

## ACTUALIDAD LEGISLATIVA

*Jaime Alcalde Silva*

Profesor asistente de Derecho Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### NOTAS SOBRE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN DERECHO ESPAÑOL\*

#### I. INTRODUCCIÓN

El 30 de mayo de 2014, el Consejo de Ministros de España, a propuesta del ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, y del de Economía, Luis de Guindos, aprobó el anteproyecto de ley del *Código Mercantil* con el que se sustituirá el *Código de Comercio*, que está vigente desde 1885<sup>1</sup>. Tras esta primera aprobación, el anteproyecto debe

recibir los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Consejo de Estado, para ingresar después al Congreso y dar así inicio a su tramitación como proyecto de ley, previsiblemente a fines de 2014. Si se cumple el calendario fijado, el nuevo *Código* debiese estar aprobado a mediados de 2015, aunque su entrada en vigor será paulatina y con un periodo de vacancia inicial de tres meses (disposición final décima), que, creemos, será prorrogada en razón del alcance de la ley y de la necesidad de un plazo suficiente de adaptación por parte de todos los sujetos afectados.

Sin duda, el impulso dado por el gobierno al texto preparado por la Comisión General de Codificación desde 2006 y publicado en 2013 tiene importantes consecuencias en la propia configuración de la disciplina, porque supera los inconvenientes derivados del estado de desajuste y dispersión que ha acompañado la legislación mercantil desde hace bastantes años, aunque sin alinear a España con el proceso internacional de unificación del Derecho Privado de Contratos<sup>2</sup>. El nuevo *Código*

\* Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo-CONICYT de investigación asociativa, código SOC 1111. Una primera versión de su texto fue utilizada por el autor en el acto de defensa pública de su tesis doctoral, intitulada "Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español", preparada bajo la dirección del profesor José Miguel Embid Irujo. La tesis fue leída el 18 de junio de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia ante un tribunal compuesto por los académicos Jorge Caffarena Laporta (Universidad Carlos III), Giuseppe Guizzi (Universidad de Nápoles Federico II) y Josefina Boquera Matarredona (Universidad de Valencia), y su texto puede ser consultado a través de RODERIC, el repositorio de acceso abierto institucional de dicha universidad en <http://roderic.uv.es/>.

<sup>1</sup> La bibliografía en torno al proyectado *Código Mercantil* comienza a ser inabarcable. Véase, como referencia general, ANAYA (2013), BERCOVITZ (2013) y GARCÍA (2013) y (2014).

<sup>2</sup> OLIVA (2014).

gira ahora en torno al concepto de mercado, que sustituye a los de acto de comercio y comerciante sobre los que se estructura la codificación actual, y que representa el ámbito en el que los operadores del mercado (empresas, empresarios y profesionales) entablan relaciones jurídico-privadas, siempre respetando las normas de protección de los consumidores, en especial aquellas recogidas en el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que fija el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>3</sup>. De esta manera, esta disciplina engarza con el principio de unidad de mercado extraído del artículo 139 CE y que desarrolla la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, tal unidad viene garantizada por el hecho de que la legislación mercantil es una materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149 N° 6 CE), a diferencia de lo que acaece con la legislación civil (art. 149 N° 8 CE).

Fuera de estos efectos de ordenación sistemática del Derecho Mercantil, el anteproyecto recientemente aprobado invita a reflexionar sobre la construcción del derecho del incumplimiento, y a hacerlo desde una figura que ha recibido escasa atención por parte de la literatura científica española, como es la operación de reemplazo.

En estas tres últimas décadas, el Derecho del Incumplimiento ha registrado importantes desarrollos que se condensan en dos ideas centrales<sup>4</sup>. La primera de ellas es la formulación de un concepto neutro y material que

concibe el incumplimiento como cualquier desviación del programa de prescripción, sin que importe, en principio, la causa por la que esta se produce. La segunda atañe a la ordenación de los distintos medios de tutela a través de un sistema coherente y articulado, que favorece la protección del interés del acreedor mediante el mecanismo que sea más idóneo para ese efecto. Estas “nuevas bases de la responsabilidad contractual”, por utilizar la frase con que el profesor Fernando Pantaleón intitulaba aquel señero trabajo escrito hace más de veinte años<sup>5</sup>, han repercutido en la jurisprudencia y servido de hoja de ruta a los proyectos de modernización del Derecho de Obligaciones emprendidos por la Comisión General de Codificación en la última década<sup>6</sup>. Ellos pretenden, por citar ahora el referencial trabajo de Denis Tallon publicado también por aquel entonces, reescribir “la historia de un falso concepto” que se ha ido elaborando en torno a la responsabilidad contractual<sup>7</sup>.

El origen de estos desarrollos es el trabajo comparatista que, tras años de discusión y reflexión, quedó recogido en la CISG, sancionada en Viena el 11 de abril de 1980<sup>8</sup>. Fue a partir de

<sup>5</sup> PANTALEÓN (1993).

<sup>6</sup> Véase FERNÁNDEZ (2009) y JEREZ/PÉREZ (2009).

<sup>7</sup> TALLON (1994).

<sup>8</sup> La propia CISG es fruto de un trabajo similar, que sigue el ejemplo de los textos unificados sobre compraventa existen en el Reino Unido (1983) y los países escandinavos (1905). En este sentido, los primeros esfuerzos para contar con un texto uniforme para la compraventa internacional provienen de la reunión celebrada en Estocolmo por la Internacional Law Association en 1924, que fueron secundados desde 1929 por la comisión constituida por

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, GONDRA (2013).

<sup>4</sup> Véase, por todos, MORALES (2005), pp. 29-32 y MORALES (2011), pp. 84-96.

entonces, y especialmente por la recepción que ha tenido este texto (hoy son parte de ella ochenta y tres Estados<sup>9</sup>, y España lo es desde 1990, casi al mismo tiempo que lo fue Chile), que la disciplina sobre la responsabilidad contractual comenzó a ser cuestionada por la rigidez de su diseño<sup>10</sup>. En Derecho español, sin embargo, la atención dispensada a los distintos mecanismos que comparecen con ocasión de un incumplimiento contractual ha sido dispar. En algunas materias, la bibliografía existente es abundante y aborda los diversos aspectos relacionados con el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas que entraña la figura estudiada. Es el caso, quizá paradigmático, de la facultad resolutoria y del notable trabajo de extensión hecho a partir de una regla como la del art. 1124 del CC<sup>11</sup>. En otros ámbitos, la cuestión ha sido tratada con profundidad y perspectiva, pero el tiempo transcurrido y los cambios legislativos registrados aconsejan revisarla. El mejor ejemplo es la pretensión de cumplimiento, donde las normas del *Código Civil* (1889) tienen su necesario complemento en el régimen de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)<sup>12</sup>, y también en las normas sobre protección

de los consumidores, que es donde se desarrollaron inicialmente las pretensiones de reparación y sustitución que complementan su espectro de acción. Pero hay un tercer campo en el cual todavía queda mucho por hacer, como es el ámbito de la indemnización de perjuicios, y a él pertenece la operación de reemplazo, materia de estas notas<sup>13</sup>.

Este trabajo se presenta de la siguiente manera.

- II Se ofrece una rápida revisión del estado de la cuestión en torno a la operación de reemplazo en derecho español y se fija el encuadre propuesto para su revisión.
- III Enseguida, se enuncia la metodología utilizada y se delimita el problema según los términos en que será abordado.
- IV Para sentar después las bases generales de tratamiento de la figura.
- V Como cierre se propone un ensayo de reconstrucción a partir de la función que desempeñan las reglas de cobertura y la estructura y efectos concretos que entraña la operación de reemplazo.

447

UNIDROIT y presidida por Ernst Rabel (1874-1955). Parte del trabajo comparatista de este autor está recogido en RABEL (1936) y (1957).

<sup>9</sup> Véase [www.uncitral.org/](http://www.uncitral.org/) [fecha de consulta: 19 de octubre de 2014].

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, VIDAL (2008).

<sup>11</sup> Véase, entre otros, CLEMENTE (1999); SAN JULIÁN (2004); DIEZ-PICAZO (2008), pp. 775-780; ÁLVAREZ (2009); CARRASCO (2010), pp. 1067-1101.

<sup>12</sup> Véase, entre otros, VERDERA (1995); MORALES (2006); DIEZ-PICAZO (2008), pp. 810-876; CARRASCO (2010), pp. 1103-1162.

## II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y EL ENCUADRE PROPUESTO

A diferencia de otros ordenamientos europeos, el español carece de una norma que reconozca una regla de cobertura al acreedor afectado por un incum-

<sup>13</sup> Algo parecido ha ocurrido en Hispanoamérica, según se constata en PIZARRO (2012).

plimiento, vale decir, no permite con carácter general que la pérdida sufrida como consecuencia de tal se estime atendiendo al costo que, de hecho, ha supuesto al acreedor la celebración de un negocio con esa función<sup>14</sup>. Con anterioridad a la ratificación de la CISG, la única mención que existía al respecto era el art. 77 del *CCom*, referido al muy particular caso de los contratos bursátiles, que desapareció al entrar en vigor la ley 14/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores<sup>15</sup>.

El régimen del incumplimiento de las operaciones bursátiles estaba regulado con detalle en el *Código de Comercio*, subsanando así una omisión que se echaba en falta en el *Código* de 1829, pero esa disciplina distaba de tener la claridad que hubiese sido deseable<sup>16</sup>. A propósito de la mora en los contratos de esta clase, el *Código* establecía dos reglas formuladas a partir de una distinción fundada en la naturaleza de los efectos sobre los que se había contratado<sup>17</sup>. Ambos supuestos estaban recogidos en el mentado art. 77 del *CCom*, hoy derogado, sin que exista una norma correspondiente en la Ley de Mercado de Valores.

El primer supuesto tenía relación con las transacciones bursátiles sobre efectos públicos, bien fueran efectuadas por mediación de un agente de cambio colegiado y en las que este callase el

nombre del comitente, bien entre agentes que revistiesen tal condición (art. 77 I del *CCom*). En cualquiera de estos casos, si el agente, fuese comprador o vendedor, demoraba el cumplimiento de lo convenido, el perjudicado por la demora podía optar en la Bolsa inmediata por el abandono del contrato, denunciándolo a la junta sindical, o por su cumplimiento forzoso (art. 77 I del *CCom*). La primera alternativa suponía la resolución del contrato bursátil incumplido (que el *Código* mentaba con el término ‘abandono’), con la particularidad de que dicha facultad se ejercía extrajudicialmente ante la junta sindical<sup>18</sup>. El segundo derecho del acreedor también tenía un régimen distinto del previsto en el Derecho Común: el cumplimiento se había de consumir 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 posterior contra el comitente oculto (art. 77 II del *CCom*)<sup>19</sup>. Con este efecto, la junta sindical debía ordenar la realización de la parte de la fianza rendida por el agente moroso que fuese necesaria para satisfacer de forma inmediata dichas diferencias (art. 77 III del *CCom*).

El segundo supuesto atañía a las negociaciones sobre valores industria-

<sup>14</sup> El concepto de regla de cobertura está tomado de SOLER (1998), p. 111.

<sup>15</sup> Este artículo era reproducido con igual tenor y numeración en el *Código de Comercio* peruano (1902), el que fue derogado por el artículo 10 DL 18.353, de 5 de agosto de 1970, que contiene disposiciones que norman y amplían las atribuciones de la Comisión Nacional de Valores.

<sup>16</sup> LANGLE (1959), p. 224.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> ESCRICHE (1852), p. 4.

<sup>19</sup> Dicho mecanismo venía complementado por el artículo 43 del Reglamento para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio, que señalaba: “La Junta sindical proveerá al agente moroso de la correspondiente certificación, cuando resulte por las pólizas presentadas que su descubierto procede falta de cumplimiento de su comitente, a fin de que a su vez pueda repetir contra éste, según lo prescrito en los artículos 77 y 103 del Código”.

les y mercantiles, metales o mercaderías (art. 77 IV del *CCom*). Si en ellas se demoraba o rehusaba el cumplimiento del contrato, se podía compeler al incumplidor a ejecutarlo por las acciones que naciesen según las prescripciones del *Código*, incluido el expediente a la venta coactiva (art. 77 IV del *CCom*)<sup>20</sup>, quedando siempre a salvo la responsabilidad del agente de Bolsa cuando había intervenido (art 101 del *CCom*)<sup>21</sup>.

Como fuere, y pese a la extensión general que se predicaba respecto de la regla del artículo 77 II<sup>22</sup>, en la práctica raramente ocurría la situación descrita por el *Código de Comercio*, dado que los agentes que operaban en interés de clientes que deseaban permanecer ocultos, solían exigir la cobertura por la entrega de los valores vendibles según la cantidad del importe de la compra, y aun en el primer caso, si se trataba de valores industriales, no era imprevisión la de reclamar una garantía por la posibles pérdidas que pudiesen sobrevenir al agente durante la ejecución del contrato<sup>23</sup>. Así venía demostrado por la inexistencia de jurisprudencia al respecto<sup>24</sup> y, en particular, por el hecho de que la doctrina creía conveniente que el mentado art. 77 del *CCom* fuese rehecho, a fin de mejorar su redacción, sistematización

y claridad, ya que en él se contenían de modo algo confuso múltiples efectos y elementos relacionados con el incumplimiento de una operación bursátil<sup>25</sup>.

No parece existir duda de que el *Código de Comercio* establecía un sistema riguroso de ejecución enderezado a asegurar la efectividad de los contratos de Bolsa<sup>26</sup>. Sin embargo, el tenor literal de la regla del artículo 77 suscitaba alguna duda sobre lo que debía resolverse cuando, por ejemplo, el comprador de unos valores, llegado el día en que estos habían de ser entregados, no hacía manifestación alguna respecto a si optaba por el cumplimiento o la resolución del contrato<sup>27</sup>. En otras palabras, no había claridad sobre el hecho de que dicho comprador pudiese solicitar del otro contratante la entrega de los efectos negociados pasados algunos meses o si, por el contrario, tal posibilidad le debía ser negada.

Para dilucidar estas dudas, la doctrina sostenía que el art. 77 del *CCom*, aunque sin la precisión y claridad que hubiesen sido deseables en una regla pensaba para proteger al acreedor, recogía y esbozaba el sistema de los negocios a vencimiento fijo o a término absoluto (*Absolute Fixgeschäfte*)<sup>28</sup>. En esta clase de negocios, el plazo estipulado para el cumplimiento no solo marca el momento desde el cual comienza la exigibilidad del contrato sino que fija irrevocablemente el comienzo del estado de incumplimiento definitivo, de manera que todo cumplimiento tardío

<sup>20</sup> VICENTE (1960), pp. 479-480.

<sup>21</sup> El artículo 101 del *CCom* establecía que los agentes de Bolsa que interviniesen en contratos de compraventa o en otras operaciones al contado o a plazos, habían de responder al comprador de la entrega de los efectos o valores sobre que versasen dichas operaciones, y al vendedor del pago del precio o indemnización convenida.

<sup>22</sup> VICENTE (1960), p. 480.

<sup>23</sup> GAY DE MONTELLÁ (1936), p. 339.

<sup>24</sup> PECES-BARBA/BARRIOS (1948), pp. I-53 y I-54.

<sup>25</sup> LANGLE (1959), p. 224.

<sup>26</sup> VICENTE (1960), p. 480.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> GARRIGUES (1963), p. 322 y VICENTE (1960), p. 480.

es improcedente porque la prestación ya ha dejado de interesar al acreedor. De ahí que si el acreedor no declaraba de manera expresa al llegar el vencimiento del plazo que el cumplimiento todavía satisfacía su interés, se entendía que el contrato quedaba sin efecto, esto es, que optaba por su resolución<sup>29</sup>.

En este sentido, el art. 77 del *CCom* se interpretaba en consonancia con el § 376 III del *HGB*, que exige al contratante que desea cubrirse mediante un nuevo contrato que comunique inmediatamente esta circunstancia a la parte incumplidora. Así, la expresión “podrá optar en la Bolsa inmediata” del art. 77 II del *CCom* se entendía que quería significar el reconocimiento efectivo de tal facultad al contratante afectado, pero siempre que la utilizase en aquel momento<sup>30</sup>. Transcurrida la sesión de Bolsa del día en que el contrato debió ser cumplido, el contrato se consideraba abandonado (*rectius*: resuelto de pleno derecho). También reforzaba esta interpretación la aplicación por analogía del art. 83 II del *CCom*, según el cual los contratos de compraventa celebrados en ferias y al contado han de ser cumplidos en el mismo día de su celebración o, a lo más, en las veinticuatro horas siguientes, considerándose que, pasadas estas sin que ninguno de los contratantes hubiera reclamado su cumplimiento, tales son reputados nulos, y los gajes, señal o arras que hubiesen mediado quedan a favor del que los hubiese recibido<sup>31</sup>.

Con todo, resultaba curioso que después de asignar esta radicalidad a

la regla del art. 77 II del *CCom* un autor señalase que ésta no se oponía a

“la concesión expresa o por costumbre de una ligera tolerancia para la realización material de las operaciones de entrega, y mucho menos a la consumación efectiva que aun transcurrido el término pudiera tener el negocio por voluntad de las partes, cuando el vendedor pusiera los títulos a disposición del comprador, y éste sin protesta se hiciera cargo de los mismos abonando su importe”<sup>32</sup>.

Para aceptar la eficacia de este cumplimiento tardío no quedaba más alternativa que admitir o, bien, la penencia del contrato en el tiempo intermedio, solución que contradecía el tenor literal del art. 77 II del *CCom*, que exigía al contratante afectado decantarse por alguno de los dos cursos de acción ahí ofrecidos o, bien, considerar que el contrato, por efecto del cumplimiento posterior admitido por el acreedor, resucitaba pese a haber sido resuelto de pleno derecho, con la contradicción lógica y dogmática que esto suponía.

La propuesta de anteproyecto de ley de modificación del *Código de Comercio* en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, presentada por la Comisión General de Codificación en 2006, vino a colmar, en parte, el vacío que existía en torno a la operación de reemplazo, recogida en casi todos los textos de derecho uniforme y de armonización del

<sup>29</sup> VICENTE (1960), p. 480.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 481.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> VICENTE (1960), p. 481.

Derecho europeo (no así, al menos de momento, en los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos<sup>33</sup>), aunque de manera parcial<sup>34</sup>.

Esta limitación respondía a las propias características de la mentada propuesta y a las prioridades del organismo que la redactó. En primer lugar se trataba de un texto que carecía de fuerza normativa, pese a que ello no impedía que pudiese originar un fenómeno de “jurisprudencia por anticipación”, del que hubo algunas señales<sup>35</sup>. En segundo término, su ámbito era el de los contratos mercantiles, de suerte que quedan excluidas todas aquellas relaciones que no fuesen concluidas por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional (art. 50). Con todo, quizá la limitación más importante viniese impuesta por el itinerario de modernización que la citada Comisión había trazado para el Derecho Mercantil, y que ya no queda referida al derecho de contratos, sino que suponía la confección de un código de nueva planta para esta entera parcela del derecho (conformada sobre el concepto de mercado y con exclusión del Derecho Marítimo y Concursal), dispuesto bajo los criterios sistemáticos de la codificación a derecho constante<sup>36</sup>. Este anteproyecto, sancionado por

el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, también contiene un artículo referido a la operación de reemplazo, que reproduce el texto de la propuesta de 2006.

En esta última, la operación de reemplazo aparecía en el artículo 66 junto con la valoración abstracta del daño a partir de la regla de mercado. Esta norma no tenía rúbrica y en su parte pertinente disponía:

“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”.

En el anteproyecto de *Código Mercantil*, en cambio, la operación de reemplazo viene recogida en el artículo 417-4 con idéntico tenor, aunque ahora tratada de manera separada a la regla de mercado, de la que se ocupa el artículo precedente bajo el título “Recuperación por la parte perjudicada”.

Queda por determinar el engarce que se produce entre este último proyecto y la propuesta de modernización del *Código Civil* en materia de obligaciones y contratos (2009), porque entre el texto

<sup>33</sup> MORALES (2014), pp. 237-240.

<sup>34</sup> Sobre dicha propuesta: BERCOVITZ (2006) y ALCALDE (2011).

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ (2009).

<sup>36</sup> El anteproyecto es fruto del trabajo iniciado a partir de la Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que el Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación “la elaboración de un nuevo Código Mercantil que sustituya al Código de Comercio de 1885, [...] en el que se integrará y delimitará la legislación mercantil existente y se modernizará y

completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas con la exigencias de la unidad de mercado”.

de 2006 y esta última existen algunas diferencias<sup>37</sup>. Para lo que aquí interesa, la más importante es la ausencia de una regla de cobertura en la propuesta civil, que sí se recogía en su símil mercantil (art. 66.1) y ahora en el *Código Mercantil* que la reemplaza (art. 417-4).

Tampoco existe en torno a la operación de reemplazo un cuerpo de doctrina que se pueda considerar referencial. Es cierto que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse varias veces sobre la procedencia de celebrar un nuevo contrato en cobertura de un incumplimiento, pero la forma en que lo ha hecho dista de ser consistente y más bien parece converger en la idea, ya en parte abandonada, de que el incumplimiento es de por sí indiciario de un daño<sup>38</sup>. Por su parte, en la literatura científica el tratamiento de la figura se reduce a algunas menciones a propósito del incumplimiento de la obligación de entregar en la compraventa mercantil o de la determinación del *quantum* de la indemnización de perjuicios<sup>39</sup>, un artículo divulgativo a propósito

de los incumplimientos que la crisis económica de 2008 ha producido en el mercado inmobiliario<sup>40</sup>, y un par de comentarios de jurisprudencia<sup>41</sup>. Falta, pues, un tratamiento de conjunto y con propósito sistemático, sobre todo ahora que se ha abierto la discusión en torno a propuestas concretas para la modernización del derecho de obligaciones y contratos en el *Código Civil* y en todo el Derecho Mercantil.

Entre los trabajos escritos con ocasión del período de reflexión pública abierto por la Propuesta civil destaca el de la profesora Nieves Fenoy sobre los remedios ante el incumplimiento<sup>42</sup>, secuela de otro dedicado al concepto de tal<sup>43</sup>, donde la operación de reemplazo es analizada a propósito del tercer límite que el art. 1192 de la PMCC prevé para la acción de cumplimiento y que atañe a su ejercicio en contravención a la buena fe<sup>44</sup>. Ella tiene el mérito, además, de ser autora de uno de los comentarios de sentencia antes citados<sup>45</sup>.

De ahí que las presentes notas pretendan, al menos parcialmente y como aproximación preliminar, completar el vacío recién descrito. Su objetivo es acercarse por primera vez con visión de conjunto al problema que presenta la operación de reemplazo y diseccionar sus distintos elementos para ofrecer unas bases de sistematización de la figura. Ella comporta un mecanismo con probado alcance práctico: el acreedor, ante el incumplimiento de su

<sup>37</sup> Véase, entre otros y sólo con referencia a la indemnización de perjuicios, FENOY (2010), (2011a) y (2011b); ROCA (2011); SÁNCHEZ (2011); VIDAL (2011); GÓMEZ (2012).

<sup>38</sup> Véase, entre otras, SSTS 24 de mayo de 1956 (*RJ* 1956/2436); 10 de octubre de 1959 (*RJ* 1959/3667); 14 de febrero de 1964 (*RJ* 1964/748); 24 de marzo de 1975 (*RJ* 1975/1332); 16 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/851); 17 de enero de 1985 (*RJ* 1985/179); 31 de enero de 1985 (*RJ* 1985/225); 15 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5572); 27 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/8363); 31 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9765); 28 de enero de 2000 (*RJ* 2000/454); 4 de abril de 2000; 14 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/4749); 23 de mayo de 2005 (*RJ* 2005/6364); 5 de mayo de 2008; 3 de septiembre de 2010.

<sup>39</sup> SOLER (1998) pp. 111-127 y 212-220.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO (2010).

<sup>41</sup> FENOY (2009) y GILI SALDAÑA (2011).

<sup>42</sup> FENOY (2011a) y (2011b).

<sup>43</sup> FENOY (2010).

<sup>44</sup> Similar tratamiento se observa en MORALES (2011), pp. 99-104.

<sup>45</sup> FENOY (2009).

deudor, recurre directamente al mercado para procurarse en él la prestación que no fue ejecutada en la época o de la forma prevista en el contrato. De esa manera difiere cualquier discusión sobre el incumplimiento o el daño y la supedita a la previa satisfacción de su interés con una prestación de características similares a la debida. Es el propio acreedor quien, con sus fondos y actuando como lo haría una persona razonable, busca un nuevo deudor que le provea de la cosa o le preste el servicio que el deudor, por la razón que sea, no proveyó o no prestó cuando debía.

Esta función práctica explica que el negocio de cobertura forme parte de la gestión del riesgo contractual que le corresponde al acreedor, la cual no necesariamente se subsume en la carga de mitigación del daño. Ambas responden a funciones diversas y, más todavía, inciden en estadios distintos de la determinación de la indemnización de perjuicios. Cuestión aparte es que la idea de gestión de los riesgos del contrato esté presente en todo el desenvolvimiento del programa prestacional y admita distintas concreciones<sup>46</sup>.

De lo anterior se sigue que la operación de reemplazo no tiene autonomía dogmática para erigirse como un remedio autónomo de reacción ante el incumplimiento, y que su engarce en el sistema de responsabilidad contractual exige un reenvío a aquellos mecanismos que sí poseen una tipicidad más o menos clara. Estos remedios son la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria, que por su carácter primario deci-

den la suerte del contrato incumplido, y la indemnización de perjuicios, que compensa el interés del acreedor en la medida no cubierta por ellos. Esto exige demostrar que el negocio de cobertura no solo comporta un mecanismo mediante el cual el acreedor satisface aquel interés concreto garantizado por el contrato y que se ha visto frustrado por el incumplimiento sino que, también, incide en la propia manera de concebir la relación obligatoria y su entorno. Es por eso que las ideas aquí postuladas tienen su necesario complemento en aquellas sobre el incumplimiento y la satisfacción del interés del acreedor de que trata el nuevo derecho de la contratación. Toda obligación contractual no representa solo una relación bipolar que impone a una parte un deber de prestación y autoriza a la otra a exigir su cumplimiento a través de un derecho de crédito, sino que mienta una ordenación de cooperación enderezada hacia la satisfacción del interés del acreedor, que el deudor garantiza al contratar con su patrimonio y en la medida del riesgo puesto de su cargo<sup>47</sup>.

### III. LA METODOLOGÍA Y LA DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El tema elegido y la finalidad exploratoria con que se aborda condicionan la metodología empleada para acometer estas primeras notas y las discriminaciones efectuadas para circunscribirlas. Ellas son tres:

- 1) la exclusión de la historia dogmática,

<sup>46</sup> MOUSSERON (1988). Véase asimismo una aplicación de esta idea a propósito del incumplimiento en VIDAL (2005).

<sup>47</sup> ALCALDE (2008). Sobre esta construcción y sus consecuencias: MORALES (2011), pp. 76-93.

- 2) la forma de concreción de la operación de reemplazo
- 3) y el concreto derecho elegido para observar su aplicación.

### *1. La exclusión de la historia dogmática*

La primera decisión ha consistido en dejar fuera el marco histórico del problema, aunque este aporta algunos elementos de análisis que quedan recogidos de forma latente<sup>48</sup>. El problema del reemplazo engarza con otro que presenta tres vertientes principales, como es el derecho de venta del acreedor en materia de compraventa, prenda y sociedad anónima<sup>49</sup>. En cada uno de esos ámbitos, la mentada facultad cumple una función distinta, lo que no impide que surjan ciertas líneas de comunicación e, incluso, alguna convergencia en cuanto al procedimiento de realización, de lo que es buena demostración el Derecho italiano. Una investigación profunda exigiría ocuparse de esas tres manifestaciones y perfilar su evolución a través de los siglos. Sin embargo, y ni siquiera en todos sus aspectos, para una aproximación preliminar a la figura basta con circunscribir el análisis al derecho de venta del acreedor en el contrato de compraventa, por ser este un contrato paradigmático y referencial y el campo donde la doctrina española ha abordado su tratamiento<sup>50</sup>. En dicha

<sup>48</sup> Por ejemplo, en *Dig.* 18,6 1, 3 existe un antecedente a propósito del derecho de venta que se le reconoce al vendedor de vino en caso de mora del comprador en retirarlo.

<sup>49</sup> Es aquí referencia obligada FERRARA (1937).

<sup>50</sup> Aunque en CARRASCO (2013), donde se recogen ciento sesenta “lugares que debería

sede, sin embargo, cabe hacer una distinción que separe el negocio celebrado en función conservativa de aquel otro concluido para sustituir la prestación incumplida, pues el propósito práctico de cada uno de esos contratos es distinto, y también sus consecuencias. Así se ha reconocido en derecho alemán (§§ 373 II y 376 III del *HGB*) y respecto de la compraventa internacional de mercaderías (artículos 75 y 88 CISG).

### *2. Las forma de concreción de la operación de reemplazo*

Después de esta distinción, corresponde efectuar otra en razón de las dos concreciones que puede adoptar la operación de reemplazo según su forma de actuación, y que cabe denominar, respectivamente

- a) “reemplazo coactivo” y
- b) “negocio de reemplazo”.

#### a) El reemplazo coactivo

La primera de estas concreciones consiste en la facultad que tiene uno de los contratantes para hacer ejecutar la prestación incumplida por cuenta y riesgo de la parte incumplidora y, en general, por intermedio de un oficial público o agente cualificado. El acreedor dispone así, mediante un nuevo negocio jurídico, de aquella cosa del deudor que retiene o de la que está en posesión y que es objeto del contrato incumplido o, bien, se procura de manera directa la prestación que debió ser ejecutada y no lo fue. Cualesquiera fuere la finalidad con que esta operación se realiza, existe

contener un Tratado de la Compraventa que quisiera ser casi completo” (p. 43), no existe un tratamiento especial de la operación de reemplazo.

un vínculo entre una cosa afecta al cumplimiento de un contrato y una deuda incumplida, el que explica que la figura comporte una forma de aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal con que la ley garantiza el cumplimiento de todo derecho de crédito (art. 1911 del *CC*).

La operación de reemplazo funciona, entonces, como un modo de concretizar ese principio respecto de un bien determinado, aunque con un grado menor de afectación que el que es propio de las garantías en sentido técnico. De esto se sigue que el bien atribuido al deudor en virtud del primer contrato funciona como objeto específico de una suerte de garantía funcional y, más importante todavía, de la realización forzosa (o voluntaria) de la obligación<sup>51</sup>.

Modelos paradigmáticos de esta modalidad de reemplazo son el § 376 HGB y los artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile*.

#### b) El negocio de reemplazo

La segunda modalidad se caracteriza por la celebración de un contrato mediante el cual la parte afectada por el incumplimiento suplente la conducta esperada de su contraparte, la que queda obligada a satisfacer, por concepto de daños, la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el de cobertura. Se diferencia del reemplazo coactivo en que, si bien en ambos existe la cele-

bración de un negocio jurídico como medio de operar la sustitución de la prestación incumplida, la función que este desempeña es diversa. Mientras en aquel el negocio comporta el medio por el cual se materializa el cumplimiento coactivo del contrato, en este segundo supuesto es el elemento que asigna sustancia al propio reemplazo. De ahí que quepa hablar de la existencia de un negocio de reemplazo o de cobertura (o también en daño, sustitutivo o compensatorio), porque el nuevo contrato tiene, precisamente, esa finalidad: procurar al acreedor aquella prestación que no pudo obtener a través de aquel que en un comienzo había concluido con ese propósito, con traslación posterior de las consecuencias desfavorables que se siguen de esa cobertura.

Esta última es la forma de reemplazo que ha concitado una mayor adhesión en los países donde no existe una norma expresa referida a la figura, como ocurre en España, y en la actualidad se halla recogida en los textos de Derecho Uniforme (arts. 85 del ULIS, 75 de la CISG y 7.4.5 de los PICC) y de armonización del Derecho europeo (arts. 9:506 de los PECL, III-3:706 del DCFR y 10:506 de los PCCR), por influencia del *Common Law* (§39 y 48 de la SGA-UK, y 2:706, 2-712 y 2A-518 del *UCC*) y de algunos ordenamientos precursores dentro del Derecho Continental, como el suizo (arts. 191 y 215 OR) y el neerlandés (art. 7:37 del *NBW*)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> El concepto de garantía que aquí se adopta es similar al que propone TAPIA (2009), p. 28: ella consiste en una obligación condicional que tiene por contenido fundamental el asegurar la verdad de una situación presente o la realización de un evento futuro.

<sup>52</sup> Véase, en general, TREITEL (1988), pp. 111-116. Es especialmente interesante el fenómeno ocurrido en Francia y Bélgica a partir de reglas idénticas: mientras en el primer país la tendencia mayoritaria ha sido calificar la operación de reemplazo como una forma de ejecución forzosa similar a la existente para las obligaciones de

### 3. El concreto derecho elegido

La tercera acotación metodológica viene referida al concreto derecho elegido. Se ha tomado como marco normativo el Derecho español, con todas las ventajas y desventajas que ello conlleva. Por una parte, abordar la operación de reemplazo en este ordenamiento presenta la ventaja de que quien lo hace se halla frente a un terreno en su mayor parte virgen y puede trazar un diseño que sirva para la discusión posterior. Los trabajos que de ahí resulten tendrán el mérito de ser la avanzada sobre esa materia y constituirán un punto de referencia necesario de trabajos posteriores, sea para extraer de ellos otros desarrollos, sea para criticar las conclusiones obtenidas. En uno u otro caso se habrá cumplido el propósito de generar nuevo conocimiento, y de hacerlo con originalidad y cierto rigor científico. Pero esa misma decisión tiene la desventaja que proviene de la ausencia de material normativo que permita postular la figura como un curso indubitado de reacción ante el incumplimiento, al menos mientras no se haya promulgado el proyectado *Código Mercantil*. No resulta extraño, entonces, que algún autor que rechace la procedencia de la operación de reemplazo en Derecho español por la simple razón de que la ley no la prevé, como sí hace en materia de comercio internacional el artículo 75 de la CISG o, con carácter de *lex mercatoria*, el art. 7.4.5 PICC<sup>53</sup>.

---

hacer en el artículo 1144 del *Code Civil* (art. 1098 del *CC*), en el segundo aquella se ha decantado por atribuirle el carácter de consecuencia material de la resolución por incumplimiento, como forma de valoración del daño típico que de ella se sigue.

<sup>53</sup> SECO (2008), p. 329.

Para reconstruir de forma más o menos sistemática los trazos de una disciplina general del negocio de reemplazo en Derecho Privado español se ha partido del material que fragmentariamente proporcionan los textos legales vigentes y la jurisprudencia, sin descuidar el Derecho Comparado en especial el Continental y de los proyectos de modernización del propio Derecho interno<sup>54</sup>. La manera de dar cohesión a estos elementos ha sido la visión unitaria del Derecho Privado como disciplina jurídica, donde tanto el derecho civil como el derecho mercantil tienen algo que aportar a la hora de conformar un sistema de responsabilidad contractual más funcional a los conflictos de intereses subyacentes y los intereses en juego<sup>55</sup>. Tal enfoque doble o, mejor, plural, favorece el análisis y recuerda que fue en el ámbito de los usos del comercio donde la operación de reemplazo siguió siendo utilizada cuando la primera codificación quiso reducir el Derecho Civil a reglas caracterizadas por su abstracción y encaje geométrico<sup>56</sup>. Lo mismo ocurrió con las

---

<sup>54</sup> En este ámbito y durante el periodo de preparación de su tesis, el autor pudo beneficiarse de los fondos disponibles en UNIDROIT y en la Bibliothèque Cujas, merced a los periodos de permanencia pasados en Roma y París respectivamente, así como de la estadía realizada entre abril y julio de 2011 en la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", bajo la dirección del profesor Mario Stella Richter Jr. Con posterioridad, y gracias al apoyo de la Dirección de Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el autor realizó una nueva estadía de investigación, esta vez en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, con sede en Lausana, durante el mes de julio de 2014.

<sup>55</sup> Véase ESPINA (2008) y DELLE MONACHE (2012).

<sup>56</sup> FERRARA (1937), p. 28.

aportaciones doctrinales, donde representa un papel destacado el *Curso* (1940) y el *Tratado de Derecho Mercantil* (1963) de Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate (1899-1983)<sup>57</sup>, y también, aunque sin continuidad, la obra de Emilio Langle Rubio (1886-1967)<sup>58</sup>.

Joaquín Garrigues constataba que la cuestión relativa a la indemnización de perjuicios en los supuestos de incumplimiento de que trata el art. 329 del *CCom* no está debidamente aclarada en el *Código*<sup>59</sup>. Al efecto, es preciso distinguir entre la indemnización que se puede pedir cuando el comprador acepta el cumplimiento tardío y aquella a la que hay derecho en caso de que falte de forma absoluta la prestación. En el primer supuesto vale la regla general sobre el resarcimiento del daño del *Código Civil*: la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, calculados de manera subjetiva y concreta (arts. 1106 y 1107)<sup>60</sup>. La solución es distinta en la segunda situación, pues en ella se ha de recurrir a un cálculo objetivo y abstracto del daño sobre la base de la diferencia entre el precio del contrato y el corriente a la fecha de la resolución, tal y como hacían los entonces vigentes arts. 363 y 371 del *CCom* para el contrato de transporte, derogados por la ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre contrato de transporte terrestre de mercancías<sup>61</sup>. Pero

puede ocurrir también, y de hecho tal es lo corriente en el tráfico, que:

“el comprador acuda a otro vendedor para adquirir la misma mercancía (*compra de reemplazo*)”,

en cuyo caso

“la indemnización se fijará sobre la base del precio pagado en este segundo contrato”<sup>62</sup>.

Si es el comprador el que incumple su obligación de pagar el precio, en el *Código de Comercio* no existe derecho expreso a resolver el contrato. Para Joaquín Garrigues<sup>63</sup>, dicho objetivo puede ser alcanzado también por el vendedor, pues subsiste la facultad resolutoria que concede con carácter general el art. 1124 del *CC*, lo que iguala los efectos del incumplimiento de una y otra parte.

El citado autor se ocupa finalmente de una situación no prevista por el *Código de Comercio*, y de la que solo existía una particular aplicación a propósito de las operaciones bursátiles en el artículo 77, ya revisado<sup>64</sup>:

“la posibilidad de que la parte cumplidora del contrato, acreedora de la cosa o del precio, se

457

<sup>57</sup> Véase: BERCOVITZ (1971); MENÉNDEZ (1983); GARRIGES (1994); GONZÁLEZ DE CARDEDAL (2005), pp. 23-28 y 59-82; SÁNCHEZ CALERO (1996) y (2004).

<sup>58</sup> Véase: MOTOS (1956) y (1968) y VARGAS (1997) y (2000).

<sup>59</sup> El supuesto de incumplimiento del art. 329 del *CCom* consiste en que el vendedor no entregue los efectos vendidos en el plazo estipulado.

<sup>60</sup> GARRIGUES (1940), p. 151.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> GARRIGUES (1940), p. 151.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Posteriormente, GARRIGUES (1963), p. 322, señala que el hecho de que el *Código de Comercio* español hubiese limitado la compra de reemplazo a un supuesto particular de mercancías con un precio de mercado, como es el de la Bolsa, requiriendo, además, la intervención de un agente que pertenezca a la Junta Sindical, era una demostración del deseo del legislador de evitar toda posibilidad de abuso por parte del comprador que no recibió la mercancía en el tiempo pactado.

procure una u otra por medio de otra compraventa, que se realizará por cuenta de la parte morosa, es decir, a riesgo suyo”<sup>65</sup>.

Los principios que ahí sienta son los mismos que después ha repetido la doctrina y que han sido aplicados por la jurisprudencia, al punto que no extraña que todavía siga siendo punto de referencia obligada<sup>66</sup>:

“si es el vendedor el que recurre a la nueva venta, su obligación frente al primitivo comprador de entregar la cosa se sustituye por la obligación de entregarle el precio de la nueva venta. Pero esta deuda suya se compensará con su antiguo crédito, y será el acreedor si el precio obtenido es menor que el adeudado, y deudor en el caso contrario. El comprador sólo podrá proceder a la ejecución coactiva cuando el objeto del contrato fuese una cosa fungible”<sup>67</sup>.

En el *Tratado*, Joaquín Garrigues divide el incumplimiento del contrato de compraventa en dos apartados que integran el capítulo xxxviii, uno referido al incumplimiento de las obligaciones del vendedor (ix) y otro al incumplimiento de aquellas que corresponden al comprador (x). Las ideas sustanciales de esta disciplina son las mismas que ya aparecen expuestas en el *Curso*, por lo que solo se hará referencia a aquellas en que el *Tratado* profundiza.

Señala, además, que la *sedes materiae* de los derechos del comprador ante el incumplimiento del vendedor es el art. 329 del *CCom*, que concede a aquel la facultad de instar por el cumplimiento forzoso del contrato o de resolverlo, en ambos casos con indemnización de perjuicios<sup>68</sup>. Esta indemnización se determina, empero, de forma distinta según el remedio por el que se opte. Si se ha solicitado el cumplimiento del contrato, la indemnización se rige por los principios de la mora (arts. 1100 del *CC* y 62 y 63 del *CCom*) y cabe aplicar en régimen complementario los arts. 1106 y 1107 del *CC*<sup>69</sup>. En cambio, si se ha optado por la resolución, la indemnización es la que corresponde a un incumplimiento total y se hace preciso dar solución a dos problemas principales:

- i) la forma de hacer uso del derecho y
- ii) el cálculo del daño<sup>70</sup>.

Del primer problema no hay mayor variación con lo dicho en el *Curso*, salvo que en el *Tratado* se agrega que la interpretación dada al art. 329 del *CCom* armonizaba con la que paulatinamente el Tribunal Supremo había dado respecto del art. 1124 del *CC*, para facilitar el ejercicio de este remedio<sup>71</sup>.

Distinto es lo que acaece con relación al cálculo del daño, materia en la que el *Tratado* sí presenta una exposición más desarrollada y completa. Aunque la idea central es la misma, esto es, que la forma de valorar el daño es distinta según se trate de la prestación tardía o de la falta de entrega, aquí Joaquín

<sup>65</sup> GARRIGUES (1940), p. 152.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, FENOY (2009).

<sup>67</sup> GARRIGUES (1940), p. 152.

<sup>68</sup> GARRIGUES (1963), p. 318.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, pp. 318-319.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Op. cit.*, p. 319.

Garrigues introduce de forma expresa la mención al “sistema mercantil del ‘daño abstracto’” (en el *Curso* hablaba sólo de un “cálculo objetivo y abstracto”<sup>72</sup>, sin propósito de sistematización), que caracteriza como una forma de

“cálculo [que] se hace en forma rápida sobre la base de una simple diferencia de precios: el del contrato incumplido y el corriente en el mercado en el que la mercancía debió ser entregada”<sup>73</sup>.

Separadamente, y también dentro del catálogo de derechos del comprador ante la falta de entrega, Joaquín Garrigues<sup>74</sup> incluye la compra de reemplazo y dispensa a ella el tratamiento más completo hasta entonces existente en la literatura mercantil española, con referencia al reconocimiento de esta figura en el Derecho alemán (§ 376 III del *HGB*), italiano (art. 1516 del *Codice Civile*), suizo (art. 191 II OR) y uniforme (arts. 28 y 91 del proyecto de 1956 que precedió a la ULIS). Se ocupa también de la descripción de la figura, su recepción parcial en el art. 77 del *CCom*, su naturaleza jurídica, sus requisitos de procedencia y sus efectos.

Sentó, de esta forma, las bases de la explicación que se suele dar en los manuales y tratados al uso sobre la operación de reemplazo<sup>75</sup>. Con posterioridad, la ratificación de la CISG,

obra por el instrumento de adhesión de 17 de junio de 1990, ha dado a la doctrina un soporte dogmático más seguro en el que engarzar la figura, aunque sin mayores consideraciones posteriores sobre su fundamentación<sup>76</sup>. Incluso, la regla que ahí se contiene (art. 75 de la CISG) ha sido utilizada como criterio de solución en casos donde la mentada Convención era inaplicable en razón de su objeto<sup>77</sup>.

Por su parte, Emilio Langle trata la operación de reemplazo en dos de sus obras de madurez, como son su monografía dedicada al contrato de compraventa mercantil (1958) y el tomo III de su *Manual de Derecho Mercantil español* (1959). En estos trabajos, empero, se aparta de la formulación ofrecida en el *Curso* de Joaquín Garrigues, y prefiere incluir esta dentro del apartado dedicado a la extinción de este particular contrato<sup>78</sup>, idea que luego aparece implícita (aunque sin referencia a los trabajos de Emilio Langle<sup>79</sup>) en el *Tratado* de este último autor<sup>80</sup>.

En el exordio de ese apartado, Emilio Langle señala que los modos de extinción de la compraventa mercantil son los generales de todo contrato, sobre los que no cabe referirse en una obra

<sup>76</sup> Véase, además de las referencias de la nota anterior, MORALES (2010), pp. 41-42.

<sup>77</sup> Sobre ella: VIDAL (2008).

<sup>78</sup> LANGLE (1958), pp. 103-110 y LANGLE (1959), pp. 169-172.

<sup>79</sup> Es más, su monografía sobre la compraventa mercantil ni siquiera aparece mencionada en la bibliografía ofrecida por Joaquín Garrigues al comienzo de la parte dedicada al tratamiento de este contrato; en dicha relación sólo se hace alusión al tomo III del *Tratado* de Langle. Cfr. GARRIGUES (1963), p. 229.

<sup>80</sup> GARRIGUES (1963), pp. 323-324.

<sup>72</sup> GARRIGUES (1940), p. 151.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 319.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, pp. 320-324.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, MOXICA (2000), pp. 154 y 237-238; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ (2007), p. 120; VÉRGEZ (2009), p. 154; VICENT (2010), p. 1261; BROSETA/MARTÍNEZ (2012), p. 72; SÁNCHEZ / SÁNCHEZ CALERO (2012), p. 283.

destinada a un contrato en particular<sup>81</sup> o, bien, ciertas causas especiales de rescisión de las que trata el propio *Código de Comercio*<sup>82</sup> y a las que sí dispensa un tratamiento especial en el curso de su libro<sup>83</sup>. Sin perjuicio de ello, a su juicio, hay “otras materias interesantes” relacionadas con la extinción del contrato de compraventa mercantil, que sí merecen atención particular en esa sede<sup>84</sup>, como es el caso de la rescisión por lesión, las arras, el retracto y, para lo que aquí interesa, la compraventa de reemplazo.

De esta última trata al final del apartado, sin diferenciar si el incumplimiento que autoriza la cobertura a través del mercado procede del comprador o del vendedor, lo que sugiere la unidad dogmática de la figura<sup>85</sup>. Emilio Langle tiene, entonces, el mérito de haber abordado por primera vez la figura de un modo unitario, superando la dicotomía entre compra y venta de reemplazo ofrecida por Joaquín Garrigues en su *Curso*<sup>86</sup>. En dicha sede señala que esta operación importa una

forma de solucionar el incumplimiento ocasionado por una u otra de las partes mediante la celebración de un nuevo contrato, que por la función sustitutiva que desempeña se llama de reemplazo<sup>87</sup>. Junto con indicar que el *Código de Comercio* no menciona este supuesto salvo en el caso particular de la demora en el cumplimiento de lo convenido por parte del agente colegiado vendedor o comprador dentro del marco de una operación de Bolsa (art. 77, hoy derogado)<sup>88</sup>, este autor explica que recurre a una compraventa de reemplazo la parte que ha cumplido con su respectiva obligación, con el fin de hacerse, por cuenta de la incumplidora, con la cosa o con el precio que le es debido<sup>89</sup>.

Lamentablemente, esta tesis no tuvo continuación ni desarrollo posterior<sup>90</sup>. De los pocos datos suministrados por Emilio Langle parece concluirse que la

<sup>81</sup> De los que sí trata, a propósito del régimen general de los contratos mercantiles, tanto en LANGLE (1931), pp. 105-108, como en LANGLE (1959), pp. 104-124.

<sup>82</sup> Son causas de rescisión especiales del contrato de compraventa: (i) la falta de entrega dentro de plazo (art. 329); (ii) la falta de toda la cantidad de mercaderías (art. 330); (iii) la pérdida o deterioro anterior a la entrega (art. 331) y (iv) la negativa de recepción de lo comprado (art. 332).

<sup>83</sup> Concretamente, LANGLE (1958), pp. 71-73, 84-86 y 95 y LANGLE (1959), pp. 115-156, 162-163 y 166-167.

<sup>84</sup> LANGLE (1958), p. 103 y LANGLE (1959), p. 169.

<sup>85</sup> LANGLE (1958), p. 110 y LANGLE (1959), p. 172.

<sup>86</sup> Respectivamente GARRIGUES (1940), pp. 151 y 152.

<sup>87</sup> LANGLE (1958), p. 110 y LANGLE (1959), p. 172.

<sup>88</sup> Por otra parte, LANGLE (1959), p. 224, creía conveniente que el art. 77 del *CCom* fuese rehecho, con el fin de mejorar su redacción, sistematización y claridad, pues en él se contenían “de manera algo confusa múltiples efectos y elementos”.

<sup>89</sup> LANGLE (1958), p. 110 y LANGLE (1959), p. 172.

<sup>90</sup> Pese a que nombre Langle fue citado con frecuencia por los mercantilistas de su época, no creó escuela propia, como sí lo hizo Joaquín Garrigues, debido a distintas circunstancias personales: el tiempo dedicado originalmente al Derecho Penal, la privación de la cátedra universitaria y el traslado forzoso a Oviedo. A ello contribuyó, además, el hecho de que por aquel entonces solo la Universidad Central de Madrid estaba autorizada para conferir el grado académico de doctor. Tampoco adscribió a ninguna de las escuelas existentes, especialmente en lo que se refiere a la Escuela del Derecho Mercantil de la Empresa, merced a la cual su obra pudiera haber tenido alguna continuidad. Cfr. VARGAS (1997), pp. 79-80).

operación de reemplazo constituye un mecanismo destinado a remediar el incumplimiento del contrato de compraventa mercantil dotado de autonomía conceptual, esto es, con un funcionamiento independiente a otros medios de tutela, especialmente la resolución y la indemnización de perjuicios. Se trataría, pues, de un medio de tutela del interés del acreedor que se diferencia tanto de la pretensión de cumplimiento como de la resolución contractual. Respecto de la primera, en ningún momento se hace mención a ella, pese a que el autor considera que ambos instrumentos persiguen un objetivo idéntico: obtener la prestación debida con cargo a la parte que ha incumplido el contrato. Dada esta coincidencia funcional, lo esperable hubiese sido que ambas viniesen equiparadas, como ocurre en el derecho alemán e italiano, y, dado que no es así, es dable sostener que ambas poseen una identidad típica distinta. Tampoco la operación de reemplazo comportaría una forma de resolución contractual, porque tal remedio viene expresamente mencionado por Emilio Langle cuando medita los supuestos de rescisión, y no resulta lógico que segregase una figura que cree aplicación particular de otra.

Estos indicios llevan a pensar que Emilio Langle concebía la operación de reemplazo como un modo autónomo de extinguir la compraventa mercantil, que producía unos determinados deberes de liquidación entre las partes. Considerada como un fenómeno unitario, una relación obligatoria se extingue cuando se ha logrado por completo la finalidad económica perseguida y se han agotado todos los efectos buscados, porque entonces han quedado plenamente satisfechos

los intereses de ambas partes y ejecutadas todas las obligaciones recíprocas<sup>91</sup>. Tal consumación del fin del contrato se produce de igual forma cuando el contratante a quien afecta el incumplimiento celebra una operación de reemplazo y se procura a través del mercado aquella prestación que debió recibir en virtud del contrato que había celebrado para ese propósito. Dicho contrato, aunque no ha sido efectivamente cumplido por el deudor, carece ya de sentido, porque el acreedor ha obtenido la prestación que esperaba y ha satisfecho con ella su interés.

La lógica lleva a pensar que, cuando eso ha ocurrido, el contrato se reputa extinguido. Pero esa extinción no excluye que todavía pueda subsistir la necesidad de liquidar sus resultados u otra situación que se encuentra pendiente<sup>92</sup>, como ocurre en este caso. El contrato ha alcanzado su consumación por la satisfacción que consigue el acreedor al recibir de un tercero la prestación esperada, pero ese cumplimiento le ha supuesto costos adicionales que aquel contrato no le obligaba a soportar y que, por ende, pueden ser legítimamente transferidos al deudor en cuanto garante de la satisfacción de su interés. El mecanismo para operar esa transferencia y la consiguiente liquidación de la relación entre acreedor y deudor es el resarcimiento del daño, que se valora en concreto a partir del negocio de cobertura celebrado.

Esta fundamentación que parece estar detrás de las ideas solo sugeridas por Emilio Langle engarza con la concepción que el autor tenía del Derecho Mercantil, y que concebía como

<sup>91</sup> DÍEZ-PICAZO (2008), p. 1084.

<sup>92</sup> *Op. cit.*, p. 1085.

“aquel sector del Derecho privado que, con objeto de tutelar debidamente los intereses comerciales, y los análogos, imprime a sus instituciones un doble sentido finalista de acentuada flexibilidad y seguridad de los negocios jurídicos”<sup>93</sup>.

La operación de reemplazo se adapta a los intereses mercantiles y permite conseguir el propósito práctico buscado con el contrato de una forma eficaz y sin mayores dilaciones, de suerte que se convierte en un instrumento dúctil para que el acreedor obtenga efectivamente la prestación esperada.

En fin, el objetivo prospectivo de estas notas explica, asimismo, que determinadas cuestiones accesorias permanezcan como parte del hilo argumental. Esto se debe a la necesidad de abordar algunos conceptos previos, como ocurre con el contenido obligacional y la fuerza obligatoria del contrato, o el incumplimiento y el sistema de remedios que el ordenamiento dispone para superarlo, cuyo nuevo entendimiento condiciona su inclusión en el conjunto para dar solidez a la construcción que se presenta. Especial atención merece el remedio indemnizatorio, que permite sustentar el desarrollo de las ideas propiamente referidas a la operación de reemplazo.

#### IV. LAS BASES PARA EL TRATAMIENTO DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

Con arreglo a estas ideas metodológicas y de construcción dogmática, las bases de estudio de la operación de

reemplazo debieran quedar divididas en cinco aspectos, no todos ellos de la misma importancia<sup>94</sup>.

El primer aspecto tiene un carácter preliminar y aborda la tensión entre incumplimiento y satisfacción del interés del acreedor desde el concepto de obligación como garantía de resultado.

El segundo aspecto profundiza en las formas de subsanación del incumplimiento mediante el reemplazo, con especial atención a los mecanismos que operan esa finalidad. Queda situada así la operación de reemplazo dentro de su género próximo: la sustitución por causa de incumplimiento. De ahí en adelante se ahonda en sus diferencias específicas.

De esta manera, el tercer aspecto tiene relación con la delimitación del reemplazo en derecho español a través de una aproximación conceptual que se sirve de la partición ya enunciada, una relación de su recepción en materia mercantil, civil y laboral, y la distinción con ciertas figuras afines.

El cuarto aspecto consiste en profundizar en la fundamentación dogmática dada a la operación de reemplazo en Derecho Comparado, distinguiendo entre las teorías basadas en la realización del derecho de crédito del contratante insatisfecho, las relativas a la valoración del daño resarcible y aquellas otras que escapan de esos dos tipos básicos.

Hecho esto, corresponde tratar el quinto aspecto, que consiste en acometer una valoración comparativa de esas teorías según el Derecho español, de

<sup>93</sup> LANGLE (1961), p. 373.

<sup>94</sup> El desarrollo que sigue es un resumen de los seis capítulos en que se divide la tesis doctoral del autor, lo que explica la ausencia de aparato crítico.

manera de perfilar los contornos dogmáticos que caracterizan la operación de reemplazo.

## 2. *El incumplimiento y la satisfacción del interés del acreedor*

Todos los ordenamientos abordan de alguna manera la cuestión de la fuerza obligatoria del contrato, porque es en ella donde reside la clave para fijar las dos consecuencias posibles en que se resuelve el programa de prestación: cumplimiento o incumplimiento, con la consiguiente satisfacción o insatisfacción del interés del acreedor<sup>95</sup>. Sin embargo, la respuesta que se da este problema presenta algunas diferencias entre las dos tradiciones jurídicas más importantes, pues mientras el Derecho Continental se centra en la ejecución del propio contrato, ateniéndose a los términos en que fue concebido, en el *Common Law* ese imperio se traduce como la sujeción del deudor a una sanción jurídica enderezada a satisfacer el interés del acreedor<sup>96</sup>.

Pero ese entendimiento diferenciado de la fuerza obligatoria del contrato ha comenzado a cambiar por obra del nuevo Derecho de la Contratación, con una marcada tendencia hacia la convergencia, desde la cual empieza a ser reinterpretado y reformulado el propio Derecho español<sup>97</sup>. Después de aceptado que los contratos son obligatorios para las partes porque entrañan un compromiso de índole ética que el ordenamiento hace respetar por razones de utilidad

social y justicia correctiva (positivando, incluso, la exigencia como regla), y que toda obligación implica un resultado garantizado por un contratante a favor del otro, no es difícil comprender que la eficacia de esa vinculación requiere la existencia de un sistema unitario y coherente de remedios que permita actuar el interés del acreedor y conseguir aquel nivel de satisfacción que este perseguía al contratar. Ese interés se manifiesta en el resultado ideal que cada una de las partes pretendía obtener con el contrato celebrado, y que constituye su sustancia económica. Tal viene representado no solo por la prestación materialmente considerada sino, también, por ciertos hechos, finalidades, expectativas, situaciones, circunstancias o estados de la realidad presupuestos por el contrato y garantizados por un contratante a favor del otro. A su vez, funciona como el propósito práctico que informa el completo itinerario del programa de prestación (art. 1238 III del PMCC)<sup>98</sup>. La vinculación contractual se ensancha así para adecuarse de mejor forma a los concretos intereses en juego, permitiendo una satisfacción del acreedor más de acorde con la medida de su derecho de crédito.

Cuando ese resultado no se produce, sea cual fuere el aspecto que no concurre para que así suceda, el ordenamiento pone a disposición del contratante afectado un conjunto de remedios destinados a combatir esa falta de satisfacción de su interés por medio de aquel mecanismo que, en esas circunstancias, se muestra como el más idóneo. Este sistema de responsabilidad contractual se caracteriza por suponer un concepto neutro y material de in-

<sup>95</sup> Véase PIZARRO (2004).

<sup>96</sup> MORALES (2011), pp. 77-78.

<sup>97</sup> Díez-PICAZO/ROCA/MORALES (2002), pp. 318-321.

<sup>98</sup> MORALES (2011), pp. 53-76.

cumplimiento, que concurrirá con los requisitos particulares exigidos respecto de cada uno de los remedios, producido el cual el acreedor podrá elegir el curso de acción que mejor satisfaga su interés. En dicho sistema, la indemnización de daños opera como un mecanismo de cierre, dado que permite que el acreedor colme aquellos intersticios dejados por la acción de los remedios que cabe denominar “primarios” por la incidencia que tienen sobre el contenido obligacional del contrato incumplido, al imponer su consumación forzosa o su disolución<sup>99</sup>. Tal combinación anticipa que la operación de reemplazo no quede circunscrita al mero resarcimiento del acreedor por el negocio de cobertura realizado, y que se haya de buscar una solución que determine la suerte del contrato que ha sido sustituido por otro, el que o, bien, se tiene que extinguir previamente o consumir a través de la prestación sustitutiva.

## *2. La subsanación del incumplimiento mediante el reemplazo*

El contrato expresa, ante todo, un propósito práctico que se desea satisfacer y que es posible alcanzar de distintas formas, una de las cuales es la ejecución forzosa de la propia prestación incumplida<sup>100</sup>. Pero, en paralelo, existe un amplio mercado de bienes y servicios que el acreedor excluyó en su oportunidad al decantarse por determinada persona

como el deudor de la prestación deseada y al que, por consiguiente, puede volver cuando por esa vía no ha logrado conseguir el resultado esperado. De esa realidad se hace cargo el fenómeno de la sustitución, que el ordenamiento enfrenta merced a distintos remedios que trasladan el riesgo desde el acreedor que lo ha soportado originalmente al deudor que debe asumirlo por haber incumplido. Como este último ha comprometido todos sus bienes en garantía de su deuda, será sobre su patrimonio que revertirá al final la satisfacción del interés del acreedor, sea que la misma ya se haya producido, sea que se espere contar con los fondos para procurarla.

La sustitución admite tres concreciones según el grado de abstracción que presente respecto del contrato incumplido, que cabe denominar, respectivamente, económica, jurídica y negocial. En la primera existe un fuerte grado de dependencia material con la regla contractual, pues el acreedor pretende que la obligación sea cumplida de forma coactiva mediante una prestación de características similares a aquella que le correspondía según el contrato o, bien, a través de la misma, pero purgada de los defectos que la hacían inepta para el objeto que se tuvo en cuenta al contratar. La segunda modalidad avanza en desmaterialización y permite que la prestación incumplida sea reemplazada por su valor de cambio. Bajo una construcción articulada del remedio resarcitorio, el equivalente pecuniario queda incorporado como una partida más de la indemnización que se acuerda al acreedor, aunque eso no impide que, en ciertos supuestos, se pueda reclamar a través de mecanismos procesales

<sup>99</sup> Otras clasificaciones en PANTALEÓN (1993), pp. 1727-1728; GÓMEZ (2007), p. 13; DíEZ-PICAZO (2008), pp. 771-772; CARRASCO (2010), p. 1047 y MORALES (2011), pp. 95-96.

<sup>100</sup> Véase MORALES (1983).

dispuestos para facilitar la satisfacción de su interés<sup>101</sup>. La tercera forma de sustitución es la que más se aparta de la materialidad sobre la que se asentaba el contrato incumplido, dado que la reacción ante el incumplimiento conduce a celebrar un nuevo negocio con miras a obtener el concreto resultado esperado por el acreedor.

En sede de incumplimiento, la sustitución encuentra acomodo en distintos mecanismos y con un alcance diferente en cada uno de ellos. Particular atención se ha prestado a la pretensión de cumplimiento y la indemnización de perjuicios, porque es a ellos donde se termina reconduciendo la operación de reemplazo, que es la que aquí interesa. Este expediente permite a la parte afectada por un incumplimiento consumir provisionalmente la relación contractual, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias perjudiciales que se siguen de aquél. Produce así, si se admite un parangón con el Derecho Procesal (arts. 22 y 413 de la LEC), una “satisfacción extraobligacional” del interés del acreedor, que habrá que engarzar con alguno de los remedios que el ordenamiento le ofrece para decidir la suerte del contrato incumplido y poner de cargo del deudor todo lo que le ha interesado la realización del programa prestacional.

En este sentido, la responsabilidad contractual se concibe bajo una lectura objetiva que emana de su propia configuración<sup>102</sup>. El contrato crea para el

acreedor una garantía de satisfacción de un resultado, donde quedan comprometidos una serie de intereses relacionados tanto con la prestación como con su indemnidad personal y patrimonial. Los riesgos de ese concreto programa prestacional vienen así distribuidos, ya sea por expresa previsión de las partes, ya por la atribución dispositiva de la ley en consideración de la base objetiva y subjetiva del contrato celebrado. Cuando acaece el incumplimiento, el acreedor ve frustrado su interés sin importar el origen de tal, y elegirá el remedio que mejor le convenga de acuerdo con las circunstancias concomitantes.

La indemnización de perjuicios se presenta como un remedio complementario, que se dirige a colmar aquellos vacíos dejados por los remedios primarios y asegurar que el interés del acreedor quede compensado hasta donde sea posible. Para reclamar aquella, el acreedor debe probar la existencia del contrato, la materialidad del incumplimiento y los daños que reclama. De cargo del deudor quedará demostrar que el incumplimiento no es tal, que su acaecimiento no le es imputable o que los daños cobrados no son indemnizables de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva. Especial importancia reviste la distinción entre daños intrínsecos y extrínsecos, y entre daños previsibles e imprevisibles, porque sobre ellas se habrá de volver al valorar comparativamente las teorías ofrecidas para explicar el encuadre dogmático de la operación de reemplazo. De momento, solo cabe anticipar que el completo valor de la prestación es un daño siempre previsible, porque se contrata con miras a su obtención.

<sup>101</sup> Por el contrario, LLAMAS POMBO (1999) defiende la autonomía de esta pretensión.

<sup>102</sup> En la línea ya propuesta por PUIG BRUTAU (1957).

### 3. *La delimitación del reemplazo en Derecho español*

En mayor o menor medida, todos los ordenamientos incorporan reglas de cobertura que permiten que la pérdida sufrida como consecuencia de un incumplimiento se estime atendiendo al costo que, de hecho, ha supuesto para el acreedor la celebración de un negocio sustitutivo<sup>103</sup>. Sin embargo, la diferencia entre ellos reside en la forma en que este se configura, pues el nuevo contrato se celebra tanto a consecuencia de la ejecución forzosa de la prestación no recibida como directamente por el acreedor en concreción de la autogestión de los riesgos del incumplimiento.

Dependiendo de su materialización, es posible identificar dos modalidades de la aquí llamada “sustitución negocial”: el “reemplazo coactivo” y el “negocio de reemplazo”, sobre las que ya se ha tratado<sup>104</sup>.

El Derecho español no hace excepción a este panorama comparatista, aunque la recepción de la regla fuese solo marginal (y hoy inexistente, salvo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías) y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial esté circunscrito principalmente al ámbito de la compraventa mercantil. Aunque algún atisbo de generalización cabe esperar si se promulga el proyectado *Código Mercantil*, de momento la reconstrucción de una regla de cobertura solo es posible a partir de los desarrollos que la literatura científica y la jurisprudencia de los tribunales han

hecho de ella. Donde no hay duda de la improcedencia de este mecanismo es en materia laboral, por la propia configuración del núcleo dogmático de esta disciplina basado en la existencia de un orden público de protección a favor del trabajador.

El Derecho Privado como ámbito de estudio queda reducido así a sus dos parcelas más clásicas: el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. En tales, empero, la operación de reemplazo ha tenido una recepción muy distinta, y ella se ha perpetuado en los textos de modernización preparados por la Comisión General de Codificación. La tendencia histórica ha consolidado el Derecho Mercantil como el ámbito propio de esta figura, por ser esta la sede donde convergen las relaciones jurídicas sobre bienes muebles caracterizadas por la habitualidad y el ánimo de lucro. Ella desempeña allí una función insustituible, porque permite que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés a través de una prestación equivalente a aquella incumplida, sin las dilaciones propias del proceso de ejecución y sin tener que soportar sobre su patrimonio la diferencia económica que conllevará esa cobertura en la mayoría de los casos. No es extraño, entonces, que fuese el *Código de Comercio* de 1885 el que recogiera una aplicación particular de la figura respecto de los contratos bursátiles (art. 77, hoy derogado), y que la literatura y la jurisprudencia habida sobre él le dieran cabida para remediar el incumplimiento de los contratos de compraventa mercantil. Por igual razón, no sorprende que fuese en la propuesta de modernización del *Código de Comercio* en la parte general sobre

<sup>103</sup> LANDO/BEALE (2003), p. 663 y BAR/CLIVE (2009), p. 942.

<sup>104</sup> Véase supra, III, 2.

contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad donde la figura haya adquirido por primera vez reconocimiento positivo (art. 66), aunque este no trascendiese más allá del ámbito de *legeferenda* que revestía ese texto. Es de esperar que la aprobación del *Código Mercantil* solucione este problema.

La diversa fisonomía que pueden adoptar todavía sus modalidades de concreción, sobre todo ahí donde no existe regla positivada que sienta las bases de su aplicación, justifica un intento de delimitación conceptual enderezado a diferenciar la operación de reemplazo de otras figuras relacionadas en cierta forma con el ámbito del incumplimiento contractual y con la idea de sustitución. Así ocurre con

- i) la ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo;
- ii) la ejecución por el acreedor con autorización judicial;
- iii) la ejecución con finalidad conservativa;
- iv) los contratos de necesidad;
- v) el contrato celebrado por el deudor para liberarse de la obligación de custodia;
- vi) el contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de la diligencia promotora;
- vii) los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño;
- viii) el cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor; y
- ix) el derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos.

Emprendido este esfuerzo, se devela que aquella se caracteriza por provenir de la iniciativa del acreedor, estar orientada a satisfacer de modo directo su interés de prestación y gestionar el riesgo derivado del incumplimiento, y no requerir necesariamente de intervención judicial. De esta manera, con independencia del procedimiento previsto para la celebración del nuevo contrato, la operación de reemplazo conlleva para el acreedor la sustitución de la relación incumplida, dado que ahora es un tercero quien le proveerá de la prestación deseada. Esta consecuencia lleva a preguntarse por la suerte del primer contrato, cuyo contenido obligacional carece ya de sentido por haber sido desplazado mediante la prestación obtenida en el mercado. Queda así planteado el primer efecto de una operación de reemplazo, que cabe calificar de jurídico por incidir en el régimen de desenvolvimiento del programa de prestación.

En la generalidad de los casos, la premura con que el acreedor acude al mercado determinará que el precio de sustitución supere al precio pactado en principio por la prestación incumplida o, viceversa, que la prestación que aquel quiere colocar no tenga salida más que por un precio inferior, produciéndose una diferencia que legítimamente cabe trasladar al deudor en virtud de la fuerza obligatoria del contrato por el que este se comprometió para con el acreedor. Este efecto contingente es de carácter material, porque implica valorar el daño mínimo que el acreedor tiene derecho a cobrar como consecuencia del incumplimiento. La operación de reemplazo opera aquí como un instrumento de medida del daño contractual, y obliga a indagar sobre

la clase de daño que delimita y las reglas que determinan o excluyen su aplicación.

#### 4. *La fundamentación dogmática de las reglas de cobertura*

Dejando fuera las teorías marginales, que sustancialmente remiten a las dos líneas centrales sobre la que discurre la literatura para explicar la operación de reemplazo, ésta ha sido caracterizada bien como

- i) una forma de actuación del derecho de crédito, bien como
- ii) un método de valoración de los daños derivados del incumplimiento.

Ambos encuadres, empero, parten de un propósito común, aun cuando la base argumental utilizada difiera en cada caso o el énfasis parezca estar en un aspecto secundario. Ese objetivo no es otro que determinar la suerte del contrato incumplido cuando el acreedor, acudiendo al mercado, celebra un nuevo negocio para obtener de un tercero la prestación que esperaba de su deudor.

En el primer grupo de teorías, la respuesta a esta pregunta es directa: el contenido obligacional del contrato se extingue por la consumación del propósito práctico que con él se perseguía, como era la satisfacción del interés del acreedor mediante una cierta prestación. Tal extinción es una consecuencia de la ejecución del propio contrato incumplido, cuya fuerza obligatoria confiere al acreedor la facultad de hacerlo cumplir coercitivamente, solicitando el auxilio judicial de ser necesario.

El segundo grupo de teorías, en cambio, centra su exposición en una consecuencia secundaria de la opera-

ción de reemplazo, como es la valoración de los daños que, celebrada esta, sufre el acreedor en su patrimonio. Tal aspecto es secundario por dos órdenes de consideraciones.

Ante todo, porque el montante del daño cuyo resarcimiento tiene derecho a recabar el acreedor no difiere según cuál sea el encuadre asignado a la operación de reemplazo. Con independencia del reenvío que se haga o de la forma concreta por la que se opere el reemplazo, ese daño siempre estará representado por la diferencia entre el precio inicialmente pactado y el precio de cobertura, cada uno de los cuales ocupará el lugar de minuyendo o sustrayendo dependiendo de la naturaleza de la prestación incumplida. A este respecto, resulta indiferente que el acreedor haya sufrido otros daños, los que serán resarcidos conforme a las reglas generales de valoración del daño contractual (causalidad, interés lesionado, certidumbre, previsibilidad).

Enseguida, poner ahí el centro de gravedad de la explicación deja sin responder la pregunta crucial sobre la suerte del contrato incumplido cuando el acreedor se ha cubierto en el mercado. De esto se sigue que encuadrar la operación de reemplazo como una materialización de la carga de mitigar el daño no solo sea equivocado desde el punto de vista estrictamente dogmático, dado que las consecuencias de una y otra atañen a aspectos distintos de la gestión del riesgo contractual por parte del acreedor, sino también insatisfactorio desde una perspectiva lógica<sup>105</sup>. Dicho de otro modo, que el

<sup>105</sup> Tampoco existe una aplicación de la carga de mitigar las pérdidas respecto del deber

acreedor haya de evitar un agravamiento de los daños que le produce el incumplimiento no revela de forma necesaria qué ocurre con el contrato incumplido, el cual teóricamente todavía podría ser ejecutado por el deudor.

Esto explica que la dicotomía se haya de establecer entre cumplimiento forzado y resolución por incumplimiento, porque son estos dos remedios los que explican la suerte del contenido obligacional del contrato. Por esa razón, previamente ellos han sido calificados como medios de tutela primarios. En el sistema de protección de crédito, la indemnización no es más que un remedio complementario destinado a llenar aquellos vacíos que, desde el punto de la satisfacción del interés del acreedor, no han sido colmados por la operatividad de los dos remedios que deciden qué ocurrirá con el contenido obligacional del contrato. Ellos, por cierto, dejan inalterada su fuerza obligatoria, en cuanto base sobre la que se asienta la garantía de satisfacción del interés del acreedor,

---

de salvamento que incumbe al asegurado (art. de la 17 de la LCS), que solo comporta una aplicación de la gestión razonable del riesgo contractual por parte del directo interesado. En el contrato de seguro, el siniestro es el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura por parte del asegurador, quien se compromete a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas como contraprestación de la prima que cobra (art. 1 de la LCS). Dicho siniestro no es, por tanto, un incumplimiento contractual, sino la condición que hace exigible el derecho del asegurado a cobrar la indemnización (art. 18 de la LCS). El deber de salvamento se endereza, entonces, a exigir del acreedor de la reparación una conducta ordenada hacia el contrato, de manera que los daños vengan limitados por su conexión con el siniestro, sin que se extiendan más allá de lo razonable.

confiriéndole así legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños derivados de la cobertura y de cualquier otro que le haya supuesto el incumplimiento, de manera que en su patrimonio se opere una sustitución equitativa del resultado por el que contrató.

Decantarse por uno u otro remedio dependerá de la formulación específica que un concreto ordenamiento haya dado a la regla de cobertura.

### 5. Una valoración comparativa

La valoración comparativa de las teorías formuladas para explicar el encuadre dogmático de la operación de reemplazo permite constatar la efectividad de las dos presuposiciones con que ella ha sido emprendida. En primer lugar, todas las teorías expuestas tienen algo de verdad y resaltan algún rasgo que caracteriza la operación de reemplazo, que es de por sí un fenómeno complejo en su estructura y efectos. En segundo término, la tensión entre las explicaciones sobre la fundamentación de la figura acaba reducida a la facultad que permite al acreedor acudir al mercado para cubrirse del incumplimiento, de suerte que el nuevo contrato se celebra bien en ejecución del incumplido, bien porque este se ha resuelto y el acreedor ha recobrado la libertad de satisfacer su interés del modo que mejor le convenga. En ambos casos, sea que se opte por la ejecución o por la resolución, el efecto material será el mismo: el acreedor podrá reclamar la diferencia entre el precio del contrato y el pagado por la cobertura a título de indemnización, quedando a salvo el resarcimiento de cualquier otro daño sufrido.

Por eso, el decantarse por la pretensión de cumplimiento o la facultad resolutoria como encuadres de la operación de reemplazo depende de la formulación específica que cada ordenamiento hubiese dado a la regla de cobertura. Donde no la haya, la solución que mejor armoniza la seguridad jurídica y los intereses en juego es la de subordinar aquella a la resolución del contrato, que ocurrirá ya por ejercerse esta facultad según las modalidades aceptadas (de preferencia, extrajudicialmente), ya por converger una situación que manifiesta la decadencia del interés del acreedor en perseverar en el contrato incumplido, originando así una “resolución sin resolución”<sup>106</sup>.

El efecto jurídico de la operación de reemplazo viene, entonces, explicado por su engarce dentro del sistema de remedios ante el incumplimiento, que en esencia ofrece al acreedor dos caminos de signo opuesto: perseverar hasta obtener la actuación del contenido obligacional del contrato (pretensión de cumplimiento) o liberarse de él para procurarse la satisfacción de su interés por otra vía (facultad resolutoria). Queda, empero, una pregunta todavía sin responder, que tiene relación con el efecto material que se sigue de dicha figura y que recibe solución en sede de indemnización de perjuicios. La diferencia entre el precio del contrato y el precio de cobertura es un daño siempre previsto, porque representa el coste adicional que le ha supuesto al acreedor procurarse una prestación equivalente a la debida para satisfacer con ella su interés. Esta finalidad permite calificar ese costo

como daño emergente, vale decir, como una pérdida efectiva sufrida por el acreedor a raíz del incumplimiento, porque en unión con la prestación sustitutiva hace que el acreedor satisfaga su interés de cumplimiento<sup>107</sup>.

#### V. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

El objetivo de estas notas ha sido sentar las bases para una teoría general de la operación de reemplazo en Derecho español. Tal consiste en un negocio jurídico mediante el cual la parte afectada por un incumplimiento suple el comportamiento esperado de su contraparte, la cual queda obligada a soportar la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y el precio acordado para el segundo. La tesis central que ha servido de hilo conductor, y que se espera haber demostrado, es que la operación de reemplazo no es una de las aplicaciones de la carga de mitigar las pérdidas que incumbe al acreedor; antes bien pertenece a un ámbito más amplio, como es el de la gestión de los riesgos del incumplimiento, que compete a ambas partes por igual, aunque con algunas diferencias.

En este sentido, los cinco aspectos revisados demuestran que el problema se aborda partiendo por una demarcación del género próximo, representado por el incumplimiento contractual y sus medios de tutela, con particular referencia a aquellos que comportan una función sustitutiva, sea económica, jurídica o negocial. Enseguida se pro-

<sup>106</sup> CARRASCO (2010), p. 1053.

<sup>107</sup> STS de 14 de mayo de 2003 (RJ/2003/4749).

cede a una división de subgéneros, con la idea de conceptualizar el reemplazo coactivo y el negocio de reemplazo, y a la inquisición inductiva y comparativa de las diferencias específicas de la figura desde el Derecho español, para separarla de otras que se le parecen, pero no comportan una finalidad de cobertura ante el incumplimiento o solo la tienen de modo aparente. Mediante un procedimiento dialéctico se analizan a continuación los encuadres dogmáticos propuestos en Derecho Comparado, que suelen oscilar entre concebir la operación de reemplazo como una modalidad más o menos especial de pretensión de cumplimiento<sup>108</sup> o, bien, como un expediente de valoración del daño resarcible, para llegar a una síntesis tras una ponderación analítica de las ventajas e inconvenientes de cada teoría.

Resta, pues, formular esa síntesis que explique la función institucional de la regla de cobertura y las consecuencias estructurales y materiales que de ella se derivan, aportando así la demostración requerida.

De lo dicho se constata que se ha vuelto al punto de inicio, como es el incumplimiento y los remedios previstos

<sup>108</sup> El supuesto es semejante al existente para las obligaciones de hacer, donde se permite que el juez autorice al acreedor a ejecutar la obra debida a costa del deudor (art. 1098 del *CC*). También es comúnmente admitido que esta forma de ejecución puede tener lugar sin autorización judicial previa en tanto no haya intervención en la esfera jurídica del deudor, o cuando la sustitución sea necesaria por existir un término esencial. Véase, entre otros, DEMOLOMBE (1868), pp. 498-499; LAROMBIÈRE(1857), p. 513; LAURENT (1878), pp. 261-262; GIORGI (1909), pp. 155-156; DEMOGUE (1931), pp. 52 y 156; BARASSI (1946), p. 1007; VERDERA (1995), pp. 158-159.

por el ordenamiento para reaccionar contra él. En este sentido, el sistema de responsabilidad contractual gira alrededor de dos remedios principales y uno secundario. Los remedios primarios deciden la suerte del contrato incumplido y vienen dispuestos por los ordenamientos continentales como cursos de acción equivalentes y de libre elección para el acreedor dentro de los límites impuestos por su propio supuesto de hecho<sup>109</sup>. Revisten tal carácter la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria (art. 1124 del *CC*), que, incluso, se puede ejercer mediante una declaración de voluntad extrajudicial. El remedio secundario por excelencia es la indemnización de perjuicios, que tiene por finalidad llenar todos aquellos vacíos dejados por los demás medios de tutela con el fin de compensar al acreedor de cualquier pérdida efectiva o ganancia dejada de obtener en razón del incumplimiento (art. 1106 del *CC*)<sup>110</sup>.

La operación de reemplazo es un negocio jurídico que da cuenta de una situación fáctica determinada. Al acreedor le interesa obtener aquello por lo que contrató sin mayores dilaciones. Asume él mismo la gestión del riesgo relacionado con la consumación del contrato y acude al mercado para que sea un tercero quien le provea la prestación que el deudor ha dejado sin ejecutar. La pregunta que el Derecho intenta responder atañe al modo en que ese cumplimiento procurado por una vía ajena al contrato incide sobre este y sobre el patrimonio del deudor. Lo usual

<sup>109</sup> MORALES (2005), pp. 31-32.

<sup>110</sup> Esto no excluye que, en ciertos casos, la indemnización de perjuicios posee cierta autonomía. Véase al respecto LÓPEZ (2010).

es que el acreedor elija la pretensión de cumplimiento cuando desea perseverar en el contrato, y la facultad resolutoria cuando su objetivo sea poner fin a la regulación de intereses que este implica. Sin embargo, la elección de esta última no excluye la posibilidad de que el acreedor esté interesado en conseguir el resultado material que el contrato debía proporcionarle, pues la obtención de la prestación puede ser todavía un comportamiento adecuado para consumar el propósito práctico para el cual se contrató. El inconveniente estriba, entonces, no en la frustración irrevocable de su interés, sino en su consecución a través del contrato incumplido y los cauces normales dispuestos por el ordenamiento a ese respecto. En esos casos, la resolución desempeña una función económica, y permite que el contratante afectado por el incumplimiento recobre los recursos utilizados en el contrato incumplido y acuda al mercado para satisfacer su interés, evitando las dilaciones que supone el ejercicio de la pretensión de cumplimiento<sup>111</sup>.

Cuando el acreedor obra de esta forma, se producen dos efectos: uno necesario y otro contingente. El efecto necesario de la cobertura es que el acreedor consigue una prestación que, por su similitud, se condice (al menos de manera aproximada) con la descripción ideal de la regla contractual incumplida. Dicho efecto es de orden económico antes que jurídico, porque el resultado de la operación de reemplazo puede existir con independencia del contrato incumplido y, por consiguiente, no genera ninguna perturbación en la esfera de intereses de las partes directa o in-

directamente intervinientes. El negocio de cobertura se concluye entre el acreedor y un nuevo deudor, de manera que el primer deudor permanece ajeno, y no conlleva más que una aplicación del ejercicio de la libertad de contratación, que permite negociar o abstenerse de ello, y hacerlo con determinada persona y no con otra, o bajo tales condiciones y no según otras. Por su parte, el efecto contingente concurre cuando el negocio de cobertura ha supuesto una diferencia desfavorable para el acreedor y que cabe trasladar al deudor en virtud de la fuerza obligatoria del contrato incumplido, que le obliga a permanecer como garante de la satisfacción del acreedor hasta que este obtenga todo lo que le interesó el contrato. Se produce así un fenómeno de oponibilidad en relación con el primer contrato: el acreedor utiliza el negocio de reemplazo como medio de prueba que lo legitima para cobrar una indemnización por el daño emergente que ha sufrido.

De ahí que, en ausencia de otra formulación, la solución que mejor cuadra con la función de la operación de reemplazo es aquella que la concibe como un método de valoración concreta del daño típico derivado de la resolución por incumplimiento, con presunción de su previsibilidad y excluyente de aquel otro basado en la regla de mercado.

El resarcimiento se valora, igual que en cualquier otro incumplimiento, de acuerdo con el interés positivo, vale decir, concediéndole una suma que coloque al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiese existido lesión contractual, pero descontando el

<sup>111</sup> MORALES (2005), p. 43.

valor de la prestación que el deudor no está obligado a soportar por el efecto liberatorio derivado de la facultad resolutoria y, quizá más importante todavía, por haberla conseguido el acreedor en el mercado. Cualquier otro daño adicional puede ser igualmente reclamado conforme a la disciplina del remedio indemnizatorio, lo que exige demostrar su imputación subjetiva y objetiva según las reglas generales.

La resolución comparece, entonces, solo como el presupuesto de la operación de reemplazo en el sentido que permite al acreedor liberarse del contrato incumplido, pero no justifica el funcionamiento propio de la figura ni determina su sentido y alcance, dado que éste se relaciona con el ámbito de la indemnización de perjuicios y no con el de la desvinculación contractual. Resulta, entonces, que el mayor o menor costo del negocio de cobertura es una de las partidas que integran el daño emergente sufrido por el acreedor, que no se agota en la sola prestación no ejecutada<sup>112</sup>. Como tal, no está sujeto a ninguna indagación enderezada a establecer la previsibilidad de ese perjuicio: este es siempre previsible al tiempo de contratar, porque integra el riesgo típico de consecución de la prestación debida<sup>113</sup>. Por esta

razón se ha dicho antes que la carga de mitigación no desempeña ninguna función, puesto que el acreedor tiene derecho a conseguir la prestación y ser resarcido de lo que esta haya supuesto, sea merced a un negocio de cobertura, sea en virtud de una medida abstracta como es la representada por el precio corriente o de mercado. Aquí se está frente a un problema de valoración concreta del daño indemnizable, mientras que en dicha carga se trata de determinar la extensión de ese resarcimiento conforme con los parámetros de la imputación objetiva, y siempre respecto de daños extrínsecos<sup>114</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALDE SILVA, Jaime (2011). “Comentario sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Tomo XXXVII. Valparaíso.

ALCALDE SILVA, Jaime (2008). “La causa de la relación obligatoria”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho civil III*. Santiago: LegalPublishing = Hernán CORRAL TALCIANI et al. (coord.), *Estudios de Derecho civil*. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011, II.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por*

deben adoptar según el caso en el proceso productivo o de prestación de un servicio para que el propósito práctico perseguido por las partes efectivamente se consume.

<sup>114</sup> Véase, en general, SAN MARTÍN (2012).

<sup>112</sup> Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 789-790 y CARRASCO (2010), pp. 1201-1202.

<sup>113</sup> El riesgo típico representa el ámbito definido y reconocible de dominio e influencia de cada contratante en relación con la prestación prometida y sobre la que funda su expectativa aquel que tiene derecho a pretenderla. Dicho ámbito viene circunscrito por (i) la cosa o servicio objeto de la obligación y el tipo contractual elegido, y (ii) por la empresa o actividad económica usual que desarrolla el deudor, que define las medidas de organización y control que se

- incumplimiento*, 4ª ed. Granada: Comares.
- ANAYA, Gonzalo (2013). “Propuesta española de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Vol. 8. Madrid.
- BAR VON BAR, Christian, ERIC CLIVE (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier. vol. I
- BARASSI, Loulovido. (1946). *La teoria generale delle obbligazioni*. Milán: Giuffrè. Vol. III.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl (2006). “Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. N° 102. Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. (1971). “Bibliografía del profesor Joaquín Garrigues”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*. Madrid: Tecnos, vol. I.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. (2013). “La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”. *RDM*. Vol. 289. Madrid.
- BROSETA PONS, Manuel, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, F. (2012). *Manual de Derecho mercantil*. 19ª ed. Madrid, Tecnos. Vol. II.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi/ Thomson-Reuters.
- CARRASCO PERERA, Ángel (ed.) (2013). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Madrid: Aranzadi/ Thomson Reuters.
- DELLE MONACHE, Stefano (2012). “Commercializzazione’ del diritto civile (e viceversa)”. *Rivista di diritto civile*. Vol. LVIII. Fascicolo 4, Bologna.
- DEMOGUE, Rene (1931). *Traité des obligations en général*, Paris: Arthur Rousseau. Vol. VI.
- DEMOLOMBE, Charles (1868). *Cours de Code Napoléon*. Paris: Auguste Durand/L. Hachette et Cie. Vol. XXIV.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ENCARNACIÓN ROCA, ANTONIO MANUEL MORALES (2002): *Los Principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, vol. II
- ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín (1852). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Nueva edición por Juan B. Guim. París: Rosa Bouret y Cía.
- ESPINA, Daniel (2008). “El carácter mercantil de la unificación internacional del derecho contractual”. *RCDI*. N° 710 = María P. FERRER VANDRELL, Anselmo MARTÍNEZ CAÑELLAS (eds.). *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*. Madrid: Dykinson, 2009.
- FENOY PICÓN, Nieves (2009). “Comentario a la STS 5 de junio de 2008”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. N° 80. Madrid.
- FENOY PICÓN, Nieves (2011a). “El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de modernización del Código Civil de 2009”. *CAJDP*. Vol. VII. Santiago.
- FENOY PICÓN, Nieves (2010). “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: aspectos gene-

- rales. El incumplimiento”. *ADC*. Vol. LXIII. N° 1. Madrid.
- FENOY PICÓN, Nieves (2011b). “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento”. *ADC*. Vol. LXIV. N° 4. Madrid.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz (2009). “El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”. *RJC*. Vol. 108. N° 2. Catalunya
- FERRARA, Francisco (1937). *L'esecuzione coattiva della compra-vendita commerciale*. Milano, Guiffirè.
- GARCÍA RUBIO, María P. (2013). “Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado”. *CEJN* N° 1. Santiago de Compostela.
- GARCÍA RUBIO, María P. (2014). “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*. N° 1, Madrid.
- GARRIGUES LÓPEZ-CHICHERI, Luis José (1994). *Imágenes de una vida: Joaquín Garrigues*. Madrid: Ed. del autor.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín (1940). *Curso de Derecho mercantil*. Madrid: S. Aguirre. Vol. II.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín (1963) *Tratado de Derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Mercantil. Vol. III-1: Obligaciones y contratos mercantiles.
- GAY DE MONTELLÁ, Rafael (1936). *Código de comercio español comentado (legislación, jurisprudencia y derecho comparado)*. Barcelona: Bosch. Vol. III.
- GILI SALDAÑA, María Á. (2011). “Comentario a la STS 3 de septiembre de 2010”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. Vol. 86. Madrid.
- GIORGI, Jorge (1909). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. trad. española. Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Vol. II.
- GÓMEZ CALLE, Esther (2012): “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos con el Borrador del Marco Común de Referencia”. *ADC*. Vol. LXV. N° 1. Madrid.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2007). “El incumplimiento contractual”. *InDret*. N° 3. Madrid.
- GONDRA ROMERO, José María (2013). “La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil”. *RDM*. Vol. 290. Madrid.
- GONZÁLEZ DE CARDEDAL, Olegario (2005). *Alfonso Querejazu-Joaquín Garrigues. Correspondencia y escritos (1954-1974)*. 2ª ed. Madrid: Trotta.
- JEREZ DELGADO, Carmen, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2009). “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones”. *RJUAM*. N° 19. Madrid.
- LANDO, Ole, Hugh BEALE (eds.) (2003). *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*. trad. de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Madrid: Colegios Notariales de España.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio (1931). *Derecho mercantil*. Madrid: Reus.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio (1958). *El contrato de compraventa mercantil*. Barcelona: Bosch.

- LANGLE RUBIO, Emilio (1961). “El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del derecho mercantil”. *RDM*. N° 80. Madrid.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio (1959). *Manual de Derecho mercantil español*. Barcelona: Bosch. Vol. III.
- LAROMBIÈRE, Léobon (1857). *Théorie & pratique des obligations*. Paris: A. Durand. Vol. I.
- LAURENT, François (1878). *Principes de droit civil français*, 3ª ed. Bruxelles-Paris: Bruylant-Marescq, Vol. XVI
- LLAMAS POMBO, Eugenio (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la “aestimatori” y el “id quod interest”*. Madrid: Trivium.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010). “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 15. Santiago. Diciembre.
- MENÉNDEZ, Aurelio (1983). “Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate”, en Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Sobre la moderna Escuela española de Derecho mercantil*. Madrid: Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2011). “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI *et al.* *Estudios de derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Santiago: ThomsonReuters.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1983). “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)”, en Antonio Manuel MORALES MORENO. *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2005). “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO. *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid: Civitas/ThomsonReuters.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2014). “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”. *ADC*. Vol. LXVII. N° 1. Madrid.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006). “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en Antonio Manuel MORALES MORENO. *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas.
- MOTOS GUIRAO, Miguel (1956). “En torno a la obra científica del profesor Langle”. *RDN* Vol. 9. Madrid.
- MOTOS GUIRAO, Miguel (1968). “In memoriam: don Emilio Langle y Rubio”. *RDM*. N° 108. Madrid.
- MOUSSERON, Jean Marc (1988). “La gestión de risques par le contrat”. *Revue Trimestrielle de droit civil*. N° 3. Paris.
- MOXICA ROMÁN, José (2000). *La compraventa mercantil e instituciones afines. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, con la colaboración de Gloria MoxicaPruneda. Elcano: Aranzadi.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2014). “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso interna-

- cional de unificación del Derecho privado de los contratos”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. 1. Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993). “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC* Vol. XLVI, N° 4. Madrid.
- PECES-BARBA DEL BRÍO, Gregorio, Inocente BARRIOS NAVARRO (1948). *Leyes mercantiles (conforme a los textos oficiales) concordadas, anotadas y con índices completísimos*. Madrid: Lex.
- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.) (2012). *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri.
- PUIG BRUTAU, José (1957). “Comentario final del traductor”, en Lon FULLER, William PERDUE. *Indemnización de daños contractuales y protección de la confianza*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo (2010). “Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo”, *Diario La Ley* 7322. Madrid.
- RABEL, Ernest (1936). *Das Recht des Warenkaufs. Einerechtsvergleichende Darstellung*. Berlín: De Gruyter. Vol. I.
- RABEL, Ernest (1957). *Das Recht des Warenkaufs. Einerechtsvergleichende Darstellung*. Berlín: De Gruyter. Vols. I und II.
- ROCA I TRÍAS, Encarnación (2011). “El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos”. *BMJ*. N° 2132. Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (ed.) (1996): *Joaquín Garrigues. Jurista y universitario ejemplar*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2004). “Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate”, en Rafael DOMINGO (ed.). *Juristas universales*. Madrid: Marcial Pons, vol. IV.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2012). *Instituciones de Derecho mercantil*. 35ª ed. Madrid: Aranzadi/Thomson-Reuters.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011). “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 (dir.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2012). *La carga de perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad del Externado.
- SECO CARO, Enrique (2008). “Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa”, en Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.). *Lecciones de Derecho mercantil*. 12ª ed. Madrid: Ariel, Vol. II.
- SOLER PRESAS, Ana (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Aranzadi.
- TALLON, Denis (1994). “L’inexécution du contrat: pour une autre représentation”. *Revue Trimestrielle de droit civil*. N° 2. Paris. [Hay traducción española: “La inejecución del contrato: para otra presentación”, *RDUDC*. Vols. 225-226. Concepción. 2009].
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2009). “Noción de garantía”, en Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ et al. (dirs.). *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel*

- Somarriva Undurraga*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. I.
- TREITEL, Guenter Heinz (1988). *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*. Oxford: Clarendon.
- URÍA, Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ, Mercedes VÉRGEZ (2007). “El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ. *Curso de derecho mercantil*. 2ª ed. Madrid: Thompson-Civitas. Vol. II.
- VARGAS VASSEROT, Carlos (1997). *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez: dos mercantilistas almerienses*. Almería: Universidad de Almería.
- VARGAS VASSEROT, Carlos (2000). “Obra científica del jurista almeriense Emilio Langle y Rubio. *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales IEA*. Vol. 17. Almería.
- VÉRGEZ, Mercedes (2009). “Compraventa mercantil y contrato de permuta”, en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*. 4ª ed. Aranzadi/ThomsonReuters. Vol. I.
- VERDERA SERVER, Rafael (1995): *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Boloña: Real Colegio de España.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2010). *Introducción al Derecho mercantil*. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. Vol. II.
- VICENTE Y GELLA, Agustín (1960). *Curso de Derecho mercantil comparado*. 4ª ed. Zaragoza: La Académica.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011). “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 16. Santiago. Julio.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008). “La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión de un jurista americano”, en AA.VV. *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*. Madrid: Thomson-Civitas.