión, el *riesgo* es que se admita el daño del reemplazo solo por el hecho que el acreedor la celebró debido al incumplimiento (nexo causal)<sup>246</sup>.

Sin embargo, ello *no* puede suponer que el sistema indemnizatorio deba desplazarse de un sistema que reconoce el cálculo concreto del daño, a un sistema absoluto de cálculo abstracto del daño. Pues, parece que ambos sistemas conviven en el Derecho español. Simplemente, habría que delimitar cuándo aplica uno y cuando el otro, además de establecer reglas claras para que el acreedor pueda satisfacer su interés de cumplimiento, de manera extrajudicial, cuando así lo necesite, favoreciendo la mitigación del daño.

---

<sup>242</sup> Desde ambos aspectos, se ha referido a la operación de reemplazo MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, cit., p. 183.

<sup>243</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7920; MP. Excmo. Sr. D José Ramón Ferrándiz Gabriel) (FD 4.º). En este caso, el Tribunal Supremo señaló que el cálculo abstracto es «una deuda de intereses destinada a reparar un daño específico: el causado a la vendedora por el incumplimiento unido a la disminución del precio del aceite en el mercado o, como se afirma en la Sentencia apelada, a “resarcir el quebranto económico realmente producido”». Dicha deuda está sujeta a un régimen distinto del conformado por los preceptos y la jurisprudencia que la recurrente dice infringidos.

<sup>244</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/33, pp. 1157-1158.

<sup>245</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/46, p. 1318; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., vol. II, pp. 788-789.

<sup>246</sup> *Supra* IV.2.2.1.

2. Como he estudiado, el Derecho estadounidense y el Derecho Uniforme de la CISG reconocen ampliamente la relevancia práctica de la operación de reemplazo en las transacciones mercantiles, de prestaciones con un precio corriente o fácilmente sustituibles en el mercado. Ya que, por medio de la operación de reemplazo, se asegura una adecuada satisfacción del interés contractual del acreedor y, además, una rápida y correcta liquidación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

De ahí, que tanto el Derecho estadounidense y el Derecho uniforme hayan optado por *positivar* la regla de la operación de reemplazo y, subsidiariamente, la regla del mercado. Pues, por un lado, permite que el acreedor pueda acudir y procurarse en el mercado aquello que le ha frustrado el incumplimiento, cuando lo requiera. Y, por otro lado, si este cumple con los requisitos de la razonabilidad de la operación de reemplazo, la Ley le garantiza una *liquidación extrajudicial de los daños indemnizables*, conforme al valor del daño sufrido por la operación de reemplazo, evitando acudir a la cuantificación hipotética de la regla del mercado y, en ocasiones, también evitando una sobre indemnización del daño, puesto que el acreedor ya habría obtenido su interés de cumplimiento con el reemplazo<sup>247</sup>. Lo anterior, a mi juicio, le da cierta seguridad jurídica tanto al acreedor como al deudor.

No obstante, la operación de reemplazo como regla prioritaria de cálculo debe estar precedida por el principio de la buena fe, que, si bien es un concepto variable, hemos visto en el Derecho estadounidense cómo se puede concretar y objetivar. *La actuación diligente, leal y de buen comerciante del acreedor va a jugar un rol importante* al momento de llevar a cabo el reemplazo: no solo la mitigación (como sostiene Soler Presas), pues *no siempre la operación de reemplazo va a ser más económica que la regla del mercado*.

## 2.3 PARÁMETROS PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN BASADA EN LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

### 2.3.1 *La identificación del precio del reemplazo*

Ello toma relevancia en los casos en donde no es fácil identificar la operación que efectivamente sustituyó el incumplimiento del deudor.

Por ejemplo, cuando un comprador, ante el incumplimiento de uno de sus proveedores-vendedores, se ve obligado a incrementar, indistintamente, ordenes

---

<sup>247</sup> En relación con el Derecho estadounidense, *vid.* capítulo segundo, apartado IV.3.2. Respecto del Derecho Uniforme, *vid.* capítulo cuarto, apartado III.2

de pedido con otros proveedores, de forma que pueda satisfacer sus necesidades comerciales. Sin embargo, cada compra que realiza con los otros proveedores tiene precios distintos.

En estos casos, el acreedor *no* puede elegir el precio más caro, para obtener un mayor daño de su deudor, con la diferencia del precio de la operación de reemplazo. Para estos casos, hace falta es identificar el precio de la operación de reemplazo que, efectivamente, ha sustituido al contrato incumplido, por uno de los vendedores del comprador.

Un método que resulta adecuado, propuesto por Soler Presas, en el ámbito de la CISG <sup>248</sup>, consiste en *tomar como referencia el precio promedio de las operaciones celebradas*, susceptibles de ser sustitutas del contrato incumplido, *durante el tiempo relevante*. Así se ha aplicado a un caso similar, resuelto por la Audiencia Provincial de Burgos (SAP Burgos, 3.ª, de 5 de mayo de 2005 <sup>249</sup>).

Hechos.—La vendedora se comprometió a entregar 300 tn. de trigo a la compradora, en el mes de *octubre* de 2003, a un precio de 142,74 €/tn. La vendedora no realizó la entrega en el mes acordado <sup>250</sup>. En *noviembre*, mientras mantenía conversaciones con la vendedora, la compradora, que realizaba constantes adquisiciones de cereales y diversificados entre distintos vendedores, para transformarlo en pienso para alimento de aves, adelantó otros pedidos con otros vendedores. En *diciembre*, cuando advierte que la vendedora incumplidora *definitivamente* no va a cumplir con el contrato, la compradora tuvo que comprar trigo en el mercado, en las condiciones del mercado de *diciembre*, para no afectar su proceso de producción. En consecuencia, reclamó, como daños y perjuicios, la diferencia entre el *coste promedio* de las compras realizadas y el precio del contrato, en proporción a las cantidades frustradas por la vendedora. Por su parte, la vendedora alegó que los suministros de trigo, por parte de terceros vendedores, no estaban justificados «porque ninguno de ellos iba acompañado de un pedido o propuesta de compra», lo cual le impedía conocer la fecha en que se realizaron las compras y si aquellos suministros supusieron un aprovisionamiento respecto de las cantidades frustradas por el incumplimiento <sup>251</sup>.

La Audiencia Provincial consideró que la alegación de la vendedora era forzada, pues esta no tenía en cuenta que la compradora «tenía una remanente materia prima en sus silos por lo que los suministros no efectuados no hay que reemplazarlos inmediatamente al incumplimiento». Además, señaló que estaba

---

<sup>248</sup> SOLER PRESAS, A., «Arts. 75 y 76», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 614-615.

<sup>249</sup> SAP Burgos, 3.ª, de 5 de octubre de 2005 (JUR 2005/236382; MP. Ilma. Sra. María Esther Villamar San Salvador).

<sup>250</sup> SAP Burgos, 3.ª, de 5 de octubre de 2005 (FD 1.º).

<sup>251</sup> SAP Burgos, 3.ª, de 5 de octubre de 2005 (FD 2.º).

probado que la compradora había facilitado que le entregase la vendedora el trigo, entre los meses de *octubre* y *noviembre* y que, ante el rompimiento definitivo de las negociaciones, la compradora se había obligado a adelantar otros pedidos, dada la necesidad de reposición del trigo<sup>252</sup>.

Por lo anterior, la Audiencia estimó que las compras de reemplazo sí estaban justificadas, pues es evidente que era el *daño materializado del incumplimiento en el mes de octubre*. Por tanto, concedió la indemnización consistente en la diferencia entre el precio del contrato acordado con la vendedora-incumplidora y el precio promedio que efectivamente pagó a los otros vendedores del suministro de reemplazo, *según los precios del mercado del mes de diciembre*<sup>253</sup>.

### 2.3.2 *Delimitación del tiempo razonable*

Para determinar qué tiempo es razonable para llevar a cabo el reemplazo, según el caso, de forma que el acreedor tenga derecho a los daños conforme a la regla del reemplazo (y no del mercado), es necesario determinar ¿a partir de qué momento el acreedor debe acudir al mercado para sustituir el cumplimiento?

Al respecto, Garrigues consideró que la regla de la compra de reemplazo estaba gobernada por el principio de la buena fe, por lo que estimó que la compra de reemplazo debía realizarse *sin retraso y previa notificación al vendedor*, a fin de que éste actuara en consecuencia. Por tanto, el comprador-acreedor debía realizar el reemplazo tan pronto como pudiera a fin de no especular a costa del vendedor<sup>254</sup>.

Ello puede ser problemático en casos en los que el acreedor no tenga la necesidad inmediata de acudir al mercado, tras el incumplimiento (porque, por ejemplo, cuenta con suficiente *stock* para seguir su operación económica), por lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias y propósitos especiales del acreedor. Sin embargo, no se puede perder de vista la importante fundamentación de la operación de reemplazo en el principio de la *mitigación de los daños y la buena fe* (art. 1258 CC) del acreedor.

La *jurisprudencia* ha tenido en cuenta las circunstancias especiales del acreedor en las que necesitaba celebrar la operación de reemplazo. De un lado, el Tribunal Supremo ha concedido los daños y perjuicios tomando como referencia el precio del mercado de la época o *fecha* establecida

<sup>252</sup> SAP Burgos, 3.ª, de 5 de octubre de 2005 (FD 3.º).

<sup>253</sup> SAP Burgos, 3.ª, de 5 de octubre de 2005 (FD 3.º).

<sup>254</sup> GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-Tomo 3, RDM, Madrid, 1963, p. 323.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

para la entrega de las mercancías (SSTS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 1974<sup>255</sup> y de 14 de mayo de 2003<sup>256</sup>). De otro lado, el Tribunal Supremo ha concedido los daños correspondientes al *precio promedio del mercado del tiempo relevante para la determinación del daño* [tras el incumplimiento, desde que el comprador comenzó a abonar un mayor precio para adquirir la mercancía no entregada (compras de reemplazo) hasta la satisfacción de su interés de cumplimiento] (STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000<sup>257</sup>).

Al respecto, Carrasco Perera considera que, en todo caso, «el comprador deberá probar su daño real si pretende haber adquirido en cobertura cuando la cosa valía más, no al día pactado para la entrega [...]»<sup>258</sup>.

Sobre el tiempo razonable, el Tribunal Supremo ha admitido calcular el daño conforme a la operación de reemplazo realizada el día pactado para la entrega (STS, 1.<sup>a</sup>, 14 de febrero de 1964<sup>259</sup>), o el día posterior a la resolución (mediante una venta de reemplazo de fruta) (STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 1992<sup>260</sup>).

---

<sup>255</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 1974 (RJ 1974/1132; MP. Excmo. Sr. D. Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta). Hechos.—El comprador demandó al vendedor por el incumplimiento parcial de un contrato de compraventa de 320.000 kg de vino, debido a que solo entregó 144.350 kg y que se negó a entregar el resto, a pesar de que el comprador había enviado sus camiones cisterna para recoger el vino, los cuales tuvieron que volver vacíos. En su demanda, el comprador reclamó, como daños y perjuicios, el mayor precio del mercado de vino dejado de entregar, más los perjuicios sufridos por los viajes inútiles de los camiones cisterna. El vendedor se opuso alegando que el comprador, una vez recibió parte del vino, se negó a recoger el resto y, sólo cuando le interesó, reclamó el resto del vino, que era cuando la vendedora no podía entregarlo por no tenerlo.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó el fallo y declaró resuelto el contrato, concediendo como daños y perjuicios la suma de 404.678,31 ptas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, que se fundamentaba en la falta de acreditación de los perjuicios irrogados. El Alto Tribunal consideró que el incumplimiento por parte del vendedor coincidió con un mercado al alza del vino y, habiendo el comprador optado por la resolución, «la diferencia existente entre el precio del contrato incumplido y el corriente en el mercado de origen de la época convenida para la entrega, no incide en la infracción denunciada, ya que tal diferencia es determinante de la pérdida real sufrida por el comprador en su patrimonio, a consecuencia del incumplimiento del contrato por el vendedor» (entre otras, cita la STS. de 14 de febrero de 1964, en la cual se admite el daño de la compra de reemplazo como prueba del precio del mercado. Los daños por los viajes inútiles de los camiones cisternas, sin motivos manifiestos, fueron rechazados por la Audiencia y confirmados por el Tribunal Supremo. STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 1974 (CDO 1.<sup>o</sup>).

<sup>256</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003 (FD 4.<sup>o</sup>).

<sup>257</sup> En la STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000, la compradora reclamó la indemnización del *mayor precio* que hubo de pagar para adquirir el aceite no entregado por la vendedora (compra de reemplazo), durante los 4 meses posteriores al incumplimiento del vendedor. El Tribunal Supremo rechazó el daño de la compra de reemplazo y, en su lugar, determinó los daños conforme a los precios del mercado de los 4 meses. STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000 (FD 1.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup>).

<sup>258</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/39, p. 1313.

<sup>259</sup> La exposición de los hechos en el capítulo cuarto, apartado IV.2.2.1.

<sup>260</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 1992 (FD 6.<sup>o</sup>). Al respecto, CARRASCO PERERA señala que «el estándar de razonabilidad en estos casos dependerá de una variedad de circunstancias entre las cuales no es la menor la real capacidad financiera del acreedor o la legítima confianza en que el deudor puede todavía cumplir». CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 24/26, p. 1389.

En resoluciones judiciales menores, de un lado, la SAP Soria, 1.<sup>a</sup>, de 8 de abril de 2005<sup>261</sup> concedió la indemnización del daño de la compra de reemplazo, por ajustarse al precio del mercado correspondiente a la fecha establecida en el contrato para la entrega de las mercancías. De otro lado, en la estudiada resolución de la SAP Burgos, 3.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2005<sup>262</sup>, la Audiencia parece no darle relevancia al *retraso (un mes)* que tuvo la compradora-acreedora por la celebración de las compras de reemplazo de las mercancías, dado el remanente de trigo que tenía en sus silos. La Audiencia ni siquiera consideró relevante, como alegó la vendedora, que la compradora no acreditara *la necesidad del reemplazo un mes después*, pues el *ad quem* encontró un suficiente *nexo causal* entre el incumplimiento por falta de suministro de las mercancías y el perjuicio materializado en la diferencia de precios que tuvo que abonar la compradora a los otros vendedores.

Hay casos en los que el Tribunal Supremo *rechazó* la indemnización del daño calculado conforme a la operación de reemplazo, por el retraso en realizarla. Por ejemplo, en la STS de 26 de febrero de 1966, no encontró un nexo causal entre el incumplimiento y la celebración de la operación de reemplazo, ya que habían transcurrido *tres años desde el incumplimiento*. El Alto Tribunal consideró que la depreciación de precios (reclamada) –se trataba de una venta de reemplazo– no era una consecuencia necesaria del incumplimiento<sup>263</sup>. En esta misma línea, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 1994, el Tribunal Supremo *denegó* la indemnización del daño de la venta de reemplazo de un solar, pues esta se había celebrado *6 años después de la resolución y de que el acreedor dispusiese del bien*<sup>264</sup>. En estos casos, Redondo Trigo interpreta que lo que

---

<sup>261</sup> SAP Soria, 1.<sup>a</sup>, 8.4.2005 (JUR 2006/19464; Pte. Ilma. Sra. Dña. María Belén Pérez-Flecha Díaz). Hechos.–La compradora demandó a la vendedora por el incumplimiento parcial de un contrato de compraventa, por la no entrega de parte del trigo acordado. La compradora pidió la resolución y los daños y perjuicios contractuales derivados de la compra de reemplazo (de conformidad con el art. 329 CC).

La primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Soria estimó el recurso de apelación interpuesto por la compradora, declarando la existencia del incumplimiento de la vendedora y la consecuente resolución e indemnización de daños. Con relación a la determinación de los daños *conforme a la compra de reemplazo realizada por la compradora* (12.446,78 €), la Audiencia consideró que «según la doctrina jurisprudencial, los precios a tener en cuenta para la valoración del perjuicio, *en supuestos como el presente en que hay un aumento del valor de la mercancía, son los del contrato y los de la fecha de cumplimiento del mismo* (STS Sala 1.<sup>a</sup> de 14 mayo 2003, con cita de otras), siendo la diferencia entre ambos precios, lo que constituirá el importe a indemnizar. En este caso, comprobamos que este ha sido el procedimiento seguido por la demandante para el cálculo de la indemnización solicitada, y por tanto procede la condena a la demandada al pago de dicha cantidad, revocando también en este sentido la sentencia impugnada» (cursiva mía).

<sup>262</sup> SAP Burgos, 3.<sup>a</sup>, 5 de octubre de 2005 (FD 3.º).

<sup>263</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, 26 de febrero de 1966.

<sup>264</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1315; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) (FD A-2.º).

ocurrió es que el acreedor *faltó a su deber de mitigar los daños*, pues no celebró una *oportuna* operación de reemplazo<sup>265</sup>.

*En mi opinión*, no habría que generalizar un criterio específico. En el reemplazo se debe determinar el momento en el que el acreedor pudo o tenía que celebrar una operación de reemplazo, conforme a la buena fe y la mitigación del daño.

### 2.3.3 *La determinación del lugar del reemplazo*

En los textos legales, que han regulado la operación de reemplazo, no se especifica sobre el *lugar* en donde el acreedor debe realizarla, a diferencia de la regla del mercado, en la que, por lo general, se prevé que se debe tomar como referencia el precio del mercado del lugar de cumplimiento de la obligación; en la compraventa, del lugar de entrega de las mercancías<sup>266</sup>. Ello no quiere decir que el lugar que elija el acreedor para llevar a cabo el reemplazo pueda ser caprichoso, que genere unos perjuicios que deban ser costeados por el deudor, pues ello se incluye en el requisito de la *razonabilidad en la forma* de llevar a cabo la operación de reemplazo (art. 75 CISG).

Ciertamente, una de las ventajas que ofrece la figura de la operación de reemplazo es que permite que el acreedor pueda –o deba– elegir, *conforme a los parámetros de la buena fe y la razonabilidad, el lugar que mejor convenga* para llevar a cabo la sustitución de las mercancías tanto para su negocio como para la mitigación de los daños derivados del incumplimiento<sup>267</sup>.

### 2.3.4 *La indemnización de los costes incidentales o adicionales a la operación de reemplazo*

La cuestión aquí es: ¿en qué medida el acreedor tiene derecho a la reparación de los costes adicionales al reemplazo?

---

<sup>265</sup> REDONDO TRIGO, F., «Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010», *RCDI*, vol. 724, Marzo, 2011, p. 1193.

<sup>266</sup> Las normas que regulan positivamente la regla del mercado, por lo general, toman como referencia el precio corriente del lugar o de la plaza convenida para la entrega o el cumplimiento del contrato [caso de los § 2 – 713 *UCC* y § 376 (2) *HGB*] y, si no hubiese precio corriente en dicho lugar, se toma como referencia el precio de otra plaza que razonablemente pueda sustituir el lugar (arts. 76 CISG y 7.4.6. Principios UNIDROIT). Hay otros textos legales que han optado por no señalar nada al respecto, así la s. 51 (3) *SGA* 1979, y los artículos 9: 507 PECL, III. –3:707 DCFR y 165 CESL. Sobre el Derecho armonizador europeo, ZIMMERMANN considera que ello es una laguna que daría lugar a controversias, por lo que aconseja añadir a la regla del mercado lo previsto en el artículo 7.4.6 Principios UNIDROIT. ZIMMERMANN, R., «Art. 9:507: Current Price», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1497.

<sup>267</sup> WHITE, J.; SUMMERS, R., y HILLMAN, R., *Uniform Commercial Code*, cit., vol. I, párr. 8:13, p. 688.

Los *costes incidentales*, que se ocasionen por la realización de la operación de reemplazo, son indemnizables siempre y cuando su cuantía se ajuste a los principios y normas generales de la indemnización de los daños y perjuicios contractuales.

En el Derecho español, el coste incidental de la operación de reemplazo es un daño emergente (art. 1106 CC)<sup>268</sup>. Para que proceda su indemnización se deben tener en cuenta las siguientes pautas:

1. No se consideran costes incidentales de la operación de reemplazo los que haya incurrido el acreedor en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por ejemplo, cuando, conforme al contrato, el transporte de las mercancías corría por cuenta del comprador. Los gastos de transporte de las mercancías sustitutas de la operación de reemplazo también serán por su cuenta del acreedor.

Sin embargo, puede ocurrir que el acreedor, habiendo desembolsado los costes en cumplimiento del contrato, estos resulten inútiles por el incumplimiento, por lo que este debe volver a incurrir en estos gastos, con ocasión de la operación de reemplazo<sup>269</sup>.

Por ejemplo, puede ocurrir que, una vez el comprador envía el transporte al establecimiento del vendedor, este no entrega las mercancías. En esta situación, los costes de transporte en los que incurra el acreedor por la operación de reemplazo serían asumidos por el vendedor-deudor.

En este orden de ideas, hay *tres niveles* del coste en el que el acreedor incurre con ocasión de la operación de reemplazo, de acuerdo con las obligaciones, cargas y riesgos asumidos por las partes al contratar. Son:

A. *Que el gasto corresponda al deudor*. Situación en la que procederá la indemnización al acreedor, con cargo al deudor.

<sup>268</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/43, p. 1316.

<sup>269</sup> SOLER PRESAS utiliza la expresión «inutilidad sobrevenida por causa del incumplimiento», con la que explica que la reparación de los costes incidentales procede solo si no están amortizados dentro de la utilidad que el comprador-acreedor esperaba del contrato, es decir, cuando estos son «útiles o aprovechables» por este. En este sentido, para la autora, la calificación de inutilidad sobrevenida de los costes incidentales cuenta «con la ventaja de permitir la imputación al deudor de los gastos de transporte cuando, teniéndose que cubrir el acreedor en otra plaza, constituyan gastos sobrevenidamente inútiles». La autora lo ejemplifica con el caso estadounidense *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co 190 U. S. 540, 23 S. Ct. 754 (Supreme Court of the United States, Jun. 1, 1903)*. En este caso se rechaza la indemnización de los gastos de transporte en vacío del comprador, ante el incumplimiento por falta de entrega del vendedor. Holmes (ponente de la sentencia) consideró que «los daños resarcibles son únicamente aquellos que, dada la distribución de riesgos acordada al contratar, hubiera asumido implícitamente el vendedor, condición ésta que no reúnen los citados costes de transporte ya que, según expresamente constaba en el contrato, corrían por cuenta del comprador» («*tacit agreement*»). SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., pp. 153-154.

B. *Que el gasto no corresponda al deudor, pero el realizado por el acreedor se vuelve inútil por el incumplimiento.* En este caso, cuando el acreedor ha tenido que desembolsar el mismo gasto *dos veces*, la indemnización procede siempre que, en *primer lugar*, el primer gasto no lo haya realizado cuando, inequívocamente, el deudor había advertido su intención de no cumplir el contrato (pues ello sería una contribución al incremento del daño)<sup>270</sup>; y en *segundo lugar*, siempre que fuera *razonable* que el acreedor tuviese que volver a incurrir en el segundo gasto que le supuso la operación de reemplazo.

C. *Que el gasto no corresponda al deudor.* En esta situación, no procede la indemnización de los costes incidentales. La sola indemnización de la diferencia de precios (desfavorable) de la operación de reemplazo sería suficiente para reparar al acreedor; razonamiento que sigue la STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 1974.

2. Los costes en los que haya incurrido el acreedor con ocasión del reemplazo han de ser razonables<sup>271</sup>. En este sentido, se puede tomar como referencia la *mitigación del daño*, en cuanto que la reparación de los costes incidentales de la operación de reemplazo también debe estar *supeditada a la imposibilidad del acreedor de haberlos evitado o mitigado* (de conformidad con el principio de la buena fe contractual, artículo 1255 CC)<sup>272</sup>.

### 2.3.5 *El cómputo de beneficios de la operación de reemplazo con otros daños*

Ello, puede ocurrir, por ejemplo, cuando el vendedor-acreedor realiza una venta de reemplazo obteniendo un beneficio de la misma (vender a un precio más caro que el pactado por el contrato incumplido), pero, además sufre otros daños por el incumplimiento del comprador-deudor, los cuales podrían deducirse del beneficio.

Al respecto, en la *liquidación de los daños resarcibles* aparece la discusión del cómputo del beneficio<sup>273</sup> (tradicionalmente identificada como la

---

<sup>270</sup> Vid. la STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2005 (FD 6.º)

<sup>271</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2.<sup>a</sup>, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, párr. 26/46, p. 1170.

<sup>272</sup> SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 153.

<sup>273</sup> También se han utilizado las expresiones «computación de beneficios» o «imputación de beneficios» en la doctrina española. CRISTÓBAL MONTES, Á., «*Compensatio lucri cum damno* en el rescacimiento del daño por el deudor», cit., p. 1965; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización...*, cit., p. 201 (en particular, *vid.* nota 159).

*compensatio lucri cum damno*)<sup>274</sup>. La cual consiste en que, si el acreedor obtiene un beneficio como consecuencia del incumplimiento, dicho beneficio debe deducirse del daño. El *cómputo de beneficios*, en general, es aceptado por todos los citados instrumentos de armonización del derecho de contratos<sup>275</sup>.

En el *Derecho español*, evidentemente, no existe una regla particular al respecto. Sin embargo, ello se trata en el marco del artículo 1106 CC, en la indemnización de los daños y perjuicios contractuales (daño emergente y lucro cesante), en donde también aflora el debate sobre el *cómputo de beneficios* (*compensatio lucri cum damno*), tratado por la doctrina española.

Sobre la *compensatio lucri cum damno* hay dos posiciones doctrinales. Una considera que la propia norma, que establece el resarcimiento del *daño cierto y efectivo* experimentado por el acreedor (art. 1106 CC), *conduce a descontar* todos aquellos «lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen un paliativo o minoración del quebranto patrimonial sufrido por el titular activo de la relación obligatoria»<sup>276</sup>. Ello, toda vez que tanto

<sup>274</sup> Sobre ello, PÉREZ VELÁZQUEZ –citando a LARENZ– indica: «el principio de que la indemnización de daños no debe conducir a que el perjudicado alcance una situación más favorable que la que tendría en el supuesto de que no se hubiese dado el suceso en que se funda la responsabilidad del obligado a indemnizar, nos lleva a imponer al perjudicado la obligación de permitir la evaluación de aquellas ventajas que haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste [...]». PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización...*, cit., p. 190, nota 135.

<sup>275</sup> Respecto de la CISG, *vid.* CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 6 –Calculation of Damages under CISG Article 74–*, cit., párr. 3.14; DORNIS, T. W., «Article 74», en Peter Mankowski (ed.), *Commercial Law. Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, München; Oxford; Baden-Baden, 2019, p. 346; SCHWENZER, I., «Article 74», en Schlechtriem & Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016, p. 1017.

Con relación a los Principios UNIDROIT, el artículo 7.4.2 (1) establece: «La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios». Al respecto, el comentario (3) señala que ha de computarse cualquier ganancia que el perjudicado hubiese obtenido por el incumplimiento, sea por los gastos ahorrados, o sea por las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento, para evitar el enriquecimiento del acreedor con el resarcimiento del daño. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, La Ley, Madrid, 2012, p. 287.

En los PECL y en el DCFR se ha establecido en el «Comment D; III.–3:702» STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 925 y el «Comment C article 9:502» THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, 2.<sup>a</sup>, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p. 439.

<sup>276</sup> CRISTÓBAL MONTES, Á., «*Compensatio lucri cum damno* en el resarcimiento del daño por el deudor», cit., pp. 1966-1967. En esta misma línea de pensamiento: CARRASCO PERERA, Á., «Art. 1106», cit., p. 690 y nota 68; *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/6, p. 1279; GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *ADC*, vol. 77, 4, 2014, p. 1212; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización...*,

el daño experimentado por el acreedor como su beneficio provengan del mismo hecho del incumplimiento<sup>277</sup>.

Pero hay otra parte de la doctrina *en contra, o restrictiva*, a esta figura. Pantaleón Prieto, en general, consideró irrelevante las ventajas obtenidas por el acreedor para la minoración del daño<sup>278</sup>. Por su parte, Soler Presas, inspirada en la doctrina alemana, sostiene una posición restrictiva y limitada al respecto. La autora vincula la *compensatio lucri cum damno* a la (superada) teoría de la diferencia del Derecho alemán. En este sentido, Soler Presas explica que, dadas las dificultades prácticas de esta teoría, los autores alemanes optaron por una interpretación muy restrictiva, limitada *solo* a ciertos supuestos de aplicabilidad o exclusión del principio. Por ejemplo, se *excluye*: «la compensación todas las ventajas o beneficios proporcionados por un tercero, sobre la base de que el mismo persigue beneficiar únicamente al acreedor; así como las derivadas de medidas de prevención del daño adoptadas por el acreedor, como pueda ser un seguro, pues se entiende que obedecen a los desembolsos previamente realizados. Si la medida adoptada por el acreedor fuera mitigadora, esto es, posterior al evento lesivo, se ha considerado que entre el daño y la ventaja que de la misma derive existe la tan repetida vinculación y que, por tanto, procede la compensación, únicamente cuando la medida en concreto adoptada responda al esfuerzo legalmente exigido en la mitigación del daño, nunca si lo excede. Y, por último, también se ha invocado el citado criterio para excluir de la compensación las ventajas obtenidas por el acreedor gracias al azar o a su buena suerte (*Glücksfälle*) [...]»<sup>279</sup>.

---

cit., pp. 206-207. También, BARROS BOURIE y GARCÍA RUBIO, en BARROS BOURIE, E., y otros, *Derecho de Daños*, cit., pp. 36-37, 104.

Sobre esta figura, es de interés la STS, 1.ª, de 15 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5157; MP. Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas). En dicha sentencia, el Tribunal Supremo consideró la compensación del beneficio con el daño, pero en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. En este fallo, con base en el artículo 1902 CC, el Tribunal Supremo aplicó la figura de la *compensatio lucri cum damno*, pues considero que «la demolición del inmueble afectado por el accidente, lejos de irrogar perjuicios a los demandantes, les ha supuesto muy sustanciosos beneficios significados por la compensación de la venta del inmueble solar a un tercer constructor, calculados en un 25% del valor del nuevo edificio ya construido (72.300.000 ptas.), del que recibieron dos viviendas nuevas y otras sumas complementarias, que las actoras no niegan, lo cual le lleva a la conclusión de valorar el real perjuicio sufrido en los términos que la sentencia indica, en cantidad notablemente inferior a la solicitada». El Tribunal Supremo apreció que existía una relación entre el daño y el beneficio, por lo que debía evitarse así el «enriquecimiento injusto» del demandante (CDO 8.º y 9.º).

<sup>277</sup> BARROS BOURIE, E.; GARCÍA RUBIO, M. P., y MORALES MORENO, A. M., *Derecho de Daños*, cit., p. 37; CRISTÓBAL MONTES, Á., «Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor», cit., p. 1969-1977 (en especial, p. 1978).

<sup>278</sup> Así lo pone de manifiesto CARRASCO PERERA, Á., «Art. 1106», cit., p. 690. PANTALEÓN PRIETO sostuvo, que «[p]ara poder fundamentar el principio de la “*compensatio lucri cum damno*” en la concepción del daño de la teoría de la diferencia, debe estar previamente establecido que el Ordenamiento jurídico ha aceptado expresamente con carácter general tal concepto de daño. Mientras eso no sea así –y como hemos visto parece claro que no lo es– la fundamentación citada carece de fuerza alguna». PANTALEÓN PRIETO, F., *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, pp. 645 ss. (en especial, p. 646).

<sup>279</sup> SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., pp. 11-12.

En particular, sobre *el cómputo del beneficio de la operación de reemplazo con el daño*, se ha pronunciado, *a favor*, Carrasco Perera<sup>280</sup>.

*En contra*, se ha manifestado Soler Presas, quien no comparte la opinión de computar la ventaja o beneficio obtenido en la operación de reemplazo, que no provenga de un mercado al alza, sino que se le haya presentado, en particular, al acreedor<sup>281</sup>. En su línea de pensamiento, la autora trata de evitar que –de cualquier manera– el deudor-incumplidor obtenga una ventaja o beneficio de la operación de reemplazo.

Al sistema de determinación del daño conforme a la figura jurídica de la operación de reemplazo le son aplicables ciertos principios de la indemnización de daños. En concreto, la aminoración del daño por el cómputo de los beneficios (tradicionalmente conocido como la *compensatio lucri cum damno*).

### 2.3.6 *El daño de la pérdida de volumen de venta y su incompatibilidad con el daño del reemplazo*

Sobre ello, se debe partir de dos cuestiones:

1. En qué circunstancias un vendedor puede reclamar el daño por la pérdida de volumen de venta.
2. En caso de que el acreedor vendiera a un tercero las mercancías por un menor precio, ¿se puede calificar el menor precio recibido por la segunda operación como daño *acumulativo* al de la pérdida de volumen de venta? En otras palabras, ¿hay también daño por la venta de reemplazo?

Sobre ambas cuestiones se pronunció el Tribunal Supremo español, en la STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2008<sup>282</sup>, cuyo razonamiento es un buen punto de partida.

Hechos.–Un vendedor, empresa comercializadora de maquinaria para obras, construcción y servicios de limpieza municipal, recibió una solicitud de

<sup>280</sup> CARRASCO PERERA argumenta, que «[e]n los daños y ventajas puramente económicos, no tiene que existir objeción de principio a que el “lucro” se “compensa” con el daño por la vía de la liquidación neta de este último. Esto resulta, en mi opinión, claro con la indemnización del lucro cesante. La *ganancia* que el acreedor obtiene de un negocio de cobertura ha de deducirse del *lucro que dejó de ganar* por el incumplimiento del deudor, si lo que reclama como daño es precisamente este lucro, y no el coste de sustitución, y si el negocio sustitutivo no podía haber sido realizado sin el incumplimiento del primer contrato y de hecho *no es independiente* del primer contrato» (cursivas del original). CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 23/6, p. 1279.

<sup>281</sup> SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», cit., p. 13, nota 30.

<sup>282</sup> STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3210; MP. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán). Comentada por FENOY PICÓN en «Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2008», *CCJC*, vol. 80, 2009, pp. 571-590.

pedido de una máquina barredora de calles, por el precio de 17.000.000 pts. El vendedor, a propósito de la orden de pedido de la compradora, encargó la fabricación de la máquina a un tercero y una vez la adquirió, informó al comprador su disposición para entregar la máquina, una vez recibido el precio acordado. El vendedor nunca recibió respuesta del comprador y, posteriormente, tuvo conocimiento de que este había adquirido la máquina barredora a otra empresa. Ante ello, demandó la resolución del contrato y *la indemnización consistente en la diferencia entre el precio acordado y el coste de adquisición de la máquina*, en concepto de lucro cesante de las expectativas del negocio. En su contestación, el comprador se opuso a las alegaciones. En cuanto al lucro cesante, alegó que este no estaba probado, toda vez que la máquina no estaba identificada, por lo que se podía acreditar que la vendedora podía haberla encargado para destinarla a otro cliente.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. Declaró el incumplimiento contractual por impago del precio acordado y concedió la indemnización del *beneficio de la venta frustrada*, alegada por la vendedora. Por su parte, la Audiencia provincial estimó en parte el recurso de apelación del comprador. Consideró que, si bien existía un incumplimiento y la resolución del contrato, no existía el lucro cesante alegado por el vendedor, por cuanto este último reconoció que *la máquina había sido vendida a un tercero*, sin precisar su precio y, en consecuencia, sin acreditar que había sido por un precio inferior al del contrato incumplido (es decir, no había *daño por la venta de reemplazo*)<sup>283</sup>. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la vendedora.

En su sentencia, el Tribunal Supremo concedió la indemnización del beneficio (neto) que esperaba obtener el vendedor, consistente en la diferencia entre el precio acordado en el contrato y su coste de adquisición, en concepto de lucro cesante del vendedor por la pérdida de volumen de venta (art. 1106 CC)<sup>284</sup>. Sus fundamentos fueron los siguientes:

1. El Tribunal Supremo consideró que, al tratarse de una compraventa *en el ámbito del tráfico mercantil*, en el que el vendedor se dedica a la adquisición y reventa de maquinaria industrial, «la pérdida de una venta perfeccionada supone, en sí misma, una pérdida de beneficio y una disminución de su negocio»; en otras palabras, supone la pérdida de volumen de venta de la actividad empresarial del vendedor.

Al respecto, el Alto Tribunal argumentó que la pérdida de volumen de venta del vendedor *no se ve afectada por el hecho de que este haya podido vender la máquina a otro cliente, puesto que «siempre se habrá consumado una venta en lugar de dos»*. Por el contrario, señaló que, si se tratase del caso

---

<sup>283</sup> STS, 1.ª, de 5 de junio de 2008 (FD 1.º).

<sup>284</sup> STS, 1.ª, de 5 de junio de 2008 (FD 2.º).

hipotético de una venta *no mercantil*, el daño resarcible sí sería el de la venta de reemplazo, criterio este que había (erróneamente) empleado el *ad quem*.

2. En el *obiter dicta* de su sentencia, el Tribunal Supremo consideró que, si la máquina se hubiese vendido a un tercero a un precio inferior, la vendedora hubiese sufrido un daño *aún mayor*, consistente «*en el daño emergente resultado de una minoración del precio no seguida de la del coste de adquisición*» (¿el daño por la venta de reemplazo?), además del lucro cesante de la pérdida de volumen de venta.

Por ende, la vendedora no tenía la obligación de acreditar el precio de la venta de sustitución, si esta no le había causado daño alguno, por lo que ha de presumirse que la máquina se vendió por el mismo precio a otro cliente.

*Respecto de la primera cuestión de análisis que antes planteé*, como bien sostuvo el Alto Tribunal, la actividad empresarial del vendedor, de adquirir y vender mercancías, es un indicativo de que, ante la frustración de una de sus ventas, el vendedor obtiene un daño de la pérdida de volumen de su negocio. Sin embargo, pueden existir casos en los que la actividad mercantil del vendedor no suponga, en sí, una pérdida de volumen.

*A mi modo de ver*, el *quid* está en determinar cómo ha incidido *la venta frustrada* en el volumen de negocio del vendedor o, en el flujo global de las ventas de su negocio, para establecer si hay, o no, una pérdida de volumen de venta. Para ello, hace falta observar la estructura económica de la actividad (mercantil) que realiza el vendedor. Al respecto, principalmente, se distinguen dos situaciones:

1. Que el vendedor funcione (y cuente) con una *oferta ilimitada* adaptable a la demanda, que en cada momento se tenga.
2. Que el vendedor funcione con un *stock limitado* de unidades de venta.

*Con relación a la segunda cuestión de análisis que antes señalé*, sobre si, cuando hay el daño de la pérdida de volumen, puede existir también daño por la *venta de reemplazo*, considero que, si la segunda operación ha afectado al flujo global del negocio del vendedor, pues ha obtenido una venta menos, *esto sería una falsa venta de reemplazo*, pues no habría sustitución, sino una venta frustrada.

Esta consideración ha quedado bastante clara en el Derecho Uniforme de la compraventa (CISG)<sup>285</sup> y en los Principios UNIDROIT<sup>286</sup>, los cuales claramente indican que, cuándo hay daño por pérdida de volumen, los *loss of profit*

<sup>285</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 6 – Calculation of Damages under CISG Article 74–*, cit., párr. 3–20-22; HONNOLD, J., *Uniform Law for International...*, cit., párr. 415, p. 591.

<sup>286</sup> «Comentario (1) del artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT 2010», en *Principios UNIDROIT 2010* (2012), cit., p. 292.

del vendedor *no se* articulan como un daño adicional al daño de la venta de reemplazo, pues, ello supondría una sobre indemnización del acreedor<sup>287</sup>. El daño de la pérdida de volumen es *completamente distinto* al de la venta de reemplazo, por lo que debe articularse mediante la regla general de la reparación integral del daño (arts. 74 CISG y 7.4.2. Principios UNIDROIT).

*En mi opinión*, a pesar de lo entendido por el Tribunal Supremo español, que engloba el daño de la venta de reemplazo en el concepto del *daño emergente* indemnizable junto con el *lucro cesante* de la pérdida de volumen, creo que *no* tiene que asimilarse el daño pérdida de volumen al problema de la operación de reemplazo, pues ambas ventas, la frustrada y la celebrada con un tercero, son independientes y, como ha quedado demostrado, la una no sustituye a la otra. Ello no obsta para que el vendedor pueda reclamar, además del daño de la pérdida de volumen, otro tipo de daños a los que haya lugar, como los costes incidentales en los que incurra, por ejemplo, por el depósito transitorio de las mercancías, mientras las vende a otro cliente.

#### 2.4 LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL NUEVO MODELO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: UNA ALTERNATIVA A LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Morales Moreno ha destacado la importancia de la operación de reemplazo en el nuevo modelo de responsabilidad contractual. Al respecto, explica que el impulso que la operación de reemplazo ha tenido en el nuevo Derecho de contratos ha permitido articular de un modo diferente del tradicional (en el que es prioritaria la pretensión de cumplimiento) el sistema de remedios del incumplimiento, cuando es posible al acreedor realizar una operación de reemplazo. Lo expresa en los siguientes términos: «en el nuevo modelo de contrato está tomando carta de naturaleza la operación de reemplazo, como medio para satisfacer, *in natura*, el interés del acreedor por un tercero, a costa del deudor. Porque la satisfacción del interés del acreedor puede conseguirse sin que, necesariamente, tenga el deudor que ejecutar su prestación»<sup>288</sup>. Así, la satisfacción del interés del acreedor se produciría mediante un tercero, con cargo al deudor, por medio de la indemnización de daños y perjuicios<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 6 – Calculation of Damages under CISG Article 74–*, cit., párr. 3–22.

<sup>288</sup> MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., p. 100.

<sup>289</sup> El autor ha denominado ello como una «desjudicialización de la pretensión de cumplimiento», que evitaría el proceso y agilizaría la ejecución al convertirse el cumplimiento *in natura* en una obligación

Lo anterior, sin duda, constituye una herramienta fundamental en la idea del nuevo modelo contractual que consiste en gestionar la aplicación de los remedios del incumplimiento con un criterio que «pondere adecuadamente la relación de coste beneficio existente entre uno y otro [remedio]»<sup>290</sup>. De ahí que, en el nuevo modelo contractual, la operación de reemplazo se podría considerar como una excepción al cumplimiento específico, cuando este resulte demasiado costoso para el deudor, por razones de eficiencia económica<sup>291</sup>.

En dicho contexto, alguna parte de la doctrina ha trabajado la operación de reemplazo como un límite a la pretensión de cumplimiento<sup>292</sup>.

*En relación con las obligaciones no dinerarias*, Fenoy Picón, en su trabajo (de 2011) sobre la PMCC<sup>293</sup>, cuando aborda la relación entre el remedio del cumplimiento y el negocio de reemplazo, considera que se podría construir una solución jurídica con base en el artículo 1192. II.3 PMCC<sup>294</sup>, en la que se exceptuara el ejercicio del cumplimiento específico y forzoso, si el mismo es contrario a la buena fe. En palabras de la autora, «si teniendo presente todas las circunstancias del caso, es más razonable llevar a cabo una operación de reemplazo en lugar de exigir el cumplimiento forzoso y específico (pues se evita el daño o el incremento de su cuantía), el acreedor no puede exigir del deudor que cumpla porque ello es contrario a la buena fe (art. 1192. II.3.º PC)»<sup>295</sup>.

pecuniaria. MORALES MORENO, A. M., *Ejercicio extrajudicial de los remedios del incumplimiento en los PLDC*, Madrid (trabajo inédito), cita autorizada por el autor, pp. 14-15.

<sup>290</sup> MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 66.

<sup>291</sup> BAHAMONDES OYARZÚN considera que la problemática del límite a la pretensión de cumplimiento basada en términos económicos se trata de «un concepto con nociones abiertas y nada categóricas», lo cual no es óbice para que ello sea estudiado y pueda resultar, en palabras de la autora, útil en situaciones no previstas por el legislador. BAHAMONDES OYARZÚN, C., *El cumplimiento específico...*, cit., pp. 178-213. Sobre dichas excepciones, *vid.* algunos ejemplos en los artículos 7.2.2.(c) Principios UNIDROIT y 9:102 (2) (d). Sobre esta construcción en el ordenamiento español, *vid.* MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 67-73.

<sup>292</sup> MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., p. 102.

Esta idea, también ha estado presente en la doctrina mercantil. Por ejemplo, ESPERANZA GALLEGU expresa que el derecho de elección del remedio del comprador, ante el incumplimiento, *no es absoluto*, pues este debe estar sujeto a impulsar la «reciprocidad» de los intereses de las partes y la conservación del contrato, tal y como fue previsto inicialmente. Por tanto, plantea que el vendedor podría oponerse al cumplimiento específico porque ello le sea imposible, o le sea excesivamente oneroso o desproporcionado. La autora aplica esta idea a la falta de conformidad y a la entrega afectada por derechos o pretensiones de terceros. GALLEGU, E., «La Compraventa Mercantil», *RDM*, vol. 287, 2013, p. 24.

<sup>293</sup> Elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y publicada en el año 2009 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento).

<sup>294</sup> Artículo 1192 PMCC: «[...] En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: [...] 3. La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe».

<sup>295</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1540. En este sentido, en la STS, 1.ª, de 21 de septiembre de 1991, el Tribunal Supremo aduce que el contrato no solo obliga a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (art. 1253 CC). Los hechos de la sentencia en *supra* IV.1.3.2.

No obstante, como la autora había expresado su opinión favorable a la supresión del artículo 1192. II.3.º PMCC<sup>296</sup>, aclara que la solución alternativa propuesta se podría llevar a cabo mediante *la regla de la mitigación del daño del artículo 1211 PMCC*. Fenoy Picón explica que el acreedor «puede optar entre exigir el cumplimiento, o resolver la relación contractual y proceder a una operación de reemplazo; pero, si opta por lo primero, siendo razonable, en función de las concretas circunstancias del caso, que el acreedor resolviese y procediese a realizar un negocio de reemplazo, el daño no evitado o el incremento de daño no evitado lo asume el acreedor (no puede repercutirlo al deudor)»<sup>297</sup>.

La anterior idea la desarrolla Vidal Olivares, aunque en el ámbito de la CISG. Sin embargo, sus argumentaciones son perfectamente trasladables al sistema español. Para el citado autor, la libre opción que tiene el acreedor, de conformidad con la CISG, de elegir el remedio que más le convenga a su interés afectado, tendría una «presión mediata» en el deber de mitigar los daños (art. 77 CISG) y, conforme a ello, estima que «dicha opción debe coincidir con la de una persona razonable, en su posición y en sus circunstancias». Si ello no coincide, el acreedor solo verá afectada (limitada) su indemnización de daños y perjuicios, pues, no se le priva ni limita otro derecho<sup>298</sup>. Al respecto, señala que el supuesto típico de estos casos es que exista *la posibilidad de celebrar una operación de reemplazo* (art. 75 CISG)<sup>299</sup>.

*En relación con las obligaciones dinerarias*, Gómez Calle considera conveniente *incluir* en la PMCC una norma concreta, parecida a la del artículo III–3:301 (2) DCFR<sup>300</sup>, que excepcione la pretensión de cumplimiento, en las relaciones sina-

<sup>296</sup> Vid. FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1531.

<sup>297</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1540. SEVERIN FUSTER considera esta solución alternativa para los *contratos de servicios*. SEVERIN FUSTER, G. F., *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 657-664 (en particular, p. 663).

<sup>298</sup> «Desde esta perspectiva, se dice que la carga de mitigar actúa como un “mecanismo de presión mediata” para que el acreedor ejercite el remedio más razonable para evitar o mitigar las pérdidas que se sigan del incumplimiento». VIDAL OLIVARES, A., «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en Carlos Pizarro Wilson, y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 245-246.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 247. Cabe advertir que, contraria a esta idea, ya se había manifestado SOLER PRESAS, quien adujo que la mitigación del daño, a través de la operación de reemplazo, no podría aplicarse mientras subsistiera la alternativa de la pretensión de cumplimiento –gracias a la primacía del cumplimiento en el Derecho continental–. SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS, 1.ª, de 15 de noviembre de 1994)», cit., p. 966. La autora sostiene que, en los sistemas donde se reconoce de manera generalizada la pretensión de cumplimiento, la obligación de mitigar los daños no nace mientras subsista la alternativa del cumplimiento. En estos casos, la autora cree conveniente hacer efectiva la concesión de un plazo adicional por el acreedor al deudor para el cumplimiento (*Nachfrist*) y, en caso de que persista el incumplimiento, el acreedor ya podrá acudir a la resolución de la relación contractual. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, cit., p. 100 y nota 37.

<sup>300</sup> Artículo III.–3:301 DCFR: «Enforcement of monetary obligations»/ (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due. (2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal

lagnáticas, cuando el acreedor de la obligación pecuniaria pueda realizar una *operación de reemplazo*, sin suponerle mayores esfuerzos o gastos (indemnización que, para la autora, es perfectamente viable vía artículo 1202. II PMCC<sup>301</sup>)<sup>302</sup>.

Carrasco Perera relaciona las anteriores ideas con el artículo 702 LEC<sup>303</sup>. En este sentido, aduce que, puesto que se tratan de cosas que se pueden adquirir en los mercados, el acreedor solo tiene derecho al «equivalente pecuniario actual» del bien *si este no pudo y no debió celebrar una operación de reemplazo*, en la fecha del incumplimiento. En caso contrario, se entenderá que el acreedor actuó a su propio riesgo, en contra de lo «exigible en términos comercialmente razonables». Y, en efecto, ya no se le podrá indemnizar las «ganancias que dejó de obtener» por no haber dispuesto del bien<sup>304</sup>.

Finalmente, *adhiriéndome a la opinión de Alcalde Silva en este respecto*, el entendimiento de la operación de reemplazo pertenece al «ámbito de la *gestión de los riesgos del incumplimiento*», que incumbe a las partes contractuales. Pues, en determinadas circunstancias, la operación de reemplazo cumple una función económica que evitaría los mayores costos que pudiera suponer la pretensión de cumplimiento<sup>305</sup>.

## 2.5 ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

En este apartado, a modo de ejemplo, me referiré brevemente a algunas manifestaciones de la operación de reemplazo, propuestas por la doctrina española, para dar solución a concretos casos. Ello, sin perjuicio de que existan más casos y tipos contractuales en los que la regla de la operación de reemplazo sea perfectamente aplicable.

---

obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless: (a) *the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense* (...) (cursiva mía)».

<sup>301</sup> GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento...», cit., p. 97.

Artículo 1202. II PMCC: «(...) Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes».

<sup>302</sup> GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento...», cit., pp. 99-100.

<sup>303</sup> Artículo 702 LEC: «1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecutante podrá instar del Secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada [...]».

<sup>304</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, cit., párr. 21/34, p. 1179.

<sup>305</sup> ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., pp. 575-578; «Notas sobre la operación de reemplazo en el Derecho Español», cit., pp. 470-472.

### 2.5.1 *En la oferta vinculante*

Ruiz Arranz destaca, como solución práctica y razonable, la de celebrar una operación de reemplazo en los casos de responsabilidad del oferente por revocación de la oferta vinculante, cuando dicho oferente celebra un contrato incompatible con su oferta inicial. Tras la aceptación del destinatario de la oferta, se perfecciona el contrato, pero el destinatario, ahora acreedor, no podrá obtener la prestación contractual, puesto que la cosa ha pasado a manos de un tercero. Al respecto, el autor estima que la responsabilidad del oferente, ahora deudor, se articularía mediante la indemnización del daño, calculada conforme a la regla de la operación de reemplazo; es decir, la diferencia entre el precio de la oferta de venta, que ahora sería un contrato perfeccionado, y el mayor precio que el destinatario, ahora acreedor, ha tenido que pagar en el mercado para satisfacer su interés en el cumplimiento<sup>306</sup>. Por otro lado, también destaca que la operación de reemplazo es una alternativa al cumplimiento específico de la prestación, cuando esta ha devenido imposible<sup>307</sup>.

### 2.5.2 *En el Derecho de protección de los consumidores*

Juárez Torrejón analiza el criterio de la operación de reemplazo en la compraventa de consumo<sup>308</sup>. Ante la falta de conformidad del producto, el autor se cuestiona si el consumidor puede reclamar el coste del reemplazo al vendedor-profesional, mediante el remedio de la indemnización de daños y perjuicios. Dicha cuestión, naturalmente, la aborda desde la jerarquía de los remedios del consumidor ante la falta de conformidad del producto, establecida en el TRLGDCU<sup>309</sup>. Por ello, divide su estudio en dos partes.

---

<sup>306</sup> RUIZ ARRANZ, A. I., «La oferta de contrato...», cit., pp. 1443-1444.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 1444.

<sup>308</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., pp. 3-37.

<sup>309</sup> En primer lugar, el artículo 119 TRLGDCU otorga al comprador-consumidor el derecho a exigir la reparación o la sustitución del producto –que son modalidades del cumplimiento específico–, «salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada». En segundo lugar, el artículo 121 TRLGDCU prevé que la rebaja del precio y la resolución proceden «(...), a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario (...)». (Cursiva mía).

Sobre la jerarquía de los remedios y una propuesta alternativa de permitir la *libre elección de remedios* por el consumidor, limitada por el principio de la buena fe, *vid.* JANSEN, S., *Consumer Sales Remedies...*, cit., pp. 96-104.

*La primera* trata del caso en el que consumidor celebra una operación de reemplazo ante la «negativa injustificada del empresario profesional a reparar o sustituir el producto no conforme al contrato»<sup>310</sup>. En este caso, Juárez Torrejón señala que el consumidor tendría derecho al coste de reemplazo, conforme a los siguientes parámetros:

1. Cuando el coste del reemplazo es *mayor* que el del contrato original, el consumidor puede exigir la diferencia de precio al vendedor-profesional a título indemnizatorio, más los otros daños que se le causen (conforme al art. 1107 CC).

2. En relación con la resolución, considera que esta debe entenderse posible, en el sentido de que la falta de conformidad que determinó que, *a priori*, se reclamara una sustitución o reparación (art. 118 TRLGDCU) —como *nuevas* modalidades del cumplimiento específico—<sup>311</sup>, no sería de *escasa importancia* conforme al artículo 121 TRLGDCU<sup>312</sup>, por lo que la resolución sería factible, máxime cuando se ha intentado la reparación y la sustitución, abriendo así la posibilidad de que el consumidor recupere íntegramente el precio del contrato (cfr. art. 21.1-2)<sup>313</sup>.

Al respecto, son destacables las palabras de Fenoy Picón, quien pone de manifiesto que «al consumidor se le facilita la salida del contrato porque, cuando puede disponer del remedio de la resolución, *el vendedor ya ha contado con la posibilidad de cumplir* (siendo posible y no desproporcionado). Y porque facilitar al consumidor la posibilidad de la resolución supone permitirle recuperar los

<sup>310</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., p. 24.

<sup>311</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1726; MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 196. También en DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 193.

<sup>312</sup> Artículo 121 TRLGDCU: «Rebaja del precio y resolución del contrato. La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de *escasa importancia*» (cursiva mía). Para un análisis de la *falta de conformidad de escasa importancia*, como límite a la resolución, en el citado artículo 121 TRLGDCU, vid. FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», *ADC*, vol. 62, 1, 2009, pp. 298-300.

<sup>313</sup> JUÁREZ TORREJÓN considera importante puntualizar la importancia que tiene la resolución y la indemnización de daños y perjuicios. Ello por cuanto la resolución implica la devolución de las prestaciones y, en este sentido, señala que supone un riesgo en la conservación de las prestaciones que deben ser devueltas, lo que no sucede en el ámbito puramente indemnizatorio, donde no hay riesgo de conservación de la prestación dineraria. JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., pp. 25-27.

recursos que invirtió en el contrato o *facilitarle la realización de una operación de reemplazo*; pues el consumidor suele perseguir una satisfacción inmediata. *El fin de la alta protección del consumidor está aquí presente*» (cursiva mía)<sup>314</sup>.

Naturalmente, si el consumidor está en posesión del producto, como consecuencia de la resolución, que presupone la compra de reemplazo (en el sentido que agote el contenido prestacional del contrato *no conforme*), dicho consumidor tiene el riesgo de conservación de la cosa. Al respecto, Juárez Torrejón trae a colación el Derecho alemán, citando el § 346.3.1.3 BGB, que faculta al acreedor a resolver la relación contractual «aun cuando no pueda devolver la prestación que recibió (...), observando la diligencia que emplea en los asuntos propios»<sup>315</sup>.

Advierto, que el autor se refiere a los casos de *entrega de un producto no conforme*, y no a los casos de inexecución del contrato por la no entrega del producto, o cuando fue entregado fuera del plazo para el cumplimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 bis TRLGDCU; casos, en los que también sería aplicable la resolución y la posterior celebración de la operación de reemplazo<sup>316</sup>.

*La segunda situación (segunda parte)* es el caso en el que el consumidor adquiere un segundo producto (operación de reemplazo) *antes* de que el empresario haya tenido la oportunidad de «reparar o sustituir el producto no conforme».

Al respecto, Juárez Torrejón estima que la admisión de cualquier acción, sin que el empresario haya tenido oportunidad de reparar o sustituir el producto no conforme, podría causarle indefensión<sup>317</sup>. No obstante —consciente que no existe previsión legal al respecto— considera que, atendidas las circunstancias del caso, sería razonable una operación de reemplazo de conformidad con la carga de mitigar los daños, tal como expresamente lo prevén

---

<sup>314</sup> FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento...», cit., p. 301.

<sup>315</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., p. 26.

<sup>316</sup> Artículo 66 bis TRLGDCU: «Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta./ 1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. [...] / 2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, *el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.* / Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato».

<sup>317</sup> JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», cit., p. 28.

algunas normativas de Derecho comparado<sup>318</sup>. Ante este tipo de situaciones, sin previsión normativa, la carga general de mitigar los daños juega un rol muy relevante, y mucho más, cuando se trata de figuras como la de la operación de reemplazo, «cuya dinámica en materia indemnizatoria no ha sido tratada ni en la Directiva 1999/44/CE, ni en la [Directiva] 2011/83/UE, ni tampoco en la LGVBC'03 ni en el TRLGDCU'07»<sup>319</sup>.

Finalmente, Jerez Delgado también ha considerado el criterio de la operación de reemplazo, concretamente, en la responsabilidad de los operadores económicos de alimentos frente al consumidor, por la falta de conformidad de alimentos defectuosos (117. II TRLGDCU)<sup>320</sup>.

### 2.5.3 En la contratación inmobiliaria

La operación de reemplazo en la contratación inmobiliaria puede parecer algo controvertido, teniendo en cuenta que la compraventa versa sobre un bien que, generalmente, se considera específico. No obstante, Rodríguez-Palmero Seuma ha estudiado cómo las operaciones de reemplazo son una práctica muy habitual, ante *el incumplimiento de compraventas de bienes inmuebles por parte de los compradores*. Ya que, debido a la crisis inmobiliaria y su creciente depre-

<sup>318</sup> En la nota 60, el autor hace referencia a los Derechos sueco y finlandés, en los que se prevé que el consumidor tiene la carga de denunciar la falta de conformidad, «como algo distinto al ejercicio mismo de los derechos derivados de la falta de conformidad». Señala JUÁREZ TORREJÓN, que «se dispone que el vendedor no tendrá derecho a alegar que no dispuso de la posibilidad de reparar o sustituir para negarse a responder de la reparación realizada por el consumidor, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la actuación del consumidor pueda entenderse *razonable* (cfr. Secc. 18-3.º de la Ley de protección de los consumidores finlandesa; § 27-2.º de la Ley de compraventa de bienes de consumo sueca)». *Ibid.*, p. 28.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>320</sup> La autora ejemplifica la indemnización del mayor coste de reemplazo a través del siguiente caso: «Se vende aceite para el consumo humano sin que el operador económico haya pasado los controles administrativos previstos (infracción del artículo 9 LSAN). Posteriormente el vendedor informa de un defecto del aceite. El consumidor no llega a sufrir daños en la salud gracias a esta medida, pero se ve obligado a devolver el producto (ya que el operador económico de alimentos debe recuperar el aceite entregado, artículo 9 LSAN). El consumidor tiene derecho a exigir una indemnización por los daños que le haya causado la falta de conformidad de este aceite en relación con lo previsto en el contrato (por ejemplo, gastos de desplazamiento, imposibilidad de utilizar ese aceite en la fecha prevista, *mayor coste en la compra de reemplazo*, etc.). Dado que el artículo 117. II TRLGDCU se remite a lo dispuesto en la legislación civil y mercantil, en el ámbito civil son de aplicación los artículos 1101 y siguientes CC (entre otros, como los artículos 1182 a 1186 CC), y en el ámbito mercantil, el artículo 336 CCo. En este caso, se evitó el daño más grave (físico o moral), porque se cumplió a tiempo el deber de información, pero pueden derivarse otros daños por las expectativas que se hubieran creado (lesión del crédito)» (cursiva mía). JEREZ DELGADO, C., «La responsabilidad de los operadores económicos de alimentos frente al consumidor, por el incumplimiento de los deberes de información alimentaria», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, vol. 71, julio-diciembre, 2017, p. 129.

ciación de precio, los vendedores tuvieron que verse obligados a realizar ventas de reemplazo por un precio *inferior* al pactado en el comprador original<sup>321</sup>.

Al respecto, Rodríguez Palmero-Seuma, tras un análisis crítico sobre la ambigua aplicación de la operación de reemplazo por los Tribunales españoles, y advirtiendo la conveniencia de delimitar ciertos criterios para que las operaciones de reemplazo puedan ser exigibles judicialmente, estima que la venta de reemplazo, además de ser un derecho del vendedor, que debe reconocérsele a título de indemnización de daños, también debería ser una «obligación»<sup>322</sup>, en vista de la crisis inmobiliaria y la depreciación de los precios en el sector inmobiliario<sup>323</sup>.

#### 2.5.4 *En la responsabilidad médica (en la medicina voluntaria): sustitución en obligaciones de hacer*

Santos Morón ha propuesto la operación de reemplazo en la responsabilidad médica, en concreto, en los casos de medicina voluntaria. Sus propuestas y cuestiones resultan de gran interés, pues aborda el controvertido debate, sobre todo de orden procesal, de permitir las operaciones de reemplazo en las *obligaciones de hacer*<sup>324</sup>.

Santos Morón se centra en los casos en los que el paciente no obtiene el resultado esperado de la intervención médica, de conformidad «con las expectativas usuales del usuario y la inexistencia de información acerca de la posibilidad de fracaso de la intervención» y cuando la obligación no es de carácter personalísimo (por ejemplo, los servicios que prestan los centros de cirugía estética)<sup>325</sup>.

La autora razona que, en estos casos, lo más natural es que el paciente haya perdido la confianza por la intervención infructuosa (en especial, en los casos en los que la segunda intervención se mantiene el mal resultado). Ante esta situación, Santos Morón se cuestiona sobre la posibilidad de que el pacien-

---

<sup>321</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo», *Diario La Ley*, N° 7322, 2010, Madrid, pp. 1-6.

<sup>322</sup> Aunque el autor utiliza la palabra «obligación», es necesario reiterar que la operación de reemplazo, dada la justificación que tiene en la mitigación de los daños, es más bien una «carga» del acreedor, que simplemente limita la indemnización del lucro cesante del acreedor.

<sup>323</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «Crisis inmobiliaria...», cit., p. 6.

<sup>324</sup> Pues, tal como señala SEVERIN FUSTER, la medida prevista en el artículo 1098. I CC, con relación al «se mandará a ejecutar a su costa», supone, al parecer, la intervención judicial. Impidiendo que el acreedor (extrajudicialmente) sea quien acuda directamente al tercero para obtener el servicio debido por el contrato incumplido –es decir, la operación de reemplazo–. SEVERIN FUSTER, G. F., *Los contratos de servicios...*, cit., p. 556.

<sup>325</sup> SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, vol. 1, 2018, p. 41.

te pueda acudir *a un tercero directamente (y extrajudicialmente)* para que este realice la prestación incumplida y posteriormente pueda exigir el mayor coste abonado por el deudor, a título de indemnización de daños y perjuicios, ya que, como aduce la autora, en la práctica es muy recurrente este tipo de casos<sup>326</sup>.

En su opinión, en primer lugar, la operación de reemplazo sería admisible, como una partida del daño resarcible del acreedor<sup>327</sup>. No obstante, Santos Morón advierte que ello podría objetarse, pues, en el sistema actual, la acción de cumplimiento es un remedio generalizado y *preferente*. Por tanto, si existe la posibilidad del cumplimiento, el paciente-acreedor no podría acudir directamente a la pretensión indemnizatoria. Incluso, en el moderno Derecho de contratos, señala que el acreedor no puede directamente acudir a la indemnización de daños y perjuicios, si existe el derecho del deudor al cumplimiento ante la falta de conformidad (por ejemplo, señala, el art. III. – 3:202 (2) DCFR<sup>328</sup>).

Sin embargo, Santos Morón considera que la operación de reemplazo sería razonable en ciertas circunstancias, donde se pueda acreditar, o suponer, la pérdida de confianza del paciente en las capacidades del profesional (o del centro). Por ejemplo, señala los casos de «procedimientos invasivos o intervenciones de cierta entidad». En opinión de la autora –la cual comparto–, ello conecta directamente con la *integridad física del paciente-acreedor que incide en su derecho a la libertad*<sup>329</sup>.

Y es que, en mi opinión, en este tipo de contratos de medicina, la confianza en el profesional resulta ser un presupuesto básico de la relación contractual, por lo que, cuando esta se pierde, ello debe suponer un incumplimiento esencial del contrato, que permite su resolución.

## V. ¿HACIA LA POSITIVIZACIÓN DE LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO?

La venta de reemplazo se ha positivado en el Código civil catalán, sin embargo, se ha hecho como *forma particular de ejecución del contrato*. En cambio, la regla general de la operación de reemplazo, *como cálculo concreto del daño*, sí se ha tenido en cuenta en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 (ACM). No obstante, como se verá, en el ACM, la regulación de

<sup>326</sup> *Ibid.*, pp. 42-43.

<sup>327</sup> La autora se apoya en la doctrina de Díez-Picazo, a la que me he referido antes. *Supra* IV.2.2.2. A.

<sup>328</sup> El artículo III.–3:202 (2) DCFR prevé que el deudor tenga la posibilidad de «subsana» dentro de un plazo razonable y a sus expensas.

<sup>329</sup> *Vid.* SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., «La responsabilidad médica...», cit., p. 42 y nota 172.

la operación de reemplazo se hizo de manera aislada, pues, no se reguló con carácter general el remedio de la indemnización de daños y perjuicios (que está en la legislación civil).

## 1. La venta de reemplazo en el Código civil de cataluña

La reforma al Libro sexto del Código civil de Cataluña, mediante la Ley 3/2017, de 15 de febrero de 2017<sup>330</sup>, en vigor desde el 1 de enero de 2018, reguló una particular *venta de reemplazo*, en el artículo 621-16 (2.c) (3) –cabe anotar que esta Ley fue declarada en 2019, en su mayoría, constitucional<sup>331</sup>–.

Artículo 621-16 CCCat: «Entrega frustrada/ 1. Si el comprador o la persona designada para recibir el bien, sus accesorios y los documentos se niegan injustificadamente a hacerlo o, de cualquier otra forma, incumplen esta obligación, el vendedor debe adoptar medidas razonables para la custodia y conservación del bien.

2. El vendedor puede librarse de las obligaciones de custodia y conservación si, previa notificación al comprador o a la persona designada para recibir el bien: a) [...]. b) [...]. c) Vende el bien por cuenta del comprador en condiciones razonables, si este es perecedero, deteriorable o pierde rápidamente su valor. El precio correspondiente debe ponerse a disposición del comprador si este ha satisfecho el precio establecido en el contrato. En otro caso, el vendedor puede retener su importe para aplicarlo hasta donde alcance el precio convenido.

3. Los gastos causados por la frustración de la entrega imputable al comprador corren a su cargo».

En el Código civil de Cataluña, la venta de reemplazo es una particular *ejecución del contrato*, que se prevé como una alternativa al mecanismo de la consignación o depósito de las mercancías. En otras palabras, comporta un ofrecimiento de pago de la obligación en los términos del artículo 1176 CC<sup>332</sup>. Por tanto, *no es*

---

<sup>330</sup> Publicado en el *DOG*C núm. 7314, de 22/02/2017 y en el *BOE* núm. 57, de 08/03/2017.

<sup>331</sup> El Tribunal Constitucional español, el 13 de noviembre de 2019, analizó varios preceptos de la Ley 3/2017 por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto con el Presidente de Gobierno de España, contra la redacción de los artículos 3, 4 y 9; los cuales regulan el contrato de compraventa, permuta, mandato y gestión de negocios, en aplicación del artículo 149.1.8 de la Constitución española (sobre la competencia exclusiva del Estado en Legislación civil). Al respecto, el Alto Tribunal solo declara inconstitucional el artículo 621-54.3. STC 132/2019 de 13 noviembre. Un estudio detallado y crítico sobre esta decisión, en: GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *RDC*, vol. VI, 4, 2019.

<sup>332</sup> BARRAL VIÑALS, I., «Las obligaciones del vendedor en el Libro VI del Código Civil de Cataluña: la entrega de la cosa y la transmisión de la titularidad», en Ángel Serrano de Nicolás (Coord.), *Estudios sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2018, p. 188.

una forma de cálculo concreto del daño. Pues, el vendedor tiene la facultad de vender el bien a un tercero *por cuenta del comprador*, tras el intento fallido de entregar la cosa y para librarse de su obligación de custodia y conservación de la cosa debida (art. 621 – 16.1 CCCat), cuando esta sea de naturaleza perecedera, deteriorable, o que pierde rápidamente su valor (art. 621-16.2c. CCCat)<sup>333</sup>. Una vez el vendedor realiza la venta de reemplazo este tendrá que poner el precio de dicha venta a disposición del comprador, si este lo ha pagado, o, en caso contrario, puede retener el precio de la venta de reemplazo hasta cubrir el precio acordado en el contrato original<sup>334</sup>. Los requisitos que se imponen son la razonabilidad de la venta de reemplazo y la previa notificación al comprador.

Como se puede apreciar, es una norma muy parecida a la del Derecho alemán (§ 373 HGB); a la denominada *selbsthilfeverkauf*. Esta regla, recuerdo, no es una forma particular de cálculo concreto del daño, sino que es una forma de ejecución del contrato por parte del vendedor, ante el rehusé injustificado del comprador a recibir las mercaderías<sup>335</sup>. Solución que, como oportunamente indiqué críticamente, es la que adoptó Garrigues, para la venta de reemplazo en general, y como alternativa al depósito judicial<sup>336</sup>.

Sin embargo, ya he anotado como no todos los supuestos de venta de reemplazo pueden compararse con la consignación o depósito judicial, como el supuesto donde el comprador no ha pagado el precio; caso en el que *la venta de reemplazo supone una resolución al menos de manera implícita*.

Por ello, lamento que la reforma catalana se haya inspirado en ese artículo del HGB del derecho alemán para haber regulado la venta de reemplazo general, *menos* cuando se trata de una norma más bien antigua, y no de la modernización del derecho de obligaciones alemán.

## 2. La operación de reemplazo en el ACM

### 2.1 BREVES NOTAS SOBRE EL ACM Y SUS ANTECEDENTES

El ACM es un texto prelegislativo elaborado por un prestigioso grupo de académicos mercantilistas<sup>337</sup>. El texto es el resultado de más de seis años de

<sup>333</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., y otros, *Derecho Civil de Cataluña...*, cit., p. 413. En este sentido, el engarce jurídico y efectos de la venta de reemplazo serían los que previamente indiqué, en *supra* II.1.

<sup>334</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «La modernización de la compraventa: el Libro VI del Código civil de Cataluña y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de compraventa», *RCDP*, vol. 19, 2018, p. 96.

<sup>335</sup> *Vid.* capítulo tercero, apartado III.

<sup>336</sup> *Vid.* la doctrina de Garrigues y mi opinión al respecto, en *supra* IV.1.2.

<sup>337</sup> FENOY PICÓN relata que se trata de un grupo de académicos pertenecientes a la escuela del Prof. Joaquín GARRIGUES, que fue continuada por los académicos Rodrigo URÍA, Antonio POLO y José GIRÓN,

trabajo, como consecuencia de la Orden de 7 de noviembre de 2006 del Ministerio de Justicia<sup>338</sup>, en la que se encargó a la Sección segunda de Derecho mercantil, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de un nuevo Código mercantil<sup>339</sup>.

Sus principales objetivos fueron la modernización del Código de comercio (1885), su adecuación a la práctica y al tráfico mercantil actual (EM I-5) y la conservación de la unidad del mercado en el territorio español (EM I-6)<sup>340</sup>.

El proceso del ACM se puede dividir en las siguientes etapas:

1. El 17 de junio de 2013, la Sección segunda –presidida por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano– presentó la *Propuesta de Código Mercantil* al Ministerio de Justicia (PCM 2013)<sup>341</sup>.

2. El 30 de mayo de 2014, tras varias modificaciones sistemáticas, de redacción y de supresión de textos, fruto de un intenso intercambio de observaciones sobre la PCM 2013, entre las diferentes instituciones, en especial, por parte del Ministerio de Economía y Competitividad, el Consejo de Ministros aprobó el *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*. Dicho Anteproyecto mantuvo, a pesar de sus modificaciones, el conjunto de Código mercantil presentado por la Sección, en el PCM 2013<sup>342</sup>.

---

grupo que se ha caracterizado por la unidad, la utilización de la más reciente doctrina y jurisprudencia, el buen manejo del Derecho extranjero y la atención a la práctica. Sobre la forma de trabajo, la estructura, el grupo de trabajo y sus discusiones *vid.* FENOY PICÓN, N., «La Nachfrist...», cit., pp. 869-871.

<sup>338</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, Orden de 7 de noviembre de 2006, firmada por el Excmo. Sr. D. Juan Fernando López Aguilar.

<sup>339</sup> «Aunque dicha labor había comenzado mucho antes. Al respecto, se debe tener en cuenta, que el 1 de febrero de 2006 se había publicado la primera Propuesta de anteproyecto de ley sobre modificación del Código de Comercio español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (en lo sucesivo, PAMCCO 2006), elaborada por la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación. Más adelante, después de la Orden de 7 de noviembre de 2006, se publicó la primera edición de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en 2013 (PCM1) y luego la segunda edición de la Propuesta anterior en el mismo año 2013 (PCM2)». FENOY PICÓN, N., «La Nachfrist...», cit., p. 868 (sobre dichas Propuestas y sus modificaciones, en particular, notas 156-158).

<sup>340</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA/MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, C. M. 30/05/2014: «Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», p. 14 («Exposición de motivos»).

<sup>341</sup> El PCM 2013, presentado al Ministerio, se encuentra disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518926?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_del\\_Codigo\\_Mercantil\\_%2817\\_de\\_junio\\_de\\_2013%29.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Propuestas](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518926?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=ContentDisposition&blobheadertype=Grupos&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_del_Codigo_Mercantil_%2817_de_junio_de_2013%29.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas).

<sup>342</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Presentación del Anteproyecto de Código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters Pro-View (online), Pamplona, 2014, p. 38.

3. La aprobación del ACM significó la decisión política de tramitarlo para ser aprobado, en primer lugar, como Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros (art. 88 CE) y, posteriormente, para ser sometido a discusión y aprobación por las Cortes Generales<sup>343</sup>.

4. El 29 de enero de 2015, el Consejo de Estado se pronunció sobre el ACM, mediante el Dictamen de referencia 837/2014<sup>344</sup>.

5. Actualmente, el proceso de aprobación del ACM se encuentra estancado, pues no prosperó en la anterior legislatura española (2011-2016)<sup>345</sup>. No obstante, el texto sigue siendo un gran referente de estudio académico<sup>346</sup>.

## 2.2 PRESENTACIÓN, MOTIVOS Y ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 417.4 ACM (LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO)

Dicho artículo recoge la regla de la operación de reemplazo como una consecuencia (remedio) general del incumplimiento en los contratos mercantiles<sup>347</sup>.

Artículo 417.4 ACM: «La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato, en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional»<sup>348</sup>.

1. El citado artículo resulta muy parecido al artículo 75 CISG<sup>349</sup>. Pues, exige la *previa resolución del contrato* y establece, como requisitos, la razonabilidad en la forma y el en tiempo de celebración del reemplazo. De este modo, el ACM autoriza al acreedor para exigir la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, además del resarcimiento de cualquier *otro daño adicional*.

<sup>343</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>344</sup> BOE, Consejo de Estado, Dictamen de referencia 837/2014, de 29 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.

<sup>345</sup> BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización...», cit., p. 760 (en particular, nota 67).

<sup>346</sup> Sobre el ACM y sus implicaciones en el Derecho privado español, *vid.* FENOY PICÓN, N., «La *Nachfrist*...», cit., pp. 937-1024.

<sup>347</sup> La regla se encuentra contenida dentro del *Libro Cuarto* «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general», *capítulo VII* «Del incumplimiento de los contratos», *Título I* «Disposiciones generales».

<sup>348</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA/MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, C. M. 30/05/2014: «Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», p. 383.

<sup>349</sup> *Vid.* en capítulo tercero, apartado III.1.

Sobre este artículo de la operación de reemplazo, se pronunció el Consejo de Estado, en el Dictamen de referencia 837/2014. En dicho Dictamen, el Consejo señaló que tanto la regla del mercado (art. 417-3 ACM<sup>350</sup>) como la de la operación de reemplazo (art. 417-4 ACM) respondían a un mismo principio, pero que serían casos distintos, en los que *no* eran claras las diferencias entre uno y otro, y sugirió «una mayor precisión -sobre todo en el primero- para una mejor articulación entre ambos»<sup>351</sup>.

2. La regla de la operación de reemplazo codifica una habitual práctica mercantil<sup>352</sup>. Y, en este sentido, su regulación en el ACM, en palabras de Alonso Ledesma y Vérguez, tiene una especial razón de ser en un «tráfico organizado y estandarizado»<sup>353</sup>.

Lo anterior, es el resultado del espíritu de reforma del Código de comercio, en el cual, tal como manifestó Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, «lo que importa no son las categorías puramente dogmáticas [en las que evidentemente no se encuentra la operación de reemplazo], sino que lo que procede es intentar solucionar los problemas que plantea la realidad del tráfico o del mercado de manera eficaz, huyendo de planteamientos dogmáticos. Se trata por tanto de establecer reglas adecuadas para enfrentarse con las necesidades del tráfico en cada momento histórico» (corchetes míos)<sup>354</sup>.

3. La regla de la operación de reemplazo se ha tenido en cuenta desde la PAMCCO 2006, en el artículo 66.1<sup>355</sup>. Asimismo, el artículo 65.3. I PAMCCO 2006 regulaba la regla del mercado, aunque, a diferencia del artículo 417.3 ACM<sup>356</sup>, recogía el cálculo abstracto (regla del mercado) de forma subsidiaria al cálculo concreto del daño (operación de reemplazo)<sup>357</sup>.

---

<sup>350</sup> *Infra* V.2.3.

<sup>351</sup> BOE, Consejo de Estado, Dictamen de referencia 837/2014, de 20 de enero de 2005.

<sup>352</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1632.

<sup>353</sup> ALONSO LEDESMA, C., «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el anteproyecto de código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters ProView (*online*), Pamplona, 2014, p. 312; VÉRGEZ, M., «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters ProView (*online*), Pamplona, 2014, p. 322.

<sup>354</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Presentación del Anteproyecto de Código mercantil», cit., p. 42.

<sup>355</sup> Artículo 66.1 PAMCCO 2006: «La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato; en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional». ALCALDE SILVA, J., «Notas sobre la operación de reemplazo en el Derecho Español», cit., p. 451; FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1632.

<sup>356</sup> *Infra* V.2.3.

<sup>357</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen... (Parte segunda)», cit., p. 1632.

### 2.3 LA RELACIÓN DE LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO (ART. 417.4 ACM) CON LA REGLA DEL MERCADO (ART. 417.3 ACM)

En este aspecto, la principal diferencia del ACM con la CISG es que, como acabo de indicar, el artículo 417.3 ACM *no* regula la regla del mercado *de forma subsidiaria* a la operación de reemplazo.

Artículo 417.3 ACM: «En los casos en los que la prestación incumplida tenga un precio corriente en el mercado, la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, así como también el resarcimiento de cualquier daño adicional. [...]».

Lo anterior, a mi entender, supone que, cuando el acreedor haya celebrado una razonable operación de reemplazo (obteniendo la satisfacción de su interés de cumplimiento), *podrá optar por reclamar los daños conforme a la regla del mercado*, si estos le resultan más favorables. Es decir, es una regla contraria a la de la CISG y los demás textos internacionales del *soft law* que le siguieron<sup>358</sup>.

Lo anterior, en mi opinión, debería cambiar, toda vez que, como enseña la experiencia estadounidense y la propia doctrina española, lo que debería concederse es el daño real obtenido por el acreedor, al realizar una razonable operación de reemplazo. En este sentido, *debe darse prioridad a la regla de la operación de reemplazo sobre la regla del mercado*.

### 2.4 ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN EL ACM

En el ACM, la regla de la operación de reemplazo, junto con la regla del mercado, se recogió de manera individual, esto es, como una consecuencia más del incumplimiento de los contratos mercantiles. Sin embargo, ello, en mi opinión, podría acarrear ciertos problemas de técnica jurídica, en cuanto que, dado que se exige la previa resolución del contrato, las partidas del daño de la operación de reemplazo y de la regla del mercado no serían más que manifestaciones del remedio indemnizatorio. Remedio que *no* se recogió, con carácter general, en el ACM.

---

<sup>358</sup> Vid. capítulo tercero, apartados III.3.3. y V.3.

Lo anterior, es el resultado de la dicotomía civil-mercantil, que se mantuvo en las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos español. A ello me referiré a continuación.

#### 2.4.1 *El debate de la regulación de la normativa de las obligaciones y contratos en el ACM*

El *Libro cuarto* del ACM –donde se regula la operación de reemplazo– se dedica a regular *cuestiones fundamentales* de las obligaciones y los contratos mercantiles en general (arts. 411-450). Dicha regulación se inspiró en los instrumentos de la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL, dirigida a las concretas especialidades de los contratos mercantiles (EM I-35)<sup>359</sup>.

Pues bien, las regulaciones contenidas en el *Libro cuarto* («De los contratos mercantiles en particular») han generado cierta crítica por parte de la doctrina<sup>360</sup>, porque se considera que son normas de carácter general de las obligaciones y contratos y que, en efecto, pertenecen al Derecho común<sup>361</sup>. Además, porque esta regulación resulta contraria a la idea de la *unidad legislativa sobre la teoría general de los contratos y obligaciones* (tan abogada por la doctrina, incluso la mercantil<sup>362</sup>), como superación de la división civil-mercantil del Derecho de contratos, que, en la actualidad, no parece tener sentido alguno<sup>363</sup>. Como

---

<sup>359</sup> FENOY PICÓN, N., «La *Nachfrist*...», cit., p. 957.

<sup>360</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta Mercantil», vol. I, 1, 2014, pp. 7-27; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil...», cit., pp. 27-66.

<sup>361</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones...», cit., pp. 14-16; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil...», cit., pp. 38-30.

<sup>362</sup> Entre estos, Joaquín Garrigues (1959), Aurelio Menéndez, Beltrán Sánchez, Vicent Chuliá y el mismo presidente de la Sección Segunda, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (1972). GARCÍA RUBIO en «Algunas consideraciones...», cit., pp. 14-15.

<sup>363</sup> GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones...», cit., pp. 8-9; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil...», cit., pp. 39-40. En este mismo sentido, también se pronunció el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el ACM*: «[e]n suma, la cuestión competencial apuntada en relación con el designio de recoger una regulación general y común en el doble sentido apuntado (común a todos los contratos mercantiles y a todo en el ámbito nacional), unida a la frustración de las iniciativas orientadas a una actualización de la regulación del Código civil en materia de obligaciones y contratos, puede explicar que, en la elaboración de este concreto Anteproyecto, se haya considerado oportuno incorporar al Libro Cuarto un conjunto de normas que, en otro caso, podrían extenderse tanto al ámbito civil como al mercantil (y, por tanto, no se configurarían como específicas del ámbito mercantil). Sin embargo, *entiende el Consejo de Estado que una correcta técnica normativa y, sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa* que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio –el Código Civil– el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil; y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban recoger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil». BOE, Consejo de Estado, dictamen 837/2014, de 20 de enero de 2005.

es conocido, la *regulación unitaria de los contratos y obligaciones* es la tendencia del Derecho de obligaciones y contratos europeo<sup>364</sup>.

Incluso, la doctrina también ha criticado que, si al menos se quería mantener la dualidad civil-mercantil, pudo haber existido una coordinación sistemática entre la Sección Primera de Derecho Civil (concretamente, atendiendo a la PMCC) y la Sección Segunda de Derecho Mercantil, ambas de la Comisión General de Codificación, para conseguir el objetivo común de la *modernización del Derecho de obligaciones y contratos*<sup>365</sup>.

*En defensa de regular solo las cuestiones fundamentales del Derecho de obligaciones y contratos*, en el ACM, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano aclaró que ello obedece a que, si estas se dejaran en la legislación civil, podía ocurrir que esta no fuese aplicado en todo el territorio del Estado, en la medida que, conforme a la competencia autonómica concedida para la legislación civil (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE<sup>366</sup>), las Comunidades Autónomas podrían incorporar normas que afecten la unidad del Derecho aplicable en la relaciones mercantiles. En este sentido, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano señala el ejemplo de la entrada en vigor del Libro sexto del Código civil de Cataluña, el cual contiene normas que inciden en el ámbito de la legislación mercantil, que podrían alterar la conservación de la *unidad del mercado* que se pretende con el Código mercantil; de ahí, que el Estado tenga exclusiva competencia sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6.<sup>o</sup> CE<sup>367</sup>)<sup>368</sup>.

Al respecto, García Rubio manifiesta su preocupación, en cuanto que considera que dicho deseo de «garantizar que algunas Comunidades Autónomas no puedan legislar en materia contractual, a fin de preservar la unidad de mercado, presuntamente amenazada, es inédita en el marco comparado más relevante, no se justifica desde el punto de vista técnico y es, además, en opi-

<sup>364</sup> En este sentido, *vid.* el debate planteado por OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil...», cit., pp. 37-66.

<sup>365</sup> FENOY PICÓN, N., «La *Nachfrist*...», cit., pp. 977-986; GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones...», cit., pp. 8, 15-16 y «La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos», *BMJ*, vol. LXIX, 2178, 2015, p. 25.

<sup>366</sup> Artículo 149.1. 8.<sup>a</sup> CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 8.<sup>a</sup> Legislación civil, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.» (cursiva mía).

<sup>367</sup> Artículo 149.1. 6.<sup>a</sup> CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 6.<sup>a</sup> Legislación mercantil [...], sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

<sup>368</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Presentación del Anteproyecto de Código mercantil», cit., pp. 43-47.

nión de la autora, inconstitucional». La autora aboga por una codificación unificada de obligaciones y contratos<sup>369</sup>.

#### 2.4.2 *El problema de la regulación aislada de la operación de reemplazo en el ACM*

Otra crítica que se ha hecho al ACM es que no hay un criterio claro para distinguir *las cuestiones fundamentales de las obligaciones y contratos* de las que no lo son, en los contratos mercantiles. Por ejemplo, García Rubio señala que no se explica muy bien por qué se regula la resolución (art. 417.2 ACM), y no la indemnización de daños<sup>370</sup>.

Al hilo de ello, si bien es cierto que la operación de reemplazo es una práctica muy habitual en el tráfico mercantil, sobre todo en la compraventa de cosas fungibles con ánimo de lucro (art. 325 CCo), no le encuentro mucho sentido a que se regule en solitario (como si fuera un remedio independiente) toda vez que, como se ha estudiado a lo largo de este libro, la regla de la operación de reemplazo es una manifestación de la indemnización de daños y perjuicios, que se fundamenta en la mitigación del daño, tal y como se dispone en el Derecho Uniforme de la CISG y en los demás textos internacionales de *soft law* que le siguieron (Principios UNIDROIT, PECL, entre otros), y que seguramente inspiraron la regulación en el ACM.

Por lo anterior, cabe cuestionarse si, en su lugar, y por razones de técnica jurídica, deberían regularse las concretas reglas de valoración del daño (regla del mercado y operación de reemplazo) en la propuesta civil de la PMCC, la cual sí recoge las reglas propias de la indemnización de los daños y perjuicios, entre estas, la de la mitigación del daño (art. 1211 PMCC). Es decir, considero que estas deben evaluarse de cara a una reforma civil, y no mercantil.

No obstante, creo que lo más conveniente sería regular las reglas de cuantificación del daño (operación de reemplazo y regla del mercado) en un texto uniforme de regulación del Derecho de contratos y obligaciones (esto es al margen de la dualidad civil-mercantil). Texto que incluiría las normas sobre la pretensión de cumplimiento y sus excepciones, la resolución de la relación contractual, la indemnización de daños y perjuicios, el deber de mitigar los daños y perjuicios, en orden a regular la operación de reemplazo en un texto legislativo sistemático y coherente.

---

<sup>369</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La mercantilización del Derecho Civil...», cit. pp. 5, 21-25.

<sup>370</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones...», cit., p. 17.

Además, sería conveniente establecer un criterio claro para distinguir cuándo se aplica el sistema de cálculo de la regla del reemplazo y cuándo el de la regla del mercado, tal como se ha sugerido en el Dictamen del Consejo de Estado. Pues, en mi opinión, la redacción de ambas reglas en el ACM deja varias cuestiones abiertas, tales como: la de si el sistema de cálculo concreto del daño, conforme a la operación de reemplazo realizada por el acreedor, desplaza el criterio del cálculo abstracto del daño (caso del Derecho estadounidense, de la CISG; también, es la tesis de Garrigues); si el criterio del cálculo abstracto desplaza al criterio del cálculo concreto, por lo que el daño según la operación de reemplazo realizada por el acreedor se indemnizará solo cuando *no* se pueda establecer un precio corriente (caso del Derecho inglés); si el criterio de la regla del mercado se aplica, salvo si con la operación de reemplazo se han *mitigado los daños* y que, en efecto, su precio esté por debajo del precio corriente (tesis de Soler Presas); si el criterio de determinación del daño depende de la *elección del acreedor* y, en consecuencia, se aplicará el que le sea más favorable (lectura que, a mi juicio, sería la más cercana a lo previsto en el ACM).

## VI. CONCLUSIONES CAPÍTULO QUINTO

1. En el Derecho de contratos español, la operación de reemplazo supone una indemnización en lugar de la pretensión de cumplimiento: desjudicializando las normas de los artículos 1096. II y 1098. I del Código civil español, pues priva al deudor de su derecho a cumplir con la obligación, *transformando la pretensión de cumplimiento en la indemnización de daños y perjuicios*. Naturalmente, cuando esta se lleva a cabo extrajudicialmente.

Así, conforme al nuevo modelo de responsabilidad contractual, podría reclamarse mediante la resolución y su indemnización complementaria (como ocurre con el art. 75 CISG), o de modo independiente y autónomo (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1101 CC y ss.): es decir, puede aplicar para *incumplimientos por inexecución total de la prestación o por falta de conformidad*. El acreedor puede elegir entre la resolución y su indemnización o la sola indemnización, según lo que le resulte más conveniente. Naturalmente, cumplimiento con los requisitos propios de la resolución y, en su caso, *del derecho del deudor a cumplir con la prestación*. Y, es así, como parece tratarla la jurisprudencia española.

La determinación de la naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo, lejos de ser un asunto meramente teórico, tiene consecuencias de orden práctico: *a)* se abre la posibilidad de celebrar operaciones de reemplazo

en los casos de incumplimiento anticipado; *b*) los principios y reglas de la indemnización son aplicables al daño correspondiente a la operación de reemplazo efectivamente realizada por el acreedor; y *c*) el acreedor se puede quedar con el beneficio que le dejase una favorable operación de reemplazo.

2. Partiendo de la naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo, el daño que en consideración a ella se indemniza viene a reestablecer lo que se hubiese obtenido con el cumplimiento contrato. Unas veces indemniza el daño que supone adquirir la prestación, en condiciones distintas a las del contrato incumplido, y otras veces supone la obtención del precio que se buscaba con el contrato (art. 1106 CC). Por ello, en lo que se refiere al daño de la operación de reemplazo, no parece necesario acudir a las categorías del daño emergente y el lucro cesante.

3. Situado el daño de la operación de reemplazo en la lesión del interés en el cumplimiento, este daño debe reputarse previsible, de conformidad con el artículo 1107. I CC. Ello, a pesar de que la operación de reemplazo se realice en un mercado extremadamente fluctuante, cuyas alteraciones en lo precios no fueron previstas por las partes. En estos casos es clave el *criterio de la razonabilidad y buena de la operación de reemplazo*. Cuando las prestaciones tienen un precio extremadamente fluctuante en el mercado, lo *razonable* será que el acreedor acuda al mercado inmediatamente, a fin de no especular a costa del deudor.

4. La fundamentación de la indemnización conforme al criterio de la operación de reemplazo se encuentra en la mitigación del daño y también porque, simultáneamente, satisface al acreedor (evita el daño de insatisfacción del acreedor y mitiga la cuantía de la indemnización).

5. En el Derecho español, la facultad del acreedor de celebrar operaciones de reemplazo fue introducida por la doctrina mercantil, primero en la compraventa de reemplazo, y se extendió a todos los demás tipos contractuales, a través de la doctrina civil.

En cuanto a la jurisprudencia, la indemnización del daño de la operación de reemplazo se admite como un daño real-concreto del acreedor y bajo el parámetro de la causalidad del daño con el incumplimiento del deudor.

Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se aprecia una importante evolución del estudio y trato de la regla de la operación de reemplazo, gracias a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, impulsado por el Derecho Uniforme de la CISG y los instrumentos internacionales de *soft law*, como los Principios UNIDROIT y los PECL.

6. Sobre la determinación del daño de la operación de reemplazo, en el Derecho español parecen convivir dos sistemas de cálculo: el cálculo concreto del daño, que toma como referencia el precio de la operación de reemplazo

efectivamente realizada por el acreedor, y el cálculo abstracto del daño, con arreglo al precio del mercado. El primer sistema, según la operación de reemplazo realizada, se entiende como una partida del daño *real-concreto* resarcible, por vía del artículo 1106 CC. El segundo sistema de la regla del mercado es más bien un criterio, de carácter normativo, que se basa en la suposición de una hipotética operación de reemplazo. Por tanto, el daño calculado conforme al sistema de cálculo concreto no debería circunscribirse al cálculo abstracto del daño. Antes bien debería ser prioritario. Mediante la indemnización de la operación de reemplazo, se asegura una adecuada satisfacción del interés contractual del acreedor y una rápida liquidación del daño contractual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la operación de reemplazo es, en gran parte, el resultado de la capacidad negociadora del acreedor, considero que se debe abogar por establecer o delimitar *reglas sobre cómo el acreedor ha de proceder a realizar una razonable operación de reemplazo*. Ya que, como he puesto de manifiesto, la jurisprudencia tiende a conceder el daño de la operación de reemplazo sin muchos elementos argumentativos y prácticos. Para dicha tarea, hace falta acudir a las diferentes constelaciones de casos en donde se ha aplicado la regla de la operación de reemplazo. A ello me referiré en el siguiente capítulo.

7. Respecto de la positivación de la regla del reemplazo considero que podría traer ciertos beneficios al sistema de responsabilidad contractual. *El primero* es que se fomentaría el uso de una práctica muy habitual en la práctica mercantil, como una vía normal de satisfacción de interés de cumplimiento del acreedor, favoreciendo la mitigación del daño. *El segundo*, es que, al establecerse condiciones claras sobre la realización del reemplazo, el acreedor gozaría de una garantía de *liquidación extrajudicial de sus daños*, evitando acudir a la cuantificación hipotética de la regla del mercado. Y *el tercero* es que, si el sistema de cálculo concreto del daño desplaza al abstracto, se *evitaría la posibilidad de una sobre indemnización del daño*, puesto que el acreedor ya habría obtenido su interés de cumplimiento con la razonable operación de reemplazo. Lo que, en mi opinión, les proporciona cierta seguridad jurídica tanto al acreedor como al deudor.

La regla de la operación de reemplazo, en mi opinión, debe contener expresamente los requisitos de *la razonabilidad y de la buena fe* [que no son lo mismo, como se ha visto en la experiencia estadounidense [2-706-12 y 2-103 (1)(b) *UCC*]], para que el acreedor pueda acudir al mercado. Y, además, debe indicar con claridad cuándo se aplica el criterio del reemplazo y cuándo el de la regla del mercado.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA Y DE *LEGE FERENDA***

Primera. La operación de reemplazo admite dos enfoques distintos (correspondientes a dos de los remedios del incumplimiento), que se encuentran en los diferentes ordenamientos estudiados. Puede ser considerada como una manifestación de la pretensión de cumplimiento. Mediante de ella, el acreedor satisface su interés, por cuenta y riesgo del deudor. También, como una manifestación de la pretensión indemnizatoria. En este caso, la operación de reemplazo es un criterio de la determinación del daño indemnizable. Soy partidaria de encuadrarla en el ámbito del remedio indemnizatorio. La aplicación de los requisitos propios de la indemnización, incluso, permite que opere mejor la razonabilidad del reemplazo, a través de la mitigación del daño.

Por otro lado, no creo que proceda enmarcarla en la pretensión de cumplimiento, considerándola como un acto de autogestión del cumplimiento frustrado, ejecutado por el acreedor. Este enfoque lleva consigo efectos poco prácticos en la práctica extrajudicial. Más bien, creería que este enfoque debe limitarse a la sustitución del cumplimiento por un tercero dentro del proceso.

Naturalmente, para que el acreedor pueda llevar a cabo una operación de reemplazo, *debe cumplir con los requisitos del remedio resolutorio* (ej., incumplimiento esencial) o, *en caso de incumplimiento defectuoso*, del derecho del deudor al cumplimiento/subsanación de la prestación.

Segunda. Partiendo de la anterior conclusión, que sitúa la función de la operación de reemplazo en el marco de la pretensión indemnizatoria, es necesario admitir, sin embargo, que dicha indemnización se refiere, prioritariamente, al interés en el cumplimiento del contrato, en sí mismo considerado, y no a otros daños. Esto hace que no sea oportuno utilizar las categorías de daño

emergente y lucro cesante, referidas a la caracterización de los daños, en el ámbito específico de la operación de reemplazo.

Tercera. Situado el daño de la operación de reemplazo en la lesión del interés en el cumplimiento del contrato, este daño debe reputarse previsible, conforme al criterio del artículo 1107. I CC. Es previsible, en el concepto legal, aunque la operación de reemplazo se realice en un mercado extremadamente fluctuante, cuyas alteraciones no fueran previstas por las partes. La previsibilidad debe ser referida a la necesidad de acudir al mercado, como consecuencia del incumplimiento del contrato, para satisfacer *in natura* el interés en el cumplimiento del mismo. En cualquier caso, debe ser tenido en cuenta el criterio de la razonabilidad de la operación de reemplazo, al que me refiero en otra conclusión.

Cuarta. Hay dos sistemas de cálculo del daño indemnizable en la operación de reemplazo: el sistema de cálculo concreto y el de cálculo abstracto. El primero calcula el daño conforme a la operación de reemplazo efectivamente realizada por el acreedor; el segundo, con arreglo al precio del mercado.

En el Derecho español se puede afirmar que conviven ambos sistemas y no está muy claro cuál de ellos tiene prioridad sobre el otro. En muchos casos, ni siquiera hay consciencia de que se esté aplicando un sistema u otro. Para muchos autores (no todos ciertamente) esta cuestión pasa desapercibida. Por mi parte, creo que debería tener prioridad el sistema de cálculo concreto del daño, cuando efectivamente se ha realizado por el acreedor una operación de reemplazo. Y de no ser así, sería aplicable, subsidiariamente, el sistema de cálculo abstracto.

Ello, incluso, a pesar de que el precio de la operación de reemplazo no sea menor que el precio del mercado. Ello *no* implicaría ir en contra de la mitigación del daño, pues, la sola celebración del reemplazo ya es mitigadora de otros daños. Por tanto, limitar el reemplazo al cálculo abstracto, lo único que podría significar es el desconocimiento del daño real padecido por el acreedor.

Quinta. Si se opta, como creo que es oportuno hacer, por el sistema de cálculo concreto del daño, resulta necesario *contar con un instrumento jurídico de control del modo en que se ha realizado la operación de reemplazo*. Ese instrumento de control utiliza unos criterios (referidos al lugar, al tiempo, a la equivalencia de las prestaciones, entre otros), que determinan la razonabilidad y la buena fe de la operación de reemplazo realizada, para calcular el daño.

En la determinación de las condiciones de razonabilidad y buena fe de la operación de reemplazo realizada, está presente el criterio de la mitigación del daño. Ello, protege, por un lado, al acreedor que realiza una operación de reemplazo de buena fe (aunque esta no sea más económica que el precio del

mercado) y, por otro lado, al deudor del daño y los recursos económicos en general, pues, *promueve que los acreedores realicen operaciones de reemplazo lo más pronto y razonable posible, de forma que el daño no se vea incrementado.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en mi opinión, *resulta necesario incluirlo en una reforma de Código civil español*, dentro de sistema de cálculo del daño contractual, del mismo modo que se reguló en la CISG, creando, además, una armonización sistemática del ordenamiento.

Sexta. La indemnización del daño referido al interés en el cumplimiento, calculado conforme a la regla de operación de la reemplazo, no excluye la indemnización de otros daños conectados con la ejecución de la operación de reemplazo (no me refiero a otros daños que no tengan esa conexión). Tales daños pueden ser catalogados como daño emergente o lucro cesante.

Es un daño emergente indemnizable el correspondiente a los gastos incidentales en los que haya incurrido el acreedor, con ocasión de la operación de reemplazo (gastos de almacenaje, transporte, comisiones, entre otros). Para valorar si es indemnizable este tipo de daño será necesaria la razonabilidad.

El lucro cesante indemnizable, conectado con la operación de reemplazo, se circunscribe al periodo de tiempo en el que razonablemente esta debe ser realizada. Y ha de estar justificado conforme al principio de la previsibilidad del daño (art. 1107. I CC).

Séptima. Al sistema de determinación del daño conforme a la figura jurídica de la operación de reemplazo le son aplicables ciertos principios de la indemnización de daños. En concreto, la aminoración del daño por el cómputo de los beneficios (tradicionalmente conocido como la *compensatio lucri cum damno*).

Lo anterior, puede ocurrir, por ejemplo, cuando el vendedor-acreedor realiza una venta de reemplazo obteniendo un beneficio de la misma (vender a un precio más caro que el pactado por el contrato incumplido), pero, además sufre otros daños por el incumplimiento del comprador-deudor, los cuales podrían deducirse del beneficio.

Octava. Frente a una reclamación de daños del acreedor, el deudor puede oponer las siguientes excepciones, relacionadas con la operación de reemplazo y su sistema indemnizatorio:

1.<sup>a</sup> En el caso de que el acreedor reclame daños que se hubieran podido evitar o mitigar con una oportuna operación de reemplazo, el deudor puede oponerse a la indemnización de estos. Para ello, tiene la carga de probar que el acreedor podía realizar fácilmente una operación de reemplazo. De esta mane-

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

ra, el juez, si así lo considera, procederá a la moderación de la cuantía indemnizatoria reclamada.

2.<sup>a</sup> En el caso de que el acreedor reclame el daño conforme al sistema de cálculo abstracto o según la regla del mercado, ocultando que ha realizado una satisfactoria operación de reemplazo, que no le causó daño alguno o que le causó un menor daño (que el calculado de modo abstracto), el deudor puede oponerse a dicha indemnización, acreditando que el acreedor ha obtenido la satisfacción de su interés en el cumplimiento a través de una razonable y satisfactoria operación de reemplazo.

3.<sup>a</sup> En el caso de que el acreedor reclame la indemnización correspondiente a una operación de reemplazo, realizada de modo no razonable, el deudor puede probar la improcedencia de tal indemnización, por no adecuarse la misma a las condiciones de razonabilidad. Esto no impide que al acreedor se le conceda la indemnización que habría tenido de haber realizado hipotéticamente una razonable operación de reemplazo.

Novena. Por último, cuando el acreedor reclama el daño *por la pérdida de volumen del negocio*, el sistema de cálculo del daño, conforme a la operación de reemplazo, *no es aplicable en ningún caso*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABYAD, I., «Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn's Uniform Commercial Code Jurisprudence», *Virginia Law Review*, vol. 83, n.º 2, 1997, pp. 429-459.
- ADLER, B., «Efficient Breach Theory through the looking glass», *NYU Law Review*, vol. 83, n.º 6, 2008, pp. 1679-1725.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El moderno Derecho alemán de obligaciones*, 1.ª, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017.
- ALCALDE SILVA, J., *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013.
- «Notas sobre la operación de reemplazo en el Derecho Español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 23, n.º diciembre, 2014, pp. 445-478.
- ALCARAZ, E.; HUGHES, B., y ÁNGEL CAMPOS, M., *Diccionario de términos jurídicos Inglés-Español*, 11, Ariel, 2014.
- ALONSO LEDESMA, C., «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el anteproyecto de código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters ProView (online), Pamplona, 2014.
- ANDERSON, R. R., «A Look Back at the Future of UCC Damages Remedies», *SMU Law Review*, vol. 71, n.º 1, 2018, pp. 185-247.
- «An Overview of Buyers' Damage Remedies», *UCCLJ*, vol. 21, n.º 1, 1988, p. 28.
- «Incidental and Consequential Damages», *J. L. & Com.*, vol. 7, 1987, pp. 327-468.
- «The Cover Remedy», *J. L. & Com.*, vol. 6, 1986, pp. 155-212.

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J., «Realización específica del interés del acreedor por otros medios. Resolución y operación de reemplazo», en Álvaro Vidal Olivares, Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, pp. 301-330.
- «Resolución del contrato y operación de reemplazo. Realización específica del interés del acreedor», *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 71, 2017, pp. 9-44.
- ARANA DE LA FUENTE, I., «Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AAVV (ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 1353-1396.
- ARBEL, Y. A., «Contract Remedies in Action: Specific Performance», *Virginia L. Rev.*, vol. 118, 2015, pp. 369-410.
- ARNAUD, A. J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 2016.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 2005.
- BAHAMONDES OYARZÚN, C., *El cumplimiento específico de los contratos*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2018.
- BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4th, London, 2002.
- BARCIA LEHMANN, R., y RIVERA RESTREPO, M., «Covergencias y divergencias del derecho de incumplimiento del Código Civil alemán con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y otros textos internacionales», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, vol. 81, n.º diciembre-mayo, 2018, pp. 361-403.
- BARNES, D. W., «The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory», *S. Cal. Int. L. J.*, n.º 6, 1998, pp. 397-490.
- BARONE GONZÁLEZ, J. L., «El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano», *Revista Verba Iuris*, vol. 13, n.º 39, 2018, pp. 81-106.
- BARRAL VIÑALS, I., «Las obligaciones del vendedor en el Libro VI del Código Civil de Cataluña: la entrega de la cosa y la transmisión de la titularidad», en Ángel Serrano de Nicolás (ed.), *Estudios sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2018.
- BARROS BOURIE, E.; GARCÍA RUBIO, M. P., y MORALES MORENO, A. M., *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; TALLON, D., y VOGENAUER, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law (Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe)*, Oxford/Portland, 2010.

- BENAVENTE MOREDA, P., «Alcance de la indemnización de perjuicios en los PLDC, atendiendo a la conducta del acreedor-contribución a los perjuicios y mitigación de los mismos. Análisis comparativo con otras propuestas y textos legales», en Álvaro Vidal Olivares, y Gonzalo Francisco Severin Fuster (eds.), *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Civitas, Santiago de Chile, 2018, pp. 726-771.
- BENJAMIN, J. P., *Benjamin's sale of goods*, 9th, Sweet & Maxwell, London, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Presentación del Anteproyecto de Código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters ProView (online), Pamplona, 2014.
- BRIDGE, M., «Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 59, 2010, pp. 911-940.
- «Remedies and Damages», en Larry DiMatteo, André Janssen, Ulrich Magnus y Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law Contract*, C. H. Beck; Hart; Nomos, München; Oxford; Baden-Baden, 2016.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 24.ª, Tecnos, Madrid, 2017.
- BURROWS, A., *A Restatement of The English Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BURROWS, A., y CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, 29th, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, vol. 60, n.º 2, 2007, pp. 621-848.
- CALAMARI, J., y PERILLO, J., *Contracts*, 3rd, Hornbook Series, WEST, 1987.
- CALIFORNIA-STATE, «Sales: Rights and remedies of seller: Resale: Effect of failure to pursue code requirements», *Cal. L. Rev.*, vol. 13, n.º 3, 1925, pp. 314-360.
- CAMPBELL, D., «Market Damages and the Invisible Hand», en Larry A. DiMatteo y Martin Hogg (eds.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 297-312.
- «The Relational Constitutions of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract», *Tex. Wesleyan L. Rev.*, vol. 11, 2005, pp. 455-480.
- CARRASCO PERERA, Á., «Artículo 1101», en Manuel Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- «Artículo 1106», en Manuel Albaladejo (Dir.) (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 666.
- *Derecho de Contratos*, 2.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- *Derecho de Contratos*, 3.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.
- CARTWRIGHT, J., *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the Civil Lawyer*, 3rd, Hart Publishing, Oxford, 2016.

- CARTWRIGHT, J.; FAUVARQUE-COSSON, B., y WHITTAKER, S., «The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English», *République française, Ministère de la Justice, Textes & Réformes*, 2016, pp. 1-56.
- CASTELLANOS RUIZ, E.; EGEA ZEROLO, R., y IBAÑEZ MARSILLA, S., «La Compraventa Internacional de Mercaderías (cap. II)», en Alfonso Calvo Caravaca, y Mariano Yzquierdo Tolsada (eds.), *Tomo XVI. Los contratos internacionales (I)*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014.
- CENDON, P., *Commentario al Codice Civile*, Giuffré, Milán, 2009.
- CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016.
- CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, 5th, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CHEN-WISHART, M., y MAGNUS, U., «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard Dannemann, Stefan Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law*, 1st, Oxford University Press, Croydon, 2013.
- CHILDRES, R., «Buyer's Remedies: the Danger of Section 2-713», *Northwestern University L. Rev.*, vol. 72, n.º 6, 1978, pp. 837-853.
- CHITTY, J., *Chitty on Contracts*, vol. I, 32nd, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- *Chitty on Contracts*, vol. II, 32nd, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- CISG ADVISORY COUNCIL, *Opinion No. 6 –Calculation of Damages under CISG Article 74–*, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Adopted by the CISG-AC at its Spring meeting in Stockholm, Sweden, 2006.
- *Opinion No. 8 –Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76–*, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008.
- CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (2016)*, Naciones Unidas, New York, 2017.
- COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios notariales de España, Madrid, 2003.
- CORBIN, A., *Corbin on Contracts*, vol. XI, WEST, New York, 1993.
- *Corbin on Contracts*, vol. I, WEST, New York, 1993.
- *Corbin on Contracts*, West Publishing, New York, 1952.
- CORDÓN MORENO, F., *El Proceso de Ejecución*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- CORRAL TALCIANI, H., «La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho Civil continental y de *Common Law*», *RDUCN*, vol. 16, n.º 2, 2009, pp. 139-159.
- CRASWELL, R., «Contract remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach», *Cal. L. Rev.*, vol. 61, 1988, pp. 629-670.
- CRISTÓBAL MONTES, Á., «Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor», *RCDI*, vol. 595, n.º noviembre-diciembre, 1989, pp. 1965-1976.

- CUNNINGTON, R., «The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract», en Charles Rickett (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 115-145.
- DAWSON, J. P., «Specific Performance in France and Germany», *Mich. L. Rev.*, vol. 57, 1959, pp. 495-538.
- DE BACARDÍ, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, vol. I, Imprenta de Benito Espona, Barcelona, 1840.
- DECOCK, W., «La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, vol. 73, 2014, pp. 513-533.
- DE EIZAGUIRRE, J. M., «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», *ADC*, vol. 65, n.º 2, 2012, pp. 533-546.
- DE LA MAZA GAZMURI, Í., y VIDAL OLIVARES, Á., «El contenido: Una primera aproximación», en Íñigo De la Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares (coord. y ed.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017, pp. 27-75.
- DELL'AQUILA, E., *El contrato en derecho inglés (aspectos de derecho comparado)*, PPU, Barcelona, 2001.
- DE VRIES, G., «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil and Common - Law System and, if So, How Has it Been Bridged in the DCFR?», *European Review of Private Law*, vol. 58, n.º 4, 2009, pp. 581-597.
- DEL OLMO GARCÍA, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- «La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013)», *ADC*, vol. 67, n.º 1, 2014, pp. 313-328.
- DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DENOYER, D., «Remedying Anticipatory Repudiation - Past, Present, and Future», *S. M. U. L. Rev.*, vol. 52, n.º 1, 1999, pp. 1787-1816.
- DESHAYES, O.; GENICON, T., y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2.ª, LexisNexis, Paris, 2018.
- DÍEZ -PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2.ª, Tecnos, Madrid, 1988.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.ª, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.ª, Civitas, Madrid, 1993.
- «Prólogo», en *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo I, 11.ª, Tecnos, Madrid, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «Artículo 1106», en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (eds.), *Código Civil Comentado. Vol III [Libro IV - De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters ProView (online), 2016.
- DiMATTEO, L. A., «An American Perspective on the European Harmonisation of Contract Law», en Francisco De Elizalde (ed.), *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, Hart, Oxford, 2018.
- DORNIS, T. W., «Article 74», en Peter Mankowski (ed.), *Commercial Law. Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, München; Oxford; Baden-Baden, 2019, pp. 339-349.
- «Article 75», en Peter Mankowski (ed.), *Commercial Law. Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, München; Oxford; Baden-Baden, 2019, pp. 349-353.
- «Particular Remedies for Non-Performance», en Stefan Leible y Matthias Lehmann (eds.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014.
- DYSON, A., y KRAMER, A., «There Is No Breach Date Rule: Mitigation, Difference in Value and Date of Assessment», *Law Quarterly Review*, vol. 130, 2014, pp. 259-281.
- ELLEN A., P., «Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two», *Yale L. J.*, vol. 73, n.º 2, 1963, pp. 199-287.
- ESTASÉN, P., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892.
- FARNSWORTH, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4th, Oxford University Press, New York, 2010.
- *Contracts*, 4th, Aspen, New York, 2004.
- *Farnsworth on Contracts*, vol. III, 3th, Aspen, New York, 2004.
- *Farnsworth on Contracts*, vol. I, 3th, Aspen, New York, 2004.
- «Legal Remedies for Breach of Contract», *Colum. L. Rev.*, vol. 70, noviembre, 1970, pp. 1145-1216.
- «Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract», *Yale L. J.*, vol. 94, n.º 6, 1985, p. 1339.
- FARNSWORTH, A.; SANGER, C.; COHEN, N.; BROOKS, R.; GARVIN, L., *Contracts. Cases and Materials*, 8th, University cases Book Series, Foundation Press, 2013.
- FENOY PICÓN, N., «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 2003», *CCJC*, vol. 65, 2005, pp. 509-555.
- «Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2008», *CCJC*, vol. 80, 2009, pp. 571-590.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», *ADC*, vol. 62, n.º 1, 2009, pp. 211-324.

- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios y el incumplimiento», *ADC*, vol. 64, n.º 4, 2011, pp. 47-136.
- «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de los Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC*, vol. 68, n.º 3, 2015, pp. 801-1082.
- «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, vol. 70, n.º 2, 2017.
- FERRANTE, A., «¿Quimera o Fenix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado*, vol. 30, enero-junio, 2016, pp. 107-127.
- FERRARA JR., F., *L'Esecuzione Coattiva Della Compra-Vendita Commerciale*, Giuffrè, Milán, 1937.
- FLECHTNER, H. M., «Remedies under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U. C. C.», *J. L. & Com.*, vol. 8, 1988, pp. 53-108.
- FULLER, L. L., y PERDUE, W. R., «The Reliance Interest in Contract Damages», *Yale L. J.*, vol. 46, n.º 3, 1937, pp. 373-420.
- GALLEGO, E., «La Compraventa Mercantil», *RDM*, vol. 287, 2013, pp. 9-26.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Thomson Civitas, Pamplona, 2007.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español (1852)*, Tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA PÉREZ, C. L., «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *ADC*, vol. 70, n.º 3, 2017, pp. 1073-1137.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta Mercantil», vol. I, n.º 1, 2014, pp. 7-27.
- «La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos», *BMJ*, vol. LXIX, n.º 2178, 2015, pp. 5-30.
- «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *RDC*, vol. VI, n.º 4, 2019, pp. 1-43.
- GARNER, B., *Black's Law Dictionary*, 10th, Thomson Reuters, U. S. A., 2004.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 8.ª (Revisada por Sánchez Calero), Imprenta Aguirre, Madrid, 1983.
- *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 4.ª, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.
- *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-Tomo 3, RDM, Madrid, 1963.
- GARRO, A. M., «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», *La Ley*, vol. A, 1985, pp. 693-707.

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- GARRO, A. M., y ZUPPI, A. L., *Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990.
- GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de comercio español comentado*, 2da, BOSCH, Barcelona, 1948.
- GERGEN, M., «A theory of Self-Help Remedies in Contract», *B. U. L. Rev.*, vol. 89, 2009, pp. 1397-1449.
- «Reply to David Campbell, “Market Damages and the Invisible Hand”», en Larry A. DiMatteo y Martin Hogg (eds.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 333-341.
- GILI SALDAÑA, M., «Sentencia de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6950)», *CCJC*, vol. 86, 2011, pp. 1075-1096.
- GILMORE, G., *The death of contract; The ages of American law*, Gryphons Editions, New York, 1997.
- GOETZ, C.; SCOTT, R., «The Mitigation Principle: Toward a General theory of Contractual Obligation», *Virginia L. Rev.*, vol. 69, n.º 6, 1983, pp. 967-1024.
- GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, vol. LXV, n.º 1, 2012, pp. 29-102.
- GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, vol. 3, 2007, pp. 1-48.
- GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *ADC*, vol. 77, n.º 4, 2014, pp. 1199-1252.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Imprenta del heredero de José Gorgas, Barcelona, 1859.
- GORDLEY, J., «Myth of “ Expectation Interest ”», *U. Pac. L. Rev.*, vol. 52, 77, 2020.
- GOTANDA, J., «Article 75», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, y Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck München, München, 2011.
- GREBLER, E., «Fundamental breach of contract under CISG: A controversial rule», *Am. Soc’y Int’l L.*, n.º 101, 2007, pp. 407-413.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la *remoteness rule*», *ADC*, vol. 64, n.º 1, 2011, pp. 125-156.
- «La modernización de la compraventa: el Libro VI del Código civil de cataluña y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de compraventa», *RCDP*, vol. 19, 2018, pp. 71-111.
- «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)», *ADC*, vol. 70, n.º 4, 2017, pp. 1575-1611.

- GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «*The Future of Contract Law in Latin America*, 25 de junio de 2015, *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)*», *ADC*, vol. 68, n.º 3, 2015, pp. 1083-1090.
- HAANAPPEL, P. P. C., y MACKAAY, E., *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek/New Netherlands Civil Code/Nouveau Code Civil Néerlandais*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990.
- HACKLEY, J., «UCC Section 2-714 (1) and the Lost-Volume Theory: A New Remedy for Middlemen?», *Ky. L. J.*, vol. 77, 1988, pp. 189-226.
- HARRIS, R. J., «A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract», *Mich. L. Rev.*, vol. 60, 1962, pp. 577-610.
- HARTKAMP, A. S., *Contract Law in The Netherlands*, 2nd, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- HERBERT, M. J., «Getting Better all the Time: The Official (Revised) Remedy Provisions of the Uniform Commercial Code's Article 2A», *Com. L. J.*, vol. 96, n.º 1, 1991, pp. 1-30.
- HOLMES, O., *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1945.
- «The Path of the Law», *Harv. L. Review*, vol. 10, n.º 8, 1897, pp. 457-478.
- HONNOLD, J., *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989.
- *Uniform Law for International Sales under the 1980 Nations Covention*, 4th, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009.
- HUNTER TAYLOR JR., E., «The Impact of Article 2 of the U. C. C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation», *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, vol. 9, n.º 4, 1968, pp. 917-941.
- JAMES, P., *Introduction to English Law*, Butterworths, London, 1989.
- JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction European Contract Laws», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- JANSEN, S., *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Intersentia Publishing, Cambridge - Antwerp - Chicago, 2018.
- JARAMILLO J., C., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho privado*, Temis, Bogotá, 2013.
- JEREZ DELGADO, C., «La responsabilidad de los operadores económicos de alimentos frente al consumidor, por el incumplimiento de los deberes de información alimentaria», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, vol. 71, n.º julio-diciembre, 2017, pp. 105-131.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20ª, Tecnos, Madrid, 2017.
- JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», *RDP*, vol. 3, n.º mayo-junio, 2014, pp. 3-37.

- KATZ, A. W., «Remedies for Breach of Contract Under the CISG», *International Review of Law and Economics*, vol. 25, n.º 3, 2005, pp. 378-396.
- KRAMER, A., «An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages», en McKendrick, y Cohen (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 249-285.
- *The Law of Contract Damages*, 2nd, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- «Specific Performance», *Chicago L. Rev.*, vol. 45, n.º 1, 1977, pp. 351-382.
- LAMARCA MARQUÈS, A., *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, 2008.
- LANDO, H.; ROSE, C., «On the enforcement of specific performance in Civil Law countries», *International Review of Law and Economics*, vol. 24, n.º 4, 2004, pp. 473-487.
- LANDO, O., «European Contract Law», *Am. J. Comp. L.*, vol. 31, 1983, pp. 653-659.
- LEGGATT, G., «Foreword to the Second Edition», en Adam Kramer (ed.), *The Law of Contract Damages*, 2nd, 2017, pp. ix-xi.
- LIAO, W., *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law. A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2015.
- LIVERPOOL, N. J. O., «The history and development of the Saint Lucia Civil Code», *Revue Générale de Droit*, vol. 14, 1983, pp. 373-407.
- LLEWELLYN, «Why we need a Uniform Commercial Code», *U. Fla. L. Rev.*, n.º 10, 1957, p. 367.
- LODDER, A., *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Hart Publishing, Oxford Portland, 2012.
- LÓPEZ DÍAZ, P., «La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho civil chileno», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 15, 2010, pp. 65-113.
- LORENTE, M.; VALLEJO, J., y otros, *Manual de Historia del Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- LUINI, L.; SABBATINI, P., «Demand cross elasticity without substitutability: An experiment», *Journal of Socio-Economics*, vol. 41, 2011, pp. 255-265.
- LUZZATTO, R., *La compraventa según el Nuevo Código civil italiano. Traducción de la primera edición italiana con notas sobre Derecho civil español, por F. Bonet Ramón*, Madrid, 1953.
- MACMILLAN, C., «Brexit, business and trade: The impact of Brexit upon english contract law», *King's Law Journal*, vol. 27, n.º 3, 2016, Taylor & Francis, pp. 420-430.
- MAGNUS, U., «The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?», *Journal of Civil Law Studies*, vol. 3, 2010, pp. 67-97.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, vol. VIII, 2.ª, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.

- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», en Rodrigo Berco-  
vitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley Ge-  
neral para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes comple-  
mentarias*, 2.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- MARKESINIS; UNBERATH, y JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative  
Treatise*, 2nd, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2006.
- MARSAL GUILLAMET, J., y LAUROBA LACASA, M. E., «Algunos mecanismos de pro-  
tección en caso de incumplimiento contractual en un futuro Derecho europeo de  
contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en  
AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, vol. II, Thom-  
son Civitas, 2003, pp. 2455-2470.
- MARTÍ DE EIXALÁ, R., y DURÁN Y BAS, M., *Instituciones del Derecho Mercantil de  
España*, 9.ª, Sociedad Gral. de Publicaciones (Barcelona), Barcelona, 1911.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., «El incumplimiento esencial del contrato de compraventa  
internacional de mercaderías», 2001, Universitat de les Illes Balears.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., «Evolución Histórica de la Depositio in  
Aedem en Roma como precedente de la consignación actual», *Revista de Dere-  
cho UNED*, n.º 8, 2011, pp. 261-306.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., *Código de Comercio alemán y  
Ley de introducción del Código de Comercio. Traducción al español y estudio  
preliminar*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, 18th, Sweet & Maxwell, London, 2009.
- MCKENDRICK, E., «Article 7.4.2», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the  
UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*, 2, Oxford  
University Press, New York, 2015, pp. 980-987.
- «Article 7.4.5», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT  
principles of international commercial contracts (PICC)*, 2, Oxford University  
Press, New York, 2015, pp. 997-1001.
- «Article 7.4.6», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT  
principles of international commercial contracts (PICC)*, 2, Oxford University  
Press, New York, 2015, pp. 1002-1004.
- *Contract Law*, 12th, Palgrave Macmillan, London, 2017.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Lecciones de Derecho Mer-  
cantil*, 13.ª, Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à  
l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des con-  
trats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017.
- MOMBERG URIBE, R., «La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Fran-  
cia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 24, n.º julio, 2015, pp. 121-142.

- MORALES MORENO, A. M., «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (eds.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en homenaje al prodefor Dr. Roca Guillamón*, vol. III, Aranzadi, Madrid, 2021, pp. 451-479.
- *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- *Ejercicio extrajudicial de los remedios del incumplimiento en los PLDC*, Madrid, (trabajo inédito), cita autorizada por el autor.
- «Evolución y dilemas actuales del cumplimiento específico como remedio de la inejecución de las obligaciones contractuales», en Álvaro Vidal Olivares, y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, pp. 15-33.
- *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, vol. 67, n.º 1, 2014, pp. 227-254.
- MOŽINA, D., «Article 160», en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012.
- «Article 164», en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012.
- MURIS, T., «The Cost of Freely Granting Specific Performance», *Duke L. J.*, n.º 6, 1982, pp. 1053-1069.
- NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, vol. 34, 2000.
- NORDSTROM, R., «Seller's Damages Following Resale Under Article Two of the Uniform Commercial Code», *Mich. L. Rev.*, vol. 65, 1967, pp. 1299-1314.
- OFFERMANN, J., «Damages Arising Out of a Cover Purchase within the Framework of Articles 74 to 77 CISG», *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 10, n.º I, 2006, pp. 1-14.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *RDC*, vol. I, n.º 3, 2014, pp. 37-66.
- «Prólogo», en Pérez Velázquez, J. P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2016
- OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen General de las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 2016.

- OVIEDO ALBÁN, J., «El Derecho de los contratos internacionales: entre el conflictualismo y la uniformidad», en Adriana Zapata Giraldo, Jorge Oviedo Albán, y Luis Alfonso Gómez Domínguez (eds.), *Contratación internacional. Tratados e instrumentos normativos*, 1ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- «Mitigación de los daños en la compraventa internacional. A propósito de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010», *IUSTA*, vol. 36, n.º enero/junio, 2012, pp. 49-60.
- «Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods», *Vniversitas*, vol. 137, 2018.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Los Remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 74», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 579-609.
- «Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños», 1981, Universidad Autónoma de Madrid.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, vol. 44, n.º 3, 1991, pp. 1020-1092.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, vol. 46, n.º 4, 1993, pp. 1719-1746.
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, vol. 42, n.º 4, 1989, pp. 1143-1168.
- PARRA LUCÁN, A., «La indemnización del lucro cesante», *RDP*, n.º enero-febrero, 2019, pp. 75-104.
- PATERSON, J., «Book Review: Money Awards in Contract Law», *UNSWL Law J.*, vol. 39, n.º 1, 2016, pp. 302-306.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á., «Preámbulo (Propósito de los Principios)», en David Morán Bovio (ed.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2003.
- PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena 1980)», en «Introduction» to the *CISG*, UNCTRAL, 2001.
- PÉREZ GARCÍA, M. J., y JEREZ DELGADO, C., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *RJUAM*, vol. 19, 2009, pp. 155-179.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret*, n.º 1, 2015, pp. 1-63.
- *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de Derecho contractual europeo*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2016.
- PIZARRO WILSON, C., «Presentación», en Íñigo De la Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017, pp. 15-26.

- PLANIOL, M.; RIPERT, J., *Tratado Práctico de Derecho civil francés*, vol. VII, Cultural S. A., La Habana, 1946.
- POSNER, E. A., «Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or failure?», *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 829-880.
- *Economic Analysis of Law*, 7th, ASPEN Publishers, New York, 2007.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones* [1824], Heliastra S. R. L., Buenos Aires, 1978.
- RABEL, E., «The sales law in the Proposed Commercial Code», *The University of Chicago Law Review*, vol. 17, n.º 3, 1950, pp. 427-440.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., «Marco Jurídico de las relaciones de trabajo en el XIX. Del antecedente de la locatio conductio, la influencia del louage d'industrie, hasta el arrendamiento de obras y servicios», *AHDE*, vol. 86, 2016, pp. 547-574.
- REDONDO TRIGO, F., «Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010», *RCDI*, vol. 724, n.º Marzo, 2011, pp. 1182-1199.
- REGLERO CAMPOS, L. F.; ÁLVARES LATA, N.; ASÚA GONZÁLEZ, C.; BUSTO LAGO, J. M.; BUSTOS MORENO, Y.; GÓMEZ CALLE, E., y otros, *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I, 5.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- ROBERTSON, A., «The basis of the remoteness rule in contract», *Legal Studies*, vol. 28, n.º 2, 2008, pp. 172-196.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo», *Diario La Ley*, n.º 7322, 2010, Madrid, pp. 1-6.
- ROSETT, A., «Nociones fundamentales sobre el Derecho contractual», en Marta Morineau y Sergio López Ayllón (eds.), *El derecho de los Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, 4th, National Law Center for Inter-American Free Trade, 1999.
- ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- «The new french law of contract», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 66, n.º 4, 2017, pp. 805-831.
- RUIZ ARRANZ, A. I., «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, vol. 34, n.º 2, 2016, pp. 409-440.
- «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *ADC*, vol. 71, n.º 4, 2018, pp. 1351-1486.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 37.ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «El Derecho contractual inglés», en Sixto A. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea*, 2nd, Thomson Civitas, Navarra, 2013.
- *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el Nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas», en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (ed.), *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 448-482.
- SAN MARTÍN NEIRA, L. C., «El límite económico como manifestación del principio de mitigación», en Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018.
- «La carga de evitar o mitigar el daño: Antecedentes Históricos y Justificación», en Álvaro Vidal Olivares y Gonzalo Francisco Severin Fuster (eds.), *Estudios de Derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 991-1038.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- SANTOS MORÓN, M. J., «La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, vol. 1, 2018.
- SAVAUX, E., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 715-741.
- SCAEVOLA, M., *Código civil comentado y concordado extensivamente*, vol. Tomo XIX, Legislación española Casa Editorial, Madrid, 1902.
- SCHLECHTRIEM, P., y BUTLER, P., *UN Law on International Sales (The UN Convention on the International Sales of Goods)*, Springer, Berlin, 2009.
- SCHLECHTRIEM, P., y SCHWENZER, I., «Introduction», en Schlechtriem & Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016.
- SCHLOSSER, W. L., «Construing UCC Section 2-708(2) to Apply to the Lost-Volume Seller», *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 24, 1973, pp. 686-696.
- SCHULZE, R., *Common European Sales Law. Commentary*, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2012.
- SCHULZE, R., y ZOLL, F., *European Contract Law*, 2nd, C. H. Beck; Hart; Nomos, Baden-Baden, 2018.
- SCHWARTZ, A., «The Case for Specific Performance», *Yale L. J.*, vol. 89, 1979, pp. 271-306.

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- SCHWARTZ, A., y SCOTT, R., «Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy», *Colum. L. Rev.*, vol. 108, n.º 7, 2008, pp. 1610-1699.
- SCHWENZER, I., «Article 74», en Schlechtriem & Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016.
- «Article 75», en Schlechtriem & Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016.
- «Article 76», en Schlechtriem & Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016.
- «Article 77», en Schlechtriem & Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th, Oxford University Press, Oxford/New York, 2016.
- SCOTT, R., «The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle», *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n.º 4, 1990, pp. 1155-1202.
- SCOTT, R., y KRAUS, J., *Contract Law and Theory*, LexisNexis, San Francisco, CA, 2013.
- SECO CARO, E., «Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa», en Guillermo Jiménez Sánchez (ed.), *Derecho Mercantil II*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SEVERIN FUSTER, G. F., *Los contratos de servicios: su construcción como categoría contractual, y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.
- «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *Common Law*. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Rev. chil. Derecho*, vol. 43, n.º 1, 2016, pp. 7-37.
- SHANKER, M. G., «The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708 (2) (One Profit for the Reseller)», *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 24, 1973, pp. 697-711.
- SHAVELL, S., «Damage Measures for Breach of Contract», *Bell J. E.*, vol. 11, n.º 2, 1980, pp. 466-490.
- «Specific Performance versus Damages for breach of contract: An Economic Analysis», *Tex. L. Rev.*, vol. 84, n.º 4, 2006, pp. 831-876.
- SMALL, Lawrence R., «The Remedy Provisions of Article 2 of the Uniform Commercial Code: A Practical Orientation», *Gonz. L. Rev.*, vol. 4, 1969, pp. 176-199.
- SMITH, A. 1723-1790, *Theory of Moral Sentiments*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1976.
- *Contract Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 2004.
- SMITS, J. M., *Contract Law: a comparative introduction*, 2nd, Edward Elgar, Cheltenham, 2017.

- SOLER PRESAS, A., «Art. 77», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 621-628.
- «Arts. 75 y 76», en Luis Díez-Picazo (ed.), *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 609-621.
- «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS, 1.ª, de 15 de noviembre de 1994)», *ADC*, vol. 48, n.º 2, 1995, pp. 951-970.
- «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret*, n.º 2, 2009, pp. 1-32.
- *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- SOLER PRESAS, A.; DEL OLMO GARCÍA, P.; JUÁREZ TORREJÓN, Á.; NAVARRO MENDIZÁBAL, Í.; BASOZABAL ARRUE, X., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «Elementos sustantivos de la pretensión», en *Practicum Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- STEVENS, R., *Torts and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR) (2015)*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2015 (traducción al español coord. Carmen Jerez Delgado).
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.
- SUMMERS, R. S., «The general duty of good faith: Its recognition and conceptualization», *Cornell Law Faculty Publications*, vol. 67, 1982, pp. 810-840.
- TETTENBORN, A., «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a principle beyond its sell by date», *Journal of Contract Law*, vol. 23, 2007, pp. 120-147.
- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, 2ª, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.
- *Principles of European Contract Law (1995)*, 1.ª, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1995.
- TREITEL, «Remedies for Breach of Contract (courses of action open to a party aggrieved)», en Arthur T. Von Mehren (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law (part 2)*, vol. VII, Mohr Siebeck, 2008.
- *The Law of Contract*, 14th, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- ULEN, T. S., «The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies», *Mich. L. Rev.*, vol. 83, 1984, pp. 341-403.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- VALDÉS BLANQUED, J., y FELDMAN, F. (trad.), *Código civil francés, 2014*, Legifrance.

- VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n.º 1, 2015, pp. 1-24.
- VÉRGEZ, M., «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de código mercantil», en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, 1.ª, Thomson Reuters ProView (online), Pamplona, 2014.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, 23, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- VIDAL OLIVARES, Á., «El cálculo de la indemnización del daño y la operación de reemplazo en la compraventa internacional», en Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 407-422.
- «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 16, n.º Julio, 2011, pp. 243-302.
- «El límite económico a la pretensión de cumplimiento específico», en Íñigo De la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares y Jorge Oviedo Alban (eds.), *Derecho de los Contratos*, Universidad Sergio Arboleda/Astrea, Bogotá, 2017, pp. 301-327.
- «Indemnización de daños y la opción del acreedor», en Íñigo De la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares y Jorge Oviedo Albán (eds.), *Derecho de los Contratos*, Universidad Sergio Arboleda/Astrea, Bogotá, 2017, pp. 329-349.
- «La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento», en Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 251-283.
- «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 219-250.
- VVAA, *La reforma francesa del Derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020.
- WHITE, J.; SUMMERS, R.; HILLMAN, R., *Uniform Commercial Code, Practitioner Treatise Series*, vol. I, 6th, WEST, New York, 2012.
- WIGMORE, J. H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, Vol. III, West Publishing Company, Saint Paul, 1928.
- WINTERTON, D., *Money Awards in Contract Law*, Hart Publishing, Oxford Portland, 2017.

- WORTHINGTON, S., *Equity*, 2nd, Oxford University Press, New York, 2006.
- ZELLER, B., *Damages under the convention on contracts for the International Sale of Goods*, 2nd, Oxford University Press, New York, 2009.
- ZIEGEL, J. S., *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, UNCITRAL, Toronto, 1981.
- ZIMMERMANN, R., «Art. 9:506: Substitute Transaction», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- «Art. 9:507: Current Price», en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- *The new german law of obligations (Historical and comparative Perspectives)*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2005.
- ZURITA MARTÍN, I., «Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables», *InDret*, n.º 6, 2016, pp. 1-33.
- «La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)», *RCDI*, vol. 775, n.º septiembre, 2014, pp. 2347-2391.

### Documentación citada

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Anuario, Vol. II, 1971 (A/CN.9/SER. A/1971).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrasburgo, de 16 de diciembre de 2014, COM (2014) 910. Disponible en:  
<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-910-ES-F1-1-ANNEX-4>. Pdf.
- CNUDMI, Doc. B (1) UNCITRAL Yearbook VIII (1977), A/32/17.
- CNUDMI, Draft Convention on the International Sales of Goods, en: *Report of the working group on the International Sale of Goods on the work of its seventh session (Geneva, 5-16 January 1976)*, A/ CN.9/116.
- Consejo de Estado, Dictamen de referencia 837/2014, 29.01.2015. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.
- Historial legislativo artículo 75 CISG. Disponible en:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/chronology/chrono75.html>.

## ■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- Historial de los borradores del texto legislativo de la CISG, antes de la Convención de 1980. Disponible en:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/conference.html>.
- Los Principios OHADAC (2015). Disponible en:  
<http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>.
- Ministerio de Justicia/Ministerio de economía y competitividad, C. M. 30 de mayo de 2014: «Anteproyecto de Ley del Código Mercantil».
- Ministerio de Justicia, Orden del 7 de noviembre de 2006, firmada por el Exmo. Sr. D. Juan Fernando López Aguilar.
- PCM 2013. Disponible en:  
[https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518926?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_del\\_Codigo\\_Mercantil\\_%2817\\_de\\_junio\\_de\\_2013%29.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Propuestas](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518926?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_del_Codigo_Mercantil_%2817_de_junio_de_2013%29.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas).
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM/2011/0635. Disponible en:  
<https://eurex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A52011PC0635>.
- UNIDROIT 1993 – P. C. – Misc. 17 [Working Group for the preparation of Principles for International Commercial Contracts. Summary records of the meeting held in Rome from 27 to 31 May 1991 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) – Rome, February 1993].
- UNIDROIT, «Summary Records of the Plenary Meetings», 10th plenary meeting, Thursday, 10 April 1980, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, Viena, [Pte. Mr. EÖRSI (Hungary)]. Doc. A/CONF.97/11/Add.2. Disponible en:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary10.html>.

## LISTA DE RESOLUCIONES JUDICIALES

### COLOMBIA

- Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala civil, SC4902-2019, MP: Luis Alonso Rico Puerta.

### ESPAÑA

#### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS, 1.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1960 (RJ 1960/1716; MP. Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 1964 (RJ 1964/748; MP. Excmo. Sr. D. Jacinto García Monge y Martín).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534; MP. Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Ayllón).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1974 (RJ 1974/438; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Peral García).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 1974 (RJ 1974/1132; MP. Excmo. Sr. D. Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 1976 (RJ 1976/95; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5157; MP. Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas).

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- STS, 1.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6276; MP. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Temes).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8363; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 1994 (RJ 1993/1315; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8488; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/745; MP. Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres)
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2000 (RJ 2000/454; MP. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6678; MP. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749; MP. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2003 (RJ 2003/7395; MP. Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7920; MP. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2806; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/6364; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (RJ 2005/5098; MP. Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Tría).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8577; MP. Excmo. Sr. D. José Ramón Fernández Gabriel).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/2232; MP. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5360; MP. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3210; MP. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/2796; MP. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950; MP. Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).

- STS, 1.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2012 (RJ 2012/8986; MP. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/9333; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 29 de julio de 2013 (RJ 2013/5010; MP. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz).
- STS, 1.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016/861; MP. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

### **Sentencia Tribunal Constitucional**

- STC 132/2019, de 13 de noviembre.

### **Sentencias de la Audiencia Provincial**

- SAP Barcelona, Civil, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004/91344; MP. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez).
- SAP Valencia, Civil, Sec. 8.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/130644; MP. Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Jiménez).
- SAP Soria, de 8 de abril de 2005 (JUR 2006/19464; MP. Ilma. Sra. Dña. María Belén Pérez Flecha Díaz).
- SAP Burgos, 3.<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005/2363892; MP. Ilma. Sra. Dña. María Esther Villimar San Salvador).
- SAP Murcia, Civil, 4.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/296249; MP. Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez).
- SAP Murcia, de 25 de mayo de 2012 (JUR 2012/232460; MP. Ilma. Sra. Dña. María Pilar Alonso Saura).
- SAP Córdoba, de 24 de mayo de 2013 (JUR 2013/332147; MP. Ilmo. Sr. D. Felipe Moreno Gómez).

### **JURÍSPRUDENCIA DE ESTADOS UNIDOS**

- *Anheuse v. Oswald Refractories Co.*, 541 S. W.2d 706 (Missouri Court of Appeals, Aug. 3, 1976).
- *B. B. Walker Co. v. Ashland Chemical Co.*, 474 F. Supp. 651 (U. S. District Court for the Middle District of North Carolina, Jun. 26, 1979).

- *Berg v. Hogan*, 322 N. W.2d 448 (Supreme Court of North Dakota, Jul. 15, 1982).
- *Bigelow-Sanford, Inc. v. Gunny Corp.*, 649 F.2d 1060 (U. S. Court of Appeals, Fifth Circuit, Jul. 6, 1981).
- *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Assn.*, 370 F Supp. 1353 (U. S. District Court for the Western District of Louisiana, Jan 31, 1974).
- *Bomberger v. McKelvey*, 220 P.2d 729, (Supreme Court of California, Jul. 31, 1950).
- *Borah v. McCandless*, 205 P.3d 1209, (Supreme Court of Idaho, Apr. 2, 2009)
- *Budnick Converting, Inc. v. Nebula Glass Int'l, Inc.*, 2012 WL 2017972 (U. S. District Court for the Southern District of Illinois, Jun 5, 2012).
- *C. I. C. Corp. v. Ragtime, Inc.*, 726 A.2d 316. (Superior Court of New Jersey, Apr. 1, 1999).
- *Calbag Metals Co. v. Guy F. Atkinson Co.*, 770 P.2d 600 (Court of Appeals of Oregon, Mar. 8, 1989).
- *Clark v. Marsiglia*, 1 Denio 317 (Supreme Court, New York, Jul. 1, 1845).
- *Cook Composites, Inc. v. Westlake Styrene Corp.*, 15 S. W.3d 124 (Court of Appeals of Texas, Jan. 20, 2000).
- *Dell's Maraschino Cherries Co. v. Shoreline Fruit Growers, Inc.*, 887 F. Supp. 2d 459 (U. S. District Court, Aug. 14, 2012).
- *Duff v. U. S. Gold & Silver Investments, Inc.*, 682 F. Supp. 484 (U. S. District Court, D. Oregon, Sept. 6, 2011).
- *Dura-Wood Treating Co. v. Century Forest Indus., Inc.*, 675 F.2d 745 (U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May. 14, 1982).
- *Fahey v. Updike Elevator Co.*, 102 Neb. 249 (Supreme Court of Nebraska, Mar. 1, 1918).
- *Farmers Elevator Co. of Elk Point v. Lyle*, 238 N. W.2d 290 (Supreme Court of South Dakota, Jan. 27, 1976).
- *Fast v. Southern Offshore Yachts*, 587 F. Supp. 1354, 38 U. C. C. Rep. Serv. 1569 (U. S. District Court, D. Connecticut, May 30, 1984).
- *Fertico Belgium S. A. v. Phosphate Chemicals Exp. Ass'n, Inc.*, 70 N. Y.2d 76, 510 (Court of Appeals of New York, Jun. 9, 1987).
- *Foxco Industries, Ltd. contra Fabric World, Inc.* (595 F.2d 976, U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May. 22, 1979).
- *Frazio v. Manson*, 150 Idaho 591 (Supreme Court of Idaho, March 21, 2011).
- *Fuji Photo Film USA, Inc. v. Zalmen Reiss & Assocs., Inc.*, 930 N. Y. S.2d 174 (Supreme Court of New York, Jun. 13, 2011).

- *Gerling & Assocs., Inc. v. Gearhouse Broad. Pty. Ltd*, 625 F. App'x 289 (U. S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, Sep. 1, 2015).
- *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U. S. 540 (Supreme Court of the United States, Apr. 16, 1903).
- *Grain Co. v. Simpson Feed Co.*, 102 F. Supp. 354 (U. S. District Court, E. D. Arkansas, Dec. 17, 1951).
- *Great W. Sugar Co. v. Pennant Prod., Inc.*, 748 P.2d 1359 (Court of Appeals of Colorado, Sep. 24, 1987).
- *Howard v. Daly*, 61 N. Y. 362 (Court of Appeals of New York, Sep. 15, 1875).
- *In re Bacon's Estate*, 45 Pa. D. & C.2d 733 (Common Pleas Court of Bucks County, Pennsylvania, Feb. 1, 1968).
- *In re Dorsey Trailer Co., Inc.*, 2009 WL 764572 (U. S. Bankruptcy Court, M. D. Alabama, Mar. 20, 2009).
- *In re Mayco Plastics, Inc.*, 389 B. R.7. (U. S. Bankruptcy Court for the Eastern District of Michigan, May. 2, 2008).
- *Int'l Cosmetics Exch., Inc. v. Gapardis Health & Beauty, Inc.*, 303 F.3d 1242 (U. S. Court of Appeals, Aug. 26, 2002).
- *J. L. McEntire & Sons v. Hart Cotton Co.*, 511 S. W.2d 179, 183 (Supreme Court of Arkansas, Jul. 8, 1974).
- *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Hieb*, 246 N. W.2d 736 (Supreme Court of North Dakota, Nov. 5, 1976).
- *Jewell-Rung Agency, Inc. v. Haddad Org., Ltd*, 814 F. Supp. 337 (U. S. District Court of New York, Feb. 19, 1993).
- *Kansas Mun. Gas Agency v. Vesta Energy Co*, 843 F. Supp. 1401 (United States District Court, D. Kansas, Feb. 2, 1994).
- *Kelsey-Hayes Co. v. Galtaco Redlaw Castings Corp.*, 749 F. Supp. 794 (U. S. District Court for the Eastern District of Michigan, Oct. 30, 1990).
- *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, 36 Cal. App.4th 376 (Court of Appeal of California, Jun. 30, 1995).
- *Kiser v. Lemco Industries, Inc.*, 536 S. W.2d 585 (Court of Civil Appeals of Texas, Mar. 29, 1976).
- *Kolmar Ams. Inc. v. Koch Supply & Trading*, 2012 WL 676354 (U. S. District Court S. D. New York, Feb. 29, 2012).
- *Larsen Leasing, Inc. v. Thiele, Inc.*, 749 F. Supp. 821 (U. S. District Court, W. D. Michigan, Oct. 17, 1990).
- *Leininger v. Sola*, 314 N. W.2d 39 (Supreme Court of North Dakota, Dec. 22, 1981).
- *Lewis v. Nine Mile Mines, Inc.*, 886 P.2d 912 (Supreme Court of Montana, Dec. 8, 1994).

■ INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO

- *Madariaga v. Morris*, 639 S. W.2d 709 (Court of Appeals of Texas, Oct. 9, 1982).
- *Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, 76 F. Supp. 2d 919 (U. S. District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, Dec 7, 1999).
- *Martella v. Woods*, 715 F.2d 410 (U. S. Court of Appeals for the Eighth Circuit, Jun. 16, 1983).
- *Missouri Furnace Co. v. Cochran*, 8 F. 463 (Circuit Court, W. D. Pennsylvania, Aug. 26, 1881).
- *Morabito v. Harris*, 2002 Del. Ch. LEXIS 27 (Court Chancery of Delaware, March 26, 2002).
- *Nobs Chem., U. S. A., Inc. v. Koppers Co.*, 616 F.2d 212 (U. S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, May. 2, 1980).
- *Oloffson v. Coomer*, 296 N. E.2d 871 (Appellate Court of Illinois, May. 21, 1973).
- *Panhandle Agri – Service, Inc. v. Becker*, 231 Kan 291 (Supreme Court of Kansas, May. 8, 1982).
- *Parker v. Harris Pine Mills, Inc.*, 291 P.2d 709 (Supreme Court of Oregon, Nov. 1, 1955).
- *Parker v. Twentieth Century-Fox Corp*, 474 P.2d 689 (Supreme Court of California, Sep. 30, 1970).
- *Peevyhouse v. Garland Coal & Min. Co.*, 382 P.2d 109 (Supreme Court of Oklahoma, Dec. 11, 1962).
- *Petroleum Traders Corp. v. Baltimore Cty., Md*, 413 F. App'x 588 (U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, Jan. 12, 2011).
- *Procter Gamble Distrib. Co. v. Lawrence Am. Field Warehousing Corp.* 16 N. Y. 2d 344 (Court of Appeals of New York, Dic. 30, 1965).
- *R. B. Matthews v. Transamerica Transportation Service, Inc.*, 945 F.2d 269 (U. S. Court of Appeals, Sep. 19, 1991).
- *Reliance Cooperage Corp. v. Treat*, 195 F.2d 977 (U. S. Court of Appeal, April 22, 1952).
- *ReMapp Int'l Corp. v. Comfort Keyboard Co.*, 560 F.3d 628 (U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, Marc. 24, 2009).
- *Rock v. Vandine*, 106 Kan. 588, 189 P. 157 (Supreme Court of Kansas, Apr. 10, 1920).
- *Rockingham County v. Lutem Bridge Co*, 35 F.2d 301 (Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit, Oct. 15, 1929).
- *Roehm v. Horst*, 20 S. Ct. 780 (Supreme Court of the United States, May. 14, 1900).

- *Sprague v. Sumitomo Forestry Co., Inc.*, 104 Wn.2d 751 (Supreme Court of Washington, Nov. 27, 1985).
- *Sun Pac. Mktg. Coop. v. DiMare Fresh, Inc.*, 2011 WL 3568539 (U. S. District Court, E. D. California, Aug. 15, 2011).

## JURÍSPRUDENCIA DEL REINO UNIDO

- *Asfar & Co. v Blundell and Another* [1896] 1. Q. B.23 [Court of Appeal, 8 Nov. 1895].
- *Banco de Portugal v Waterlow & Sons Ltd*, [1932] A. C. 452, (House of Lords, 28 Apr. 1932).
- *Barrow v. Arnaud* [1846] 8 Q. B. 604 (Court of Queen's Bench, 1 Jan. 1846).
- *Barry v Davies* [2000] 1 W. L. R. 1962, [Court of Appeal (Civil Division), 27 Jul. 2000].
- *Beswick v Beswick* [1968] A. C. 58 (House of Lords, 29 Jun. 1967).
- *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* [1912] A. C. 673 (House of Lords, 19 Jul. 1912).
- *C & P Haulage v Middleton* [1983] 1 W. L. R. 1461 [Court of Appeal (Civil Division), 27 Jun. 1983].
- *CN Marine Inc v Stena Line A/B (The Stena Nautica) (No.2)* [1982] 2 Lloyd's Rep. 336, [Court of Appeal (Civil Division), 25 May. 1982].
- *Coastal (Bermuda) Petroleum Ltd v VTT Vulcan Petroleum SA (No.2) (The Marine Star)* [1994] 2 Lloyd's Rep. 629, [Queen's Bench Division (Commercial Court), 24 Jun. 1994].
- *Compania Financiera Soleada SA v Hamoor Tanker Corp Inc (The Borag)*, [1981] 1 W. L. R. 274, [Court of Appeal (Civil Division), 19 Dec. 1980].
- *Cooperative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] A. C. 1 (House of Lords, 21 May. 1997).
- *Duncuft v Albrecht* [1841] 59 E. R. 1104, (Court of Chancery, 09 Jun. 1841).
- *Falcke v Gray* [1859] 4 Drew. 651, (Court of Chancery, 13 Jun. 1859).
- *Flureau v. Thornhill*, [1771] 96 E. R. 635 (Court of King's Bench, 1 Jan. 1776).
- *Gandell v. Pontigny*, [1816] 171 E. R. 119 (Assizes Court, Feb. 19, 1816).
- *Golden Strait Corp v Nippon Yusen Kubishika Kaisha (The Golden Victory)*, [2007] 2 W. L. R. 691, (House of Lords, 28 March 2007).

- *Hadley v. Baxendale* [1854] 9 Exch., 343 (Court of Exchequer, Feb. 23, 1854).
- *Harbutt's Plasticine Ltd v Wayne Tank & Pump Co Ltd* [1970] 1 Q. B. 447, [Court of Appeal (Civil Division), 05 December 1969].
- *Heathcote v. Paignon* [1787] 2 Bro. C. C. 167 (Court of Chancery, 05 May. 1787).
- *Hochster v De La Tour*, 118 E. R. 922 (Court of Queen's Bench, 25 June 1853).
- *Howard E Perry & Co Ltd v British Railways Board*, [1980] 1 W. L. R. 1375 (Chancery Division, 17 Mar. 1980).
- *Lake v. Bayliss* [1974] 1 W. L. R. 1073, (Chancery Division, 18 March 1974).
- *Land Rover Group Ltd v UPF (UK) Ltd (In Administrative Receivership)*, [2002] EWHC 3183 (QB) (Queen's Bench Division (Mercantile Court), 25 Jan. 2002).
- *Lazenby Garages Ltd v Wright* [1976] 1 W. L. R. 459, [Court of Appeal (Civil Division), 22 Jan. 1976].
- *Lesters Leather & Skin Co Ltd v Home and Overseas Brokers Ltd* [1948] 11 WLUK 12 (Court of Appeal, 1 Nov. 1948).
- *Melachrino v Nickoll* [1920] 1 K. B. 693 [King's Bench Division (Commercial Court), 10 Dec. 1919].
- *Pagnan & Fratelli v Corbisa Industrial Agropacuaria* [1970] 2 Lloyd's Rep. 14 [Court of Appeal (Civil Division), 14 Apr. 1970].
- *Parson (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791, [Court of Appeal (Civil Division), 18 May. 1977].
- *Pilkington v Wood* [1953] Ch. 770 (Chancery Division, 21 Jul. 1953).
- *R Pagnan & Fratelli v Lorico (Lebanese Organisation for International Commerce)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 675 [Queen's Bench Division (Commercial Court), 15 May. 1981].
- *Rainbow Estates Ltd v Tokenhold Ltd* [1999] Ch. 64 (Chancery Division, 04 Mar. 1998).
- *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850 (Court of Exchequer, 18 Jan. 1848).
- *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd* [1974] 1 W. L. R. 576, (Chancery Division, 20 Nov. 1973).
- *Societe des Industries Metallurgiques SA v Bronx Engineering Co* [1975] 1 Lloyd's Rep. 465 (Court of Appeal (Civil Division), 23 Jan. 1975).
- *Sotiros Shipping Inc v Sameiet Solholt (The Solholt)* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605 [Court of Appeal (Civil Division), 11 Mar. 1983].

- *Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Kamsing Factory* [1978] 2 W. L. R. 62 Privy Council (Hong Kong) (27 Jul. 1977).
- *Tito v Waddell* [1977] Ch. 106 (Chancery Division, 30 Nov. 1976).
- *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas)* [2009] 1 A. C. 61 (House of Lords, 09 Jul. 2008).
- *Victoria Laundry (Windsor) v Newman Industries* [1949] 2 K. B. 528, (Court of Appeal, 12 Apr. 1949).
- *Wertheim v Chicoutimi Pulp Co* [1911] A. C. 301 (Privy Council (Canada), 18 Mar. 1910).
- *Wrotham Park Estate Co v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 W. L. R. 798 (Chancery Division, 19 Oct. 1973).

### **Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)**

- *Alemania: Oberlandesgericht Hamburg*, 1 U 167/65 (28 de febrero de 1997), CLOUT n. 27.
- *Oberlandesgericht Bamberg*, 3 U 83/98 (13 de enero de 1999), CLOUT n. 294.
- *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 17 U 146/93 (14 de enero de 1994), CLOUT n. 130.
- *Australia: Supreme Court of Queensland*, 10680 de 1996 (17 de noviembre de 2000), CLOUT n. 631.
- *Austria: Oberster Gerichtshof*, 6 Ob 311/99z (9 de marzo de 2000), CLOUT n. 424.
- *Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje*, No. 6281, 1989, CLOUT n. 102.
- *Francia: Cour d'appel de Rennes* (27 de mayo de 2008), CLOUT n. 1029.
- *Italia: Corte di Appello di Milano, Bielloni Castello v. EGO* (11 de diciembre de 1998), CLOUT n. 645.
- *Suiza: Kantonsgericht Zug*, A3 2001 43 (12 de diciembre de 2002), CLOUT n. 629.

La operación de reemplazo es una vía alternativa de satisfacción del interés del acreedor a través de un tercero, ante el incumplimiento del contrato. Con ella, el acreedor, de manera razonable y extrajudicialmente, acude al mercado para sustituir la prestación del deudor. En consecuencia, el acreedor podrá reclamar al deudor la diferencia (desfavorable) entre el precio de la operación de reemplazo y el establecido en el contrato.

Esta obra explora las posibilidades de aplicación de la operación de reemplazo en el ordenamiento español, que la incorporó a partir de la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Esta figura fue adoptada por dicho instrumento internacional por influencia del Derecho anglosajón, más específicamente, del Derecho estadounidense.

Después de un análisis detallado del Derecho inglés y estadounidense, junto con su abundante casuística, este libro propone una adopción de la operación de reemplazo, bajo el criterio indemnizatorio y los presupuestos de razonabilidad y buena fe, como un método de cuantificación anticipada del daño, lo cual, como se estudia, no es incompatible con los sistemas de derecho continental, como el español. Lo anterior, teniendo en cuenta que la operación de reemplazo supone un elemento fundamental en la modernización del Derecho de Contratos.