

La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR

Ana Soler Presas

Profesora Propia Agregada
Universidad Pontificia Comillas (ICADE-ICAI)

*Abstract*¹

La regla de mercado es ya un estándar generalmente admitido para la liquidación de la indemnización en caso de incumplimiento definitivo de un contrato de cambio, en tanto que subsume los criterios básicos de delimitación de la extensión del resarcimiento en el ámbito contractual: la asunción del riesgo al tiempo de contratar y la mitigación del daño. En el artículo se analiza la recepción de los citados criterios, especialmente del deber de mitigar el daño, y de la regla de mercado en los PECL/DCFR, para dilucidar la función que esta última desempeña en sendos sistemas normativos, se de mera presunción del daño concretamente sufrido por el acreedor del resarcimiento o, por el contrario, de tasación abstracta de una indemnización mínima.

Market rule is nowadays a commonly accepted standard for measuring damages for fundamental breach of contract, as long as it subsumes the relevant criteria for the assessment of damages in contractual relationships: the contemplation of the parties rule and the duty of mitigation. This paper focuses on the reception of such criteria, specially mitigation, and rule by PECL/DCFR, in order to elucidate which role does the market rule play within those normative systems, whether a mere presumption of the concrete loss suffered by plaintiff or an abstract taxation of a minimum recovery.

Title: Damages for Fundamental Breach of Contract in PECL/DCFR

Palabras clave: Regla de mercado, liquidación de la indemnización por incumplimiento contractual, deber de mitigar el daño

Keywords: Market rule, Damages Measurement for Breach of Contract, Duty of Mitigation

Sumario

1. La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR

1.1. Introducción

1.2. La regla de mercado como criterio general de cálculo de la indemnización en caso de resolución de contrato

a. La recepción del criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar en los PECL/DCFR

b. La recepción del deber de mitigar en los PECL/DCFR

2. La función de la regla de mercado en los PECL/DCFR

3. Tabla de jurisprudencia citada

4. Bibliografía

¹ El presente artículo se enmarca en las actividades de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), coordinada por el Prof. Dr. D. Miquel Martí-Casals, a quien agradezco su amable invitación para participar en la misma.

1. La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR

1.1. Introducción

En 1914 la Cámara de los Lores británica tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso, como tantos otros, de valoración de daños contractuales; y de establecer los criterios desde entonces imperantes para la solución de conflictos similares.

El supuesto al que me refiero está traído a colación por ser un claro exponente de los problemas de valoración de la indemnización que el incumplimiento resolutorio del contrato plantea.¹

El caso en cuestión es *Williams Bros v. Agius Ltd.*²

En él, el demandante, *Williams*, había adquirido de *Agius* una determinada cantidad de carbón a razón de 16 chelines la tonelada métrica, mercancía que debía entregarse en un momento posterior. Entretanto, fue revendiendo distintas partidas de carbón por un precio de 19 chelines la unidad, en virtud de contratos que debían consumarse, todos ellos, en fechas posteriores a la del vencimiento del contrato celebrado con *Agius*. Fecha en la que, por cierto, éste no entregó; y en la que, no por casualidad, el precio de mercado de la tonelada de carbón había ascendido a 23 chelines.

Dos son los problemas conceptuales que, fundamentalmente, pueden derivarse del ejemplo de incumplimiento resolutorio relatado, y que nos ayudarán a estructurar el texto:

El primero, consiste en la determinación de un posible criterio que permita valorar, con carácter general, la pérdida consistente en la definitiva falta de obtención de la prestación esperada.

Y, el segundo y más importante, en la atribución a un criterio tal de una función que sea compatible con un sistema de responsabilidad contractual dado; función que bien puede ser de mera presunción del daño sufrido o, por el contrario, de liquidación abstracta de una indemnización mínima.

1.2. La regla de mercado como criterio general de cálculo de la indemnización en caso de resolución de contrato

Con relación al primer problema, coincidiremos en que sólo se puede defender la aplicación generalizada de un determinado criterio si el mismo satisface los dos principios básicos de delimitación del *quantum respondatur* vigentes en todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno económico, cuales son:

¹ Del estudio analítico de éstos, así como de los propios en caso de cumplimiento retrasado o disconforme me ocupé en SOLER PRESAS (1998).

² (1914) A.C. 510.

- Por un lado, el que exige que sólo se resarza aquel daño que pueda justificadamente imputarse al incumplimiento, particularmente porque suponga la realización de un riesgo asumido por el deudor al contratar. *The contemplation of the parties rule* anglosajona o la previsibilidad al tiempo de contratar latina, son distintas formulaciones del mismo principio de contención de la indemnización a los daños que supongan la materialización del riesgo que el contrato atribuye al deudor.

- Y, por otro, el deber de mitigar el daño (*duty of mitigation; Schadensminderungspflicht*) que, por indiscutidas razones de política socio-económica, excluye del resarcimiento toda pérdida que pudiera haber sido razonablemente evitada.

Ambas condiciones las cumple el criterio del coste de sustitución de mercado, también conocido como regla de mercado (*market rule*).

Dicho coste, como es sabido, se calcula atendiendo al mercado de cobertura del acreedor del resarcimiento, estimándolo en aquel primer momento en el que, de haberlo querido, hubiera podido utilizarlo para reemplazar la prestación fallida.

Se consigue así indemnizar al acreedor en la medida del coste adicional que, por oscilación del mercado, tendría que haber satisfecho o tendrá que satisfacer todavía para procurarse una prestación sustituta de la incumplida.³

Este coste, derivado de la fluctuación de una variable general como es el mercado, constituye un riesgo perfectamente previsible, luego normativamente asumido por el deudor al tiempo de contratar. Y es, además, una pérdida inevitable, en tanto que la regla de mercado se fije en el primer momento en el que, atendido el ámbito jurídico en el que vaya a ser aplicada, fuera exigible la contención de la propagación del daño mediante la oportuna cobertura en el mercado.

En el ámbito del *common law*, desconocedor de una pretensión de cumplimiento generalizada, semejante momento sólo puede ser el del incumplimiento. Esta es la razón que explica por qué, en el ejemplo que estamos utilizando, se contemple el precio corriente en el mercado al tiempo del vencimiento; y de que, consecuentemente, conceda el Tribunal, con pleno acierto, una indemnización calculada a razón de 7 chelines la Tm., resultado de la diferencia entre los 23 chelines corrientes al tiempo del incumplimiento y los 16 acordados por las partes.

Distinta es la situación en aquellos sistemas jurídicos que brinden al acreedor, de forma generalizada, la pretensión de cumplimiento, como son los tradicionalmente denominados “de derecho civil” y, por su influencia, el Derecho Uniforme de compraventa. En ellos, la

³ Por simplificar la exposición, planteamos el problema desde la perspectiva del que espera y no recibe una prestación que pueda valorarse en el mercado. Si el acreedor frustrado es el que ofrece dicha prestación, el incumplimiento susceptible de ocasionarle daños se producirá, en hipótesis más común, cuando el valor de mercado de su prestación disminuya, constituyendo la partida básica de la indemnización que, en principio, le corresponde, ese diferencial o menor valor de su prestación.

“obligación” de mitigar la pérdida acudiendo al mercado encobertura surgirá, únicamente, cuando la insistencia en el mantenimiento del contrato no sea una alternativa viable, bien por haberse sobrepasado los límites propios de su ejercicio, bien porque, siendo todavía objetivamente posible, el cumplimiento no satisfaga ya los intereses del acreedor.⁴ En cualquiera de las dos hipótesis, el momento relevante para la valoración del mercado coincide con el desvanecimiento de la posibilidad práctica o real de ejercitar la citada pretensión, momento en el que el acreedor habrá resuelto el contrato o, devenido abusivo su mantenimiento, debería haberlo hecho.

Tanto los criterios básicos de delimitación de la indemnización (previsibilidad y mitigación) como su aplicación práctica en caso de incumplimiento resolutorio (regla de mercado) se recogen, claro, en los dos textos normativos en materia contractual que, hasta la fecha, representan el máximo avance en la difícil tarea de armonización.

Me refiero, obviamente, al Derecho Uniforme de compraventa antes mencionado: a la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de bienes muebles, fruto de la Conferencia de La Haya de 1964 (en adelante, LUVI); y a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante, CV). Con todo, los sistemas de remedios de ambas normas difieran notablemente, pues diferentes fueron las influencias preponderantes en el seno de sus respectivas las conferencias, y, por tanto, como más adelante podremos comprobar, también la función que la regla de mercado desempeña en ellos.

La cuestión que me planteo analizar en el presente escrito es si y, en caso afirmativo, cómo han recogido estos criterios los Principios de Derecho Contractual Europeo (que citaremos por sus siglas en inglés: PECL) y los trabajos de desarrollo de los mismos, (*Draft Common Frame of Reference* -DCFR, en su última versión de enero de 2009).

La respuesta al primer interrogante es, aparentemente, positiva: tanto los PECL como el DCFR recogen los criterios expuestos. Pero digo aparente porque la forma como se han plasmado me hace dudar, seriamente, sobre la correspondencia de los artículos relevantes en ambos textos con los criterios, generalmente aceptados, arriba expuestos.

Vayamos por partes.

a. La recepción del criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar en los PECL/DCFR

- El criterio de la previsibilidad se enuncia en el art. 9:503 PECL:

“La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su

⁴ Cuándo tiene lugar tan importante evento puede esclarecerlo el mismo acreedor, señalando un plazo adicional para el cumplimiento (*Nachfrist*), al término del cual se entienda resuelto el contrato (i.e. art. 8:106 PECL; 3:103 DCFR).

incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente."

Y, de manera un tanto confusa, pues aglutina obligaciones contractuales con las derivadas de *other juridical act*, también en el art. 3:703 del DCFR:

"Foresee ability. The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent."

Convendría, pues, para empezar, volver al ámbito limitado a las obligaciones contractuales que los PECL asignan al criterio⁵, para inmediatamente admitir que, por sí solo, el citado criterio no basta para delimitar correctamente la extensión de la indemnización por incumplimiento de contrato: debe combinarse con otros criterios generales de imputación objetiva de daños, a imagen de textos como los art. 1150-1151 *Code*; el art. 1225 *Codice*; el art. 1107 Código Civil y el *statute law* norteamericano (§ 2-715 (2)(b) *Unifom Commercial Code*).⁶

⁵ En mi opinión, la regulación conjunta de la pretensión indemnizatoria tanto por daños extracontractuales como contractuales implica un serio riesgo de difuminar los perfiles propios de esta última, básicamente por desconocer el papel esencial que en la delimitación de la indemnización por daños contractuales juega el criterio de la *contemplation of the parties rule*. Es un riesgo real, como evidencia el sistema alemán que, coherente con su opción de regulación conjunta, desconoce antes y después de la reforma de 2002 el límite de la previsibilidad al tiempo de contratar (véase § 280 BGB). Doctrina y jurisprudencia han tratado de alcanzar los mismos resultados de delimitación desarrollando el criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad, pero con escaso éxito, pues no impide la imputación al deudor de riesgos extraordinarios de daños que el acreedor le comunique después de perfeccionar el contrato pero antes de que se incumpla (ex § 254 II BGB). Especialmente críticos con esta opción del legislador se mostró siempre HUBER (1981, p. 726); y, tras la reforma, LANDO (2003, p. 231, 244).

Confiemos, por tanto, en que en la interpretación y aplicación del art. 3:703 DCFR el inciso *"at the time when the obligation was incurred"* se entienda siempre referido al momento de perfeccionamiento del contrato, y no al del incumplimiento del contrato.

⁶ Esta posibilidad, que no se contempla en LUVI (art. 82) ni en la CV (art.74), se descartó también, lamentablemente, en los PECL (LANDO/BEALE (2003, p. 653)), cuando está ya demostrado que la previsibilidad por sí sola no contiene adecuadamente la extensión del resarcimiento cuando, entregado un bien disconforme, éste causa daños en la persona u otros bienes patrimoniales del acreedor. El resarcimiento de estos daños debe argumentarse con una lógica extracontractual, luego son otros los criterios de imputación objetiva que mejor convienen al caso.

Un ejemplo práctico de lo incongruente que resulta resolver problemas de responsabilidad por productos atendiendo exclusivamente al criterio de la previsibilidad e ignorando la restricción que en estos casos impone el criterio de imputación objetiva de la adecuación, interpretado como regla de atribución de los riesgos empresariales a quien mejor pueda administrarlos, lo encontramos en el caso inglés *Jack L. Israel v. Ocean Dynamic Lines & Ocean Victory (The Ocean Dynamic)* [(1982) 2 Lloyd's Rep. 88]: La parte demandada, una compañía naviera, desconocía en el momento en que entregó las cerezas congeladas encargadas por el demandante, importador de las mismas, que debido a la falta de refrigeración adecuada del buque aquéllas se encontraban ya en mal estado; y que las mismas serían vendidas a un fabricante de tartas para su reelaboración y distribución. El mal estado de las

Con todo, el mayor error de los citados artículos es que excluyan la aplicación del criterio de delimitación de la previsibilidad-asunción del riesgo en caso culpa grave, destruyendo así el reparto de riesgos pactado por las partes.

Nuestra doctrina más solvente se ha ocupado ya de explicar porqué es jurídica y económicamente necesario excluir la aplicación del límite de la previsibilidad (que no el de otros criterios de imputación objetiva generales) en casos de incumplimientos dolosos, entendidos éstos no como meramente “voluntarios”, sino como oportunistas, esto es, aquellos de los que el deudor saca provecho económico.⁷

La razón que más me convence, muy sintéticamente expuesta, es que mantener el límite de la indemnización a “lo previsible” al tiempo de contratar siempre, también en casos de cambios impredecibles en el valor del objeto de la prestación, supondría una irrefrenable tentación para el deudor, que indefectiblemente incumplirá para apropiarse de la ganancia en que se ha materializado un riesgo -el de aumento o disminución de la prestación tras haber “cerrado” su precio en el contrato- que pertenece al acreedor.

Excluir este límite, desincentivando el comportamiento oportunista del deudor al advertirle que no podrá retener el mayor (por encima de lo predecible) valor de la prestación, evidencia un respeto escrupuloso al compromiso alcanzado por las partes.

Respeto que, amén de otras consideraciones, sigue pareciéndome el criterio económicamente más eficiente para ordenar el comportamiento de las partes.⁸

cerezas motivó que el demandante tuviera que indemnizar al fabricante por la pérdida de clientela y del lucro que la venta de las tartas le habría proporcionado, y, a su vez, que el demandante pretendiera reembolsarse estos dispendios, genuina expresión del riesgo propio de su empresa, imputándose los al demandante. La pretensión tuvo éxito porque sólo se analizó la cuestión bajo el prisma de la *contemplation*, afirmando la *House of Lords*, en palabras de Robert Goff J., que el criterio se satisfacía puesto que debía haber formado parte del general conocimiento de cualquier persona razonable dedicada al transporte de mercaderías que no era improbable que el objeto transportado -cerezas congeladas- fuera posteriormente sometido a un proceso de fabricación y distribución una vez elaborado.

⁷ Me refiero a PANTALEÓN PRIETO (1991, pp. 1032-1037); y del mismo autor (1993, p. 1742). Véase también a GÓMEZ POMAR (2007, p. 11).

⁸ Y no porque niegue, como ha entendido GÓMEZ POMAR que es mi caso (2002, pp. 32-38) que, en ocasiones, el coste concreto de cumplir pueda exceder la utilidad concreta que al acreedor vaya a reportarle, y que desde esta perspectiva incumplir pueda ser económicamente eficiente. Lo que discuto es que por el mero hecho de que el deudor, después de perfeccionado el contrato, pueda obtener por el objeto de la prestación un diferencial que exceda el valor que al tiempo de contratar pudiera preverse que alcanzaría el mismo, lo sea, porque restan aún por despejar muchas variables de difícil precisión, como particularmente son el *consumer surplus* y el coste económico de la desconfianza (desincentivo de la contratación, proliferación de cláusulas de garantía).

Para algunos autores, la circunstancia antes relatada, la oportunidad de obtener un mayor (por encima del

Pero sólo éste es, en buena lógica, el incumplimiento que puede desincentivarse ampliando el alcance de la indemnización por la pérdida del beneficio esperado del contrato, pues ninguno otro es buscado.

Castigar, pues es la única explicación que resta, al deudor burdamente negligente con una cuenta ilimitada de posibles daños (recuérdese que no se menciona ningún otro criterio para la contención de la indemnización; y que son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales; los ya manifestado como los futuros) excede con mucho los límites de la función propia del derecho contractual privado.⁹

Con todo, la trascendencia del criterio de delimitación de la previsibilidad como medio indispensable para que el reparto de riesgos contractual se respete ha sido ya, entiendo, suficientemente demostrada.

Aquí sólo resta confiar en una pronta rectificación del artículo 3:703 DCFR que distinga los daños típicamente contractuales (pérdida del beneficio que el cumplimiento del contrato habría de reportar al acreedor) de los que, pudiéndose derivar de un incumplimiento contractual, encajan mejor en la lógica extracontractual (*Mangelfolgeschäden*);¹⁰ para delimitar específicamente el resarcimiento de los primeros atendiendo a la distribución de riesgos pactada (previsibilidad-asunción del riesgo), a menos que el incumplimiento sea oportunista, en cuyo caso, igual que en el de los daños que excedan de la órbita propiamente contractual, la delimitación del resarcimiento debe operarse conforme a los criterios generales de imputación de daños.

predecible) precio por la prestación es un dato suficientemente expresivo de la eficiencia económica del incumplimiento. Por ejemplo, para KORNHAUSER (1986, p. 683); CRASWELL (1988, p. 632); o BEALE, BISHOP, FURMSTON (1990, p. 473).

Para otros [entre ellos SHAVELL (1984, p. 121); pero también SCHWARTZ (1979, p. 271); HARRIS, OGUS, PHILIPS (1979, p. 581); ULLEN (1984, p. 341); BISHOP (1985, p. 299); CURTIS (1986, p. 16); o LAYOCK (1991, p. 249)], no; y en este sentido se citaron (en SOLER (1998) nota 112) para apoyar la opinión del texto: que la eficiencia económica no justifica que el deudor doloso se beneficie de la limitación de la indemnización a las pérdidas previsibles al tiempo de contratar.

⁹ Límites meramente privados que, en este ámbito, respeta también el sistema anglo-americano, tan proclive a la concesión de *punitive damages* en otros. No en vano allí, como en todos los sistemas del *common law* y, por su influencia, en el Derecho Uniforme de compraventa, se aplica la *contemplation of the parties rule* a todos los casos de incumplimiento, incluso los oportunistas, pese a las quejas reiteradas de los académicos que, en cambio, nunca han planteado la exclusión del criterio en casos de negligencia (véanse, por todos, CALAMARI & PERILLO (1987) § 14-8).

¹⁰ Es en esta lógica, en el juicio de la diligencia exigible, donde por cierto encaja el *culpa lata dolo aequiparatur*, mencionado por los comentaristas de los PECL para justificar la incorporación de la negligencia grave en el art. 9:503. (LANDO/BEALE (2003, p. 654)).

No ocurre lo mismo, en cambio, con el segundo criterio de delimitación citado.

b. La recepción del deber de mitigar en los PECL/DCFR

Del deber de mitigar se conocen apenas las implicaciones más inmediatas, pero no todo el juego que ofrece para una correcta articulación de los remedios frente al incumplimiento. Éste es el propósito principal del presente escrito, que trataré de cumplir analizando cómo recogen los PECL y en el DCFR la carga mitigadora.

El art. 9:505 (1), y su correlativo 3:705 (1) DCFR dicen:

“La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables.”

“The debtor is not liable for loss suffered by creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.”

Ambos se insertan en la sección dedicada al remedio indemnizatorio (daños y perjuicios); y van precedidos por sendas normas dedicadas a las pérdidas imputables a la parte perjudicada (*contributory negligence*) -art. 9:504 PECL; art. 3:704 DCFR-.

Distinguen así, felizmente, los problemas de concurrencia positiva de “culpas”/causas en la producción del daño de los propios de falta de mitigación, aunque en la práctica, como reconocen los comentaristas más autorizados de los PECL¹¹, las soluciones se parezcan mucho.¹²

La hipótesis de partida de la carga de mitigación es, pues, la completa conexión causal del daño cuyo resarcimiento se pretende con el incumplimiento imputable al deudor.¹³ Pese a ello, la exigencia de un comportamiento económico ordenado, subyacente en lo que llamamos “buena fe contractual”, demanda del acreedor del resarcimiento un esfuerzo de contención del daño,

¹¹ LANDO/BEALE (2003, p. 655).

¹² POTHIER, que contribuyó decisivamente a la difusión del criterio al utilizarlo como fundamento de la regla de delimitación del resarcimiento sentada en el número 167 de su *Traité des Obligations*, utilizó para ejemplificarlo un conocido caso (el de la vaca enferma que contagia a los bueyes que mueren y no puede recolectarse la cosecha que no produce ingresos con que pagar a los acreedores del agricultor que pierde las tierras por embargo...) que generó la confusión de estas dos figuras, afines en cuanto a los resultados prácticos de su aplicación, pero radicalmente distintas en su concepto.

¹³ En el Derecho Uniforme, por todos, KRANZ (1989, p. 184). En el ámbito anglo-americano, donde mayor desarrollo ha tenido la figura, no hay dudas sobre el distinto funcionamiento y fundamento de la *contributory negligence* y del *duty of mitigation*. En el derecho inglés, véase TREITEL (1988-1991) § 145; o MCGREGOR (1988) §§ 12, 112; y en el americano, DOBBS (1973, p. 188). Las confunde, en cambio, nuestro Tribunal Supremo en la STS, 1ª, 23.5. 2005 (Ar. 368).

negándole el resarcimiento de las pérdidas (generalmente lucros cesantes) que pudiera haber evitado.¹⁴

No se trata, por tanto, de una obligación jurídica en sentido estricto, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por el causante del daño y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanción alguna. Estamos ante una mera carga -*Obliegenheit*- que pesa sobre quien pretenda el resarcimiento de un daño precluyendo el mismo en la medida en que las pérdidas sufridas pudieran haber sido minoradas.¹⁵

Pero leído en sentido inverso el citado deber ofrece más matices: limita la indemnización al importe de las pérdidas no susceptibles de haber sido razonablemente evitadas y al coste de las medidas mitigadoras de aquellas otras que sí fueron evitadas o debieron serlo.

Dos son, de nuevo, las cuestiones implícitas en la aseveración anterior que conviene, entiendo, enfatizar:

La primera, es que el deber de mitigar excluye del resarcimiento únicamente las pérdidas que no se evitaron convenientemente adoptando medidas de mitigación *exigibles* al acreedor del resarcimiento. No, por tanto, las que el acreedor haya logrado contrarrestar con medidas *inexigibles*.

Este matiz en cursiva es esencial en orden a lograr la necesaria desvinculación del deber de mitigar de la que parece ser su “regla de cierre”, y que no es sino la figura de la *compensatio lucri cum damno*.¹⁶

¹⁴ Así, DOBBS (1973, p. 189); BURROWS (1994, p. 69); en el ámbito del Derecho Uniforme de compraventa, WEITNAUER (1976), Art. 88, Rdnr. 3; y STOLL (1995), Art. 77, Rn. 5. Entre nosotros, Díez-PICAZO (1993, p. 689); PANTALEON, art. 1902 CC (1993, p. 1993); y CARRASCO (2006, p. 20). Véanse también las STS, 1ª, 15.11.1994 (Ar. 8488); 28.1.2000 (Ar. 454); y 14.5.2003 (Ar. 4749).

¹⁵ Sobre la distinción entre las obligaciones y las cargas, CABANILLAS SÁNCHEZ (1988, pp. 35 sigs.); y, en el Derecho Uniforme, WEITNAUER (1976), Art. 88 EKG, Rdnr. 4; y STOLL (1995), Art. 77, Rn. 3, 4.

¹⁶ En particular en el derecho anglo-americano, donde la cuestión cobró trascendencia tras la promulgación definitiva en 1962 del *Uniform Commercial Code*. La sección 1-106 UCC confirma el carácter meramente compensador de los *damages*, terminando así con la inmunidad que hasta la fecha habían disfrutado los *general damages* frente a la posible consideración de causas hipotéticas de daños, o de lucros obtenidos por el perjudicado, a efectos de estimar el importe resarcible. Anteriormente, de forma análoga al sistema británico, sólo se admitía la posible compensación de ventajas obtenidas por el acreedor cuando demandaba presuntos lucros cesantes. La voz de alarma de la mejor doctrina americana, urgiendo que se limite el juego de la *compensating advantages*, no se hizo esperar (DOBBS (1973, pp. 182); 184-5; FARNSWORTH (1985, pp. 1371-2). Y en el sistema británico parece que también se avanza en esta senda, al menos eso prometía el caso *Hussey v. Eels* [(1990) 2 Q.B. 227]:

Los demandantes habían adquirido un bungalow creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado

La exigencia de la compensación de cualquier posible ventaja que hubiera obtenido el acreedor con ocasión del incumplimiento es consecuente con un concepto de daño ya superado: el preconizado por la Teoría de la Diferencia de F. MOMMSEN.¹⁷ Según la misma, el daño resarcible es el resultado de la confrontación aritmética de dos masas patrimoniales, la preexistente y la subsiguiente al hecho dañoso, obviando la naturaleza y causas de las partidas patrimoniales que las integran. Las dificultades prácticas que semejante confusión patrimonial origina fueron las que motivaron su crítica, principalmente alimentada por la propia doctrina alemana, y, finalmente, su abandono en favor de un concepto de daño concreto que, obviamente, ha de computarse neto, una vez descontados los gastos ahorrados o las prestaciones que se recuperan.¹⁸

La reducción de la importancia práctica de la *Vorteileausgleichung* comenzó exigiendo que sólo se detrayeran aquellas que resultara *justo* considerar;¹⁹ continuó demandándose que entre la ventaja que se persigue compensar y el daño que el acreedor pretende ver resarcido exista una “indisoluble e intrínseca vinculación” (*unlösbarer innere Zusammenhang*);²⁰ que se ejemplificó excluyendo de la compensación todas las ventajas o beneficios proporcionados por un tercero, sobre la base de que el mismo persigue beneficiar únicamente al acreedor;²¹ así como las derivadas de medidas de prevención del daño adoptadas por el acreedor, como pueda ser un seguro, pues se entiende que obedecen a los desembolsos previamente realizados.²² Si la medida adoptada por el acreedor fuera mitigadora, esto es, posterior al evento lesivo, se ha considerado que entre el daño y la ventaja que de la misma derive existe la tan repetida vinculación y que, por tanto, procede la compensación, únicamente cuando la medida en

inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el bungalow y el permiso de obra en £23.000 más que el precio de compra, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas. Esta decisión fue revocada por la *Court of Appeal* concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro, pregunta cuya respuesta, en opinión de Mustill L.J., ha de ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento.

¹⁷ (1855).

¹⁸ Así, HONSELL (1973, pp. 69 ss.); de nuevo junto con HARRER (1991, pp. 441 ss.); GRUNSKY (1985), Vor § 249, RdNr. 7; MERTENS (1990), Vor § 249, Rz. 41; ESCHER-WEINGART (1993, pp. 40-42).

¹⁹ Véase la jurisprudencia citada por LANGE (1990) § 9 II 2-3.

²⁰ Expresión acuñada por THIELE (1967, pp. 199-200).

²¹ *Ibid.* p. 212.

²² THIELE (1967, pp. 236-7); LANGE (1990) § 9 V 1-2.

concreto adoptada responda al esfuerzo legalmente exigido en la mitigación del daño, *nunca si lo excede*.²³

Y, por último, también se ha invocado el citado criterio para excluir de la compensación las ventajas obtenidas por el acreedor gracias al azar o a su buena suerte (*Glücksfälle*), reforzando en este punto el argumento alegando que si el criterio del riesgo general de la vida impide la imputación de unos daños cuyo acaecimiento no ha incrementado significativamente el hecho lesivo, por identidad de razón ha de impedir también el traslado del lucro.²⁴ En definitiva, una vez operadas todas estas exclusiones, en Alemania sólo se compensa, en sentido estricto, el beneficio consistente en la rentabilidad que pueda extraerse de un caudal hereditario tempranamente obtenido gracias al evento lesivo y durante el tiempo en que, según el normal acontecer, se deduzca que se ha anticipado.²⁵ Y decimos en sentido estricto porque el segundo supuesto de compensación generalmente admitido -descuento de los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento, como puede ser el coste de la propia prestación²⁶ no es tal, sino mero cómputo (neto) de la pérdida sufrida.²⁷

Los sistemas latinos, por su parte, no han dado a la *compensatio* mayor contenido que la exigencia de un cómputo neto del daño que evite la sobrecompensación del acreedor.²⁸ Salvo en una lamentable ocasión²⁹, nuestros tribunales no han considerado que el hecho de haber sido

²³ Así, MEDICUS (1983) § 249, Rn. 152; GRUNSKY (1985) Vor § 249 RdNr. 111; o MERTENS (1990), Vor § 249, Rz. 236.

²⁴ LANGE (1990) § 9 IV 5.

²⁵ GRUNSKY (1983, pp. 375-6).

²⁶ Por todos, GRUNSKY (1985) Vor § 249, RdNr. 98.

²⁷ Como tampoco lo es la consideración de las “ventajas” derivadas de la adopción de una medida mitigadora exigible, pues dicha ventaja no es otra que la contención de la propagación del daño que, pudiendo ser razonablemente evitada, impide al acreedor demandar su resarcimiento. Confunden, en cambio, los términos los comentarios a los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, LANDO/BEALE (2003, p. 647).

²⁸ DÍEZ-PICAZO (1988, p. 42) y (1999, pp. 319 ss.); y PANTALEÓN, art. 1902 CC (1993, pp. 1989-90,1992). Con todo, sorprendentemente, un importante sector de nuestra doctrina se muestra partidario de la admisión de la figura aunque, en su desarrollo, incurra en la misma petición de principio observada en la doctrina alemana, consistente en reducir el defendido principio general y por vía de exclusión de grupos de casos a una regla de carácter excepcional. Así, CRISTÓBAL MONTES (1989, pp. 260 ss.); de ÁNGEL YAGÜEZ (1993, pp. 52-53); o LACRUZ *et al.* (1999, pp. 508-509).

²⁹ Me refiero a la STS, 1ª, 15.12.1981 (Ar. 5157), criticada por PANTALEÓN en el comentario al art. 1902 CC (1993, p.1990). Por suerte nuestro alto Tribunal no ha consolidado esta doctrina, y oportunidad ha tenido de hacerlo. En el caso resuelto por la STS, 1ª, 17.10.1998 (Ar. 8071), la arrendataria de un local de negocio recurre en casación alegando “infracción de jurisprudencia sobre el principio “*compensatio lucri cum damno*” y solicita que se reduzca la indemnización por las rentas que dejó de pagar y la pérdida de clientela a la que había sido condenada por la instancia alegando que la posterior venta de la finca por los actores les produjo un lucro patrimonial y ello supone enriquecimiento injusto”. El motivo es desestimado pues “la relación arrendaticia estaba extinguida al tiempo de efectuarse la venta pública, sin que sea relevante, a efectos de las obligaciones arrendaticias asumidas por la recurrente (...). Es indiferente que los arrendadores hubieran realizado una buena venta, como también si no lo fuera. (...) La posible ventaja que hubieran obtenido los demandantes al desalojar el local la recurrente, ellos

favorecido por el incumplimiento constituya una razón suficiente para desplazar un lucro obtenido por el acreedor al deudor, descontándolo de la indemnización.

Siendo éste el estado de la cuestión en los sistemas jurídicos relevantes, convendría que en el desarrollo de los PECL que pretende el DCFR se explicitara este limitado alcance de la “compensación de ventajas” evitando así el riesgo de que en la práctica se le otorgue una eficacia mayor.³⁰

Se confirmaría así que el deber de mitigar sólo precluye el resarcimiento de las pérdidas que no han sido tales gracias a la debida intervención del acreedor en cumplimiento del esfuerzo de mitigación a él exigible.

La segunda cuestión que merece enfatizarse es que la carga de mitigación justifica la limitación de la indemnización al coste de las medidas que con la citada finalidad mitigadora se estimen razonablemente exigibles, tanto si de hecho se han adoptado como si no y, en el primer caso, independientemente de si finalmente han sido provechosas.

Que el esfuerzo de mitigación acometido por el perjudicado debe juzgarse *ex-ante*, cuando se ve sorprendido por el incumplimiento; y de forma benévola, sin demandar comportamientos altamente diligentes ni eficaces, no se discute³¹. Es resarcible, por tanto, junto con la pérdida que no se haya logrado evitar, el coste de las medidas ruinosas, esto es, ineficaces para contener la pérdida que *razonablemente* adoptó el acreedor.

Lo que puede ponerse en duda, tal y como están redactados los textos relevantes, es que si el

no la propiciaron (...) La jurisprudencia que declara qué ha de deducirse de la indemnización resultalimitada al tiempo en que el local permaneció desocupado. No es el caso de autos, pues no se probó que el local hubiera sido arrendado de nuevo, en la vigencia de la locación de los diez años pactados, produciendo rentas que compensarían en cierto sentido las dejadas de percibir”.

³⁰ Como de hecho se la han concedido LANDO y BEALE en el comentario a los *Principios* (2003, p. 659) al afirmar que “aunque el perjudicado consiga una reducción de la pérdida gracias a medidas que van más allá de lo que podría esperarse o pretenderse de forma razonable, esa reducción se tendrá en cuenta, ya que el acreedor tiene derecho solamente a la indemnización de las pérdidas reales”; y en los ejemplos 3 y 4 al art. 9:502 (pp. 647-648). En el ejemplo 3 se expone un caso de alquiler de maquinaria industrial por un período de un año a razón de 1.000 DM al mes. Al cabo de 3 meses el arrendador resuelve el contrato por falta de pago de la renta y recupera la maquinaria. Dos meses más tarde, el perjudicado *tiene ocasión de volver a arrendar esa maquinaria durante 7 meses por una renta de 1.200 DM mensuales y por ello, sostienen los autores citados, su demanda de indemnización por la renta correspondiente a los 2 meses que la maquinaria estuvo parada (2.000 DM) debe reducirse en 1.400 DM, pues es la renta añadida que percibirá durante los 7 meses que faltaban por cumplir en el contrato original. Ni un matiz, empero, sobre si esa ocasión la brinda el mercado, que ha oscilado al alza; o si se le presenta particularmente al acreedor, en cuyo caso no comparto que deba aprovechar al deudor.*

El ejemplo 4 lo relataremos después, al hilo de la discusión sobre la eficacia de la regla de mercado.

³¹ Véase LANDO/BEALE (2003, pp. 658-659).

perjudicado no ha actuado tenga derecho a indemnización alguna, porque la pérdida, en tanto que evitable, no se resarce (art. 9:505.1 PECL; art 3:705.1 DCFR); y el coste de las medidas que podrían haberla evitado, en tanto que no se ha desembolsado, tampoco:

Art. 9:505 (2) PECL: *“El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño.”*

Art. 3:705 (2) DCFR: *“the creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.”*

El resultado, a mi juicio inaceptable³², sería que el acreedor, que ciertamente sufre la pérdida que el incumplimiento imputable del deudor ha ocasionado, y que no está obligado, en sentido estricto, a actuar, soportaría enteramente la pérdida porque, hipotéticamente, podría haberla evitado.

Si somos consecuentes con la naturaleza que en todos los sistemas jurídicos tiene la mitigación, de mera carga para el acreedor del resarcimiento que promueva un comportamiento económico sensato mediante la modulación de la extensión de la indemnización, ésta debe hacer cierta la hipótesis arriba planteada, cifrándose en el coste de esas medidas de mitigación que se juzgan idóneas.

Expresado en otros términos, la hipotética mitigación de la pérdida mediante la adopción de medidas aparentemente idóneas no constituye un argumento jurídico suficiente para excluir completamente el resarcimiento de una pérdida ciertamentesufrida por el agraviado.

Queda por último determinar desde qué momento deben contenerse las pérdidas, dicho de otra forma, cuál es el ámbito del deber de mitigar en los PECL/DCFR.

Para lograrlo debemos comenzar indagando cuál es el modelo de responsabilidad contractual que subyace a los textos citados, si es que puede definirse uno concreto.

Si el modelo subyacente fuera el propio del sistema norteamericano, que limita la obligación del deudor a costear los daños que el incumplimiento del contrato pueda ocasionar³³, constituyendo los *damages*, el remedio prioritario y casi único del que dispone el acreedor para defenderse ante la lesión de su derecho de crédito, sería plenamente consistente extender el deber de mitigar fuera del ámbito resarcitorio, y hacerlo gravitar, también, sobre la excepcional pretensión de cumplimiento.

³² Aquí parece que coincido con LANDO y BEALE, que en el ejemplo 2 al art. 9:505 admiten la resarcibilidad del coste de una medida de mitigación no adoptada (2003, p. 657).

³³ En este punto conviene releer al juez HOLMES (1897, pp. 457 ss.), especialmente pág. 462.

Así, la comunicación del deudor de su voluntad firme de incumplir (*repudiation*) se trata en el citado sistema como un verdadero incumplimiento (*anticipatory breach*) ante el que el acreedor, que generalmente no cuenta con otra posibilidad que la de reclamar el resarcimiento, tiene que reaccionar haciendo todo lo que esté en su mano para evitar la expansión de las pérdidas, señaladamente cubrirse en el mercado concertando una prestación sustituta.³⁴

Dentro de la órbita del *common law* el sistema británico es un tanto peculiar, porque si bien niega al acreedor la *specific performance* salvo en los casos en que, a la luz de la *equity*, el remedio resarcitorio resulte claramente inapropiado para situar al acreedor en la posición económica de cumplimiento, le permite optar entre aceptar la *repudiation*, convirtiéndola así en verdadero incumplimiento y obligándose desde entonces a mitigarla pérdida; o no aceptarla, e insistir en el cumplimiento hasta la fecha prevista de vencimiento. Opción esta que, por el carácter residual que la pretensión de cumplimiento tiene, deberá acompañarse de la prueba del legítimo interés en el cumplimiento del contrato que concurra, en el caso concreto, en el demandante.³⁵

Legítimo interés, por cierto, que la jurisprudencia se ha encargado de configurar en los términos más amplios posibles.³⁶

Esta extensión del deber de mitigar fuera del ámbito resarcitorio no se sostiene, en cambio, allí donde el contenido de la obligación contractualmente asumida consista en una prestación cuyo cumplimiento pueda demandarse por el acreedor, pues dicha pretensión sólo puede estar sometida a los límites que generalmente se establezca por el ordenamiento para el ejercicio de los

³⁴ Evitan de esta forma que el acreedor, especialmente cuando se trate de un vendedor-fabricante, incurra en gastos antieconómicos al obstinarse en completar su programa prestacional pese al serio aviso de incumplimiento del deudor, y que pretenda posteriormente imputar a éste último semejante coste reclamándole el precio. Excepcionalmente, empero, permite el § 2-704 (2) UCC la culminación de la prestación y la reclamación de su precio cuando asistan al vendedor-fabricante razones comerciales de peso, como pueda ser la extrema dificultad que suponga la venta de los bienes ya casi terminados o la reutilización de los materiales empleados en la fabricación.

³⁵ MCGREGOR (1988, § 291).

³⁶ Así, en *White & Carter v. McGregor*, [(1962) A.C. 413] decidió por mayoría la *House of Lords* que bastaba con que el demandante probara la concurrencia de un "interés financiero o de otro tipo" para permitirle insistir en el cumplimiento.

Dicho interés podrán generarlo las obligaciones que el acreedor hubiera adquirido frente a terceros en orden al cumplimiento del contrato, [*Anglo African Shipping Co. v. Motner* (1962) 1, Lloyd's Rep. 81] o los simples compromisos cuyo incumplimiento pudiera dañar su reputación comercial.[TREITEL, 1991, §§ 107, 147] En estos casos de legítima insistencia en el cumplimiento, para evitar que bajo su amparo se incurra en costes antieconómicos, señala la jurisprudencia como límite que dicha insistencia no suponga una ingerencia abusiva en el derecho de propiedad del deudor, [*Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei* (1976) 1 Lloyd's Rep. 250 C.A.] llegándose por esta vía a soluciones análogas a las apuntadas por los sistemas de derecho civil en preceptos del tenor de nuestro art. 1594 CC.

derechos subjetivos; sistema que es el propio de los llamados de derecho civil y, por su influencia, del Derecho Uniforme de compraventa.

Cierto es que en la Convención de la Haya las presiones de los representantes del *common law* llevaron a la adopción de una solución de compromiso, reconociéndose en principio y con carácter general el derecho del acreedor a la pretensión de cumplimiento, pero excepcionándolo cuando la naturaleza de los bienes ofreciese la posibilidad de cubrirse inmediatamente en el mercado, recomprando bienes de la misma clase o revendiendo los mismos bienes, en cuyo caso la Ley Uniforme considera automáticamente resuelto el contrato e impone el remedio indemnizatorio (Arts. 25; 42.1; 61.2 LUVI).³⁷

Pero en la Convención de Viena la balanza se inclinó ya claramente en favor del sistema continental, o lo que viene a ser lo mismo en este ámbito, de la concesión generalizada de la pretensión de cumplimiento, rechazándose la admisión, siquiera excepcional, de la resolución *ipso iure*.³⁸

Desde esta premisa no podía sino rechazarse, en los trabajos preparatorios de la citada Convención, la propuesta de la delegación norteamericana de extender el *duty of mitigation* a la acción de reclamación del precio.³⁹ Y es que en un sistema como el establecido en Viena, de concesión generalizada de la pretensión de cumplimiento, el riesgo de especulación ínsito en el ejercicio de la misma debe solucionarse aplicando correctamente sus límites, lo que supone permitir al deudor, especialmente cuando el acreedor no sea, además, fabricante del bien vendido, probar que éste ha excedido el marco de su legítimo ejercicio insistiendo abusivamente en el mantenimiento del contrato. Este extremo quedará acreditado si, por ejemplo, demuestra que el acreedor contaba con un mercado disponible donde satisfacer plenamente su interés de cumplimiento y que, pudiendo resolver el contrato para acudir a él en cobertura, no lo hizo. Siendo este el caso, la determinación del *quantum* resarcitorio deberá realizarse atendiendo al primer momento en el que el acreedor, en cumplimiento de la carga mitigadora que sobre él pesa, debiera haber resuelto el contrato y haberse cubierto en el mercado.

Así ocurre en todos los casos de incumplimiento previsible por comunicación del deudor, en un momento anterior al vencimiento, de su voluntad firme obstativa al cumplimiento. Si el sistema

³⁷ Sobre esta solución de compromiso, véase v. CAEMMERER (1976), Art. 61, Rdnr. 15; y en (1978, pp. 130-131); y UBER (1976), Art. 25, Rdnr. 5.

³⁸ DÍEZ-PICAZO (1998, art. 62, p. 497). Otra cosa es la eficacia que, en la práctica, tenga la pretensión de cumplimiento en cada caso concreto, eficacia que estará condicionada por las normas internas del foro donde se defienda la pretensión. (Art. 28 CV).

³⁹ Propuesta de extensión que limitaron, en la Conferencia de Ginebra de 1977, a la pretensión de cumplimiento del vendedor (*action for the agreed price*), y que posteriormente ampliaron en Viena a cualquier otro remedio pretendido por el demandante. En concreto, propuso HONNOLD (1989), §§ 55 sigs. sobre el (entonces) Art. 73 del Proyecto de 1978; y 1991, § 419.3.) añadir al final del Art. 77 CV, regulador del deber de mitigar el daño, la frase "(...) or a corresponding modification or adjustment of any other remedy."

le permite insistir en el cumplimiento del contrato, como nadie duda que sea el caso en la Convención de Viena, también deberá someterle a las perniciosas consecuencias que deriven de la opción ejercitada cuando, salvaguardando igualmente su interés económico de cumplimiento, la elección de otros remedios fuera más razonable.⁴⁰

Sólo en este sentido puede afirmarse que el deber de mitigar los daños constituye una “presión mediata” a la resolución pues, con carácter general, es falso que la opción del acreedor entre los distintos remedios puestos a su disposición por el ordenamiento esté regida por el referido principio de mitigación.⁴¹

El sistema de los PECL, igual que el de la CV, concede con carácter general la pretensión de cumplimiento, tanto en caso de incumplimiento de obligaciones pecuniarias (art. 9:101.1) como obligaciones no pecuniarias (art. 9:102.1).

Que podrá ejercitarse, claro está, cuando el cumplimiento aún sea posible (no esté definitivamente impedido por un impedimento que quede fuera del control del deudor y que no se pueda pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias –art. 8:101; art. 8:108.1 y 2.) y útil para satisfacer el interés del acreedor (dicho de otra forma, que no constituya el incumplimiento un *fundamental breach*, que abre la resolución, por haberse así definido en el contrato o porque la espera sea excesivamente onerosa para el acreedor.(art. 9:301).⁴²

⁴⁰ AUDIT (1990, p. 166); BENNET (1987), Art. 72, § 2.4.; LÜDERITZ (1991), Art. 77 EKG, Rz. 2; Art. 77 UN-KaufAbk, Rz. 8; y STOLL (1995) Art. 77, Rn. 10-11.

⁴¹ Así LÜDERITZ (1991), Art. 77 UN-KaufAbk, Rz. 8; y STOLL (1995), Art. 76, Rn. 12 y Art. 77, Rn.10.

En este sentido es ilustrativa la STS, 1ª, de 10.10.1959 (Ar. 3667), que contempla un caso en el que el demandante, que había comprado pimienta en salmuera para rellenar la cosecha de aceituna del año 50, tras insistir inútilmente en el cumplimiento, resuelve el contrato y reclama como daños la diferencia entre el precio pactado y el que tuvo que pagar en una compra de reemplazo. El recurso del vendedor, que entiende que los daños son imprevisibles pues el precio de la mercancía desde el vencimiento hasta que el comprador se cubre había sufrido un alza importante, es desestimado por el Supremo porque “pudo y debió preverse al formar el contrato, con mediana reflexión, el hecho de que la falta de cumplimiento irrogaría perjuicios al comprador (...)” y lo que es más interesante, porque “si bien la adquisición del pimienta se realizó en Febrero de 1951, cuando ya resultaron estériles las reclamaciones extrajudiciales sobre lo pactado en 3 de Febrero de 1950, resulta indudable que la actividad industrial del comprador no estaba totalmente agotada respecto a la elaboración de la aceituna recogida en este último año y cosecha”, o dicho en los términos que aquí estamos empleando, porque hasta que se resuelve el contrato debe presumirse que persiste el interés del comprador en el cumplimiento del contrato por el deudor, interés que, dadas las circunstancias, no se ha acreditado que fuera meramente especulativo, puesto que el retraso en efectuar la cobertura obedeció a que hasta ese momento contaba el comprador con suficientes existencias para continuar con la actividad de su empresa.

⁴² En términos parecidos, 3:104 DCFR.

Pero, por influencia del art. 61 (2) LUVI,⁴³ excluye la pretensión de cumplimiento de obligaciones pecuniarias cuando el acreedor “hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste” [art. 9:101 (a)]; y, en obligaciones no pecuniarias, cuando “el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías” [9:102 (d)]. Se advierte, además, en el comentario auténtico de los PECL que el deber de mitigar es aplicable en casos de *anticipatory breach*, debiendo el perjudicado minorar las pérdidas desde que le notifica el deudor su propósito de incumplir.⁴⁴

Esta indeseable injerencia de la mitigación en la pretensión de cumplimiento se ha corregido, en parte, en el DCFR, cuyo art. 3:302, correlativo al artículo 9:102 PDEC dice:

“(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance (que habrá que juzgar de acuerdo con los criterios que le son propios y mencionamos antes) in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expence”.

Luego la mera posibilidad de cubrirse adquiriendo una prestación sustituta en el mercado no precluye, como puede inferirse del texto de los PECL, la pretensión de cumplimiento.⁴⁵ Ésta sigue vigente y es al deudor a quien corresponde probar que su ejercicio es abusivo y en qué momento devino así, pues es a ése al que habrá que atender para calcular el coste de sustitución que debe recibir como indemnización.

Lamentablemente, empero, el error no se ha corregido al regular la pretensión de cumplimiento de obligaciones pecuniarias o, en términos más comunes, la acción de reclamación del precio (art. 3:301 DCFR).

El sistema sería, en mi opinión, más coherente si se excluyera esa velada resolución *ipso iure* que subyace en el 3:301 (a) y ganaría en certidumbre si, de paso, se explicita que la pretensión de cumplimiento, dentro de sus límites, es el remedio preferente, no sólo en casos de falta de conformidad, sino también en los de retraso.⁴⁶

⁴³ Reconocido como el antecesor inmediato de la norma por LANDO/BEALE (2003, p. 578).

⁴⁴ (2003, p. 658).

⁴⁵ Por mas que se advierta que es al deudor a quien compete probar que concurren las excepciones mencionadas en los artículos. *op. cit. supra*, pp. 577, 585.

⁴⁶ La jerarquización de los remedios frente al incumplimiento con el reconocimiento de la primacía de una pretensión de cumplimiento correctamente delimitada es un imperativo del modelo de responsabilidad contractual que desde luego respeta el sistema español y del que no asiste buena razón para renunciar. Véase PANTALEÓN (1993, pp. 1727-1731). Son elocuentes en este sentido el análisis de textos legales y jurisprudencia que realizan MORALES MORENO (2006, pp. 81-91); y CARRASCO (2006); y el análisis inverso de los mismos de GÓMEZ POMAR (2007 pp. 14-18).

Lo anteriormente expuesto tiene inmediata repercusión en la determinación del momento relevante para el cálculo del coste de sustitución resarcible, puesto que, lógicamente, la concesión al acreedor de la posibilidad de determinar *a priori* el momento en el que, por no ser satisfactorio el cumplimiento tardío o la subsanación del defectuoso, procede la resolución del contrato, encierra en sí el riesgo de que el mismo especule a costa del deudor mediante la posposición del momento relevante de determinación de la pérdida.

Con todo, debe prevalecer el momento de resolución efectivo frente a aquel otro en que primeramente pudiera resolverse el contrato, porque ofrece dos importantes ventajas: la primera es que es un momento fácilmente determinable; y la segunda, es que implícitamente reconoce al acreedor el derecho a un período de reflexión razonable antes de decidirse por la resolución y proceder a cubrirse en el mercado.

El citado riesgo de especulación a costa del deudor, inherente a la concesión de la posibilidad de optar por el cumplimiento, debe evitarse pues controlando que su ejercicio se efectúe observando los límites señalados por el ordenamiento. En concreto, permitiendo al deudor probar que la pretensión ha devenido abusiva, bien porque obedezca a un interés meramente especulativo; bien porque su coste resulte desproporcionado, si se compara con la satisfacción que otros posibles remedios -i.e. resolución y cobertura en el mercado- pudieran reportar al agraviado.⁴⁷

Afortunadamente, tanto los PECL (art. 9:507) como el DCFR (art. 3:707) consideran el momento resolución efectiva como el relevante a estos efectos, y se admite la minoración de la indemnización cuando el deudor demuestre que debiera haberse resuelto antes.

2. La función de la regla de mercado en los PECL/DCFR

Más complejo resulta resolver el segundo problema planteado al comenzar este escrito, cual era decidir si la función de la regla de mercado es meramente presuntiva del daño concreto sufrido por el acreedor o si, por el contrario, liquida de forma abstracta y normativa⁴⁸ la indemnización. Dificultad que deriva de la estrecha vinculación existente entre la respuesta que demos y la lógica del sistema de responsabilidad contractual general o, más concretamente, del concepto de daño que del mismo se desprende.

En aquellos sistemas jurídicos que cuenten con remedios específicamente dirigidos a la reintegración del derecho de crédito lesionado (pretensión de cumplimiento, arts. 9:101, 9:102 PECL; 3:301; 3:302 DCFR); al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones (pretensión de reducción del precio, arts. 9:401 PECL; 3:601 DCFR); o a la interdicción del enriquecimiento injustificado (cesión del *commodum*, liquidación de intereses crediticios en caso de retraso en el

⁴⁷ STOLL (1995) Art. 76, Rn. 13; Art. 77, Rn. 11.

⁴⁸ Término acuñado por MERTENS (1967, pp. 76-78).

pago de deudas pecuniarias, arts. 9:508 PECL, 3:708 DCFR), la función única del remedio indemnizatorio es la compensación del daño concretamente sufrido por el acreedor.

Consecuencia de ello es que sólo se entienda por daño aquel específicamente sufrido por el concreto agraviado y que, fruto de ambas circunstancias y salvo que el legislador diga otra cosa, únicamente pueda asignarse a la regla de mercado una eficacia presuntiva.

Eficacia, por lo demás, de indudable trascendencia práctica.

Luego es el propio sistema de responsabilidad contractual el que demanda la aplicación generalizada de la regla de mercado, y el que, a su vez, impone su excepción cuando la prestación carezca de mercado o, lo que a nuestros efectos más interesa, cuando las concretas circunstancias del caso evidencien que el daño realmente sufrido es otro.

Este podría haber sido el caso en el ejemplo relatado donde, como vimos, no obstante haberse incrementado el precio de mercado del carbón hasta 23 chelines la tonelada, tenía ya revendidas el comprador partidas semejantes por un precio inferior, recordemos, de 19 chelines; precio que, comparado con el de compra, cifraba el interés de cumplimiento de *Williams* en 3 chelines por partida, en lugar de los 7 que, de acuerdo con el mercado al tiempo del vencimiento, costaría la sustitución.

Sin embargo, y como bien parece entender el alto Tribunal británico, esta circunstancia, la mera celebración de reventas anticipadas, no revela, por sí sola, que el daño concreto-subjetivo sufrido por *Williams* sea inferior al coste de sustitución de mercado.

Dos son las razones que lo impiden:

- Una, la probable condición de *Williams* de intermediario en el mercado del carbón, lo que supondría la continua celebración de reventas de partidas no identificadas. Siendo este el caso, difícilmente podría justificarse la consideración, a efectos de estimación del resarcimiento, de unos subcontratos todavía no vencidos y cuyo mayor o menor acierto sigue dependiendo, por tanto, de la evolución del mercado.
- La segunda razón, todavía más favorable a los intereses de *Williams*, la brindaría la prueba, hipotética, de la coincidencia de la mercancía debida con la revendida; ya que, entonces, el incumplimiento de *Agius* habría dejado a *Williams* expuesto a la más que fundada pretensión resarcitoria del tercero, pretensión que, al menos, abarcaría el coste de sustitución de mercado.

Luego en la situación narrada debe mantenerse la aplicación de la regla de mercado, vigencia que en absoluto amenaza la función que, de acuerdo con nuestro sistema, teóricamente cumple.

Para excepcionar su aplicación tendría que demostrarse no solo que la mercancía debida era,

precisamente, la revendida; sino también la expresa exoneración de *Williams* frente al subcomprador para el caso de incumplimiento de *Agius*.

Únicamente entonces sería patente que el beneficio que *Williams* podría haber obtenido del cumplimiento del contrato, parámetro de referencia del resarcimiento por incumplimiento de un contrato (art. 9:502 PECL; art. 3:702 DCFR), estaba apriorísticamente determinado conforme al precio de reventa; y que aquel beneficio, de 3 chelines por partida, era inferior al coste de sustitución corriente al tiempo del vencimiento, que ascendía a 7.

La defensa de la regla de mercado tampoco obsta, claro está, la indemnización de un mayor daño, en el bien entendido sentido de que se acredite no sólo la probabilidad de la obtención de este mayor lucro, generalmente de reventa; sino también su condición de previsible o previsto, luego asumido por el deudor al contratar; y de inevitable, conforme a la carga mitigadora que sobre el acreedor pese.

No obsta, nótese bien, siempre que la función de la regla de mercado sea la que, con carácter general, aquí se defiende.

Excepcionalmente, con todo, puede resultar conveniente obviar el fin meramente compensatorio de la indemnización y tasar, abstractamente, la cuantía resarcible, evitando así litigios allí donde su número pudiera ser inasumible por los juzgados o donde otro tipo de intereses -generalmente comerciales- lo aconsejen.

Así se explica el carácter abstracto-normativo de la *market rule* en el § 376.II. del HGB;⁴⁹ del Art. 1518 del *Codice*;⁵⁰ del Art. 191 del *Code* suizo;⁵¹ y del Art. 36 del Libro 7 del nuevo Código civil holandés.⁵²

Y, al parecer, también el juego de las reglas de los arts. 84 -85 LUVI, pues los comentaristas más autorizados de la norma entienden que insta un derecho de libre opción del acreedor entre la valoración de la pérdida conforme al negocio de cobertura que hubiere realizado y la valoración

⁴⁹ Al establecer que el diferencial contrato-mercado podrá *exigirlo* el acreedor (*kann gefordert werden*), brindándole la posibilidad de no hacerlo y de reclamar el (mayor) daño concreto.

⁵⁰ *salva la prova di un maggior danno*.

⁵¹ Que en sus párrafos segundo y tercero faculta al acreedor para que, libremente, opte (*peut se faire indemniser; peut réclamer*) por la liquidación conforme al negocio de cobertura efectivamente celebrado o conforme al precio de mercado.

⁵² Que textualmente equipara la indemnización debida al diferencial de mercado y que, en el artículo siguiente, se limita a reconocer el derecho del acreedor a reclamar el (obviamente mayor) coste de cobertura [(...)]*he is entitled to(...)*.

abstracta o de mercado.⁵³

Lo discutible en todos ellos es que no sean coherentes con el fin utilitario que los justifica y admitan el resarcimiento del “mayor daño”, esto es, la excepción de la regla únicamente en beneficio del acreedor.⁵⁴

La CV, en cambio, respeta el carácter propio de la pretensión indemnizatoria, pese a que por su ámbito –compraventa internacional de mercaderías- bien podría defenderse el carácter abstracto-normativo de la *market rule*.

En ella, tanto los cambios de estructura (la regla de cobertura precede ahora a la de mercado - arts. 75 y 76, respectivamente-, y se excepciona su aplicación no ya a voluntad del acreedor -como en la LUVI- sino siempre que se haya procedido a una compra o venta de reemplazo conforme al art. 75); como la decisiva influencia de la delegación americana⁵⁵ evidencian el carácter presuntivo de la regla de mercado, excepcionable, pues, tanto por el acreedor, que pruebe su mayor –y resarcible- daño; como por el deudor, que demuestre que el acreedor se ha cubierto en mejores condiciones que las que evidencia el diferencial que arroja la regla de mercado; o que no lo ha hecho ni lo hará porque el beneficio que el cumplimiento del contrato habría de reportarle es menor (aquí conviene volver al caso de *Williams*).

En los sistemas de derecho civil, fuera ya de los ámbitos donde la norma concede un carácter de tasación abstracta a la *market rule*, ésta debe cumplir una función meramente presuntiva, pero no podemos afirmar que en la práctica sea así puesto que sólo hemos encontrado casos de liquidación de costes de cobertura concretos,⁵⁶ que rara vez se juzgan desproporcionados;⁵⁷ pero no supuestos de coberturas por

⁵³ Así, HUBBER (1976), Art. 24, Rdnr. 23; en la misma obra WEITNAUER (1976), Vor Artt. 84-87, Rdnr. 11; Art. 85, Rdnr. 4; KRANZ (1989, p. 162, nota 3); y LÜDERITZ (1991), Art. 85 EKG, Rz. 6.

⁵⁴ Idéntica crítica merece la interpretación doctrinal mayoritaria de la norma contenida en el art. 1108 CC, que ya desarrollé en (1998, pp. 229 ss.).

⁵⁵ La mayoría de la doctrina norteamericana defiende el carácter abstracto-típico o, si se prefiere, meramente presuntivo de la regla de mercado contenida en la sección 2-713 UCC. Véanse, por todos, WHITE & SUMMERS (1991) § 6-4, nota 50, que apoyan su interpretación en el comentario primero y quinto de la citada sección 2-713 UCC y en la jurisprudencia mayoritaria antes y posterior al Code. El citado comentario quinto a la regla de mercado establece que dicha sección dispone un remedio completamente alternativo a la cobertura conforme a la sección precedente, que se aplica sólo cuando y en la medida en que el comprador no se haya cubierto.

Es minoritaria, aunque relevante, la doctrina que interprete la norma como liquidadora de un daño mínimo. Véase, particularmente, PETERS (1963, pp. 259-260); SIMON/NOVACK (1979, pp. 1402, 1420); SIMON (1980, pp. 80 ss.); y SCOTT (1990, pp. 1155 ss).

Y el paralelismo entre el texto de la CV y el UCC es evidente, como resaltó BONELL (1994, p. 35).

⁵⁶ STS, 1ª, 8.2.1955 (Ar. 339); 10.10.1959 (Ar. 3667); 18.6.1963 (Ar. 3065); 7.6.1969 (Ar. 3287); 5.2.1974 (Ar. 438); 26.1.1978 (Ar. 546, MP); 25.4.1989 (Ar. 3261); 1.7.1991 (Ar. 5312); 15.7.1991 (Ar. 5572); 21.9.1991 (Ar. 6276); 27.10.1992 (Ar. 8363); 31.12.1997 (Ar. 9409, MP); 4.7.2000 (Ar. 6678); y 15.4.2005 (Ar. 3241). Atienden al coste de cobertura parcial, sin especificar si, además, se pide y se concede el coste de mercado por el resto de la mercancía no adquirida en sustitución, la STS, 1ª, 18.11.1988 (Ar. 8607) y 14.11.1989 (Ar. 7876).

debajo del mercado corriente en el momento de la resolución.

Los PECL y el DCFR reproducen la estructura y tenor de la CV:

Art. 9:506 PECL: *Negocio de reemplazo*

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Art. 9:507 PECL: *Precio corriente de mercado*

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y no haya celebrado un negocio de reemplazo, pero exista un precio corriente de mercado para la prestación objeto del primer contrato, este perjudicado podrá resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Art. 3:706 DCFR: *Substitute transaction*

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss.

Art. 3:707 DCFR: *Current price*

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination, as well as damages for any further loss.

En mi opinión, el cambio de estructura y términos de la CV respecto de la LUVI y, por extensión, de los PECL-DCFR es positivo y coherente con el sistema, máxime en los PECL-DCFR, cuyo extensísimo ámbito nunca podría justificar una función de tasación abstracto-normativa de la regla de mercado.⁵⁸

⁵⁷ STS, 1ª, 26.2.1966 (Ar. 1534); 15.2.1994 (Ar. 1315); y, últimamente, 28.1.2000 (Ar. 454), en la que el Tribunal rechazó la liquidación propuesta conforme a un contrato de sustitución celebrado con un tercero porque la demandada ofreció un precio superior por dichas partidas, que fue rechazado por la actora.

⁵⁸ Cuál sea, en cambio, la función que los autores de los PECL quisieron concederle es dudoso porque, por un

Pero siempre que se sea cuidadoso en la consideración de las coberturas relevantes a estos efectos, esto es, aquellas que, por ser consecuencia del esfuerzo de mitigación *exigible* al acreedor de la indemnización deben desplazar, en interés o perjuicio del acreedor el diferencial que arroje la regla de mercado.

Es, sin embargo, creciente, el riesgo de una interpretación excesivamente subjetivista de los artículos transcritos, que considerase “transacción sustituta” cualquier negocio celebrado por el acreedor sobre bienes análogos, también aquellos que consiga cerrar al margen del mercado y gracias a sus aptitudes o suerte.

El desplazamiento de este lucro al deudor –gracias a la reducción de la indemnización– carece de justificación alguna, y es notablemente inconsistente en términos de reciprocidad con las exigencias de razonabilidad en tiempo y forma, es decir, de adecuación al patrón de mercado, que la norma impone para que la indemnización atienda a una cobertura más costosa que la prevista por la *market rule*.

Que una interpretación en clave “concreta-ortodoxa” podía imponerse era patente en el seno de la CV. Por ello, y puesto que el ámbito de la norma (compraventa internacional de mercaderías) urgía una liquidación no conflictiva de las relaciones comerciales, propusimos en su día una aplicación abstracto-normativa de su regla de mercado.⁵⁹

En un trabajo posterior,⁶⁰ empero, sugerí otra estrategia que evitar el indeseable resultado del desplazamiento injustificado de lucros al deudor y, a su vez, respetar el carácter presuntivo que la regla de mercado debe generalmente tener.

Dicha estrategia no es otra sino la plena incorporación de las exigencias y límites de la mitigación en el juego de las reglas de mercado y cobertura.

Así, defendí que la salvedad de la proposición primera del art. 76 CV [“si no ha procedido (el acreedor) a una compra o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75”] tiene por fin excepcionar la aplicación de la regla de mercado sólo cuando el negocio de cobertura efectuado sea de las características exigibles según la propia Convención, esto es, un negocio óptimo *de*

lado, afirman que el perjudicado “puede optar” por liquidar el daño conforme al diferencial de mercado o al coste de sustitución concreto (2003, p. 646), y dedican el comentario de la regla de cobertura a explicar cuándo una cobertura por encima del diferencial de la *market rule* sería “razonable”, abonando así la idea de que la regla de mercado liquida un daño mínimo; pero, por otro lado, proponen soluciones a casos concretos propias de una concepción radicalmente subjetiva de daño, como es el ejemplo 4 que enseguida relataremos.

⁵⁹ En mi comentario a los arts. 75-76 CV, SOLER PRESAS (1998), coherentes con el comentario de PANATLEÓN al art. 74 CV.

⁶⁰ *La valoración del daño* (1998).

mercado.⁶¹

De acuerdo con lo que acabo de afirmar, considero que la cobertura *de mercado* celebrada por el comprador desplazará la *market rule* cuando, por haberse celebrado en un momento posterior en el que el mercado ha descendido, evidencie que la pérdida sufrida, cifrada en el coste de sustitución efectivo, es menor que la que se deduce de la aplicación de la regla de mercado. Por el contrario, no podrá excepcionarse la aplicación de la regla alegando que el acreedor ha sufrido un menor daño gracias a que se ha cubierto por un precio inferior al de mercado, pues no hay razón alguna que justifique el desplazamiento de este beneficio, derivado de un magnífico negocio que el comprador no estaba, en absoluto, obligado a realizar.

Pero no es una opinión compartida por los autores de los PECL, a juzgar por la solución que proponen al caso del ejemplo 4:

“S, un negociante al por mayor, acuerda vender a B 50 Tm de soja al precio de 300.000 liras/Tm, a entregar el 1 de agosto. En esa fecha, el precio de la Tm de soja ha bajado a 250.000 liras; B incumple su obligación de recoger y pagar la mercancía. Una semana más tarde, S vende a C 50 Tm de soja a 375.000 liras/Tm. Aunque no se aplicara la regla de mercado, salvo *que se demostrara que el segundo negocio era un negocio sustitutivo del primero*, en su demanda contra B, S no necesitaría computar el beneficio extra obtenido de su venta a C”.⁶²

¿Y si es “sustitutivo” en tanto que S no dispone de más soja para revender (esto es, no sufre una pérdida de volumen de negocio) pero cierra el negocio al margen del mercado, como parece indicar ese diferencial de 125.000 liras? ¿Sería también relevante y S no podría reclamar nada? Así parece desprenderse, lamentablemente, del texto transcrito.

Frecuentemente se objeta que el argumento antes esgrimido es extensible a las coberturas celebradas a precio de mercado pero en un momento posterior y por un precio inferior al señalado por la regla de mercado, fundamentando así la tesis partidaria de considerar que la cobertura efectivamente celebrada sólo debe desplazar la *market rule* en beneficio del acreedor.⁶³

Según estos autores, las mismas razones que sustentan la irrelevancia de la cobertura lograda por el comprador por un precio inferior al de mercado son predicables de la cobertura efectuada en un momento posterior a aquel en que razonablemente podía haberse celebrado y por un precio *de*

⁶¹ Así también parecía entenderlo STOLL (1ª ed. 1990, Art. 74, Rn. 25), al precisar que “las únicas ventajas *compensables* en la estimación de los daños son las derivadas de medidas mitigadoras exigibles ex Art. 77 CV”. Medida que, en nuestro caso, no es sino la cobertura en el mercado. En la edición del Comentario de 1995 [Art. 74, Rn. 32], no invoca ya el artículo 77 CV, pero reproduce, para llegar a una solución análoga a la anteriormente defendida, los resultados alcanzados por la doctrina alemana en materia de *Vorteileausgleichung*.

⁶² (2003, p. 648).

⁶³ En este sentido, HARRIS (1987) §§ 1303, 1347-1348; HUBER (1979, p. 470) y (1981, p. 327); BARDO (1989, p. 114); CRISCUOLI (1972, pp. 585-600); o SCOTT (1990, pp. 109-129).

mercado inferior al entonces corriente. Argumentan que si el acreedor decide retrasar especulativamente la cobertura en la confianza de una fluctuación favorable del mercado, el resultado de ese riesgo asumido por el acreedor no debe perjudicar al deudor, que sólo indemnizará en la medida de la diferencia respecto del precio corriente cuando pudo efectuarse la cobertura y no respecto del (mayor) precio al que efectivamente se haya celebrado; luego tampoco, por lógica reciprocidad, debe beneficiarle que, finalmente, se cumplan las previsiones del acreedor y el coste de cobertura resulte inferior.

Entiendo, sin embargo, que las diferencias cualitativas existentes entre uno y otro caso impiden que la solución sea la misma y abogan porque se mantenga la relevancia del negocio de reemplazo tardíamente celebrado *a precios de mercado* en la estimación de la indemnización por razón del coste de sustitución.

La razón fundamental es que la pérdida que se está tratando de valorar es, precisamente, este “coste de sustitución de mercado” sufrido por el acreedor de la indemnización, pérdida cuya determinación está sujeta a las oscilaciones que el precio del bien sufra desde el momento de la resolución hasta que efectivamente se asuma o, a más tardar, hasta que se liquide. En definitiva, y puesto que no estamos ante una pretensión de cumplimiento “por equivalente”, no hay razón alguna para entender inalterablemente determinado el importe de este coste, por lo que a su disminución respecta, desde el momento mismo en que el daño inicialmente se produce.⁶⁴

Justifica además dicha relevancia el propio el deber de mitigar, que exige al agraviado que se cubra óptimamente en el mercado y que considera sólo apriorística la fijación del momento relevante para que efectúe la sustitución recogida en las reglas de mercado. Siendo esto así, de concedérsele algún juego a la regla de la reciprocidad, debe ser respecto de la posibilidad que ofrece la *mitigation rule* de retrasar el momento de exigibilidad de la cobertura incluso hasta el día del juicio: si dicha demora se permite, aunque sea excepcionalmente, en beneficio del acreedor, también deberá considerarse en perjuicio del mismo cuando, de hecho, se haya cubierto en un mercado a la baja.

Refuerza, por último, este planteamiento el hecho de que si, como defienden los partidarios de la tesis objetivista, fuese indiferente para la valoración de la indemnización correspondiente por el coste de sustitución, el precio *de mercado* efectivamente abonado por el comprador al adquirir un bien de reemplazo; por la misma o mayor razón habría de serlo que el comprador no pretendiera en absoluto cubrirse, porque su interés en el cumplimiento del contrato (el beneficio que esperaba obtener del mismo) fuera menor que el valor de mercado de la prestación debida o, derechamente, nulo.

Y semejante resultado es tan radicalmente opuesto a la función meramente compensadora de la indemnización, que sólo puede ser admitido cuando así lo imponga, sin lugar a dudas, una disposición legal.

⁶⁴ Son de esta misma opinión GRUNSKY (1985), Vor § 249, RdNr. 125; § 252, RdNr. 14; y BURROWS (1994, p. 113).

En el ámbito de los PECL –y aún más en el del DCFR- es ésta, entiendo, la única estrategia posible. Confiemos en que sea aprovechada.

3. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 8.2.1955	339	Saturnino López Peces	No identificadas
STS, 1ª, 10.10.1959	3667	Francisco Rodríguez Valcarce	Juan O. J. c. Alfredo de la L. F. y Reyes L. de los A.
STS, 1ª, 18.6.1963	3065	Bernabé Pérez Jiménez	José Mª, Miguel y Natividad A. G. c. Silvano G.G.
STS, 1ª, 26.2.1966	1534	Tomás Ogeyar y Ayllón	Grardo S. D. y “Grandes Almacenes El Siglo, S. A.” c. Ramón A. R. y “El Corte Inglés S.A.”
STS, 1ª, 7.6.1969	3287	Antonio de Vicente Tutor	“Dobbertin y Cia.”, “Comptoir International des Products Siderurgiques” c. “Materiales para la Industria S.A.”
STS, 1ª, 5.2.1974	438	Antonio Peral García	“Societé Anciens Etablissements S.A.” c. “Peninsular Maderera S.A.”
STS, 1ª, 26.1.1978	546	Federico Rodríguez Solano	Juan D.G. c. Rafael L. R.
STS, 1ª, 15.12.1981	5151	Carlos de la Vega Benayas	Margarita, Pilar, Lázara y Felisa B. G., y Francisco A. A. c. Angel C. C.
STS, 1ª, 18.11.1988	8607	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	“Pascual Hnos. S.A.” c. Santos O.L., Alonso R.M., Juan M.L., Banco de Santander y Banco de Murcia
STS, 1ª, 25.4.1989	3261	Ramón López Vilas	“Diana S.A.E. de Piensos S.A.” c. “E. Erhardt y Cia. S.A.”
STS, 1ª, 14.11.1989	7876	Manuel González-Alegre y Bernardo	“FRUIFASA” c. “Juneda Fruits S.A.”
STS, 1ª, 1.7.1991	5312	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	“Ess Food” c. “Hijos de Rafael R. D., S.A.”
STS, 1ª, 15.7.1991	5572	Rafael Casares Córdoba	Wilhem G. Clausen c. Fulgencio R. R. y Pedro R. C.
STS, 1ª, 21.9.1991	6276	Eduardo Fernández-Cid de Temes	“Comercial de piensos y cereales, S. A.” c. “ALTISEN y MODAMIO, S.A.”
STS, 1ª, 27.10.1992	8363	Francisco Morales Morales	Angel L. M. c. Javier A.P.
STS, 1ª, 14.2.1994	1315	Antonio Gullón Ballesteros	Fortunato de G. c. Mª del Carmen F.R., Francisco G.M., Mª Teresa R. N., Juan José G. D. y herederos de Manuel F.C.
STS, 1ª, 15.11.1994	8488	Francisco Morales Morales	Encarnación M. A. c. “Banco Hispano Americano S.A.”, “Sistema 4B S.A.” y “Visa España, sociedad civil”
STS, 1ª, 31.12.1997	9409	José Almagro Nosete	Cargill B. V. c. “COAGRISSA”
STS, 1ª, 17.10.1998	8071	Alfonso Villagómez Rodil	Baltasar S. P. y Mª del Carmen B. J. c. “Beguder, S. A.”
STS, 1ª, 28.1.2000	454	Pedro González Poveda	“Internationale Jute Maatshappij, BV” c. “Martín Palomares, S.L.
STS, 1ª, 4.7.2000	6678	José Ramón Vázquez Sandes	“Miguel Gallego S.A.” c. “Oleícola El Tejar, Nuestra Sra. De Araceli S-Coop.Ltda.”
STS, 1ª, 14.5.2003	4749	Antonio Gullón Ballesteros	“Mayoristas de Vinos, S.A.” c. “Mostos Internacionales S.A.”

STS, 1ª, 15.4.2005	3241	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Braulio D. c. "Progen S.A."
STS, 1ª, 23.5.2005	6364	Francisco Marín Castán	"Maxcrest Ltd." c. "Tradición Textil S.A."

4. Bibliografía

Bernard AUDIT (1990), *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J., París.

Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ (1993), "Comentario de los artículos 1106-1107 CC" en Cándido PAZARES; Luis Díez-PICAZO; Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Directores), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 52-53.

Ulrike BARDO (1989), *Die "abstrakte" Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag*, Schriften zum Bürgerlichen Recht, vol. 119, Duncker & Humblot, Berlín.

Hugh BEALE; William BISHOP, Michael Philip FURMSTON (1990), *Contract. Cases and Materials*. Butterworths, Londres.

Trevor BENNETT (1987), "Comentario al artículo 72 CV" en Massimo BIANCA y Michael-Joachim BONELL (Directores) *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Conventions*, Giuffrè, Milán.

William BISHOP (1985), "The Choice of Remedy for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, Tomo 14, junio 1985, págs. 299-410.

Michael-Joachim BONNEL (1994), "UN-Kaufrecht und das Kaufrecht des Uniform Commercial Code im Vergleich", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tomo 58, Fascículo 1, enero 1994, págs. 20-39.

Andrew BURROWS (1994), *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Lexis-Nexis, Londres.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1988), *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Montecorvo, Madrid.

Ernst V. CAEMMERER (1976), "Comentario de los artículos 57 y 61 LUVI" en Hans DÖLLE (Director), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Beck, Múnich.

Ernst V. CAEMMERER (1978), "Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Tomo 178, Fascículo 2-3, págs. 121-149.

John D. CALAMARI; Joseph M. PERILLO (1987), *The Law of Contracts*, 3ª edición West Publishing, St. Paul (Minn.).

Manuel CÁMARA; Luis, DÍEZ-PICAZO (1988), *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid.

Ángel CARRASCO PERERA (2006), "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *InDret* 1/2006 (www.indret.com).

Richard CRASWELL (1988), "Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach", *South California Law Review*, Tomo 61, Fascículo 3º, 1988, págs. 629-670.

Giovanni CRISCUOLLI (1972), "Il dovere de mitigare il danno subíto", *Rivista de Diritto Civile*, Tomo 1, 1972, págs. 553-606.

Ángel CRISTÓBAL MONTES (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid.

Linda CURTIS (1986), "Damage Measurement for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis", *Stanford Law Review*, Tomo 39, noviembre 1986, págs. 161-185.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1993), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1998), "Comentario al art. 62 CV", en Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1ª edición, Civitas, Madrid, págs. 496-499.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

Dan B. DOBBS (1973), *Handbook on the Law of Remedies. Damages, Equity, Restitution*, West Publishing, St. Paul (Minn.).

Christina ESCHER-WEINGART (1993), *Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz*, Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien, nº 21, Peter Lang, Fracfort.

E. Allan FARNSWORTH (1985), "Your Loss or my Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract", *Yale Law Journal*, Tomo 94, Fascículo 6, mayo 1985, págs. 1339-1393.

Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid.

Fernando GÓMEZ POMAR (2007), "El incumplimiento en derecho español", *InDret* 3/2007 (www.indret.com).

Wolfgang GRUNSKY (1985), "Comentario preliminar y a los §§ 249-254 BGB" en *Münchener*

Kommentar zum BGB, Beck, Múnich.

Donald HARRIS; Anthony OGUS; Jennifer PHILLIPS (1979), "Contract Remedies and the Consumer Surplus", *Law Quarterly Review*, Tomo 95, octubre 1979, págs. 581-610.

Donald HARRIS (1987), *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, Londres.

Oliver W. HOLMES (1897), "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Tomo 10, 1897, págs. 457.

John O. HONNOLD (1989), *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Deventer-Boston.

John O. HONNOLD (1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Deventer-Boston.

Heinrich HONSELL (1973), "Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht", *Juristische Schulung*, 1973, pág. 69 ss.

Heinrich HONSELL; Friedrich HARRER (1991), "Schaden und Schadensberechnung", *Juristische Schulung*, Tomo 6, junio 1991, págs. 441-448.

Ulrich HUBER (1976), "Comentario al artículo 25 LUVI" en Hans, DÖLLE (Director), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Beck, Múnich.

Ulrich HUBER (1981), "Leistungsstörungen" en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, Bundesanzeiger, Colonia.

Norbert KRANZ (1989), *Die Schadenersatzpflicht nach dem Haager Einheitlichen Kaufgesetzen und dem Wiener UN-Kaufrecht*, Peter Lang, Fracfort-Berna-N.Y.-París.

Lewis A. KORNHAUSER (1986), "An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies", *University of Colorado Law Review*, Tomo 57, 1986, págs. 683-725.

José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.* (1999), *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 2º, págs. 508-509.

Ole LANDO y Hugh BEALE (2003), *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, Consejo General del Notariado, Madrid.

Ole LANDO (2003), "Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2003, págs. 231-144.

Hermann LANGE (1990), *Handbuch des Schuldrechts. Schadensersatz*, Mohr, Tubinga.

Douglas LAYCOCK (1991), *The Death of the Irreparable Injury Rule*. Oxford University Press, N. Y.-Oxford.

Alexander LÜDERITZ (1991), "Comentario a la LUVI y a la CV" en *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Colonia.

Harvey MCGREGOR (1988), *On Damages*, Sweet & Maxwell, Londres.

Dieter MEDICUS (1983), "Comentario a los §§ 249-254 BGB", en *Staudinger Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfüfungsgesetz und Nebengesetzen*, J. Schweitzer, Berlin.

Hans-Joachim MERTENS (1967), *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Kohlhammer, Stuttgart.

Hans-Joachim MERTENS (1991), "Comentario a los §§ 249-254 BGB" en *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Colonia.

Antonio M. MORALES MORENO (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Fascículo 3º, 1991, págs. 1019-1091.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Fascículo 3º, 1993, págs. 1719-1745.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), "Comentario al art. 1902 CC", en Cándido, PAZ-ARES; Luis DÍEZ-PICAZO; Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Directores), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 1971-2003.

Ellen A. PETERS (1963), "Remedies for Breach of Contract relating to the Sale of Goods under the UCC: A Roadmap for Article Two", *Yale Law Journal*, Tomo 73, Fascículo 2, diciembre 1963, págs. 199-287.

Allan SCHWARTZ (1979), "The Case for Specific Performance", *Yale Law Journal*, Tomo 89, págs 271-307.

Robert E. SCOTT (1990), "The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle", *University of Chicago Law Review*, Tomo 57, págs. 1155-1202.

Steven SHAVELL (1984), "On the Design of Contracts and Remedies for Breach", *Quarterly Journal of Economics*, Tomo 97, febrero 1984, págs. 121-148.

David SIMON (1980), "A Critique of the Treatment of Market Damages in the Restatement

(second) Contracts", *Columbia Law Review*, Tomo 81, 1980, págs. 80-92.

David SIMON; Gerald NOVACK (1979), "Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts", *Harvard Law Review*, Tomo 92, Fascículo 7, mayo 1979, págs. 1395-1438.

Ana SOLER PRESAS (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona.

Ana SOLER PRESAS (1998), "Comentario a los artículos 75, 76 y 77 CV", en Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1ª edición, Civitas, Madrid, págs. 609-628.

Hans STOLL (1995), "Comentario a los artículos 74-77, 79 CV" en Ernst C. CAEMMERER/Peter SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Beck, Múnich.

Wolfgang THIELE (1967), "Gedanken zur Vorteileausgleichung", *Archiv für die civilistische Praxis*, Tomo 167, Fascículo 3, págs. 193-240.

Guenter H. TREITEL (1991), *Remedies for the Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford University Press, Oxford.

Thomas ULEN (1984), "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", *Michigan Law Review*, Tomo 83, Fascículo 2º, noviembre 1984, págs. 341-403.
Hermann, WEITNAUER (1976), "Comentario a los artículos 82-89 LUVI" en Hans, DÖLLE (Director), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Beck, Múnich.

James J. WHITE; Robert S. SUMMERS (1991), *Uniform Commercial Code*, West Publishing, St. Paul (Minn.).