

Núm.
38/2007

LA PÉRDIDA DE VOLUMEN DE VENTAS COMO DAÑO INDEMNIZABLE

DAVID RAMOS MUÑOZ
Becario de Investigación (FPI)
Área de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Extracto:

PARTE del interés en el estudio del lucro cesante reside en la confrontación de los principios jurídicos con la realidad económica. El supuesto de la pérdida de volumen de ventas trata de responder a la pregunta de en qué casos resulta legítimo otorgar al vendedor (o prestador de servicios) una indemnización consistente en el beneficio esperado de la transacción cancelada. Si los supuestos de la economía de mercado se cumpliesen, la respuesta sería «nunca»: el vendedor perjudicado podrá acudir al mercado, vender los bienes a un tercero, y reclamar la diferencia en precio. Frente a esta posición más ortodoxa, la hipótesis del *loss of volume*, o pérdida de volumen de ventas afirma que, en aquellos supuestos donde el vendedor tenga un exceso de capacidad, que le permita atender las peticiones, tanto de la parte que repudia, como de los compradores posteriores, la cancelación o repudio de un contrato generará, en efecto, la pérdida del beneficio esperado del mismo. Este debate fue acogido en el Derecho estadounidense, donde la doctrina, jurisprudencia, así como la legislación, se han ido inclinando en favor de la figura del *loss of volume*, hasta el punto de que, en la actualidad, existe un consenso sobre su admisión. Con todo, la laxitud conceptual que ha caracterizado al desarrollo doctrinal, se ha visto correspondido con una extrema rigidez en materia de prueba, que convierte la reclamación de la indemnización por pérdida de volumen de ventas en una materia en extremo compleja. Algo similar cabría decir del Derecho uniforme, donde, si bien la doctrina es casi unánime a la hora de manifestar su respaldo al *loss of volume*, aún escasea la jurisprudencia en este sentido. Finalmente, en la tradición iuscivilista, de la que España forma parte, se consideraba incompatible la resolución del contrato con la indemnización por lucro cesante. Eliminada esta cortapisa, los tribunales han concedido como indemnización el margen de beneficio esperado, sin detenerse a comprobar si se daban las circunstancias de la pérdida de volumen. Por ello, las conclusiones alcanzadas

.../...

.../...

en el Derecho comparado y uniforme resultan especialmente útiles para el futuro desarrollo de la jurisprudencia española en la materia.

Palabras clave: indemnización de daño, lucro cesante, margen beneficio, volumen de ventas, distribuidores y productores.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El concepto de la «pérdida de volumen de ventas» o *loss of volume of sales*. Análisis económico.
 1. Introducción. Influencia y postulados del análisis económico del Derecho.
 2. La pérdida de volumen en los productores y el modelo de competencia perfecta.
 3. La pérdida de volumen en los vendedores-intermediarios.
 4. Conclusiones. ¿Cuál es la situación del vendedor con pérdida de volumen de ventas?
- III. La acogida del *loss of volume* por el Derecho estadounidense.
 1. El Derecho anterior al *Uniform Commercial Code*. La *Sales Act*.
 2. La llegada del *Uniform Commercial Code*. La Sección 2-708 (2).
 3. El análisis realizado por la doctrina. El acomodo de la pérdida de volumen de ventas dentro del lenguaje del *Uniform Commercial Code*.
 4. La conceptualización del supuesto de la pérdida de volumen y los límites a su aplicación.
 5. La aplicación jurisprudencial. La doctrina enfrentada al test de la práctica.
 6. Conclusiones sobre la experiencia en los Estados Unidos.
- IV. El *loss of volume* en otras jurisdicciones.
- V. El *loss of volume* en el Derecho uniforme.
 1. Relevancia y contexto de los daños y perjuicios en la Convención de Viena.
 2. El análisis doctrinal de la pérdida de volumen de ventas.
 3. La aplicación de la pérdida de volumen de ventas por la jurisprudencia.
 4. El conflicto con el deber general de mitigar o reducir la pérdida.
- VI. Lucro cesante y pérdida de volumen de ventas en el Derecho español.
- VII. Conclusiones y puntos para la discusión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una figura relativamente estudiada en otras jurisdicciones, pero aún no excesivamente debatida en el Derecho español. Tal es el concepto de la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante en el supuesto de pérdida de volumen de ventas.

Los daños y perjuicios cumplen una clara función en el Derecho de contratos. Dicha función es la de compensar a la parte perjudicada de un perjuicio. La función compensatoria de los daños y perjuicios se traduce en la necesidad de situar a la parte perjudicada en la misma situación que si el contrato se hubiese cumplido correctamente¹. Ello supone, generalmente, la necesidad de indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante². No obstante, dentro de este marco existen numerosos supuestos de daños y perjuicios indemnizables. El supuesto del lucro cesante por pérdida de volumen de ventas es, con total seguridad, uno de los más complejos, por cuanto implica ciertas bases de razonamiento y discusión económicas, así como un análisis jurídico de materias ciertamente prolijas. Por ello, a lo largo del presente trabajo trataremos de poner de manifiesto los problemas planteados por esta figura del Derecho de daños, tanto desde el punto de vista económico, como de su adaptación al ámbito del Derecho. La perspectiva del estudio es, asimismo, comparar las distintas tradiciones jurídicas, haciendo especial énfasis en las objeciones planteadas en los ordenamientos donde ha sido examinada en un mayor detalle.

¹ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*. Second edition. Saint Paul Minnesota: West Publishing Co., 1993, pág. 3; FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. Third Edition. New York: Aspen Law & Business. Aspen Publishers, Inc., 1998, pág. 784; CALAMARI, The Late John D.; PERILLO, Joseph M. *The Law of Contracts*. Saint Paul Minnesota: West Publishing Co., 1998, pág. 543.

² En el Derecho anglosajón se habla del *expectation interest* como la medida de los daños y perjuicios que pondría al perjudicado en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido. Véase, por ejemplo, FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*, *op. cit.*, pág. 784, en oposición al *reliance interest*, que persigue situar al perjudicado en la misma situación en la que habría estado de no existir el contrato. Se ha sostenido que el lucro cesante sería la diferencia entre el *expectation interest* y el *reliance interest*. Véase An Economic View of the U.C.C. Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost Volume Seller. *Albany Law Review*. N.º 49, 1984-1985, pág. 891. La determinación de si el *reliance interest* es equivalente, y hasta qué punto, al concepto de daño emergente sería una tarea interesante, pero excede del propósito del presente trabajo. En lo sucesivo, manejaremos los conceptos de daño emergente y lucro cesante. En el Derecho español, basta con remitirnos al artículo 1.106 del Código Civil, que establece que «La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

Finalmente, uno de los objetivos de este trabajo es el de resultar útil para el desarrollo de la cuestión en nuestro país. El hecho de que la figura de la pérdida de volumen de ventas no haya recibido una atención amplia por parte de la doctrina y jurisprudencia españolas no significa que no resulte importante. En realidad, como se demostrará, en varias ocasiones los tribunales han otorgado al demandante una indemnización equivalente a la derivada del supuesto de pérdida de volumen de ventas, sin ser conscientes de la complejidad de los problemas jurídicos inherentes a la misma. La ausencia de debate sobre la controversia planteada por la pérdida de volumen de ventas puede conducir a indemnizaciones que infra o sobre compensan al perjudicado, sin que el juzgador se percate de ello. Por ello, en el presente trabajo trataremos de poner de manifiesto la medida en que el conocimiento de las hipótesis y problemas del supuesto de la pérdida de volumen de ventas pueden influir en una mejor comprensión del fenómeno de los daños y perjuicios por lucro cesante.

II. EL CONCEPTO DE LA «PÉRDIDA DE VOLUMEN DE VENTAS» O *LOSS OF VOLUME OF SALES*. ANÁLISIS ECONÓMICO

La pérdida de volumen de ventas constituye, dentro de los daños y perjuicios, una categoría relativamente compleja, en la medida en que toma en consideración criterios económicos. Por esta razón, estimamos adecuado comenzar la explicación refiriéndonos al debate académico mantenido en el seno de las ciencias de la Economía, antes de pasar a su estudio en el ámbito del Derecho.

1. Introducción. Influencia y postulados del análisis económico del Derecho.

Una de las corrientes más influyentes en el Derecho contemporáneo, especialmente en el Derecho Privado, es la del Análisis Económico del Derecho. Esta corriente adquiere entidad con la publicación del artículo *The Problem of Social Cost*³ por el profesor Ronald COASE, de la Universidad de Chicago. En dicho artículo, el profesor COASE aplica su teoría de los costes de transacción, que ya expuso en su artículo *The Firm*⁴, al análisis de fenómenos jurídicos.

Con este artículo se produce la eclosión del análisis económico del Derecho, con un interés creciente en la materia. Cada vez más autores se suman a la oleada de los que tratan de analizar los problemas jurídicos desde una óptica económica. Abanderados de esta tendencia son los juristas-economistas de la Escuela de Chicago. De entre los distintos autores que la componen destaca la figura del juez POSNER, que publica el tratado en la materia más conocido hasta ahora, el famoso *Economic Analysis of Law*⁵. POSNER llevaba su creencia en el análisis económico del Derecho hasta el punto

³ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*. October 1960. También disponible en <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>.

⁴ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*. 4, 1937, 386-405. También se suelen poner como ejemplo del origen del análisis económico del Derecho los escritos de Guido CALABRESI, nacido en Italia y juez del tribunal de apelaciones para el Segundo Circuito, además de profesor en la Universidad de Yale.

⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

de sostener que la solución más justa es la que proporciona el mayor grado de eficiencia ⁶. Se esté de acuerdo o no, lo cierto es que existen ciertas áreas del Derecho en las que no es posible entender algunos planteamientos sin pasar por el estudio de los postulados de esta corriente de pensamiento. Tal es el caso del Derecho de contratos y, en concreto, del análisis del supuesto que nos ocupa: la indemnización del lucro cesante por la pérdida de volumen. El planteamiento del lucro cesante por pérdida de volumen puede resultar sencillo en apariencia: se trata de compensar al vendedor por el beneficio que habría obtenido de la transacción si la misma se hubiese efectuado. Se entiende, pues, que, como resultado del incumplimiento por el comprador, el vendedor «pierde» una venta y, como consecuencia, el beneficio esperado de dicha venta ⁷.

Dicho de esta manera, parece un concepto evidente y que no plantea problemas, pues *a priori* se corresponde a la perfección con lo que cabe entender por lucro cesante. Sin embargo, si entramos en detalle en el supuesto, veremos que, desde el punto de vista de la conducta exigida al vendedor, sí que plantea ciertas incógnitas. Debemos tener en cuenta que, al resolverse el contrato por incumplimiento del comprador, el vendedor no puede quedarse de brazos cruzados sin disponer de las mercaderías. La conducta razonable esperada del vendedor es la de vender las mercaderías correspondientes a la transacción en el mercado. Es lo que se conoce como «transacción sustitutiva o de cobertura» o «venta de reemplazo» ⁸. A cambio de dichas mercaderías, el vendedor obtendrá un precio que, en muchos casos, será inferior al que habría obtenido en la transacción con el primer comprador si este no hubiera incumplido. Por tanto, atendiendo a esta situación, el vendedor únicamente tendría derecho a percibir la diferencia entre el precio del contrato original y el precio obtenido en la transacción sustitutiva ⁹. La consecuencia inmediata es que, si el vendedor obtiene un beneficio en la transacción sustitutiva (Precio > Coste) tan solo tendrá derecho a percibir la diferencia entre dicho beneficio y el que habría obtenido con el contrato original. Igualmente, si el vendedor logra contratar las mercaderías al mismo precio que en el contrato original, según esta regla no tendría derecho a percibir ningún importe, pues el beneficio obtenido ha sido el mismo con la transacción sustitutiva que el que habría sido obtenido con la transacción original. En este contexto cabe plantearse ¿sobre qué base se puede pedir el beneficio que se habría obtenido de la transacción original, si la regla de cálculo que parece razonable es la de establecer el daño como la diferencia entre el precio original y el de la transacción sustitutiva ¹⁰?

⁶ *Ibidem*.

⁷ An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller. *Albany Law Review*, n.º 49, 1984-1985, pág. 907.

⁸ PERALES, Pilar. b) Indemnización de los daños y perjuicios en el caso de resolución del contrato (arts. 75 y 76 CNUCCIM), en *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-75.html>; HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, págs. 449-450; LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. En HERBOTS, J. (editor); BLANPAIN, R. (general editor). *International Encyclopaedia of Laws-Contracts*, The Hague: Kluwer Law International, Suppl. 29 (December 2000), págs. 155-156.

⁹ De hecho esta es la regla establecida en el artículo 2-706 del *Uniform Commercial Code* norteamericano.

¹⁰ Otra forma de calcular los daños y perjuicios sería mediante la diferencia entre el precio del contrato original y el precio de mercado. Esta forma se conoce como cálculo de los daños «en abstracto», en contraposición a la otra forma de cálculo, que se conoce como cálculo «concreto» de los daños. Véase SCHLECHTRIEM, Peter; *Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: Manz, 1986, pág. 98. CHENGWEI, Liu. Remedies

En este punto es donde viene el razonamiento más interesante de la teoría de la pérdida de volumen. Según los defensores de la indemnizabilidad de estos daños y perjuicios, la transacción realizada por el vendedor con posterioridad al incumplimiento por el comprador no puede considerarse como una transacción sustitutiva, puesto que dicha transacción se concluye «además de» la que habría sido realizada con el comprador incumplidor, pero no «en lugar de» esta ¹¹. Como resultado, lo que el vendedor pierde no es la diferencia en precio de una transacción a otra, sino que pierde una transacción, pues donde, digamos, esperaba concluir dos contratos, concluye únicamente uno ¹². Así pues, dado que el vendedor sufre una pérdida en su volumen de ventas, este supuesto se conoce como de daños y perjuicios por pérdida de volumen ¹³. Con esta concepción, el obstáculo planteado por el cálculo de los daños mediante el precio de reventa o de mercado parece solventado. No obstante, siguen existiendo múltiples problemas, tanto jurídicos, que desgranaremos en otros apartados, como desde el punto de vista del análisis económico, que estudiaremos en el presente.

2. La pérdida de volumen en los productores y el modelo de competencia perfecta.

Dichas dificultades se han planteado desde el punto de vista económico debido a la asunción del modelo de competencia perfecta. Partimos de la base de que todo se determina por el libre juego de la oferta y la demanda, de modo que con la conjunción de estas, se fijan los precios y cantidades de equilibrio en el mercado ¹⁴. El modelo de competencia perfecta se caracteriza, por el lado de la oferta, por la existencia de muchos oferentes que suministran un producto homogéneo y, por el lado de la demanda, por muchos compradores que lo demandan ¹⁵. Por tanto, ni oferentes ni demandantes tienen control alguno sobre el precio ¹⁶.

Por otro lado, la estructura de costes de cada uno de los oferentes se caracteriza por unos costes fijos y unos costes variables. Los costes fijos se caracterizan por permanecer invariables, mientras que los costes variables lo hacen por cambiar con el nivel de producción ¹⁷. Generalmente, se

for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-75.html>. No obstante, la hipótesis es la misma, indemnizar al vendedor por la pérdida de valor obtenido en una transacción potencial o real.

¹¹ An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures, *op. cit.*, pág. 907.

¹² HARRIS, Robert J. A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract. *Michigan Law Review*, n.º 60, 1961-1962, págs. 599 y 600.

¹³ Véase nota 11.

¹⁴ GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle. 31 *Stanford Law Review*, 1979, pág. 332, GOLDBERG, Victor P. An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller. *Southern California Law Review*, 57 1983-1984, pág. 285, A Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume seller; Comment. Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller. *Case W. Res. Law Review*, 712, 1972-1973, pág. 715.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Comment. Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume seller, *op. cit.*, págs. 713-714; GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, pág. 339; GOLDBERG, Victor P. An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail seller, *op. cit.*, pág. 286.

suele entender que, con el incremento de la producción, el coste de producir una unidad adicional del producto es cada vez mayor¹⁸. Por consiguiente, los costes marginales¹⁹ serán crecientes.

El objetivo de toda empresa es el de maximizar el beneficio, tarea que requiere que la diferencia entre ingresos y costes sea positiva para cada una de las unidades producidas. Bajo la hipótesis de unos costes marginales crecientes o, lo que es lo mismo, si cada unidad adicional resulta más cara, el oferente producirá (y venderá) unidades mientras que el precio obtenido sea mayor que el coste de producir cada unidad adicional, y dejará de producir y vender cuando esta premisa no se cumpla (precio de mercado igual al coste marginal²⁰). El punto donde esta condición se cumple es aquel donde oferta y demanda se igualan²¹. Aplicando este modelo a un vendedor estándar, se supone que, en el nivel de producción donde el coste marginal (coste de producir una unidad adicional) iguala al precio, el vendedor podría seguir produciendo unidades. No obstante, ello no resultaría rentable. Con la producción y venta de una unidad adicional no se obtendría beneficio adicional porque el coste de producirla será mayor que el precio recibido a cambio²². Por consiguiente, en ese punto el vendedor no desearía producir más porque obtendría una pérdida en cada unidad adicional²³.

Sobre esta base, en un modelo de competencia perfecta no puede existir el vendedor con pérdida de volumen de ventas²⁴. En primer lugar, si el vendedor se encontraba más allá del punto de producción en el que el precio igualaba su coste marginal, entonces el incumplimiento por el comprador resulta beneficioso, pues le priva al vendedor de una transacción que no le reportaba beneficio alguno. En segundo lugar, si el incumplimiento del comprador le deja *a priori* por debajo del punto donde el precio es igual al coste marginal, puesto que en un mercado en competencia perfecta, el incumplimiento por el comprador no afectará a la demanda de los bienes del comprador ni al nivel de ventas que maximiza los beneficios. Por tanto, el vendedor siempre podrá vender hasta el

¹⁸ Comment. Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, págs. 713-714; GOLDBERG, Victor P. An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller, *op. cit.*, pág. 286; GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, págs. 339-341.

¹⁹ El coste marginal es el coste de producir una unidad adicional del bien en cuestión. para un determinado volumen de producción. Por ejemplo, si habiendo producido 9.999 unidades del bien «X» el coste de producir la unidad número 10.000 es 100, se dice que el coste marginal es 100 para X = 10.000. La asunción de que los costes marginales son crecientes implica que el coste de producir la unidad 10.001 será mayor que 100 (por ejemplo, 101). An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 913.

²⁰ GOLDBERG, Victor P. An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller, *op. cit.*, pág. 286; An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 914; GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, pág. 339.

²¹ Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 718.

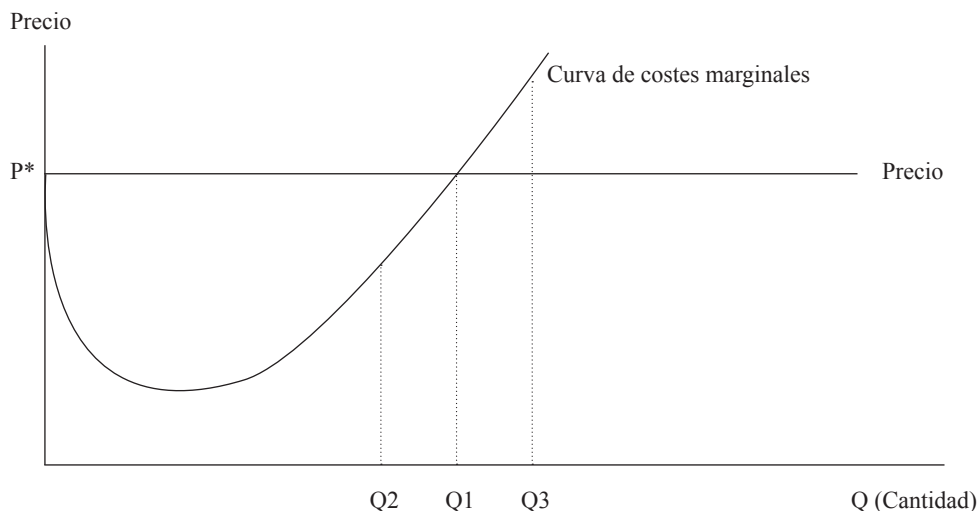
²² Esto es así porque en la unidad anterior el precio era igual al coste marginal, y se asume que el coste marginal crece. An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 914.

²³ An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures, *op. cit.*, págs. 914-915; An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 914; GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, pág. 340-342; Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 719.

²⁴ An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures and the Identification of the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 915; GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, pág. 341; Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 719.

nivel donde el precio sea igual al coste marginal, por lo que la transacción concluida con un tercero será sustitutiva en el sentido de que será la que permita al vendedor alcanzar el punto donde el precio es igual al coste marginal.

Gráficamente:



Como puede verse, el vendedor en competencia perfecta se situaría en el punto $Q1$, donde el precio es igual al coste marginal. Si se incumple el contrato y, con el contrato incumplido el vendedor se sitúa en el punto $Q2$, donde al ser el precio superior al coste marginal, el vendedor deberá revender las mercaderías para situarse en el punto $Q1$. Si el vendedor alega que la transacción posterior habría sido concluida sin necesidad de que existiera el incumplimiento, entonces el vendedor no estaría en el punto $Q1$, sino en el $Q3$. Y, en este punto, el vendedor no obtiene un beneficio con la transacción adicional, ya que el coste (curva de coste marginal) está por encima del precio, por lo que, en circunstancias normales, el vendedor, a) no concluiría la transacción adicional, o bien b) no obtendría ningún beneficio de la misma, por lo que no habría ningún lucro cesante que indemnizar. La conclusión es que, en el modelo de competencia perfecta, el vendedor no puede perder el volumen (y, por tanto, el beneficio) adicional de una transacción, puesto que no habría tal transacción adicional y, caso de haberla, no reportaría ningún beneficio.

Esta crítica al concepto del vendedor con pérdida de volumen ha sido defendida en diversos trabajos²⁵. No obstante, del mismo modo han surgido defensores de la posición del vendedor con pérdida de volumen, y en contra de la aplicación del análisis de competencia perfecta a este supues-

²⁵ GOETZ&SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profits Puzzle, *op. cit.*, págs. 323-333, Comment. Theoretical Postscript: Microeconomics and the Lost-Volume Seller. *Case W. Res. Law Review*, 712, 1972-1973, Comment. *An Economic View of the UCC Damages Measures*, *op. cit.*, págs. 910-917; SHANKER. The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708 (2) 8One Profit for the Reseller). *W. Res. L. Rev.* 1973, 24, pág. 697 *et seq.*

to, puesto que, afirman, no refleja la verdadera imagen del mundo de los negocios²⁶. En este sentido, se critica, la maximización del beneficio no es el único objetivo de una empresa pues, si bien a largo plazo las compañías tratan de obtener el máximo beneficio, a corto plazo existen multitud de otros objetivos que preocupan a los responsables de las empresas, como puede ser el de expandir la clientela y en nombre comercial²⁷. Ello puede llevar a una compañía a producir por encima de la cantidad en la que el precio iguala al coste marginal, lo que no sería tenido en cuenta si se asume con un excesivo dogmatismo la postura resultante del análisis económico mediante el modelo de competencia perfecta.

No obstante, a esta réplica a las críticas económicas al supuesto de la pérdida de volumen, tendríamos dos objeciones que hacer. Primera, aunque el objetivo de expandir la clientela produciendo y vendiendo a un precio inferior al coste marginal (por lo que cada unidad adicional²⁸ vendida reportaría pérdidas), se trata de un objetivo perfectamente legítimo, no cabría indemnizar por la transacción adicional perdida, ya que ésta habría reportado pérdidas en cualquier caso. Por tanto, el único elemento indemnizable sería la pérdida de visibilidad en el mercado por haber concluido una transacción menos. No obstante, la indemnización de daños y perjuicios por pérdida de oportunidad (*loss of chance*)²⁹ o de pérdida de reputación (*loss of reputation*)³⁰ responde a un concepto distinto a la pérdida de volumen de ventas y, además, en un caso como este, reclamar uno u otro resultaría extremadamente especulativo. En segundo lugar, si la transacción adicional hubiese reportado un beneficio, ello sería, de acuerdo con el modelo económico, porque el vendedor se encuentra produciendo por debajo del nivel donde el precio iguala al coste marginal (esto es, un punto como Q2 en el gráfico anterior). En tal caso, no podría decirse que la estrategia del vendedor es la de expandir las ventas, sino la de restringirlas, lo cual se encontraría excluido de la lógica del modelo, pues la tendencia del vendedor debe ser la de alcanzar el punto donde precio y coste marginal se igualan.

En definitiva, es difícil sostener la posición del vendedor con pérdida de volumen de ventas sobre la base de un modelo de competencia perfecta, al menos tal como lo hemos representado en líneas anteriores. Un modelo de competencia perfecta con costes marginales crecientes no apoya la existencia de un vendedor con pérdida de volumen de ventas, sino la inexistencia de pérdidas por tal concepto.

²⁶ Comment. Lost Profits for the Lost Volume Seller: A Businessperson's Pipe Dream or Entitlement? *William Mitchell Law Review*. 1983, 9, pág. 293.

²⁷ *Ibidem*, pág. 294. Básicamente, se acepta esta construcción teórica porque nadie se ha molestado en proporcionar una alternativa razonable.

²⁸ Entiéndase adicionales como las unidades vendidas por encima de la cantidad donde el coste marginal supera al ingreso marginal.

²⁹ Para un análisis del *loss of chance* véase COOPER, Glen. «Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort». *Auckland University Law Review* (1988-1991), n.º 6; FISCHER, David A. «Tort recovery for Loss of a Chance». *Wake Forest Law Review*, 2001 n.º 36; SMITH, Ben. «Loss of a Chance». *Victoria University Wellington Law Review*. 1999, n.º 29. También GOTANDA, John Y. Recovering Lost Profits in International Disputes. *Georgetown Journal of International Law* (Fall 2004), n.º 36, págs. 61-112.

³⁰ GOTANDA, John Y. Recovering Lost Profits in International Disputes., *op. cit.*; SAIDOV, *Djakhongir*. Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>.

No obstante, el modelo de competencia perfecta con costes marginales crecientes puede resultar adecuado para explicar el comportamiento de los mercados en general, pero no está pensado para ajustarse a las situaciones concretas de cada productor. Son dichas circunstancias concretas, y no la explicación teórica del funcionamiento general de los mercados, lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar la indemnización por daños y perjuicios. En concreto, existen factores que pueden resultar en que los costes marginales no sean crecientes: la existencia de economías de escala, el tamaño del inventario, el tipo de mercado, el tipo de competencia o las asimetrías de información son elementos que desempeñan un papel primordial a la hora de determinar la estructura de los costes marginales. Un ejemplo claro donde el modelo de competencia perfecta no logra explicar la complejidad de la realidad sería aquel donde existe un amplio inventario de un artículo estandarizado, y el volumen en inventario supera la demanda de dicho artículo para el concreto productor. En tal caso, la resolución del contrato con un cliente supondrá la pérdida del beneficio de dicho contrato. Si consideramos las condiciones del ejemplo expuesto resulta sencillo entender por qué en el supuesto que analizaremos a continuación la posible existencia de un vendedor con pérdida de volumen de ventas ha sido aceptada con muchas menos reticencias.

3. La pérdida de volumen en los vendedores-intermediarios.

La teoría económica expuesta anteriormente en relación con los vendedores-fabricantes arrojaba ciertos problemas para la apreciación de la pérdida de volumen debido a la estructura creciente de los costes marginales, que obligaba a situar forzosamente el punto de equilibrio donde el precio es igual al coste marginal, de modo que, cualquier venta adicional, reportaría pérdidas no susceptibles de indemnización por lucro cesante.

No obstante, pensemos en el supuesto de un vendedor no fabricante; esto es, un intermediario en la cadena de compras y ventas. Este tipo de vendedor no incurre en los costes de producción de los artículos vendidos. Al contrario, el intermediario únicamente toma una serie de decisiones sobre la capacidad, almacenamiento, equipo o personal sobre la base de las ventas esperadas³¹. Al margen de estos costes fijos, que se planifican antes de proceder a las ventas, el coste principal es el de comprar las mercancías que después se van a revender, el cual es un precio generalmente fijo, al igual que el precio de reventa³².

Por tanto, en el corto plazo, el vendedor puede incrementar sus ventas sin incurrir prácticamente en ningún coste adicional salvo en el precio de fábrica de las mercancías si es mayorista o el precio de mayorista si es minorista³³. Por ello, su coste marginal será constante aunque aumente la

³¹ Destacar el análisis del profesor GOLDBERG, que compara la situación con la de un pescador que, sin saber la captura, debe tomar las decisiones sobre el equipo y bote que va a utilizar. Véase GOLDBERG, Víctor P. An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller. *Southern California Law Review*. 1983-1984, 57, pág. 293.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

cantidad vendida, por lo que podrá realizar un beneficio adicional al concluir otra transacción³⁴. Según algunos autores³⁵, esta es la situación que se esconde tras confusas definiciones del vendedor con pérdida de volumen, como las que afirman que posee capacidad para «suministrar a todos los posibles clientes»³⁶.

Pese a que este razonamiento ha sido elaborado para los vendedores-intermediarios, podríamos extraer algunas notas necesarias que pudiesen ayudar a extrapolar el modelo a los fabricantes. Como hemos podido ver, la situación se caracteriza por un vendedor que toma una decisión sobre los costes fijos en los que debe incurrir y que serán los que le otorguen la capacidad de venta. Al margen de estos costes, el vendedor incurre en costes variables, que dependen de la cantidad vendida, pero son constantes por cada unidad comprada. Ello hace que los costes marginales sean constantes y, por tanto, se pueda pasar de una cantidad vendida a otra mayor sin obtener una pérdida por ello.

La estructura de costes marginales crecientes se basa en la hipótesis general de rendimientos marginales decrecientes. Sin embargo, si bien dicha ley es cierta en la generalidad de los casos, puede que no se cumpla en determinadas situaciones, principalmente a corto plazo, y en donde el cambio en la cantidad producida/vendida no supone a su vez un cambio en la estructura de producción³⁷.

4. Conclusiones. ¿Cuál es la situación del vendedor con pérdida de volumen de ventas?

A lo largo de las líneas anteriores hemos pretendido realizar una delimitación en términos económicos del supuesto del vendedor con pérdida de volumen, para lo cual hemos analizado el supuesto del productor, mediante el modelo de competencia perfecta clásico, y del intermediario, donde hemos introducido argumentos de corte menos teóricos y, quizás, más adaptados a la lógica empresarial. Una vez realizado este estudio, como primera conclusión estimamos que antes de aplicar teorías económicas generales para excluir una situación de la posible indemnización de daños y perjuicios, cabe plantearse que dichas teorías pueden simplificar en exceso la realidad y resultar injustas.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ CORBIN, Arthur Linton. *Contracts*, *op. cit.*, pág. 541.

³⁷ Véase también HOLISKY, Jerald B. Finding the Lost Volume seller. Two Sales Deserve Two Profits Under Illinois Law, *op. cit.*, pág. 376. En este comentario se afirma que el modelo de maximización de beneficios es correcto solo en teoría, ya que, en la práctica, las compañías distan mucho de ser perfectamente eficientes, por lo que, a menudo, sus ingresos marginales (el precio) serán superiores a sus costes marginales, de modo que una transacción adicional sería posible y deseable. Esta opinión, si bien carece del profundo análisis gráfico o analítico de los trabajos que critican el supuesto del lucro cesante por pérdida de volumen, resulta intuitivamente muy sugestiva. Si bien en economía se utiliza el modelo de competencia perfecta para tratar de explicar la realidad, no es menos cierto que constituye una simplificación de la realidad basada en ciertas hipótesis, que no tienen por qué cumplirse. Si bien en un caso general el modelo de competencia perfecta puede ayudar a entender el supuesto de hecho, no es menos cierto que no puede utilizarse para explicar todos los casos. De hecho, el supuesto de la pérdida de volumen no es el caso general, sino un caso muy especial. Por tanto, personalmente opino que acogerse a una interpretación que, de partida, excluye un determinado tipo de daños de la posibilidad de indemnización, sin otorgar al perjudicado la posibilidad de demostrar su existencia, prefiero inclinarme por una postura que defina con cuidado los supuestos en los que cabría indemnización de daños y perjuicios por pérdida de volumen y, más allá de eso, deje el resto a los hechos del caso y la prueba por las partes.

En segundo lugar, y en nuestro caso concreto, dichas teorías fallan en los casos donde, a corto plazo, el vendedor puede variar su nivel de ventas sin por ello incurrir en pérdidas, y ello porque los costes adicionales por unidad vendida son constantes, hipótesis que se manifestará habitualmente en el caso de vendedores intermediarios (mayoristas o minoristas). Ello no significa excluir por completo a los fabricantes que, sin embargo, deberán encontrarse en una situación en la que, siendo sus costes marginales inferiores al precio ofrecido, puedan producir más cantidad sin variar apenas sus costes, por ejemplo, en aquellos supuestos donde la capacidad oferente del productor sea superior a la demanda que este tiene que satisfacer.

En estos supuestos, el vendedor posee capacidad para realizar una venta adicional obteniendo un beneficio. Con todo, será preciso demostrar que la venta realizada con posterioridad al incumplimiento contractual no está correlacionada con la venta objeto del incumplimiento. Si se cumplen estas hipótesis (posibilidad de venta adicional, beneficio y ausencia de relación entre la venta objeto de incumplimiento y la posterior) existirá un interés jurídico que deberá ser objeto de indemnización en términos de lucro cesante.

III. LA ACOGIDA DEL *LOSS OF VOLUME* POR EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Dado que el problema de la pérdida de volumen de ventas recibió su mayor respaldo en los Estados Unidos, tiene sentido que comencemos el estudio de la acogida recibida por esta concepción de los daños y perjuicios en el seno de la doctrina jurídica y los tribunales norteamericanos, antes de dar ningún paso más allá. A continuación, expondremos los problemas interpretativos que sufrió el concepto de pérdida de volumen para su inclusión entre las distintas categorías de daños y perjuicios, antes y después de la promulgación del *Uniform Commercial Code* para, posteriormente, proceder al análisis de su concepción final y los límites impuestos por la doctrina y la jurisprudencia.

1. El Derecho anterior al *Uniform Commercial Code*. La *Sales Act*.

Antes de la adopción del *Uniform Commercial Code*, la *Sales Act* era el texto de referencia en Estados Unidos, con el que operaban aproximadamente dos tercios de los Estados. La disposición que regulaba los daños y perjuicios era la Sección 64³⁸. Dicha disposición no contemplaba expresamente el supuesto de la pérdida de volumen. Mientras que los apartados (1) y (2) de dicha

³⁸ La Sección 64 establecía lo siguiente:

- (1) *Where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may maintain an action against him for damages for non-acceptance.*
- (2) *The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the buyer's breach of contract.*

sección recogen los principios generales ³⁹, el apartado (3) establece como regla de cálculo, para los supuestos donde existe un mercado para los bienes, la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado en el momento en que las mercancías deberían haber sido aceptadas. Supone, por lo tanto, una restricción a la posibilidad de aplicar la regla del lucro cesante por pérdida de volumen. Por su parte, el apartado (4) en los supuestos donde, debiéndose incurrir en costes laborales o de materiales, el comprador comunicaba su intención de repudiar el contrato antes de que el vendedor incurriera en ellos, limitaba los daños a aquellos sufridos por el vendedor si no hubiera hecho nada por cumplir el contrato una vez recibida la comunicación de repudio. La disposición funcionaba así como un supuesto concreto del principio de reducción de la pérdida o *mitigation of damages*.

Por tanto, el lenguaje de la Sección 64 de la *Sales Act* era muy restrictivo con la posibilidad de indemnizar el lucro cesante por pérdida de volumen. Al ser la regla específica de cálculo en caso de resolución la de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, sin que existiera vía de escape alguna en el texto de la Sección 64, parece que había pocas opciones para apreciar este supuesto de lucro cesante. Asimismo, no había ninguna disposición que permitiera otorgar el beneficio dejado de obtener (lucro cesante) como medida de los daños y perjuicios. Diversos casos apreciaron la posibilidad de otorgar el lucro cesante como medida de los daños y perjuicios ⁴⁰, si bien solo uno acogió el supuesto de lucro cesante por pérdida de volumen ⁴¹. Con todo, la gran mayoría de los casos rechazaban la posibilidad de otorgar daños y perjuicios por el beneficio dejado de obtener ⁴². Asimismo, en numerosos supuestos donde se indemnizaba por la ganancia dejada de obtener, las circunstancias nada tenían que ver con las del vendedor con pérdida de volumen. Destacan los

(3) *Where there is an available market for the goods in question, the measure of damages is, in the absence of special circumstances, showing proximate damage of a greater amount, the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or, if no time was fixed for acceptance, then at the time of the refusal to accept.*

(4) *If, while labor or expense of material amount are necessary on the part of the seller to enable him to fulfill his obligations under the contract to sell or the sale, the buyer repudiates the contract or the sale, or notifies the seller to proceed no further therewith, the buyer shall be liable to the seller for no greater damages than the seller would have suffered if he did nothing towards carrying out the contract or the sale after receiving notice of the buyer's repudiation of countermand. The profit the seller would have made if the contract or the sale had been fully performed shall be considered in estimating such damages.*

³⁹ El apartado (1), la responsabilidad por daños en caso de no aceptar las mercancías sin base para ello, y el (2) la conceptualización de los daños como la pérdida directa y naturalmente resultante del incumplimiento contractual.

⁴⁰ Para una enumeración ejemplificativa, véase HOLISKY, Jerald B. Finding the «Lost Volume Seller: Two Independent Sales Deserve Two Profits under Illinois Law». *John Marshall Law Review*. 1988-1989, 22, nota 29.

⁴¹ *Popp. V. Yuenger*, 229 Wis. 189, 282 N.W. 55 (1938). Se trata de un caso paradigmático de lucro cesante por pérdida de volumen, ya que el vendedor lo era de coches, supuesto donde se suele sostener que se dan las condiciones económicas para apreciar la pérdida de volumen de ventas, ya que el coste incurrido por el vendedor es, básicamente, el coste de los coches vendidos, de modo que la venta de un automóvil adicional siempre reporta beneficio. Asimismo, una vez repudiado el contrato, la venta realizada a un tercero del coche no se concluye por la sola razón de que un tercero haya repudiado el contrato. En este caso se estimó como daños y perjuicios la diferencia entre el coste y el precio.

⁴² Incluso en el caso paradigmático de vendedores de coches. Véase Comment. Finding the «Lost Volume Seller», *op. cit.*, pág. 369 y notas 34 y 35.

supuestos de indemnización con lucro cesante cuando no existía mercado para revender las mercancías ⁴³ o bien como daños consecuencia del incumplimiento ⁴⁴.

2. La llegada del *Uniform Commercial Code*. La Sección 2-708 (2).

Como se desprende del punto anterior, la situación para la apreciación del lucro cesante por pérdida de volumen no era la más apropiada en tiempos de la *Sales Act*, debido a su lenguaje restrictivo, así como, probablemente, a la incapacidad de los tribunales de entender la complejidad económica del argumento del *loss of volume*.

En este sentido, la redacción del *Uniform Commercial Code* supuso un punto y aparte en las reglas para la medición de los daños y perjuicios en el Derecho Norteamericano. Dentro de las disposiciones que regulaban la compraventa (art. 2), la Sección 2-708 es la que se ocupaba de los daños y perjuicios en caso de no-aceptación o repudio por el comprador ⁴⁵. La regla general contemplada en el apartado (1) de dicha sección, establece para el cálculo de los daños y perjuicios la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado en el momento previsto para el cumplimiento (más otros daños incidentales). Sin embargo, la novedad viene con el apartado (2), que establece que, cuando la medida prevista en el apartado anterior (diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado) no sea adecuada para situar el vendedor en una posición como si el comprador hubiese cumplido, la medida de los daños será el beneficio que el vendedor habría obtenido en caso de que el comprador hubiese cumplido plenamente el contrato.

La complicación para aplicar esta sección al supuesto del vendedor con pérdida de volumen se encontraba en la referencia del precepto a la concesión de los costes razonablemente incurridos y detracción de los pagos o rentas obtenidas en la reventa ⁴⁶. Esta frase se introdujo con el objeto de

⁴³ Para la enumeración de los tres casos que recogen esta medida, véase Comment. Finding the «Lost Volume Seller», *op. cit.*, pág. 370 y nota 37.

⁴⁴ Ejemplo típico es el lucro cesante del comprador cuando el vendedor incumple, si el comprador esperaba obtener alguna ganancia con los objetos que le habían sido vendidos. Dicho lucro cesante tiene como límite la *contemplation rule*, o regla de la previsibilidad, de modo que los daños indemnizables no pueden ser superiores a aquellos que las partes previeron o debían razonablemente haber previsto en el momento de conclusión del contrato. Dicha regla se remonta al caso *Hadley v. Baxendale*.

⁴⁵ La Sección 708 del artículo 2 reza como sigue:

§ 2-708. *Seller's Damages for Non-acceptance or Repudiation.*

(1) *Subject to subsection (2) and to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach.*

(2) *If the measure of damages provided in subsection (1) is inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done then the measure of damages is the profit (including reasonable overhead) which the seller would have made from full performance by the buyer, together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), due allowance for costs reasonably incurred and due credit for payments or proceeds of resale.*

⁴⁶ Esto es, a los beneficios de la transacción se le suman los costes razonablemente incurridos y se le restan los pagos obtenidos por la reventa para hallar la cifra indemnizatoria final.

aplicar la disposición a los vendedores a los que, antiguamente, se les aplicaba el apartado (4) de la Sección 64⁴⁷. No obstante, el supuesto de vendedores de productos sin terminar es completamente distinto al del vendedor con pérdida de volumen. En el primero, el supuesto típico es el de un vendedor al que, antes de acometer el proceso productivo, se le comunica que el comprador no desea proseguir con la relación contractual. Por tanto, en aplicación del principio de reducción de la pérdida, no resulta razonable que incurra en los costes de fabricación si puede evitarlos, sino que lo que la disposición le insta a hacer es vender al precio que pueda el producto semiterminado, y reclame los costes incurridos, menos las rentas obtenidas por los elementos vendidos, más el beneficio que habría obtenido de la transacción. En el segundo caso, si aplicamos la regla de la pérdida de volumen a un fabricante, el mismo continuaría con el proceso productivo, ya que no existe diferencia entre los bienes fabricados para un comprador y los fabricados para otro, y reclamaría únicamente el beneficio dejado de obtener en la transacción. Como podemos ver, se trata de concepciones irreconciliables, cuyas diferencias se hacen aún más patentes si comparamos el ejemplo típico del fabricante que aún no ha finalizado el proceso productivo, con el ejemplo típico de vendedor con pérdida de volumen, como es el del intermediario.

Por todo ello, leída literalmente, la Sección 2-708 (2) del *Uniform Commercial Code* no puede aplicarse al problema de la pérdida de volumen, debido a las referencias al supuesto del fabricante de productos no terminados⁴⁸, lo que no casa con uno de los propósitos de los redactores del Código, como era el de proporcionar al vendedor con pérdida de volumen el beneficio dejado de obtener como compensación⁴⁹.

Por si ello supusiera poca complicación, el Comentario Oficial al *Uniform Commercial Code*, en su número 2, establece que los daños y perjuicios, en la forma del beneficio de la transacción, deberán otorgarse «en los casos apropiados, incluyendo todas las compraventas de bienes con precio estándar⁵⁰». Este comentario, claramente, contempla el supuesto de los vendedores con pérdida de volumen, ya que, habitualmente, los supuestos en los que la regla de cálculo de daños de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado no es adecuada, son aquellos en los que el precio del bien es el mismo en el contrato y en el mercado, ya que es un precio estándar. No obstante, esta simplificación supone incluir dentro de la Sección 2-708 (2) del Código supuestos que no son propiamente de pérdida de volumen y, por otra parte, excluir del mismo supuestos donde sí existe pérdida de volumen. Para lo primero, pensemos en un caso en el que el vendedor cuenta con un *stock* limitado de productos que decide vender al mismo precio. Si bien los artículos poseen un precio estándar, no es menos cierto que, agotado el *stock*, si un comprador repudia y los bienes se venden a otro comprador no se está perdiendo una transacción, ya que no se puede vender más que el *stock*

⁴⁷ Esto es, los *component sellers*. Recordemos que el apartado mencionado de la disposición 64 regulaba los supuestos donde se vendían mercancías que había que fabricar pero el comprador, antes de que terminara el proceso de manufactura, comunicaba su intención de terminar la relación contractual, de modo que no resultaba razonable finalizar el proceso productivo y el vendedor recibía el beneficio de la transacción más los costes razonablemente incurridos y menos los ingresos obtenidos por los productos sin terminar.

⁴⁸ La referencia a la «deducción de las ventas o beneficios obtenidos en la reventa» convierte esta regla, al aplicarla al supuesto de vendedores de productos terminados y con precio estándar, en la misma que la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado. Véase Comment. Finding the «Lost Volume Seller», *op. cit.*, pág. 371 y nota 43.

⁴⁹ *Ibidem* pág. 371, nota 44 y pág. 370 y nota 41.

⁵⁰ *In all appropriate cases, including all sales of standard-priced goods.*

que se tiene⁵¹. En el segundo supuesto, pensemos en un vendedor que posee la capacidad de vender un número ilimitado de unidades de un producto (bien porque le sobra capacidad productiva, bien porque puede salir al mercado y aprovisionarse de todas las unidades que necesite para satisfacer los pedidos que le hagan). Supongamos que las unidades poseen un precio de mercado que varía (como ejemplo extremo, pensemos en un mercado de *commodities*). Aunque el precio del bien fluctúe, si el comprador repudia el vendedor estará perdiendo una transacción. Quedará por determinar el beneficio que deja de obtener, pero no cabe duda de que, pese a la fluctuación del precio del bien, se trata de un supuesto de pérdida de volumen de ventas.

Como conclusión preliminar se desprende que, si bien la redacción del *Uniform Commercial Code* supuso un avance significativo en la posibilidad de indemnizar el lucro cesante derivado de la pérdida de volumen, no es menos cierto que la redacción de las disposiciones correspondientes no deja de ser confusa y que los comentarios, si bien alentadores, no poseen toda la precisión que sería deseable en una cuestión tan compleja y controvertida como la indemnización de daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas.

3. El análisis realizado por la doctrina. El acomodo de la pérdida de volumen de ventas dentro del lenguaje del *Uniform Commercial Code*.

En un marco como el descrito, la labor de la doctrina y jurisprudencia resultaba crucial, no solo para determinar si el supuesto de la pérdida de volumen de ventas estaba incluido, o no, dentro de las posibilidades recogidas por el *Uniform Commercial Code*, sino también de cuál era el supuesto del que se estaba hablando (pues, como se desprende del Comentario 2 a la Sección 2-708 (2), no se trataba de algo que estuviera muy claro) y cuáles eran sus requisitos y límites.

En este punto, el extremo lo encontramos en posturas como la del profesor SHANKER⁵². En un artículo escrito como contestación al del profesor SCHLOSSER⁵³, el profesor SHANKER se aferra al lenguaje de la Sección 2-708 (2), que obliga a disminuir la cuantía de la indemnización consistente en el beneficio dejado de obtener, en el importe de «los beneficios de la reventa». Esta regla, que en el supuesto de bienes no terminados supone detraer aquellas cantidades obtenidas en su venta y sumar los gastos de producción incurridos, en el caso de bienes terminados supone, prácticamente, privar de indemnización al vendedor, en la medida en que la venta posterior de los bienes se haga en condiciones normales. Además del argumento literal, SHANKER esgrime en su favor un argumento sistemático relativo a la estructura de las disposiciones de daños y perjuicios del *Uniform Commercial Code*.

⁵¹ Véase Comment. Finding the «Lost Volume Seller», *op. cit.*, pág. 372 y nota 46. El ejemplo que se sugiere en este comentario es el de un vendedor de coches que adquiere una edición limitada de 50 coches de 1989, que decide vender a un precio unitario por coche (precio estándar). Si el comprador número 50 repudia y el coche debe venderse a otro, no es posible reclamar el beneficio dejado de obtener, ya que nunca se habrían podido vender más de 50 coches. La venta realizada al comprador adicional (51) solo es posible por el repudio del comprador número 50.

⁵² SHANKER, Morris G. The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708(2) (One Profit for the Reseller). *Case Western Reserve Review*. 1972-1973, 24.

⁵³ SCHLOSSER, William L. Construing UCC Section 2-708 (2) to Apply to the Lost-Volume Seller. *Case Western Reserve Law Review*. 1972-1973, 24.

Según SHANKER, existen otras disposiciones del *Uniform Commercial Code* que apoyan su tesis⁵⁴. En primer lugar, y la más importante, la Sección 2-706⁵⁵. Esta disposición regula con carácter preferente los daños y perjuicios en caso de que el vendedor venda posteriormente los bienes objeto del contrato repudiado. La regla de cálculo de los daños y perjuicios es la diferencia entre el precio del contrato y el precio de reventa, lo que llevaría a la misma solución que en una lectura literal de la Sección 2-708 (2)⁵⁶. En segundo lugar, la Sección 2-709⁵⁷ prevé, en el supuesto de reclamación del precio que, en caso de que el vendedor se vea obligado a revender los bienes, la renta obtenida en la reventa se deducirá de la cantidad reclamada, lo cual no hace sino confirmar la regla de la deducción de las rentas de la reventa como el criterio general en el *Uniform Commercial Code*.

⁵⁴ SHANKER, MORRIS G. The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708 (2), *op. cit.*, pág. 699.

⁵⁵ La Sección 2-706 del *Uniform Commercial Code* establece lo siguiente:

§ 2-706. *Seller's Resale Including Contract for Resale.*

- (1) *Under the conditions stated in Section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental damages allowed under the provisions of this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach.*
- (2) *Except as otherwise provided in subsection (3) or unless otherwise agreed resale may be at public or private sale including sale by way of one or more contracts to sell or of identification to an existing contract of the seller. Sale may be as a unit or in parcels and at any time and place and on any terms but every aspect of the sale including the method, manner, time, place and terms must be commercially reasonable. The resale must be reasonably identified as referring to the broken contract, but it is not necessary that the goods be in existence or that any or all of them have been identified to the contract before the breach.*
- (3) *Where the resale is at private sale the seller must give the buyer reasonable notification of his intention to resell.*
- (4) *Where the resale is at public sale:*
 - (a) *only identified goods can be sold except where there is a recognized market for a public sale of futures in goods of the kind; and*
 - (b) *it must be made at a usual place or market for public sale if one is reasonably available and except in the case of goods which are perishable or threaten to decline in value speedily the seller must give the buyer reasonable notice of the time and place of the resale; and*
 - (c) *if the goods are not to be within the view of those attending the sale the notification of sale must state the place where the goods are located and provide for their reasonable inspection by prospective bidders; and*
 - (d) *the seller may buy.*
- (5) *A purchaser who buys in good faith at a resale takes the goods free of any rights of the original buyer even though the seller fails to comply with one or more of the requirements of this section.*
- (6) *The seller is not accountable to the buyer for any profit made on any resale. A person in the position of a seller (Section 2-707) or a buyer who has rightfully rejected or justifiably revoked acceptance must account for any excess over the amount of his security interest, as hereinafter defined (subsection (3) of Section 2-711).*

⁵⁶ SHANKER también afirma que el profesor NORDSTROM, un entusiasta de la acogida de los daños y perjuicios por pérdida de volumen en el articulado del *Uniform Commercial Code*, reconoce que una interpretación literal de la Sección 2-708 (2) lleva al mismo resultado que la Sección 2-706. Véase SHANKER, MORRIS G. The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708(2), *op. cit.*, pág. 699, nota 10.

⁵⁷ La Sección 2-709 del *Uniform Commercial Code* establece lo siguiente:

§ 2-709. *Action for the Price.*

[...]

- (2) *Where the seller sues for the price he must hold for the buyer any goods which have been identified to the contract and are still in his control except that if resale becomes possible he may resell them at any time prior to the collection of the judgment. The net proceeds of any such resale must be credited to the buyer and payment of the judgment entitles him to any goods not resold.*

Asimismo, como argumento adicional esgrime que el criterio del apartado (2) de la Sección 2-708 es subsidiario del apartado (1) de la misma sección, aplicable a los supuestos donde los bienes no se revenden⁵⁸. Por tanto, a su vez, el apartado (1) es subsidiario de la Sección 2-706, aplicable a los casos donde los bienes se revenden. Ello quiere decir que el apartado (2) de la Sección 2-708 sería subsidiario del apartado (1), pero no de la Sección 2-706, aplicable en caso de que los bienes del contrato repudiado se vendan, finalmente, a un tercero.

Detrás de esta argumentación atinente estrictamente al lenguaje y sistemática del Código subyace algo más profundo que es lo que, en nuestra modesta opinión, plantea el principal problema para la acogida de la indemnización de daños por pérdida de volumen de ventas. Este rechazo más profundo viene de centrar el problema en unos determinados bienes estáticos objeto de la transacción repudiada, en lugar de centrarlo en la actividad del vendedor como un continuo *fluir* de bienes que van entrando y saliendo en el proceso productivo o de ventas. Mediante la visión estática centrada en las mercancías objeto del contrato naturalmente que resulta inadmisibles que el vendedor pueda obtener dos beneficios por las mismas mercancías. Esta es la base del problema y, de hecho, el propio profesor SHANKER, acaba por dirigir su crítica a este aspecto⁵⁹.

En el otro extremo se sitúa la doctrina mayoritaria, que opta por aceptar la indemnización de daños y perjuicios por pérdida de volumen como incluida dentro de las disposiciones del *Uniform Commercial Code*. No obstante, como expusimos anteriormente, la redacción de la Sección 2-708 (2) presenta el problema de la referencia a la necesidad de restar de la suma inicial de daños y perjuicios⁶⁰ las rentas obtenidas en la reventa⁶¹. Las soluciones presentadas por los defensores de la aplicación de la Sección 2-708 (2) a los vendedores con pérdida de volumen de ventas son diversas e imaginativas. El profesor SCHLOSSER se centra en la referencia a la palabra «beneficio», entendiendo que se refiere al «beneficio derivado del total cumplimiento»⁶². Dicho concepto incluye el beneficio obtenido de la transacción con el vendedor que repudia el contrato, pero también el derivado de la transacción con un segundo comprador, que habría sido obtenido si el primer comprador no hubiese repudiado el contrato⁶³. Otros autores, como los profesores WHITE y SUMMERS⁶⁴ o el profesor HARRIS⁶⁵, proponen ignorar la referencia a la «deducción de las rentas de la reventa»⁶⁶. Final-

⁵⁸ Por ello se realiza un cálculo abstracto de los daños y perjuicios como la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, al no tener otros elementos como el precio de reventa.

⁵⁹ SHANKER, MORRIS G. *The Case for a Literal Reading of UCC Section 2-708(2)*, *op. cit.*, pág. 700.

⁶⁰ Consistente, en principio, en el beneficio dejado de obtener por el vendedor en la transacción.

⁶¹ Este concepto se introdujo con objeto de hacer aplicable la disposición del *Uniform Commercial Code* a los supuestos de vendedores de productos aún no terminados. Sin embargo, acaba por causar múltiples problemas en uno de los casos más importantes para los que algunos entienden que se creó la disposición como es el de daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas. Véase SCHLOSSER, WILLIAM L. *Construing UCC Section 2-708 (2) to Apply to the Lost-Volume Seller*, *op. cit.*, pág. 688; Comment. *Finding the «Lost Volume Seller»*, *op. cit.*, pág. 371.

⁶² SCHLOSSER, WILLIAM L. *Construing UCC Section 2-708 (2) to Apply to the Lost-Volume Seller*, *op. cit.*, pág. 691.

⁶³ *Ibidem*, pág. 692.

⁶⁴ J. WHITE & R. SUMMERS. *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code*. § 7-10 (1972).

⁶⁵ HARRIS, ROBERT J. *A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract*. *Michigan Law Review*. 1961-1962, 60.

⁶⁶ *Due credit for payments or proceeds of resale*.

mente, autores como el profesor NORDSTROM proponen una interpretación restrictiva del término «reventa», de modo que no se referiría a la reventa de unidades de producto terminado, sino tan solo de componentes que aún no se han convertido en una unidad terminada ⁶⁷.

Aunque nuestro interés se centra en la conceptualización y límites del supuesto del lucro cesante por pérdida de volumen más que en su inclusión en el texto de una u otra ley, no eludiré el presentar nuestra opinión sobre otra posibilidad a tener en cuenta en la interpretación del *Uniform Commercial Code*. Dicha posibilidad se centra también en al referencia a la «reventa» realizada por la Sección 2-708 (2) del Código. En nuestra opinión, en el supuesto de la pérdida de volumen no existe una reventa puesto que, como antes se explicó ⁶⁸, para apreciar la pérdida de volumen no podemos centrarnos en los bienes objeto de la transacción. Tanto si dichos bienes están identificados como si no lo están, hay que considerarlos como elementos indiferenciados. Solo así se puede entender que la venta repudiada y la posterior no están relacionadas. Esta abstracción del objeto de la compraventa permite enfocar la atención al vendedor como medida de los daños y perjuicios, sustituyendo así a las mercaderías. Por tanto, y hechas estas precisiones, podemos defender que la referencia a la «reventa» realizada por el Código puede tener sentido en caso de bienes no terminados, puesto que se trata de un caso especial, y no cabe entender que la actividad del vendedor sea la de vender componentes o bienes sin terminar. No tendría sentido en un caso como el de la pérdida de volumen, donde, por las características especiales del supuesto, no existe una reventa cuyos beneficios se puedan detraer de la indemnización de daños y perjuicios.

Se elija una opción u otra, lo cierto es que la mayoría de autores que han estudiado el fenómeno desde el punto de vista jurídico coinciden en la posibilidad de admitir la indemnización del lucro cesante por pérdida de volumen de ventas bajo el *Uniform Commercial Code*. Por consiguiente, y partiendo de esta base, procederemos al análisis del concepto.

4. La conceptualización del supuesto de la pérdida de volumen y los límites a su aplicación.

Una vez demostrada la posibilidad de inclusión de los daños y perjuicios por pérdida de volumen dentro del lenguaje del Código tiene sentido delimitar cuál es el concepto de dichos daños, y a qué tipo de supuestos nos estamos refiriendo. Si bien a continuación procederemos a un análisis jurídico, no podemos olvidar que el concepto de pérdida de volumen también ha sido estudiado en gran profundidad por especialistas en análisis económico del Derecho. Por ello, gran parte del trabajo de definición ya lo hicimos al acometer el concepto desde un punto de vista más económico, al principio de este trabajo, visión que completaremos en las siguientes líneas con la definición algo más jurídica de autores como el profesor HARRIS ⁶⁹.

⁶⁷ NORDSTROM, R. *Handbook of the Law of Sales*. § 177, pág. 541. Véase SCHLOSSER, William L. Construing UCC Section 2-708 (2) to Apply to the Lost-Volume Seller, *op. cit.*, pág. 691.

⁶⁸ Véase *supra* II.1.

⁶⁹ HARRIS, Robert J. A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract, *op. cit.*, pág. 599-603.

Más arriba explicamos que el supuesto de los daños y perjuicios por pérdida de volumen se configura como una excepción al cálculo de los daños y perjuicios mediante el precio de la reventa⁷⁰. En palabras del profesor CORBIN, la regla de la reventa funciona a menos que estemos ante el supuesto de un «vendedor expansivo»⁷¹. Con estas palabras se desea significar que el vendedor posee capacidad para acometer más transacciones de aquellas que le han sido contratadas. Esta primera característica se relaciona con las dos primeras condiciones exigidas por el profesor HARRIS para apreciar la existencia de la pérdida de volumen, a saber: en primer lugar, el vendedor debe tener la intención de maximizar su volumen de ventas y, en segundo lugar, debe tener capacidad para cumplir el contrato con el comprador que repudia y, además, con el tercero que, presumiblemente, acaba comprando los bienes⁷². La primera de las condiciones no tiene mucho sentido desde un punto de vista económico, ya que lo que debemos asumir es que, si se va a indemnizar por el beneficio dejado de obtener, la intención del vendedor no es tanto la de maximizar el volumen de ventas como la de maximizar el beneficio. No obstante, hay que entender la referencia en su debido contexto. El propio profesor HARRIS explica que hay que presumir que todo vendedor que comercie habitualmente con los bienes en cuestión pretende maximizar su volumen de ventas⁷³. No obstante, nos mostramos más de acuerdo con considerar como característica del vendedor con pérdida de volumen el presupuesto de la presunción (el comercio habitual con las mercancías) que la circunstancia presumida (voluntad de maximizar las ventas). En primer lugar, porque resulta más fácil apreciar los hechos externos que la voluntad interna. En segundo lugar, porque la estrategia del vendedor no es relevante por lo que explicaremos en breves instantes, si bien antes deseamos hacer una precisión necesaria respecto de la capacidad, y ello nos servirá como transición para explicar otras características que, a nuestro juicio, debe reunir el vendedor.

Es preciso depurar el sentido económico de la referencia a la capacidad del vendedor de acometer la transacción repudiada y otra adicional. Si la falta de capacidad está relacionada con la circunstancia de que se trate de bienes finitos (en líneas anteriores poníamos el ejemplo de coches de edición limitada⁷⁴), entonces tiene sentido exigir el requisito, pues si el vendedor solo puede realizar unos beneficios determinados de la venta de los productos limitados, no cabe la pérdida de una transacción⁷⁵. No obstante, en el concepto habitual de capacidad, se habla de medios de producción o de venta. En este caso, económicamente, no tiene sentido hablar de falta de capacidad, puesto que si un fabricante no posee suficientes máquinas para producir en su cadena de producción, o un vendedor no posee suficiente espacio para almacenar los bienes que se van a vender, siempre resulta posible subcontratar la capacidad productiva o la producción, en un caso, o bien el espacio de alma-

⁷⁰ Véase *supra* II.1.

⁷¹ CORBIN, Arthur L. *Corbin on Contracts*, *op. cit.*

⁷² HARRIS, Robert J. A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract, *op. cit.*, pág. 600.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Véase *supra* nota 51.

⁷⁵ Más arriba veíamos que, si se adquieren 50 coches y el vendedor número 50 repudia el contrato, si el número 51 compra el coche estaremos asistiendo a una reventa, no a una venta adicional, ya que la única razón por la que el comprador número 50 puede adquirir el bien es porque el comprador número 51 lo ha repudiado. Ello a menos, claro está, que se justificase que las preferencias del comprador número 51 eran intercambiables y que podría haber comprado otro coche que sí estaba disponible, en cuyo caso el repudio por el comprador número 50 habría impedido que el comprador número 51 comprase un coche de otra edición, por lo que se perdería volumen de ventas.

cenamiento a terceros. Dejaríamos fuera los supuestos de empresas que vendan bienes en los que, por su especificidad y particularidad, no resulta posible o deseable la subcontratación de actividades ⁷⁶. En los restantes casos, el problema no sería la capacidad, sino si el coste de subcontratar hace rentable las transacciones adicionales. Y en este punto entraríamos en otro requisito que debe ser exigible al vendedor para apreciar la pérdida de volumen: en ambos casos, en la transacción repudiada como en la transacción adicional debería obtenerse un beneficio. Ello, en términos económicos, supondría que el ingreso marginal debería ser siempre superior al coste marginal ⁷⁷. Esta característica resulta, a nuestro juicio, más importante que la anterior, ya que, además de preguntarnos si resultaba posible para el vendedor acometer una transacción adicional con sus medios propios, ante una respuesta negativa, en lugar de excluir al vendedor del supuesto de pérdida de volumen, debemos seguir preguntándonos si existía alguna manera alternativa de, aun sin utilizar los medios propios, cumplir con todas las transacciones contratadas obteniendo algún beneficio. Y ello por una razón fundamental: si los daños y perjuicios reclamados consistirán en el beneficio dejado de obtener, ello presupone que el vendedor debería haber obtenido un beneficio con cualquiera de las dos transacciones: la repudiada y la hipotética con el tercero. Y defendemos que debería haberse podido obtener un beneficio en ambas por dos motivos. En la transacción repudiada porque, al fin y al cabo, es el supuesto beneficio dejado de obtener en esta transacción lo que se reclama. Pero también debería haberse podido obtener un beneficio de la transacción que, caso de apreciar la existencia de una reventa, «sustituiría» a la repudiada. Y esto porque, para entender el supuesto de la pérdida de volumen, hay que partir de la base de un vendedor que desea maximizar sus beneficios ⁷⁸. Por tanto, si dicho vendedor fuese a incurrir en pérdidas en una transacción, preferiría no contratar. Si se estima que el número de transacciones incluyendo la repudiada era el máximo que el vendedor habría podido suministrar sin que sus costes marginales subieran por encima de sus ingresos marginales, esto es, sin incurrir en pérdidas cabe entender que la transacción adicional es una venta de reemplazo, porque, en circunstancias normales, sin que el comprador original hubiese repudiado, el vendedor no la habría realizado porque habría obtenido pérdidas.

En este sentido, defendemos que la estrategia del vendedor no es relevante para la apreciación de la pérdida de volumen. Lo relevante es la circunstancia de si el vendedor habría podido obtener un beneficio que pueda ser objeto de indemnización. Estimamos que entrar en un juego de matices sobre las intenciones reales del vendedor en cuanto a los bienes y el beneficio supone especular demasiado y no beneficia a la certidumbre del test que pretendemos aplicar en este apartado.

Por último, la tercera condición que debe cumplir el vendedor con pérdida de volumen es la de encontrarse en una situación en la que hubiese podido realizar la venta al tercero con independencia del incumplimiento del comprador. Con este requisito se pretende evitar que un vendedor que, de otro modo no habría acometido otra transacción, como resultado del incumplimiento por el comprador se vea con unas mercancías con las que no contaba y que vende a un tercero al que no habría

⁷⁶ Pensemos, por ejemplo, en equipos técnicos altamente sofisticados. Los terceros pueden no tener capacidad para fabricarlos, o bien puede no ser deseable para el vendedor el revelar ciertos detalles de los mismos a empresas potencialmente competidoras.

⁷⁷ Véase *supra* II.2.

⁷⁸ Véase *supra* II.1 y 2.

podido suministrar en caso contrario. En realidad, por explicarlo de otra manera, la transacción incumplida y la transacción con el tercero no deben estar relacionadas⁷⁹. Aunque es necesario estar a las circunstancias del caso concreto⁸⁰, algunos factores que podrían ser tomados en consideración son si el vendedor realiza continuamente transacciones donde los bienes objeto del contrato se ven envueltos, si se trata de bienes estándar o específicamente fabricados para el comprador (en términos económicos, habría que realizar un análisis del coste de sustitución de los bienes), si existía una labor de marketing y promoción de los productos por el vendedor previa al incumplimiento que permita pensar que se buscaban más transacciones, etc. En la práctica, las circunstancias relativas a la capacidad de suministrar una transacción más, a la posibilidad de obtener un beneficio con dicha transacción, así como las relativas a la ausencia de correlación entre ambas transacciones estarán intrínsecamente relacionadas, por lo que los hechos y las pruebas constituirán un factor determinante (como, de hecho, sucede en general con el Derecho de daños en Estados Unidos).

5. La aplicación jurisprudencial. La doctrina enfrentada al test de la práctica.

Hasta aquí, y en los apartados precedentes, hemos tratado de realizar un estudio comprensivo de la acogida y concepción del concepto de los daños y perjuicios de los vendedores por la pérdida de volumen de ventas. No obstante, de nada servirían los estudios sesudos acerca de la naturaleza del concepto y su conveniencia si los tribunales hubieran hecho caso omiso del mismo. Por ello, en las siguientes líneas, nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia norteamericana relativa al *loss of volume*.

En este punto, resulta patente la influencia de la escuela del análisis económico del Derecho por lo siguiente. Como dijimos anteriormente⁸¹, la escuela del análisis económico del Derecho ha estado siempre muy vinculada a la Universidad de Chicago. En dicho centro desarrolló su trabajo durante muchos años el profesor COASE, cuyo artículo *The Problem of Social Cost*⁸², donde aplicaba su teoría de los costes de transacción, expresada en un artículo anterior, *The Nature of the Firm*⁸³ a diversos problemas legales. En la Universidad de Chicago desarrolló principalmente su carrera el profesor POSNER, cuyo tratado *Economic Analysis of Law* fue uno de los primeros que se escribieron sobre el análisis económico del Derecho. Es necesario saber que el profesor POSNER fue, asimismo, juez del Séptimo Circuito, donde se encuentra el Estado de Illinois (y, en este, la ciudad de Chicago). Teniendo en cuenta estos antecedentes, y, si bien la mayoría de la jurisprudencia norteamericana ha aceptado conceder daños y perjuicios en un supuesto de vendedor con pérdida de volumen, no resulta sorprendente que la jurisprudencia más elaborada en la materia proceda del Séptimo Circuito. A continuación, analizaremos algunos casos paradigmáticos de diferentes circuitos:

⁷⁹ Véase Comment. An Economic View of the UCC Seller's Damage Measures, *op. cit.*, pág. 907.

⁸⁰ La apreciación de la situación de un vendedor con pérdida de volumen es una cuestión de hecho. Véase Finding the Lost Volume seller. Two Sales Deserve Two Profits, *op. cit.*, pág. 378 y nota 93. Referencia a *R.E. Davis Chem. Corp. V. Disonics*, 826 F.2d 678, 684-685 (7th Cir. 1987) *Famous Knitwear Corp v. Drug Fair, Inc.*, 493 F.2d 251, 256 (4th Cir. 1974).

⁸¹ Véase *supra* II.1.

⁸² COASE, Ronald. The Problem of Social Cost, *op. cit.*

⁸³ COASE, Ronald. The Nature of the Firm, *op. cit.*

*Neri v. Retail Marine Corp.*⁸⁴, *Famous Knitwear Corp., v. Drug Fair Inc.*⁸⁵ y *R.E. Davis Chem. Corp. v. Diasonics*⁸⁶, este último uno de los más elaborados y procedente del Séptimo Circuito⁸⁷.

En el primero de los casos, *Neri*, comprador, contrató la compra de un barco nuevo del vendedor, *Retail Marine Corporation*. Tras recibir el pago anticipado de cierta suma, *Retail Marine Corporation* ordenó el barco a su proveedor. Posteriormente, *Neri* repudió el contrato y solicitó el reembolso del adelanto. *Retail Marine Corporation* reconvinó solicitando el lucro cesante por la venta perdida en virtud del artículo 2-708 (2) *Uniform Commercial Code*. El barco se vendió posteriormente a otro comprador, cuatro meses después por el mismo precio. Teniendo en cuenta esta circunstancia, *Neri* alegó que *Retail Marine* ya había obtenido el beneficio de la transacción al vender el bien a un tercero. No obstante, *Retail Marine* se defendió diciendo que, en caso de que *Neri* no hubiese incumplido, habría vendido dos barcos en lugar de uno, por lo que seguía siendo responsable.

Como podemos observar, en este caso existían circunstancias que podían llevar la resolución en uno u otro sentido. Por un lado, el vendedor era un intermediario en la cadena de compras y ventas, lo cual era favorable a su consideración como un vendedor con pérdida de volumen por dos razones. En primer lugar, desde un punto de vista económico, su coste marginal, consistente en el precio del barco satisfecho al fabricante, era constante a corto plazo, e inferior al precio ofrecido por los compradores (*Neri* o el tercero). Ello, desde un punto de vista jurídico, constituye evidencia a favor de la capacidad de *Retail Marine Corporation* de acometer otra transacción, así como de obtener un beneficio en la misma. En segundo lugar, el hecho de que existiese un precio estándar hace más favorable la aplicación del 2-708 (2) *Uniform Commercial Code*, pues su Comentario 2 habla explícitamente de bienes con precio estándar. Por otro lado, y en sentido negativo, está la circunstancia de que se trate de bienes ciertamente específicos y que, en este caso, estuviese identificado (era posible conocer que el bien X había sido vendido al comprador Y). Esto va en contra de la consideración de ambas transacciones como eventos plenamente independientes.

Finalmente, sin realizar un análisis extraordinariamente exhaustivo, el tribunal se decantó por otorgar la razón al vendedor y concederle los daños y perjuicios solicitados. No obstante, este caso deja numerosas incógnitas, pues no se examinan en detalle las circunstancias expuestas unas líneas más arriba. No obstante, cabe destacar el análisis realizado por el tribunal de la Sección 2-708 (2) del

⁸⁴ *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 NY 2d 393, 285 NE 2d 311, 334 NYS2d 165 (1972).

⁸⁵ *Famous Knitwear Corp v. Drug Fair, Inc.*, 493 F.2d 251, 256 (4th Cir. 1974).

⁸⁶ *R.E. Davis Chem. Corp. v. Diasonics*, 826 F 2d 678, 684-685 (7th Cir. 1987).

⁸⁷ En la jurisprudencia estudiada no constituye un punto de demasiada relevancia la capacidad del vendedor para suministrar a un comprador adicional. No obstante, a estos efectos existen casos como *Bill's Coal Co., Inc. v. Board of Public Utilities of Springfield, Mo.*, 887 F.2d 242, 9 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1238 (10th Cir. 1989), donde el tribunal estableció que no existía un supuesto de pérdida de volumen, ya que el vendedor (un productor de carbón) y su cesionario carecían de la capacidad productiva necesaria para suministrar a otro comprador. En igual sentido, *Ragen Corp. v. Kearney & Trecker Corp.*, 912 F.2d 619 (3d Cir. 1990) (el vendedor tenía más órdenes de máquinas de las que podía atender). Al contrario, *National Controls, Inc. v. Commodore Bus. Machines, Inc.*, 163 Cal. App. 3d 688, 209 Cal. Rptr. 636, 40 U.C.C. Rep. Serv. 12 (1st Dist. 1985), donde se consideró la existencia de un supuesto de pérdida de volumen puesto que el vendedor poseía la capacidad de fabricar bienes para el comprador y para un tercero.

Uniform Commercial Code. El tribunal afirma que la referencia a la deducción de los beneficios de la reventa no debe entenderse aplicable en el supuesto de vendedores minoristas como era el caso ⁸⁸.

En *Famous Knitwear Corp., v. Drug Fair Inc.*, un comerciante minorista suscribió con un mayorista un contrato para la compraventa de una gran cantidad de sudaderas. Posteriormente, rehusó cumplir el contrato y el vendedor procedió a vender los artículos de ropa. En este caso, se dio una circunstancia curiosa. Por un lado, se trataba de un vendedor intermediario, se trataba de bienes con precio estándar y, además, no eran bienes tan especiales como el bote del caso *Neri*, por lo que las condiciones económicas y jurídicas eran ideales para apreciar la existencia de una pérdida de volumen. No obstante, el comprador se defendió diciendo que el invierno estaba lo bastante avanzado como para que, dada la magnitud de la orden de compra del minorista, el mayorista hubiera podido acometer otra transacción del mismo tamaño con el *stock* que tenía antes de que terminara la estación si el comprador no hubiese incumplido. Este argumento, de una gran lógica empresarial, no pudo ser contrastado por el tribunal de apelación, pues el juez de distrito había optado simplemente por otorgar daños y perjuicios sin detenerse en exceso a examinar las circunstancias del caso. Asimismo, el tribunal cita el caso *Neri*, y se adhiere a la consideración realizada en la sentencia sobre la inaplicabilidad de la referencia a la deducción de los beneficios de la reventa del 2-708 (2) al supuesto de vendedores minoristas, afirmando que también será el caso de autos donde, si bien el vendedor no era un minorista ⁸⁹, sí era un intermediario.

En el caso *R.E. Davis Chem. Corp. V. Disonics* el objeto del debate estaba en un contrato para la compraventa de un equipo de diagnóstico médico por parte de *Disonics*, empresa dedicada a la fabricación y venta de dichos dispositivos, a *Davis Chemical Corporation*, Davis satisfizo un depósito a cuenta de la entrega, pero, posteriormente, puso fin al contrato ⁹⁰, reclamando la devolución de dicho depósito, a lo que *Disonics* se negó, alegando que dicha cantidad debía compensarse con el lucro cesante por el beneficio perdido en la transacción. Si bien el tribunal de distrito negó la indemnización por pérdida de volumen, en apelación el tribunal afirmó que el Séptimo Circuito seguía a la mayoría de las jurisdicciones al apreciar lucro cesante en estos casos ⁹¹. En lo relativo al planteamiento inicial, este caso ofrece ciertas particularidades, como es el hecho de que el bien objeto de venta sea equipamiento médico, que difícilmente puede considerarse como un bien estándar. Pero además, se trata de un caso donde el vendedor no es un intermediario, sino fabricante, lo que, según vimos antes, plantea más problemas de cara a la apreciación de la existencia de un potencial beneficio indemnizable en una transacción adicional, al proceder los costes del vendedor de su estructura productiva, más que, esencialmente, del precio satisfecho al anterior vendedor en la cadena.

⁸⁸ En este sentido, el tribunal basa su razonamiento en el artículo 1-106 del *Uniform Commercial Code*, que insta a que el vendedor sea puesto en la misma posición en la que habría estado de cumplirse el contrato. Con todo, si bien la explicación basada en principios generales del Código es sugestiva, estimamos que la más completa es la proporcionada por el tribunal en el caso *Snyder v. Herbert Grinbaum & Associates*, 38 Md App. 144, 380 A. 2d 618 (1977) como veremos después. Véase *infra* nota 93.

⁸⁹ Se trataba de un mayorista (*wholesaler*).

⁹⁰ *Disonics* vendió posteriormente el equipo a un tercero al precio del contrato suscrito con *Davis Chemical*.

⁹¹ Con lo cual, el tribunal está afirmando que la tendencia mayoritaria es la de reconocer la posibilidad de lucro cesante en caso de pérdida de volumen de ventas.

No obstante, lo más valioso de la sentencia (pues, por lo demás, no se trata de una de las primeras en la materia) es el análisis realizado por el tribunal de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de la pérdida de volumen. Dichos requisitos nos son familiares, pues los hemos estudiado unas líneas más arriba. Se resumen, en primer lugar, en la necesidad de que el vendedor hubiese sido capaz de acometer otra transacción; en segundo lugar, en la exigencia de que en dicha venta se hubiese obtenido un beneficio y, finalmente, en la probabilidad de que dicha venta se hubiese realizado en ausencia del comprador. Primeramente, hay que observar el estándar aplicado al tercer requisito. El tribunal define la falta de correlación entre la primera y la segunda venta en términos de probabilidad; por lo tanto, no es preciso demostrar con certeza que ambas transacciones no estaban relacionadas.

En segundo lugar, el tribunal examina las pruebas presentadas por *Diasonics*, consistentes en sucesivas declaraciones de empleados. En dichas declaraciones se pone de manifiesto, sin que las pruebas de la contraparte las contradigan, que *Diasonics* no solo tenía la capacidad de fabricar más equipos, sino que su fuerza de ventas estaba en plena actividad peinando el terreno, buscando cualquier cliente potencial. Esto parece evidencia suficiente de que la venta de otro equipo habría comportado un beneficio. Asimismo, constituye un indicio de que ambas ventas no estaban relacionadas, pues la segunda se habría realizado no debido al incumplimiento de la primera, sino al buen hacer de la fuerza de ventas. Como único aspecto criticable, el tribunal, ante la alegación del vendedor de que el equipo no se fabricaba para ningún cliente concreto, sino que se trataba de unidades intercambiables, obliga al vendedor a probar la identidad del segundo comprador. Esto no tiene sentido, pues, precisamente, a nuestro juicio, el hecho de que se tratase de bienes no identificados constituye un indicio de la ausencia de correlación entre ambas transacciones ⁹².

Del examen de la jurisprudencia extraemos algunas conclusiones. En primer lugar, los tribunales no consideran un verdadero impedimento la redacción de la Sección 2-708 (2) *Uniform Commercial Code*. Si bien los argumentos de los tribunales muchas veces no resultan del todo convincentes, suelen coincidir en la necesidad de compensar al vendedor ⁹³. En este sentido, podría decirse que la letra de la ley constituye el menor de los problemas, pues los conflictos surgen con la apreciación de la existencia de la pérdida de volumen, no en la posibilidad de su acogida bajo las disposiciones del *Uniform Commercial Code*. En segundo lugar, cabe observar que la apreciación de la pérdida de volumen es más una cuestión de hecho que de Derecho, por lo que el tribunal debe examinar muy cuidadosamente las circunstancias del caso. Por último, y si bien es cierto que la concurrencia de todas las circunstancias es necesaria para apreciar la existencia de la pérdida de volumen, parece

⁹² A menos, claro está, que el propósito del tribunal fuese el de conocer si dicha transacción se había efectivamente realizado o no, y en qué condiciones.

⁹³ Por ejemplo, en el caso *Neri* se remitía al principio de compensación plena de la Sección 1-106 del *Uniform Commercial Code*. No obstante, dicho principio debe ser puesto en consonancia con las disposiciones concretas, y la Sección 2-708 (2) parece indicar que, en el caso de incumplimiento total por el comprador, la compensación plena consiste en el lucro cesante menos el beneficio de la reventa. En este sentido, en el caso *Snyder v. Herbert Grinbaum & Associates*, 38 Md App. 144, 380 A. 2d 618 (1977), el tribunal entendió que si la referencia a la necesidad de deducir los beneficios de la reventa se entendía aplicable en todos los casos (no solo a los casos de compraventas de objetos sin terminar) la Sección 2-708 (2) conducía a los mismos resultados que la Sección 2-708 (1): precio de mercado menos precio del contrato (a lo que añadiríamos que, fundamentalmente, supondría los mismos resultados que bajo la Sección 2-706: precio del contrato menos precio de la transacción sustitutiva). Ello haría inútil la existencia de dos disposiciones, pues una carecería de virtualidad práctica.

que, en un caso complejo, lo determinante es demostrar que la segunda transacción se habría realizado sin necesidad del incumplimiento en la primera; esto es, la ausencia de relación entre transacciones⁹⁴. Y este es el punto que resulta muchas veces ignorado por los tribunales, o bien su tratamiento resulta insatisfactorio. Al igual que toda la apreciación del estatus de la pérdida de volumen, se trataría de una cuestión de hecho. No obstante, una vez examinada la jurisprudencia, nos encontramos más autorizados para entender cuáles deberán ser los puntos a tener en cuenta⁹⁵.

En primer lugar, será necesario examinar el lado de la oferta; esto es, la actitud del vendedor. Si el incumplimiento por el comprador no modifica la actitud del vendedor a la hora de concluir la transacción adicional, cabría entender que el vendedor simplemente continúa en el curso natural de sus negocios, por lo que la conclusión de una transacción adicional no viene motivada por el incumplimiento del comprador, sino por su actividad de ventas. Por el contrario, si el vendedor se ve obligado a multiplicar sus esfuerzos tras el incumplimiento y a incurrir en costes adicionales fuera de lo que cabe considerar su actividad normal, se deberá entender que lo que el vendedor concluye es una venta de reemplazo, en cuyo caso no cabría apreciar pérdida de volumen. Hay que precisar que no es la existencia de una actividad de ventas elevada o reducida lo que supondría un indicio, sino la diferencia en intensidad antes y después del incumplimiento. Posteriormente analizaremos las implicaciones que ello puede tener de cara a cuestiones como el deber de reducir las pérdidas.

En segundo lugar, hay que examinar el lado de la demanda; esto es, la sustituibilidad de y unicidad de los bienes⁹⁶. Por un lado, es preciso tener en cuenta si los bienes vendidos o fabricados por el vendedor son únicos, en el sentido de que no forman parte de su actividad habitual⁹⁷, o bien son comunes. Por otro, hay que tener en cuenta si el interés del comprador adicional se vería colmado exclusivamente con dichos bienes, o bien bastaría con otros más comunes. Para entenderlo, pongamos un ejemplo: supongamos que un vendedor de coches ha suscrito un contrato para la venta de un Cadillac del 68, serie limitada, con un comprador que, posteriormente, repudia el contrato, por lo que el coche se vende a un tercero. *A priori*, no cabría entender que la segunda venta habría sido realizada sin el incumplimiento de la primera. No obstante, supongamos que al tercero estaba indiferente entre comprar el Cadillac del 68, o bien un Mustang del 72. En ese caso, se trata de bienes sustituibles y, caso de cumplirse el primer contrato, el vendedor habría vendido el Cadillac y el Mustang, por lo que ha perdido una transacción y el beneficio correspondiente. Se trata de un vendedor con pérdida de volumen.

⁹⁴ Coincidiendo con esta postura, véase HOLISKY, Jerald B. Finding the Lost Volume seller. Two Sales Deserve Two Profits under Illinois Law, *op. cit.*, pág. 382.

⁹⁵ Para un análisis similar, véase HOLISKY, Jerald B. Finding the Lost Volume seller. Two Sales Deserve Two Profits under Illinois Law, *op. cit.*, pág. 382-385.

⁹⁶ Así, véase *Unique Designs, Inc. v. Pittard Machinery Co.*, 200 Ga. App. 647, 409 S.E.2d 241, 16 U.C.C. Rep. Serv. 2d 116 (1991), donde el vendedor fue considerado como un vendedor con pérdida de volumen, ya que poseía un amplio inventario del bien (tornos), la orden se refería a un bien en inventario y no específicamente fabricado para el comprador, pues no existían especificaciones contractuales, por lo que la venta a un tercero habría sido realizada de cualquier modo, con o sin incumplimiento.

⁹⁷ Por un lado, se trata de un concepto objetivo, que atiende a la naturaleza de los bienes. Por otro, se trata de un concepto subjetivo que atiende a la actividad habitual del vendedor.

Esperamos que, en el futuro, la jurisprudencia examine estos extremos con mayor detenimiento para dar lugar, de este modo, a un cuerpo sólido de jurisprudencia que logre reconducir la casuística de los hechos a unos criterios objetivos que permitan una mayor certidumbre en la aproximación del concepto de la pérdida de volumen.

6. Conclusiones sobre la experiencia en los Estados Unidos.

Durante las líneas anteriores hemos tenido la ocasión de examinar con cierto detenimiento la figura del *loss of volume*, o pérdida de volumen de ventas, en el Derecho norteamericano. Como primera conclusión, podemos decir que nace por la necesidad de compensar el lucro cesante en ciertas ocasiones en las que las disposiciones tradicionales sobre cálculo de daños y perjuicios no cumplen su cometido de compensar plenamente al perjudicado. En este sentido, se podría decir que la doctrina de la pérdida de volumen nace como resultado del desencuentro, en un caso determinado, entre las secciones concretas del *Uniform Commercial Code* que regulan el cálculo de los daños y perjuicios (Secciones 2-706 a 2-710, en el art. 2, que rige las compraventas), y los principios generales del Código (Sección 1-106). La doctrina y jurisprudencia, con buen criterio a nuestro juicio, han flexibilizado las disposiciones concretas en un ánimo de satisfacer el propósito general de los daños y perjuicios, como es el de satisfacer plenamente al perjudicado.

En segundo lugar, cabe decir que el tratamiento de esta cuestión no habría sido posible sin una herramienta como el análisis económico del Derecho. El trabajo realizado por los autores en esta materia ha sido de extraordinario interés. De hecho, los debates en el plano económico son continuamente extrapolados al plano legal y los criterios jurídicos beben continuamente de la fuente de los criterios económicos. Ello no puede ser de otro modo, ya que, en este supuesto, los daños y perjuicios son netamente económicos, puesto que se relacionan directamente con la actividad del perjudicado (el vendedor en este caso) y, además, es preciso entender el funcionamiento económico de esta actividad con objeto de apreciar la existencia de una pérdida de volumen.

Ello nos conduce a la tercera conclusión. En este supuesto, el estudio de los hechos y las pruebas presentadas es crucial. No obstante, es preciso establecer ciertos criterios para dirigir el análisis de las circunstancias del caso. Dichos criterios (consistentes en las condiciones bajo las cuales cabe apreciar la existencia de una pérdida de volumen) deben ser lo bastante flexibles como para permitir un estudio global del caso, que no deje ninguna circunstancia relevante acerca de la actividad del vendedor fuera del ojo crítico del juzgador.

En definitiva, se trata de un supuesto tan complejo desde el punto de vista de su encuadre en las leyes, como evasivo desde el punto de vista de su definición y apreciación de su conveniencia, como prolijo desde el punto de vista de la determinación de su existencia. No obstante, no por ello debe dejarse de lado, sino que, como sostendremos en las líneas posteriores, su estudio es necesario tanto desde el punto de vista del Derecho uniforme como desde el del Derecho nacional y, con ciertos matices, el análisis realizado por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas resulta, en muchas ocasiones, trasplantable a estos ordenamientos.

IV. EL *LOSS OF VOLUME* EN OTRAS JURISDICCIONES

Una conclusión que cabe extraer del análisis de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses es la del grado de sofisticación que allí ha alcanzado el debate sobre la indemnización por pérdida de volumen de ventas. Tal conclusión se ve confirmada por el estudio del Derecho de daños en otras jurisdicciones.

Por proximidad de cultura jurídica con los Estados Unidos resulta útil estudiar la figura de la pérdida de volumen de ventas en Derecho inglés, en donde el proceso de apreciación de la pérdida de volumen no está sometido a criterios tan estrictos de prueba⁹⁸, sino que se ve beneficiado por la lógica presuntiva de los tribunales. Así, en el caso *Re Vic Mill*⁹⁹ se encargó a los demandantes la fabricación de un determinado número de máquinas. Ante el incumplimiento de los compradores, consiguieron revenderlas (tras realizar algunos ajustes). Sin embargo, reclamaron (y consiguieron) que el tribunal les otorgara una indemnización consistente en el beneficio que habrían dejado de obtener de dicho contrato, incluyendo el de las máquinas que aún no habían fabricado; y ello debido a que el tribunal presumió que, en circunstancias normales, la empresa habría logrado satisfacer los encargos de ambos clientes, sin que los demandados pudieran probar que no habría sido así.

Esta postura ha supuesto que, en general, en los supuestos donde la oferta que puede atender el suministrador excede a la demanda, dicho suministrador obtendrá la indemnización, asumiéndose que habría podido obtener el beneficio de dos clientes distintos¹⁰⁰. De este modo, la tendencia jurisprudencial ha sido la de otorgar la indemnización de daños y perjuicios por el margen de beneficio dejado de obtener en supuestos donde se acreditara que la capacidad de suministro del demandante (oferta) era superior a la demanda¹⁰¹, y denegarla en casos donde el demandado demuestre que la demanda era superior a la capacidad de suministro¹⁰². Los únicos supuestos donde la jurisprudencia inglesa ha resultado algo más estricta es en aquellos donde el objeto vendido era un bien de segunda

⁹⁸ Véase *supra* *R.E. Davis Chem. Corp. V. Diasonics*, como ejemplo del proceso probatorio que debe atravesar un demandante para demostrar la existencia de la pérdida de volumen de ventas.

⁹⁹ *Re Vic Mill* [1913] 1 Ch. 465 (C.A.).

¹⁰⁰ Véase TREITEL, Sir Guenter *The Law of Contract*. Eleventh edition. London: Sweet & Maxwell, 2003, pág. 955, así como los casos citados: *WL Thompson Ltd v Robinson (Gunmakers) Ltd* [1955] Ch. 177. Asimismo, para supuestos distintos al del contrato de compraventa, véase *Inter-Office Telephones Ltd v Robert Freeman & Co Ltd* [1958] 1 Q.B. 190; *Robophone Facilities Ltd v Blank* [1966] 1 W.L.R. 1428; *Western Web Offset Printers Ltd v Media Ltd*, *The Times*, 10 Octubre, 1995.

¹⁰¹ Así fue el caso en *WL Thompson Ltd v Robinson (Gunmakers) Ltd* [1955] Ch. 177, un ejemplo típico del supuesto de vendedor con pérdida de volumen, ya que involucraba a un distribuidor de coches. Sin embargo, resulta interesante el hecho de que, en este supuesto, lo que el distribuidor hizo cuando el comprador rechazó el coche, no fue venderlo a un tercero, sino devolverlo a los proveedores. De este modo, el tribunal no solo presumió, como en *Re Vic Mill*, que el nuevo comprador no era un sustituto del comprador que rechazó, sino que asumió como razonable que dicho comprador habría existido de haber querido el distribuidor vender el coche. Como podemos ver, la presunción en Derecho inglés resulta mucho más laxa que en el Derecho americano.

¹⁰² *Charter v Sullivan* [1957] 2 Q.B. 117.

mano y, por tanto, único, de modo que la venta posterior del objeto a un tercero debe considerarse como sustitutiva, y no adicional ¹⁰³.

Estos criterios jurisprudenciales simplifican el debate tan elaborado (y, no lo negaremos, a veces alambicado) de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, estableciendo presunciones generales basadas en criterios económicos, e invirtiendo, como consecuencia, la carga de la prueba. Si bien esta postura ha sido aceptada por parte de la doctrina ¹⁰⁴, en los últimos tiempos se han alzado algunas voces críticas, que abogan por introducir en el debate las consideraciones que han caracterizado a la controversia en los Estados Unidos, ya que unos postulados excesivamente simples pueden conducir a una indemnización que enriquezca al demandante ¹⁰⁵.

Si el estudio del problema en el Derecho inglés indica que el debate doctrinal y jurisprudencial resulta algo menos elaborado que el existente en los Estados Unidos, el análisis del estado de la cuestión en el Derecho continental ahonda en dicha impresión. En los países del *civil law*, en general, los problemas para la apreciación del *loss of volume* no son de índole empresarial o económica, sino que entroncan con las bases de la responsabilidad contractual; en particular, con los fundamentos de la indemnización por lucro cesante. Y es que en los países de Derecho codificado, el problema se encuentra en la compatibilidad de la resolución contractual con la reclamación de daños y perjuicios por el beneficio dejado de percibir. La base de tal oposición es la consideración de que el remedio de la resolución contractual trae consigo la «retroacción» de la situación de las partes al momento anterior a la conclusión del contrato ¹⁰⁶. En este sentido, en los países de tradición civilista, siempre ha existido un énfasis particular en el cumplimiento de la obligación ¹⁰⁷, en contraposición a los ordenamientos de *common law*, donde lo que predomina es la idea instrumental del contrato como la

¹⁰³ *Lazenby Garages Ltd v Wright* [1976] 1 W.L.R. 459. El tribunal, asimismo, rechazó la posibilidad de que el tercero que adquirió el coche de segunda mano hubiese aceptado un coche distinto, de modo que el vendedor habría completado dos transacciones de todos modos, por considerarla excesivamente especulativa. Consideramos, con todo, que la postura de la jurisprudencia inglesa adolece de cierta incoherencia, pues estimar especulativa la consideración de un coche de segunda mano como sustituible por otro no parece casar demasiado bien con la presunción de que un vendedor que devolvió el coche al proveedor habría completado con éxito dicha transacción y otra con un tercero.

¹⁰⁴ Véase TREITEL, Sir Guenter *The Law of Contract*, *op. cit.*, pág. 955.

¹⁰⁵ GOODE, Sir Roy. *Commercial Law*. Third edition. England: Penguin books, 2004, págs. 406-407.

¹⁰⁶ Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto por el profesor PANTALEÓN PRIETO. Véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización». *Anuario de Derecho Civil*. Octubre-Diciembre 1989, págs. 1.148-1.150.

¹⁰⁷ En este aspecto, es innegable la influencia del Derecho canónico y del principio *pacta sunt servanda*. Este principio tendría su arraigo en la moral cristiana, según la cual no solo son condenables las mentiras o engaños como pecados, sino también el incumplimiento de las promesas. En este sentido, KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación comercial en el derecho comparado*, pág. 55. Posteriormente, dicho principio moral ha encontrado un fuerte arraigo en los sistemas de tradición jurídica civilista. Véase DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Quinta edición. Volumen I: Introducción. Teoría del Contrato. Madrid: Civitas, 1996, págs. 48 y 124-125. En la actualidad, la postura que resulta aceptada es aquella que basa el fundamento de la obligatoriedad de los contratos en tesis positivistas; esto es, el contrato resulta obligatorio porque el Derecho, a través de la ley, lo reconoce como una situación de hecho capaz de crear Derecho. Véase KELSEN, Hans. *Teoría Pura del derecho* Buenos Aires: Editorial Jurídica Buenos Aires, 1994, págs. 180-182; DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.* pág. 124. Sin embargo, es indudable que la existencia de una teoría jurídico-moral de los contratos durante un período de tiempo tan prolongado ha influido de alguna manera en nuestro sistema jurídico. Véase BEALE, Hugh, *et. Al. Contract Law*, Portland: Hart Publishing, 2002, pág. 88.

manera más eficiente para lograr la circulación de bienes y servicios ¹⁰⁸. Ello se manifiesta en aspectos como el hecho de que la ejecución *in natura*, o pretensión de cumplimiento se considere como la primera medida de reacción a un incumplimiento ¹⁰⁹, la consideración de la resolución contractual como algo excepcional y solo ejercitable en sede jurisdiccional ¹¹⁰, o la reserva de la posibilidad de resolver el contrato únicamente a la parte que ha cumplido su obligación ¹¹¹. Por ello, considerando que la voluntad primordial debe ser la de cumplimiento, y que la pretensión de resolución debe considerarse como algo excepcional, no es de extrañar que ciertos ordenamientos de tradición *civil law* hayan establecido la incompatibilidad entre la resolución contractual y la pretensión de indemnización que tenga por objeto el interés en la prestación ¹¹²; ya que la resolución solo se preveía para casos extremos y traía consigo la retroacción de la situación al momento anterior a la conclusión del contrato. Por ello, si bien estos problemas han sido limados con el tiempo por la doctrina y jurisprudencia de los países continentales, no es menos cierto que un debate tan amplio en los postulados básicos de la indemnización por lucro cesante ha impedido que la discusión pueda centrarse debidamente en los problemas específicos que plantea el supuesto de la pérdida de volumen de ventas. De este modo, ha sido preciso confrontar las visiones de los países de tradición jurídica anglosajona, con aquellas de los países de tradición jurídica civilista, para que el debate sobre el *loss of volume* pueda surgir. Tal es el contexto que nos proponemos analizar a continuación.

V. EL *LOSS OF VOLUME* EN EL DERECHO UNIFORME

En apartados anteriores hemos tenido ocasión de analizar el *loss of volume* en su contexto de origen, así como de poner de manifiesto los problemas planteados en las jurisdicciones civilistas. En este sentido, hemos puesto de manifiesto la brecha existente entre ambas tradiciones, que se plasma en el contenido del debate doctrinal (en un caso, se planteaba la admisibilidad de la figura de la pérdida de volumen de ventas sobre la base de razonamientos económicos y empresariales; en otro, lo que planteaba dudas era la simple admisibilidad del lucro cesante en un supuesto de resolución). Con todo, representantes de países con unos argumentos tan distintos debieron redactar conjunta-

¹⁰⁸ BEALE, Hugh, *et. Al. Contract Law, op. cit.* pág. 88. Ello supone la compatibilidad de la incompatibilidad de la resolución y la indemnización de daños y perjuicios que tiene por objeto el beneficio de la prestación, puesto que de lo que se trata es de compensar al perjudicado y no entorpecer el flujo de bienes y servicios.

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II: Las relaciones Obligatorias. Madrid: Civitas, 1996, pág. 678.

¹¹⁰ Al menos así lo establece el artículo 1.124 de nuestro Código Civil, si bien este requisito ha sido suavizado por la jurisprudencia.

¹¹¹ El artículo 376 del Código de Comercio de México provee:

En las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante *que cumpliere* tendrá derecho a exigir *del que no cumpliere*, la rescisión o cumplimiento del contrato, y la indemnización, además, de los daños y perjuicios. Una postura similar se encuentra en cierta jurisprudencia que, al interpretar el artículo 1.124 del Código Civil español, afirma que es preciso que la parte perjudicada haya cumplido su parte de la obligación. *Vid* SSTS de 1 de febrero de 1966, 10 de abril y 30 de octubre de 1986, 21 de marzo y 18 de noviembre de 1994 ó 2 de octubre y 7 de noviembre de 1995. Esta visión ha sido calificada por algún autor como «Espartana». *Vid* W. HEADRICK, «La Rescisión de la Compraventa», N.º 49, XIII, *Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.* 1963, págs. 83-104.

¹¹² Véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización», *op. cit.*, págs. 1.148 y 1.150, quien pone como ejemplos el Código de obligaciones suizo y el Código Civil alemán.

mente un texto como la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

1. Relevancia y contexto de los daños y perjuicios en la Convención de Viena.

En la actualidad, la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 constituye el texto uniforme sobre compraventa internacional para los Estados que representan más de los dos tercios del comercio mundial ¹¹³. Este es un texto de validez automática para los Estados contratantes. Ello significa que, tanto los comerciantes chinos como los estadounidenses verán regirse sus relaciones comerciales por una ley común, con la seguridad que ello transmite ¹¹⁴. En este sentido, la Convención de Viena es una muestra palpable de que se puede alcanzar un consenso a escala global ¹¹⁵. Tal consenso pasa por la adopción de soluciones de compromiso entre las diferentes tradiciones. En el caso de los daños y perjuicios, el consenso se manifestó en los artículos 74 a 77. Una característica de las disposiciones reguladoras de los daños y perjuicios en la Convención de Viena es su sencillez. En comparación con lo prolijo de las disposiciones de, digamos, el *Uniform Commercial Code* estadounidense ¹¹⁶, la Convención sigue más el estilo de los países con sistema de Derecho codificado ¹¹⁷. En este sentido, contando con el artículo 74 antes reproducido, la Convención tan solo cuenta con cuatro preceptos que regulan la materia de los daños y perjuicios: uno para establecer el principio general, dos que regulan supuestos de cálculo de daños y perjuicios en el caso de resolución contractual ¹¹⁸, y un último que recoge el deber de la parte perjudicada de reducir la pérdida ¹¹⁹.

Centrándonos a continuación en las disposiciones concretas sobre daños y perjuicios, el artículo 74 de la Convención establece los principios generales sobre daños y perjuicios de la Convención en una redacción del siguiente tenor:

«La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá

¹¹³ Véase «CISG: Table of contracting states» en <http://www.cisg.law.pace.edu>.

¹¹⁴ En la actualidad, el número de Estados que ha ratificado la Convención asciende a 62 (véase *supra* nota 1). Pero, además, estos 62 Estados suponen más de dos tercios del comercio internacional. Información disponible en la página web de la Universidad de Pace (Nueva York), que es la que realiza un seguimiento más exhaustivo de aspectos relativos a la CNUCCIM. Véase <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>.

¹¹⁵ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich *International sales law: United Nations convention on contracts for the international sale of goods: convention on the limitation period in the international sale of goods: commentary* New York: Oceana Publications, cop. 1992 *Introduction* pág. 2.

¹¹⁶ La *Sale of Goods* inglesa, por el contrario, sigue un estilo más conciso.

¹¹⁷ ZIEGEL, Jacob. *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*. En GALSTON & SMIT (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, 1984, págs. 9-5. En este sentido, se trata de disposiciones más escuetas y con afirmaciones más generales lo cual, según el profesor ZIEGEL, no es más rechazable, pues lo prolijo de la redacción del *Uniform Commercial Code* no garantiza, en numerosas ocasiones, lo justo de la solución adoptada.

¹¹⁸ Artículos 75 y 76.

¹¹⁹ Artículo 77. Este criterio no es sino el principio del Derecho anglosajón del *mitigation of damages*.

exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.»

El texto del artículo 74 permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, la Convención de Viena permite recobrar tanto el daño emergente como el lucro cesante¹²⁰. La inclusión de ambos tipos de perjuicio obedece claramente a la voluntad de los redactores de basar las disposiciones sobre daños y perjuicios de la Convención en el principio de compensación plena, o *full compensation*¹²¹. Por consiguiente, el principio que ilustra la Convención es el mismo que, como antes vimos, vertebraba el Derecho de daños estadounidense¹²².

Ello nos lleva a la siguiente conclusión. La Convención de Viena permite la compatibilidad entre la resolución contractual y la reclamación de daños y perjuicios basados en el beneficio que se habría obtenido de la transacción¹²³. Ello no podía ser de otro modo, al haber sido la regla de la incompatibilidad presente en ordenamientos de tradición civilista ampliamente criticada por la doctrina de los propios países donde se hallaba presente¹²⁴. De este modo, el primer obstáculo para plantear la indemnización por pérdida de volumen de ventas había sido superado.

Sin embargo, en secciones anteriores hemos tenido ocasión de comprobar que las objeciones planteadas a la indemnización por pérdida de volumen de ventas no se detienen en la compatibilidad del *full compensation* con la resolución contractual, sino que existen numerosos obstáculos derivados tanto de la teoría económica como de la argumentación jurídica. Asimismo, a ello hay que unir la tradicional reticencia en ciertas tradiciones legales a aceptar argumentos de índole económica a la hora de interpretar las disposiciones jurídicas. Por ello, resulta útil examinar lo dispuesto en el artículo 75 de la Convención, que establece el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución contractual:

Artículo 75.

«Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de

¹²⁰ KNAPP, Victor. En BIANCA, Cessare Máximo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987) pág. 543.

¹²¹ Comentario de la Secretaría al artículo 70 del Proyecto de Convenio (correspondiente al art. 74 de la Convención). Punto 3; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pág. 445; LOOKOFSKY, Joseph. En J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, *International Encyclopaedia of Laws-Contracts*, Suppl. 29 December 2000, pág. 153; PERALES VISCASILLAS, Pilar. Comentario al artículo 74. *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-74.html>.

¹²² Sección 1-106 del *Uniform Commercial Code*.

¹²³ El artículo 74 del CNUCCIM expresa un principio general de compensación íntegra, que supone que la parte perjudicada debe situarse en una posición igual a la que habría estado de cumplirse el contrato. Tal principio general no posee excepciones en el supuesto de resolución contractual.

¹²⁴ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización», *op. cit.*, pág. 1.150.

reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.»

El artículo 75 de la Convención establece una regla análoga a la de las disposiciones del *Uniform Commercial Code* norteamericano en materia de cálculo de daños y perjuicios ¹²⁵. Ello nos lleva de nuevo al problema que apuntábamos cuando analizábamos el texto estadounidense, que consiste en plantearnos si, en un contexto donde la regla de cálculo de daños y perjuicios asume la hipótesis de la transacción sustitutiva, real o hipotética ¹²⁶, resulta posible la indemnización por pérdida de volumen de ventas, donde se asume que tal transacción sustitutiva no existe. A ello debemos añadir un nuevo problema dimanante del hecho de que la Convención de Viena no posea ninguna cláusula de escape similar a la Sección 2-708 (2) del *Uniform Commercial Code* ¹²⁷.

2. El análisis doctrinal de la pérdida de volumen de ventas.

Por tanto, el contexto del articulado de la Convención de Viena no resulta excesivamente receptivo respecto de la introducción de la pérdida de volumen de ventas, de modo que resultaba necesaria una interpretación amplia de sus preceptos para incluirlo. La solución presentada por la mayoría de los autores pasa por atribuir la condición de cláusula de escape a la referencia, presente tanto en el artículo 75 como en el artículo 76, que, además del diferencial de precios, permite a la parte perjudicada percibir «*cualquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*». Esta afirmación ha conducido a la mayoría de la doctrina a afirmar que, dentro de dichos daños y perjuicios del artículo 74, se encontraría el lucro cesante derivado de la pérdida de volumen ¹²⁸.

¹²⁵ Concretamente, las Secciones 2-706 y 2-708 (1).

¹²⁶ No olvidemos que el artículo 76 de la Convención de Viena, aplicable con carácter subsidiario al artículo 75, establece lo siguiente:

Artículo 76.

1) *Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.*

Es decir, en caso de que la transacción sustitutiva no se realice, el artículo 76 establece el cálculo de daños y perjuicios en caso de resolución contractual sobre la base de una hipotética compra/venta de reemplazo realizada por el perjudicado a precio de mercado.

¹²⁷ Véase *supra* sección III.B. Recordemos que la Sección 2-708 (2) del *Uniform Commercial Code* establecía que, en caso de que la regla de la transacción sustitutiva no lograra situar al perjudicado en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido, la indemnización se correspondería con el beneficio que habría obtenido en la transacción.

¹²⁸ Así, HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.*, págs. 446 y 454. El profesor John HONNOLD es el mayor defensor de esta interpretación. No obstante, en igual sentido: ZIEGEL, Jacob. *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention*, *op. cit.*, págs. 9-40 y 9-41; LOOKOFKY, Joseph. *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *op. cit.*, pág. 156, aunque su visión parece un poco contradictoria, como se explica en la nota 112; SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts*

Así pues, parece existir un consenso en la doctrina acerca de la admisibilidad de los daños y perjuicios por pérdida de volumen en el contexto de la Convención de Viena. Ahora bien, una vez precisado este extremo, lo siguiente que debemos preguntarnos es si la vía más adecuada para introducirlo es mediante la cláusula de «cualesquiera otros daños» presente en los artículos 75 y 76. Nuestra opinión es que no debe ser así. Y ello por la siguiente razón: si la pérdida de volumen de ventas se admite como un «daño adicional» en una estructura basada en la transacción sustitutiva¹²⁹ se estará obviando la naturaleza de este tipo de daño. Como tuvimos ocasión de explicar más arriba¹³⁰, precisamente la peculiaridad de este supuesto es que, en un escenario de pérdida de volumen no existe una transacción sustitutiva, ni real ni hipotética, pues las transacciones posteriores se habrían realizado aun sin la existencia del incumplimiento, por lo que únicamente existe una oportunidad de negocio y un interés en un contrato perdidos, que dan lugar a la pérdida de un beneficio¹³¹. Dicho de otro modo, si el vendedor perjudicado reclama la pérdida de volumen como «daños adicionales» además del diferencial entre el precio del contrato y el de reventa (o el de mercado en su caso) estará implícitamente admitiendo que existió una transacción sustitutiva (o que podría haber existido), por lo que los daños y perjuicios por pérdida de volumen no serían posibles¹³².

for the International Sale of Goods. Vienna: Manz, 1986, pág. 98 y nota 398a; FLETCHNER, Harry M. Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the UCC, 8 *Journal of Law and Commerce* 1980; SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>. Posiblemente la manifestación más evidente de la existencia de un consenso doctrinal en la materia la constituye la emisión de una «Opinion» por parte del Consejo Asesor de la Convención de Viena (CISG-AC por sus siglas en inglés). El Consejo Asesor nació en el año 2001 como parte de una iniciativa privada, con el objetivo de responder a la necesidad de posturas uniformes sobre materias controvertidas en la interpretación de la CNUCCIM. Impulsado por el profesor Albert KRITZER, Director del Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Universidad de Pace (Nueva York), el Consejo ha logrado reunir a gran parte de los máximos expertos en la Convención de Viena, en particular, y en el Derecho Mercantil Internacional, en general (entre tales nombres encontramos los de los profesores Eric E. BERGSTEN, Michael Joachim BONELL, Allan FARNSWORTH, Alejandro GARRO, Sir Roy GOODE, Sergei N. LEBEDEV, Jan RAMBERG, Peter SCHLECHTRIEM, Hiroo SONO, Claude WITZ, Loukas MISTELIS, M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS e Ingeborg SCHWENZER. El Consejo Asesor de la CNUCCIM colabora en la labor de uniformización doctrinal sobre la Convención mediante la emisión de opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención de Viena. Se puede encontrar más información sobre la labor del CISG-AC en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC.html>. Una de las opiniones emitidas por el CISG-AC (Opinion n.º 6), se refiere a la interpretación de las disposiciones del Convenio sobre daños y perjuicios (puede encontrarse en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>). Esta Opinión afirma, expresamente, que la CNUCCIM admite los daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas. Véase CISG-AC Opinion N.º 6, *Calculation of Damages under CISG Article 74*. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, punto 3.C, paras. 3.20-3.22.

¹²⁹ Pues el artículo 75 (cálculo concreto de los daños) parte de la base de una transacción sustitutiva que ya ha sido realizada y el artículo 76 (cálculo abstracto de los daños) parte de la base de una hipotética transacción sustitutiva en condiciones de mercado.

¹³⁰ Véase *supra* págs. 5-6, 11-14.

¹³¹ Autores como el profesor LOOKOFKY tratan específicamente esta cuestión si bien después, incomprensiblemente, se inclinan por admitir la solución de los «cualesquiera otros daños» de los artículos 75 y 76. Véase LOOKOFKY, Joseph. *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *op. cit.*, pág. 156.

¹³² Parece concordar con nuestra postura la esgrimida por la Opinión n.º 6 del CISG-AC, al afirmar que la indemnización típica del caso de pérdida de volumen (margen de beneficio) y la típica en los casos de transacción sustitutiva (diferencial de precios) son mutuamente excluyentes, puesto que, de otro modo, se estaría enriqueciendo al vendedor (*However, an aggrieved party may not recover lost profits for lost volume under Article 74 and, in addition, damages under Article 75's substitute transaction formula because, in that circumstance, the aggrieved party would receive double recovery*). CISG-AC Opinion N.º 6, *Calculation of Damages under CISG Article 74*, *op. cit.* para. 3.22. Véase, asimismo, Stoll/Gruber. Article 75, para. 11. En SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingebor. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of*

Una vez eliminada esta posibilidad, aún tendríamos que encontrar una vía por la cual la pérdida de volumen de ventas fuese admisible en el sistema de la Convención de Viena. Y, en este sentido, muchos autores apuntan a la solución, si bien posteriormente se inclinan por la vía (inadecuada o, cuando menos, problemática en nuestra modesta opinión) de la cláusula de los «cualesquiera otros daños». Dicha solución pasa por considerar los artículos 75 y 76 como meras aplicaciones concretas del artículo 74¹³³, que recoge el principio general de *full compensation*. De este modo, en palabras del profesor LOOKOFKY, una parte no puede pedir daños y perjuicios que habrían sido evitados mediante una transacción de reemplazo¹³⁴. No obstante, no todo perjuicio se puede evitar mediante una transacción de reemplazo¹³⁵. En el supuesto de la pérdida de volumen, afirma el profesor FARNSWORTH en su estudio del Derecho de contratos norteamericano, no existe relación causal entre una venta y otra, por lo que no existe reemplazo¹³⁶. Pasando al ámbito de la Convención de Viena, la manera correcta de introducir el concepto en el articulado pasa por flexibilizar la aplicación de los artículos 75 y 76, y ello basándonos en el lenguaje empleado por ambos. Según los dos preceptos, «*la parte que exija la indemnización podrá obtener*» bien la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva, bien entre el precio del contrato y el precio de mercado. Estimamos que esta referencia al «*podrá obtener*» permite entender que ambos preceptos son aplicables en un contexto de transacciones de cobertura. No obstante, y en relación con lo afirmado por el profesor LOOKOFKY, cuando la transacción sustitutiva no sea posible, siguiendo al profesor FARNSWORTH, debemos estar a lo dispuesto en la regla general del artículo 74, cuya redacción, que permite recuperar el lucro cesante, es lo bastante amplia como para incluir el supuesto del *loss of volume*¹³⁷. Llevando al extremo esta

Goods, 2nd ed., Oxford, 2005. La incompatibilidad entre la pérdida de volumen de ventas y la indemnización por vía del artículo 75 de la Convención ha sido puesta de manifiesto también por la jurisprudencia. *Vid. Bielloni castello v EGO*, Tribunale di Milano (Italia) 26 de enero de 1995; Sentencia del Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco), de 28 de abril de 2000. Véase *infra* subsección V. 3.

- ¹³³ ZIEGEL, Jacob. The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention, *op. cit.*, págs. 9-40 y 9-41; SUTTON, Jeffrey. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *50 Ohio State Law Journal* 1989, pág. 748.
- ¹³⁴ *Vid.* LOOKOFKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *op. cit.*, pág. 156 «*A party cannot demand compensation for any loss which could have been prevented by cover*».
- ¹³⁵ *Ibidem.* «*On the other hand, not all loss is preventable by cover*». El profesor LOOKOFKY se refiere, genéricamente, al supuesto donde la oferta excede a la demanda como identificativo de la pérdida de volumen. Lo mismo hace el profesor HONNOLD, *vid.* HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.*, pág. 454 y también el profesor FARNSWORTH, *vid.* FARNSWORTH, E. Alan. Damages and Specific Relief. *American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, pág. 5.
- ¹³⁶ FARNSWORTH, E. Alan. *Contracts*, *op. cit.*, §12.12 nota 28. Este es el aspecto fundamental para apreciar la situación de la pérdida de volumen de ventas, como vimos antes. Véase *supra* II.2 y 3.
- ¹³⁷ FARNSWORTH, E. Alan. Damages and Specific Relief. *American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, pág. 5. «*Despite the lack of a specific provision designed for the "lost volume" seller, art. 72 of the Draft Convention says only that the aggrieved party "may" use the market price formula, and the general rule of the first sentence of art. 70 seems broad enough in its reference to "loss or profit" to afford compensation to the seller who can make out a case of "lost volume"*». *Vid.* también la afirmación del profesor LOOKOFKY, según el cual la pérdida sufrida en un supuesto de pérdida de volumen (la oferta o capacidad productiva del vendedor excede la demanda) no se puede evitar, por lo que la disposición del artículo 75 es inadecuada para poner al vendedor en una posición igual a la resultante del cumplimiento. El lucro cesante como resultado del incumplimiento del comprador se puede describir como un «perjuicio directo», y solo puede ser resarcido mediante daños según el artículo 74, que protege la expectativa del vendedor con pérdida de volumen. Véase LOOKOFKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *op. cit.* pág. 156: «*The loss suffered in such a situation is unavoidable, and the Article 75 contract/cover differential is 'inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done.'* [4] *The profit lost by reason of buyer's breach, best described as a 'direct' loss; [5] can only be recovered by damages under Article 74 which protect the lost-volume seller's justifiable expectation.*».

interpretación, cabría entender que los artículos 75 y 76 no pueden aplicarse cuando llevan a una solución incompatible con el principio general del artículo 74, que es la compensación plena (*full compensation*)¹³⁸. De este modo, el artículo 74 funcionaría a la vez como principio general y cláusula de escape. Aunque no explícitamente, esta parece ser la postura del Comentario de la Secretaría al Proyecto de Convenio de 1978¹³⁹. Una vez explicados los principales problemas del artículo 70 del Proyecto (correspondiente al art. 74 de la Convención), el Comentario utiliza diversos ejemplos para demostrar la aplicación concreta del precepto. En el primero de todos (ejemplo 70A), el Comentario describe una situación en la que se suscribe un contrato de compraventa de herramientas por 50,000 dólares, que supondrá un coste de 45,000 dólares para el vendedor, de los cuales 40,000 se incurrirán exclusivamente por dicho contrato, y los 5,000 restantes son costes generales de la compañía imputados al contrato. Suponiendo que el comprador repudiase el contrato, según el ejemplo el vendedor tendría derecho a percibir 10,000 dólares por el beneficio dejado de obtener (50,000 dólares de ingresos, menos 40,000 dólares de costes, sin incluir los 5,000 de costes generales, que no dependían de la existencia del contrato)¹⁴⁰. Dejando al margen el método de cálculo del lucro cesante, pues no constituye el objeto de estudio de este trabajo, lo importante es que el Comentario está describiendo un supuesto de indemnización por el beneficio dejado de obtener en la transacción. Tratándose del vendedor, dado que la regla general es el cálculo mediante una transacción sustitutiva, dicha indemnización solo puede darse en un supuesto de pérdida de volumen de ventas.

Como conclusión, los autores especializados en la Convención de Viena están de acuerdo en que el concepto de daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas quedaría incluido en las dis-

¹³⁸ En un sentido similar, SUTTON, Jeffrey. *Measuring Damages Under the United Nations Convention*, *op. cit.* pág. 748.

¹³⁹ El Comentario de la Secretaría al Proyecto de Convenio de 1978 es lo más aproximado a un Comentario Oficial de la Convención de Viena y se utiliza frecuentemente como fuente de interpretación.

¹⁴⁰ El texto del Comentario de la Secretaría es como sigue: «*Example 70A: The contract provided for the sale for \$50,000 FOB of 100 machine tools which were to be manufactured by the seller. Buyer repudiated the contract prior to the commencement of manufacture of the tools. If the contract had been performed, Seller would have had total costs of \$45,000 of which \$40,000 would have represented costs incurred only because of the existence of this contract (e.g., materials, energy, labour hired for the contract or paid by the unit of production) and \$5,000 would have represented an allocation to this contract of the overhead of the firm (cost of borrowed capital, general administrative expense, depreciation of plant and equipment). Because Buyer repudiated to [the] contract, Seller did not expend the \$40,000 in costs which would have been incurred by reason of the existence of this contract. However, the \$5,000 of overhead which were allocated to this contract were for expenses of the business which were not dependent on the existence of the contract. Therefore, those expenses could not be reduced and, unless the Seller has made other contracts which have used his entire productive capacity during the period of time in question, as a result of Buyer's breach Seller has lost the allocation of \$5,000 to overhead which he would have received if the contract had been performed. Thus, the loss for which Buyer is liable in this example is \$10,000*». Un ejemplo similar se incluye en la *Opinion n.º 6 del CISG-AC*. «*If a private party agrees to sell his automobile to a buyer for \$2,000, a breach by the buyer would cause the seller no loss (except incidental damages, that is, the expense of a new sale) if the seller was able to sell the automobile to another buyer for \$2,000. But the situation is different with dealers having an unlimited supply of standard-priced goods. Thus, if an automobile dealer agrees to sell a car to a buyer at the standard price of \$2,000, a breach by the buyer injures the dealer, even though he is able to sell the automobile to another for \$2,000. If the dealer has an inexhaustible supply of cars, the resale to replace the breaching buyer costs the dealer a sale, because, if the breaching buyer had performed, the dealer would have made two sales instead of one. The buyer's breach, in such a case, depletes the dealer's sales to the extent of one, and the measure of damages should be the dealer's profit on one sale*». Véase *CISG-AC Opinion N.º 6, Calculation of Damages under CISG Article 74*, *op. cit.* para. 3.21. Véase también el caso *Neri v. Retail Marine Corp.*, New York Court of Appeals, 1972, 285 N.E.2d, pág. 311, antes mencionado.

posiciones sobre daños y perjuicios del Convenio ¹⁴¹. Es cierto que la manera de introducirlo en la Convención puede ser, en algunos casos, y en nuestra modesta opinión, discutible. No obstante, en última instancia, dichos autores apelan a los principios generales de la Convención en materia de daños y perjuicios (principio de compensación íntegra). Apelando a estos principios, cabe concluir que, en caso de que la aplicación de un precepto concreto (como los arts. 75 y 76) a una situación determinada suponga que dichos principios no se respeten, entonces el precepto no está cumpliendo su función y debe ser reinterpretado.

3. La aplicación de la pérdida de volumen de ventas por la jurisprudencia.

El concepto de los daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas ha sido tratado, en relación con la Convención de Viena, en varias ocasiones por los tribunales, si bien su tratamiento no ha sido siempre satisfactorio. En el caso *Delchi Carrier v. Rotorex* ¹⁴², el vendedor, una empresa americana fabricante de compresores para aparatos de aire acondicionado fue demandado por el comprador, una empresa italiana fabricante de aparatos de aire acondicionado, sobre la base del incumplimiento del contrato, pues la gran mayoría de los aparatos bien no fueron entregados, bien no estaban en condiciones adecuadas. La empresa italiana pidió al tribunal indemnización de daños y perjuicios por la disminución en el volumen de sus ventas.

No obstante, este no se trata de un caso de pérdida de volumen, tal como lo hemos analizado a lo largo del presente trabajo. Mientras en nuestro caso sería el vendedor quien demandaría por pérdida de volumen, al haber perdido el beneficio de una transacción, en *Delchi Carrier v. Rotorex* fue el comprador quien demandó alegando que, como resultado de no recibir los compresores, que necesitaba como componentes para sus aparatos de aire acondicionado, no había podido vender tantos aparatos. Se trataría de un supuesto similar al del intermediario en la cadena de compras y ventas que reclama lucro cesante como resultado de no haber recibido las mercancías y, consecuentemente, no haberse podido lucrar en la reventa, que poco tiene que ver con el que nos ocupa ¹⁴³.

En contraposición, en otros casos se ha considerado la problemática de manera más acertada ¹⁴⁴. De todos ellos, desearíamos destacar la Sentencia de 28 de abril de 2000 del *Oberster Geri-*

¹⁴¹ Como única excepción, podríamos citar al profesor HELLNER. Véase HELLNER. The UN Convention on International Sales of Goods an Outsider's View. En *IUS INTER NATIONES: FESTSCHRIFT FÜR STEFAN RIESENFELD*, (Berkeley-Kolner Rechtsstudien, 1983) págs. 99-100. Citado en ZIEGEL, Jacob. The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention, *op. cit.* Nota 115.

¹⁴² *Delchi Carrier v. Rotorex* United States District Court for the Northern District of New York, 9 September 1994. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>.

¹⁴³ En similar sentido, SAIDOV, Djakhongir. Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>, notas 73 y 74 y texto correspondiente.

¹⁴⁴ Aunque no serán objeto de atención pormenorizada, se han dado otros supuestos donde se presentó un supuesto de *loss of volume*. Por ejemplo, en el caso decidido por el Handelsgericht Aargau (Suiza), el 26 de septiembre de 1997, caso CLOUT n.º 217, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/970926s1.html>, un vendedor alemán fabricó varios lotes de cubiertos para un comprador suizo que, posteriormente, se negó a recibirlos. El tribunal apreció que existía un contrato válidamente celebrado entre las partes y que, por tanto, el vendedor tenía derecho a percibir un 10 por 100 del

chtshof (Tribunal Supremo austriaco) ¹⁴⁵. El alto tribunal tuvo que decidir un caso donde el objeto del litigio era un contrato por el cual una parte (vendedor alemán) se comprometió a fabricar y vender joyería a un comprador austriaco. En lo que se refiere al objeto de estudio por este trabajo, el tribunal realizó un interesante razonamiento. En primer lugar, el tribunal estima que, en los supuestos donde los vendedores cuyo negocio es el comercio de bienes como aquellos que constituyen el objeto del contrato resuelto, el vendedor siempre será capaz de concluir contratos a precio de mercado. La única ventaja que se obtendrá de una situación de resolución contractual es el no tener que comprar bienes adicionales para concluir la siguiente transacción. Por tanto, la diferencia entre el precio del contrato y los costes que el vendedor se ahorra (básicamente, los costes de los bienes que vende al tercero) ¹⁴⁶ será el importe de los daños y perjuicios sufridos por el vendedor como resultado del incumplimiento ¹⁴⁷. Hasta aquí, el tribunal razona (con muy buen criterio, a nuestro juicio) la naturaleza de la pérdida del vendedor.

Sin embargo, también resulta muy interesante la introducción del concepto en el articulado de la Convención. El tribunal afirma que, en un supuesto de resolución del vínculo contractual, el vendedor, y aquí está lo interesante del razonamiento, *tiene la opción* de pedir daños y perjuicios sobre la base del artículo 75 o del artículo 76. No obstante, nada en dichos preceptos le impide basar su cálculo en la regla del artículo 74 ¹⁴⁸. Por tanto, el tribunal establece un razonamiento similar al que defendíamos unas líneas más arriba: el artículo 74 de la Convención no solo funciona como principio general, sino también como cláusula de escape cuando las medidas de los artículos 75 ó 76 son

precio de venta como daños y perjuicios, entendiendo que resultaba previsible para cualquier comprador que el vendedor dejara de percibir tal beneficio. Sin embargo, en este caso, la argumentación del tribunal no resulta clara en cuanto a si el diez por ciento del precio de venta supone exclusivamente el margen comercial, o bien si incluye también los costes incurridos. Asimismo, no resulta claro de dónde procede dicho porcentaje, y no se discute si los extremos relativos a la pérdida de volumen de ventas han resultado probados (algo que la opinión disidente se apresura a poner de manifiesto). Por todo ello, no se la ha incluido como objeto de un estudio más exhaustivo en el presente trabajo. Asimismo, en la decisión del Tribunal Popular Intermedio de Amoy (China), de 31 de diciembre de 1992, se estimó que la ganancia dejada de obtener por el vendedor equivalía a la diferencia entre el precio del contrato y el precio del contrato celebrado con su proveedor (coste), si bien el tribunal no entró en excesivas consideraciones. Véase *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Artículo 74, nota 92*. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/cisg.html. De igual modo, en el laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Estocolmo, 1998, el tribunal consideró, si bien no de forma excesivamente clara, que el lucro cesante del vendedor era igual al beneficio dejado de obtener en dicha venta. *Vid. Compendio..., op. cit. nota 92*; Por último, en el caso *Bielloni castello v EGO*, en su sentencia de 26 de enero de 1995, el Tribunale di Milano (Italia) hizo notar que la indemnización por venta perdida, o por pérdida de volumen de ventas, resulta incompatible con una indemnización en virtud del artículo 75 CNUCCIM, opinión con la que coincidimos plenamente, si bien el desarrollo de la decisión no es excesivo. *Vid. Compendio..., op. cit. nota 93*.

¹⁴⁵ Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000428a3.html>.

¹⁴⁶ Básicamente, añade el tribunal, esto se corresponde con el margen de beneficios del vendedor.

¹⁴⁷ POSCH, Willibald; PETZ, Thomas. Austrian Cases on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2002) págs. 22-23. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>. *Vid.* también, en el mismo sitio, el resumen (*abstract*) preparado por Christian MOSSER. Asimismo, dicho caso se pone como ejemplo de supuesto de daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas en SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, op. cit.*

¹⁴⁸ POSCH, Willibald; PETZ, Thomas. Austrian Cases on the UN Convention on Contracts, *op. cit.*, págs. 22-23. Véase también el *abstract* de Christian MOSSER.

inadecuadas ¹⁴⁹. No obstante, el tribunal va incluso más allá, afirmando que dichos preceptos son, en realidad, optativos, por lo que, en un supuesto de resolución contractual, el vendedor (en nuestro caso) tendría, en realidad, tres opciones: la del artículo 76, la del artículo 75 y la del artículo 74. Esta interpretación no deja de tener lógica, en el sentido de que los artículos 75 y 76 funcionan para «facilitar», en cierta medida, la prueba de los daños al vendedor, de modo que no deberían convertirse en límites a su solicitud de daños y perjuicios, siempre y cuando el vendedor pueda demostrar la naturaleza y, hasta un punto razonable, la cantidad de dichos daños y perjuicios.

4. El conflicto con el deber general de mitigar o reducir la pérdida.

En el tratamiento de los daños y perjuicios por pérdida de volumen en el contexto de las disposiciones sobre daños y perjuicios de la Convención de Viena hemos llegado a la conclusión de que el principio general de compensación íntegra debe ilustrar la interpretación de las demás disposiciones del Convenio para flexibilizarlas ¹⁵⁰. Ahora bien, deberíamos preguntarnos qué ocurriría si la pérdida de volumen interfiriera no con disposiciones concretas, sino con principios generales de la Convención sobre daños y perjuicios. Tal es el caso del deber de reducir la pérdida (*mitigation of damages*).

Este deber se recoge en el artículo 77 de la Convención, según el cual:

Artículo 77.

«La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.»

Este precepto establece el deber de la parte perjudicada de reducir, hasta donde sea razonable, la pérdida derivada del incumplimiento contractual ¹⁵¹. Si bien no se trata de un principio general aplica-

¹⁴⁹ En este sentido, véase CISG-AC *Opinion N.º 6, Calculation of Damages under CISG Article 74*. Rapporteur: Professor John Y. GOTANDA, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Disponible en http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html#*, donde se afirma que «if the seller was capable of selling to multiple buyers, then the second transaction would not be a substitute for the first, but simply a second sale. Therefore, damages measured under the traditional formula would be "inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done", and the aggrieved party should be able to recover damages for lost sales volume».

¹⁵⁰ De modo que el artículo 74 funcionaría bien como cláusula de escape cuando las otras disposiciones no fueran adecuadas, o bien convertiría las otras disposiciones en optativas para la parte perjudicada, lo cual se ve favorecido por el lenguaje de los artículos 75 y 76, según los cuales el perjudicado «podrá» reclamar los daños y perjuicios de acuerdo con los mismos.

¹⁵¹ KNAPP, Victor. En BIANCA, Cessare Máximo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*, op. cit., pág. 560; LOOKOFKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, op. cit., pág. 156-157; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, op. cit., pág. 457; SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manz, 1986, pág. 99; PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Comentario al artículo 77*, op. cit.

ble a toda la Convención¹⁵², sí que resulta aplicable a los daños y perjuicios. En este sentido, se plantea un problema en el supuesto de la pérdida de volumen, pues ¿Cómo puede reducir la pérdida un vendedor con pérdida de volumen? Este problema ya se planteó en relación con este tipo de daños y perjuicios por los autores de los Estados Unidos. Si bien no hemos tratado esta cuestión con anterioridad, no es menos cierto que no constituyó nunca la principal objeción planteada, por lo que aprovechamos para tratarlo en el ámbito de la Convención de Viena, donde ha sido tratado con cierto cuidado.

Y el problema no es baladí, puesto que, *a priori*, un vendedor con pérdida de volumen puede hacer bien poco para reducir sus pérdidas. Dado que, generalmente, la conducta exigida para reducir las pérdidas consiste en efectuar una transacción sustitutiva¹⁵³, y que dicha transacción no es posible en el supuesto de la pérdida de volumen, puesto que la transacción acometida no será una transacción de reemplazo de la incumplida como veíamos antes, es difícil imaginarse la aplicación del principio de reducción de la pérdida en el contexto de un vendedor con pérdida de volumen¹⁵⁴. De

¹⁵² El profesor HONNOLD presentó una propuesta dirigida principalmente a que el deber de reducir la pérdida fuese aplicable a otros remedios, principalmente el cumplimiento específico, para evitar que dicho remedio fuese invocado en situaciones donde fuese completamente irrazonable. *Vid* HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.*, págs. 462-463; ZIEGEL, Jacob *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, *op. cit.*, págs. 9-41 y 9-42; KNAPP, Victor. En BIANCA, Cessare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*, *op. cit.*, págs. 564-565.

¹⁵³ KNAPP, Victor. En BIANCA, Cessare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*, *op. cit.* pág. 560; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.* pág. 457; LOOKOFSKY, Joseph. *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *op. cit.* págs. 156-157; PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Comentario al artículo 77*, *op. cit.*; SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manz, 1986, pág. 99. Supuestos donde se ha planteado: SCH-4366. Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien (Viena), Austria. 15 de junio de 1994; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 6 de junio de 2000 (donde, si bien se realizó una compra de reemplazo, esta no se concluyó en términos razonables, pues el precio era demasiado elevado); Cour d'Appel de Colmar (Francia), 12 de junio de 2001; Oberlandesgericht Hamm, 22 de septiembre de 1992; Landgericht Berlin, 15 de septiembre de 1994; Oberlandesgericht Hamburg (Alemania) 28 de febrero de 1997; Oberlandesgericht Celle (Alemania), 2 de septiembre de 1998; Audiencia Provincial de Barcelona (España) de 2 de febrero de 2004; En la sentencia del Tribunal Supremo (España), de 28 de enero de 2000, se afirmó que el vendedor perjudicado debía concluir la transacción sustitutiva aunque fuese con el mismo comprador bajo una oferta diferente para cumplir con el deber de reducir la pérdida. Casos disponibles en www.unilex.info.

¹⁵⁴ Otros supuestos donde se plantea el deber de reducir la pérdida son, por ejemplo, en relación con el deber de conservación de las mercaderías (Iran-United States Claims Tribunal 28 de julio de 1989. *Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*); Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation, 10-02-2000. Si bien en este supuesto, más que la conservación de las mercaderías, se exigía del vendedor que hubiese acometido una transacción sustitutiva para evitar el deterioro (valga para entender que las medidas de reducción de la pérdida suelen estar relacionadas). *Vid*. Landgericht Düsseldorf Kammer für Handelssachen (Alemania) 25 de agosto de 1994, donde se planteó un supuesto donde el vendedor contrató a una agencia de cobros para cobrar su deuda, lo que, teniendo en cuenta que el vendedor no demostró que estuviese más cualificada que él para recuperar la deuda, supuso una infracción del deber de reducir las pérdidas (en igual sentido, la sentencia del Amtsgericht Tiergarten (Alemania), de 13 de marzo de 1997, y la sentencia del Amtsgericht Alsfeld (Alemania) de 12 de mayo de 1995 se consideró que los gastos incurridos en un abogado del país del incumplidor no eran recuperables. En Oberlandesgericht Munchen (Alemania) 8 de febrero de 1995, se consideró que la no fijación de un período adicional para el cumplimiento de las obligaciones podía suponer un incumplimiento del deber de reducir pérdidas. En Amtsgericht Munchen (Alemania) 23 de junio de 1995 se consideró que no avisar al vendedor de la urgencia con que se necesitan las mercancías puede suponer un incumplimiento del deber de reducir las pérdidas (si bien no existió tal infracción en el caso concreto). En la Sentencia del Landgericht Darmstadt (Alemania), de 9 de mayo de 2000, se consideró que no pedir al vendedor la información sobre productos que faltaban constituía una infracción del deber de reducir la pérdida. En la Sentencia del Bundesgerichtshof (Alemania) de 25 de junio de 1997 se consideró que los costes irrazonablemente incurridos para la eliminación de defectos no serían

este modo, será preciso, en primer lugar, plantearnos si existe alguna posible conducta que el vendedor pueda acometer para cumplir con este deber general.

Ya el profesor HARRIS, en su artículo de los años 60¹⁵⁵, se dio cuenta del problema que se podía plantear en relación con el vendedor con pérdida de volumen y el deber de reducir la pérdida. Por ello, entre las distintas condiciones que el autor sugería para apreciar la existencia de un vendedor con pérdida de volumen exigía plantearse si dicho vendedor habría podido recuperar parte del volumen perdido mediante algún ajuste en su forma de hacer negocios que hubiese incrementado la demanda de su producto. Ello implicaría que, si el vendedor, mediante una bajada de precios o un incremento de los gastos de marketing hubiese podido recuperar el volumen de ventas que perdió por el incumplimiento del comprador, entonces no sufriría daños y perjuicios por volumen de ventas, sino por los costes que dichos cambios hubiesen supuesto¹⁵⁶. El propio profesor HARRIS añade inmediatamente que, cuando los cambios supusieran o pudieran suponer demasiados inconvenientes para el vendedor, el deber de reducir la pérdida no exigiría dichos cambios, por lo que se apreciaría la existencia de una pérdida de volumen de ventas¹⁵⁷.

Son dos los comentarios que podemos hacer a las afirmaciones del profesor HARRIS. El primero, que, en nuestra modesta opinión, si bien el profesor HARRIS pone la salvaguarda de que los cambios no causen un perjuicio irrazonable, no estamos de acuerdo con este planteamiento. Si ya apreciar la situación de la pérdida de volumen exige un gran esfuerzo probatorio y un examen detenido de los hechos que, en numerosas ocasiones, puede exigir cierto conocimiento empresarial por el juzgador, someter a examen contradictorio si el vendedor habría podido o no incrementar sus ventas y en qué medida nos parece un ejercicio demasiado especulativo y excesivo para el juzgador. Además, estimamos que, en el lado del vendedor, supone una injerencia poco razonable. Si la política de ventas del vendedor era adecuada o no es algo que decidirá su éxito o fracaso empresarial en última instancia, pero no el juzgador, por lo que creemos que esta cuestión no es algo que pueda someterse a proceso probatorio.

En segundo lugar, si bien el profesor HARRIS pone de manifiesto que la relación entre la pérdida de volumen y el deber de reducir (mitigar) la pérdida supone uno de los puntos más controvertidos, el propio autor reconoce que existe una relación disyuntiva entre ambos. Es decir, según la explicación empleada, habría que comprobar si el vendedor podría razonablemente haber incrementado su volumen de ventas. Caso de que fuera así, los daños y perjuicios consistirían en los costes incurridos. Caso de que fuera irrazonable, los daños y perjuicios consistirían en el beneficio dejado de obtener en la transacción, debido a la pérdida de volumen¹⁵⁸. En definitiva, lo que el profesor HARRIS

recuperables por aplicación del artículo 77. En la Sentencia del U.S. District Court, N.D., New York (Estados Unidos) de 9 de septiembre de 1994. *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.* Se consideró que los costes derivados de acelerar la entrega de compresores de aire acondicionado ya encargados a un tercero para que sirviesen de sustitutos a los de la transacción incumplida no suponía una infracción del deber de reducir la pérdida (casos disponibles en www.unilex.info). En definitiva, ninguno de estos supuestos se acerca ni lo más remoto al nuestro.

¹⁵⁵ HARRIS, Robert J. A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract. *Michigan Law Review*. n.º 60, 1961-1962, págs. 578-610.

¹⁵⁶ HARRIS, Robert J. A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract, *op. cit.*, págs. 600-601.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

propone no es una manera de apreciar la pérdida de volumen y la reducción de la pérdida mediante una conciliación de ambos, sino la disyuntiva entre la posibilidad del lucro cesante (pérdida de volumen) y la posibilidad de transformar el lucro cesante (pérdida de volumen) en daño emergente (costes incurridos para incrementar ventas) a través de una actividad que correspondería al deber de reducir la pérdida. Es decir, el deber de reducir la pérdida, según el profesor HARRIS, solo serviría para transformar lucro cesante en daño emergente¹⁵⁹, pero ambas cosas serían incompatibles¹⁶⁰.

Por tanto, estimamos muy útil el estudio del profesor HARRIS, que nos permite concluir que, salvo algún supuesto que no se haya planteado hasta ahora (no podemos olvidar que la casuística está llena de ellos) la reducción de la pérdida no es posible en el supuesto de lucro cesante por pérdida de volumen de ventas¹⁶¹.

Esta conclusión no puede dejar de parecernos inquietante, puesto que supondría enfrentar un criterio de medición de daños y perjuicios cuyo uso aún es incipiente, con uno de los principios generales sobre daños y perjuicios, no solo reconocido, sino consagrado específicamente en el articulado de la Convención. No obstante, estimamos que la respuesta a la duda de si la pérdida de volumen puede aguantar esta confrontación debe ser positiva. Y ello debido a la redacción del artículo 77. Dicho precepto habla de la necesidad de adoptar «medidas que sean razonables atendidas las circunstancias». Esta redacción presupone que habrá ocasiones en las que será posible adoptar medidas para reducir la pérdida, mientras que habrá otras en las que no será posible. Y todo parece indicar que, si en el supuesto de la pérdida de volumen de ventas no es posible reducir la pérdida, el artículo 77, que no exige medidas irrazonables, no puede exigir las imposibles¹⁶².

En el caso ante el Tribunal Supremo de Austria que referimos anteriormente se planteó este problema. El comprador alegó que, al no vender los bienes del primer contrato a un tercero el vendedor estaba infringiendo su deber de reducir las pérdidas. No obstante, el tribunal entendió que, caso de que el vendedor vendiese los bienes a un tercero para evitar perder el beneficio de la transacción, perdería, a su vez, el beneficio de la transacción con el tercero, que habría concluido de todas formas. Vendiendo los bienes de la transacción con el tercero a otra parte, perdería, a su vez, el benefi-

¹⁵⁹ Con lo que desaparecería la situación de pérdida de volumen.

¹⁶⁰ En otro sentido, más arriba indicábamos que uno de los indicios que nos permitía descartar al vendedor como uno con pérdida de volumen de ventas era el hecho de que incrementara sus esfuerzos de ventas, puesto que ello indicaba que dichos esfuerzos iban encaminados a realizar una venta de reemplazo y que ambas transacciones, la repudiada y la siguiente estaban relacionadas. Si extrapolamos este supuesto al de los fabricantes o intermediarios a gran escala, tenemos que es similar al propuesto por el profesor HARRIS: el vendedor trata de esforzarse en recuperar volumen de ventas. No obstante, lo que a pequeña escala (de dos transacciones) podía parecer razonable, puesto que el objeto de estudio se reducía, a gran escala no lo resulta tanto puesto que la complejidad de estudiar si las técnicas empresariales y de ventas del vendedor son adecuadas nos parece excesivamente especulativo.

¹⁶¹ En este sentido, en relación con la Convención de Viena, véase SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *op. cit.*

¹⁶² En un sentido similar, el autor SAIDOV entiende que la situación de la pérdida de volumen y el deber de reducir la pérdida son incompatibles puesto que, en el momento en que el vendedor encuentre alguna manera de reducir la pérdida, ya no será un vendedor con pérdida de volumen. Por consiguiente, hay que aceptar que hay supuestos donde dicho principio no tiene cabida, puesto que se trata de situaciones donde no hay ninguna medida «razonable» que se pueda adoptar. Véase SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *op. cit.*

cio de la transacción con esa otra parte, y así sucesivamente ¹⁶³. Por tanto, la conclusión del tribunal es que se llegaría al mismo resultado aplicando la regla de la transacción sustitutiva, puesto que, al final, siempre quedaría una transacción menos. No obstante, preferimos entender, como dijimos antes, que, simplemente, en un caso de daños y perjuicios por pérdida de volumen de ventas, no existe la posibilidad de reducir la pérdida puesto que no existe la posibilidad de una transacción sustitutiva.

VI. LUCRO CESANTE Y PÉRDIDA DE VOLUMEN DE VENTAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Una vez hemos realizado el estudio de la indemnización por pérdida de volumen de ventas en contextos relativamente acostumbrados a razonamientos de índole económica o empresarial, resulta en extremo interesante plantear la posibilidad de aplicar el criterio de la pérdida de volumen de ventas en un marco con una lógica jurídica más estricta, como el del Derecho español. Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, esta cuestión no parece haber despertado un excesivo interés en la doctrina ¹⁶⁴, lo cual, *a priori*, dificulta aún más si cabe su recepción por parte de los tribunales.

Como introducción, es preciso señalar que en nuestra jurisprudencia existen, como no podía ser de otro modo, diferencias en la apreciación del daño emergente respecto del lucro cesante ¹⁶⁵. El daño emergente constituye un daño real y efectivo, mientras que el lucro cesante indemniza la ganancia dejada de obtener ¹⁶⁶. Por tanto, dado que la prueba total del lucro cesante no es posible, la misma debe basarse en indicios, que permitan presumir que los acontecimientos habrían sucedido de una determinada manera en caso de no haber ocurrido el suceso dañoso ¹⁶⁷.

Nuestro Tribunal Supremo emplea el test de la probabilidad para presumir un determinado curso de los acontecimientos ¹⁶⁸. No obstante, este test aún sigue resultando excesivamente indeterminado, pues no se precisa el grado de probabilidad que debe establecerse para poder presumir que las circunstancias se habrían desarrollado de uno u otro modo. Por tanto, dentro del test general de la probabilidad, se podría concluir que nuestra jurisprudencia aplica un estándar restrictivo al respecto. En efecto, para poder apreciar el lucro cesante, los tribunales entienden que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy proba-

¹⁶³ Sentencia del Oberster Gerichtshof (Austria), de 28 de abril de 2000.

¹⁶⁴ Algunas excepciones de las que tenemos constancia son las siguientes obras: ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Derecho mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pág. 228, donde se trata el *loss of volume* en el contexto de la Convención de Viena; SOLER PRESAS, Ana. «La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa». Pamplona: Aranzadi, 1998, págs. 223-228; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización». *Anuario de Derecho Civil* (1989), págs. 1.143-1.168, donde se trata el problema de la compatibilidad en nuestro Derecho entre la resolución contractual y la indemnización de daños que tenga por objeto el interés del perjudicado en la prestación.

¹⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida núm. 123/2004, de 8 de abril, JUR 2002/214691.

¹⁶⁶ Artículo 1.106 del Código Civil español.

¹⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida núm. 123/2004, de 8 de abril, JUR 2002/214691.

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8094) y jurisprudencia citada en la misma, pues recoge el criterio general.

bles, en la mayor aproximación a su certeza efectiva¹⁶⁹. En un contexto relativamente exigente y poco receptivo con los argumentos extrajurídicos pertenecientes al mundo empresarial, sería razonable pensar que el margen de beneficios como criterio de fijación de lucro cesante resulte de difícil admisibilidad y, por tanto, poco atractivo para utilizarse como base jurídica de una demanda de indemnización.

En efecto, así parecía resultar en el pasado. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8687)¹⁷⁰ los demandantes fabricaron por encargo de los demandados una máquina laminadora. Tras pretender el pago sin éxito, los demandantes resolvieron el contrato y reclamaron daños y perjuicios por la diferencia entre el precio de venta y el coste de fabricación. Sin embargo, dicha solicitud de daños y perjuicios fue sustituida por el tribunal de instancia por los intereses del precio, sin que el tribunal acogiera la pretensión de los demandantes. Asimismo, como decíamos más arriba, la opción de solicitar el margen de beneficio como medida de daños y perjuicios no solo resultaba difícilmente admisible, sino poco popular incluso entre las partes demandantes; ello a juzgar por la circunstancia de que los actores se limitaron en el caso anterior a recurrir las fechas para el cómputo de los intereses, y no la negativa al resarcimiento del lucro cesante¹⁷¹.

Este parecía ser el estado de la cuestión, hasta que una serie de casos posteriores cambiaron la línea argumental. En dichos casos los tribunales españoles admitieron los daños y perjuicios y el lucro cesante como la pérdida del margen de beneficio en la transacción¹⁷². De este modo, el Tribunal Supremo reconoció en 1992 la posibilidad de calcular la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante mediante el margen de beneficios del vendedor/prestador del servicio. En su Sentencia de 25 de marzo de dicho año¹⁷³ tuvo que decidir un caso en el que una empresa eléctrica (Empresa Nacional de Electricidad, SA («ENDESA»)), compradora, contrató con una empresa minera, «Val-

¹⁶⁹ SSTs de 8 de julio (RJ 1996/5662) y 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/7235). Asimismo, todo ello siempre que acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico. El estándar «muy probable», o de aproximación a la «certeza efectiva» parece ciertamente más exigente que el estándar de «certidumbre razonable» o *reasonable certainty* manejado por las jurisdicciones de *common law*. Véase SCHNEIDER, Eric C. Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, 16 *Journal of International Business Law*, 1996. También disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/schnedr2.html>. Una cuestión que permanece sin respuesta es si el estándar de certidumbre se considera una cuestión sustantiva o procesal y, por consiguiente, cuál sería la ley aplicable a la misma, por ejemplo en supuestos donde la Convención de Viena resulta aplicable en combinación con la legislación procesal de un Estado. Para un estudio de esta cuestión, vid. SAIDOV, *Djakhongir Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, op. cit. notas 303 y ss. y texto correspondiente, así el caso *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corporation*, United States District Court for the Northern District of New York, 9 September 1994, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>, o la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 24 de octubre de 1980.

¹⁷⁰ Véase SOLER PRESAS, Ana. «La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa», op. cit., pág. 226. Asimismo, vid. el comentario del profesor PANTALEÓN PRIETO a la sentencia: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización». *Anuario de Derecho Civil* (1989), págs. 1.143-1.144.

¹⁷¹ De este modo, debido a la negativa de los demandantes a recurrir la negativa al lucro cesante no nos fue posible conocer lo que el Tribunal Supremo habría podido decir al respecto. SOLER PRESAS, Ana. «La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa», op. cit., pág. 227.

¹⁷² El profesor PANTALEÓN PRIETO recoge en su artículo antes mencionado otras decisiones del Tribunal Supremo en las que se va gestando la nueva línea jurisprudencial. Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización», op. cit., págs. 1.153-1.165. A ellas nos remitimos para un estudio de la génesis del beneficio esperado de la transacción como medida indemnizatoria en caso de resolución contractual, centrándonos en el presente trabajo en las decisiones que lo reconocen expresamente.

¹⁷³ RJ 1992/2286.

delecina Minera SA», la entrega de varias toneladas de carbón para la producción de electricidad. La empresa eléctrica incumplió, por lo que el contrato quedó resuelto. La empresa minera, demandó a la eléctrica solicitando el precio del contrato como daños y perjuicios.

El razonamiento del tribunal es propio del Derecho español donde, al contrario que en el Derecho de los Estados Unidos, la reclamación del pago del precio no constituye una acción de daños y perjuicios ¹⁷⁴, sino una acción de cumplimiento específico. Eso es lo que entiende la parte demandada y el tribunal ¹⁷⁵, de modo que la empresa eléctrica se defiende diciendo que, puesto que lo que se pretende es el pago del precio, este debe supeditarse a la entrega del carbón ¹⁷⁶. El tribunal finalmente entiende que la solicitud de pago del precio por la parte demandada no es correcta, pues para ello debería haberse solicitado el cumplimiento específico en la demanda, por lo que estima que tampoco es posible exigir el pago del total del precio a la demandada ¹⁷⁷. Con todo, una vez efectuado este razonamiento, el tribunal otorga a la parte demandante el derecho a percibir «**el equivalente al beneficio que hubiera obtenido la actora de haberse realizado el suministro correspondiente a 1985** –no se ha probado ningún otro perjuicio–, pero no el total precio del carbón cuyo suministro no aceptó "ENDESA"», aceptando como medida de los daños y perjuicios el beneficio de la transacción.

Esta postura ha sido confirmada por las decisiones de otros tribunales menores. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de febrero de 2001 ¹⁷⁸, donde el demandante era un instalador de ascensores, «Thyssen Boetticher S.A.», y los demandados una comunidad de propietarios. Al igual que en el caso anterior, la demandante reclama el pago del precio del contrato puesto que, alega,

¹⁷⁴ La acción para el pago del precio se incardina en la Sección 2-709, entre las correspondientes a los daños y perjuicios (Secciones 2-706 a 2-710). La Sección 2-709 reza como sigue:

§ 2-709. *Action for the Price.*

- (1) *When the buyer fails to pay the price as it becomes due the seller may recover, together with any incidental damages under the next section, the price*
 - (a) *Of goods accepted or of conforming goods lost or damaged within a commercially reasonable time after risk of their loss has passed to the buyer; and*
 - (b) *Of goods identified to the contract if the seller is unable after reasonable effort to resell them at a reasonable price or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing.*
- (2) *Where the seller sues for the price he must hold for the buyer any goods which have been identified to the contract and are still in his control except that if resale becomes possible he may resell them at any time prior to the collection of the judgment. The net proceeds of any such resale must be credited to the buyer and payment of the judgment entitles him to any goods not resold.*
- (3) *After the buyer has wrongfully rejected or revoked acceptance of the goods or has failed to make a payment due or has repudiated (Section 2-610), a seller who is held not entitled to the price under this section shall nevertheless be awarded damages for non-acceptance under the preceding section.*

¹⁷⁵ Fundamento de Derecho Primero, párrafo segundo. «*Sucede que, en realidad –y no obstante decirse en la sentencia que "el pago de la hipotética cantidad de carbón indebidamente dejada de percibir, no constituye indemnización de perjuicios, sino condena al cumplimiento de lo acordado"*».

¹⁷⁶ «*En consecuencia, sostiene "ENDESA" que, si de lo que se trata es de que se cumpla el contrato, debería recibir el carbón a cuyo pago se la condena y, por ello, entiende que deberá estimarse el motivo estudiado y supeditar su pago a la entrega efectiva del carbón que corresponda por "Valdelecina Minera SA"*».

¹⁷⁷ «*Así es aunque esta última conclusión no sea correcta ya que, no habiéndose solicitado en la demanda el cumplimiento del contrato, como antes se ha dicho, no es posible imponer ahora a la demandante la entrega del carbón y, dado el planteamiento de la sentencia, debe prosperar el motivo por la infracción del artículo 1.461, que es manifiesta.*»

¹⁷⁸ JUR 2001/162631.

tenía «derecho a que el contrato hubiere permanecido vigente hasta el 1999»¹⁷⁹. Si bien el tribunal le da la razón en este punto, también sostiene que «a los efectos de determinar el quantum indemnizatorio por tal incumplimiento, es de considerar que por la parte actora no se ha prestado ni ha estado dispuesta a prestar el servicio correspondiente a la contraprestación que hoy reclama»¹⁸⁰. Es decir, la empresa instaladora no estuvo dispuesta a cumplir su parte del contrato (una vez fue denunciado por la otra parte). Teniendo en cuenta este hecho, la parte demandante no puede reclamar el pago del precio, puesto que ello «supondría un enriquecimiento sin causa suficiente»¹⁸¹. Por ello, lo que el tribunal estima es que «el lucro cesante a que tiene derecho la actora es el constituido por el beneficio industrial»¹⁸².

Por consiguiente, nuevamente tenemos ocasión de comprobar que el tribunal no contrapone, en un extremo, la indemnización mediante el beneficio de la transacción y, en otro, la indemnización mediante la diferencia entre el precio de la transacción sustitutiva (pues la empresa instaladora podría haber empleado sus recursos en otra transacción). Lo que el tribunal contrapone a la indemnización mediante el beneficio¹⁸³ es el pago del precio de la transacción que, según su criterio (acertado a nuestro juicio) no sería correcto¹⁸⁴.

Finalmente, en otro caso, este de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 20 de diciembre de 2004¹⁸⁵, se dirime un asunto en el que la parte demandante, «Gallina Blanca Purina, SA», suscribió un contrato de distribución con la demandada, «Comercial Marfe, SA», por el cual la segunda se comprometía a comprar y distribuir los productos de la primera en la provincia de Tenerife. Los acuerdos alcanzados poseían bastante complejidad, por lo que no nos detendremos a analizarlos. Baste decir aquí que, en esencia, los acuerdos se basaban en unos objetivos de compras por la empresa demandada, que debía cumplir con la demandante. Como resultado de factores que cabía achacar a su responsabilidad, la demandada compró una cantidad inferior a la que debía comprar a la parte demandante. La cantidad reclamada por la parte actora consistía, pues, en la diferencia en valor entre las compras que la demandada debía haber realizado de la demandante, y las que efectivamente realizó.

El razonamiento realizado por el tribunal es análogo al de las dos sentencias descritas anteriormente, solo que con un mayor lujo de detalles, razón por la cual, estimamos, merece ser reproducido:

En este sentido, se solicita por la actora una indemnización por lucro cesante consistente en una cantidad equivalente al valor de la diferencia entre las compras realizadas por la demandada y las que debía haber hecho hasta alcanzar el objetivo de compras previsto para el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1996 y el 11 de marzo de 1997, reclamación que de admitirse, cuando menos, supondría un enriquecimiento injusto de la actora, que no habría tenido que efec-

¹⁷⁹ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ El tribunal añade en este caso el apelativo de «industrial».

¹⁸⁴ Quedaría por considerar si la inadecuación del remedio viene por el hecho de que se daría un supuesto de enriquecimiento injusto o, más bien, porque, al tratarse de un supuesto de cumplimiento específico, la parte que lo solicite debe haber cumplido su parte o estar dispuesta a cumplirla y hacerlo constar así en la demanda.

¹⁸⁵ Sentencia 503/2004. AC 2005/112.

*tuar contraprestación alguna por ello; en todo caso, lo que resulta cierto es que, por una parte, jamás se pactó tal condición, es decir, que la falta de consecución por la demandada de los objetivos de compras pactados tuviera como consecuencia la percepción por la actora del valor de la mercancía no adquirida por la demandada y, por otra parte, tampoco podemos perder de vista que la indemnización reclamada en concepto de lucro cesante no deriva sola o exclusivamente del incumplimiento de las obligaciones contraídas por la demandada, sino que **alguna responsabilidad le cabría en ello también a la actora, ya que fue ella la que optó, sin previo aviso, por resolver el contrato (en vez de exigir su cumplimiento) debiendo, por tanto, asumir las consecuencias que se derivan directamente de esa decisión, y que le sean imputables, como lo sería el hecho de que a partir de ese momento dejaba de suministrar sus productos a la demandada, debiendo tenerse en cuenta también que, en todo caso, estaríamos ante un incumplimiento relativo o cumplimiento defectuoso, al menos en lo tocante al incumplimiento por la demandada de los objetivos de compras, de lo que se podría derivar una aminoración de la indemnización.*** ¹⁸⁶

Nuevamente, observamos que los caracteres de las anteriores decisiones están presentes en esta. Por un lado, la reclamación del pago del precio por la parte actora ¹⁸⁷. En segundo lugar, el razonamiento del tribunal de la incorrección de dicha reclamación, con los argumentos de que supondría enriquecimiento injusto y, en segundo lugar, que, al haber optado la parte perjudicada por la resolución no puede reclamar después el cumplimiento. Por último, el tribunal también coincide con las sentencias anteriores en otorgar como indemnización el lucro cesante, consistente en el beneficio dejado de obtener en la transacción. Así:

«En consecuencia, como concluye el perito, el lucro cesante habría que determinarlo, si bien atendiendo a esa diferencia entre el objetivo pactado y las compras realizadas, pero no sobre el valor del montante total de las compras no realizadas, sino sobre "margen comercial" dejado de obtener por la actora, es decir, por la pérdida de beneficios o diferencia entre ingresos y gastos, referidos a las ventas no realizadas por Gallina Blanca, cuyo montante, según el perito, asciende a 37.960.505 pesetas, cantidad sobre la que habrá que hallar ese margen comercial no obtenido.»

Tras el examen de las decisiones de los tribunales existen algunos puntos sobre los que es preciso detenerse. En primer lugar, la compatibilidad en nuestro Derecho entre la resolución contractual y la indemnización del interés dejado de percibir en el contrato. En este sentido, resultaría posible efectuar dos lecturas distintas de las decisiones de los tribunales. De acuerdo con una lectura más conservadora, sería posible entender que la pretensión de los demandantes era de cumplimiento del contrato, pues reclamaban en todos los casos el pago del precio. Por ello, dado, por un lado, que la pretensión era de cumplimiento y, por otro, la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, basada en interdependencia y reciprocidad de las obligaciones, y que permite a una parte rehusar el cumplimiento de la obligación mientras la otra parte no cumpla con la suya ¹⁸⁸, el tribunal no otorgó el cumplimiento, pero sí el llamado «interés contractual positivo» ¹⁸⁹. *A contrario*, en el supuesto de

¹⁸⁶ Fundamento de Derecho Noveno.

¹⁸⁷ Pues la diferencia entre las compras realizadas y las compras que se debían haber realizado no es sino una diferencia entre **ingresos**, no de margen de beneficios.

¹⁸⁸ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. op. cit. pág. 692.

¹⁸⁹ *Ibidem* pág. 683.

que los demandantes hubiesen reclamado la resolución, el tribunal no habría podido otorgarles dicho interés contractual positivo, dado que el objetivo de la resolución es retrotraer los efectos al momento anterior a la conclusión del contrato. Al entenderse la resolución como un mecanismo compensatorio en sí mismo, no sería posible otorgar el interés contractual positivo, sino que, a lo sumo, podría otorgarse el llamado «interés contractual negativo»¹⁹⁰.

Sin embargo, estimamos que la lectura más correcta de las anteriores decisiones sería otra. Tal como entendemos los fundamentos de las sentencias, los tribunales aceptan la resolución como una circunstancia del caso. Dicha resolución se habría producido con carácter previo al procedimiento judicial, de modo que, en este aspecto, los tribunales únicamente proceden a confirmar la decisión que previamente han tomado las partes¹⁹¹. En segundo lugar, una vez aceptada la resolución, los tribunales examinan cuál habría sido el resultado de haberse cumplido el contrato, y establecen la indemnización en consecuencia. De este modo, la jurisprudencia admite la compatibilidad entre la resolución contractual y la indemnización consistente en el beneficio obtenido por el perjudicado de haberse cumplido el contrato¹⁹², y, automáticamente, fija la misma en el margen de beneficio esperado de la transacción. El primer aspecto de la línea jurisprudencial de nuestros tribunales resulta loable; el segundo, debe invitarnos a la cautela.

Ello constituye el segundo punto sobre el que nuestra jurisprudencia debe hacernos reflexionar. La lectura de las diferentes decisiones parece indicar que la admisión del lucro cesante en supuestos de resolución ha sido el resultado de un debate doctrinal tan elaborado que, una vez decantados por una posición, los tribunales han relajado la discusión acerca de la medida más adecuada para indemnizar dicho lucro cesante, admitiendo el margen de beneficio sin entrar en el también profuso análisis que ha caracterizado a la doctrina y jurisprudencia norteamericanas durante tantos años. Por ello, si bien no podemos más que estar de acuerdo con el giro de nuestros tribunales, tampoco debemos dejar de llamar la atención sobre la ausencia de discusión crítica del problema de la pérdida de volumen de ventas. Y ello porque una aplicación aleatoria de ambas reglas de cálculo, la que presume la existencia de una transacción sustitutiva y la que asume que lo que ha existido es una pérdida en el volumen de ventas, puede conducir a supuestos tanto de enriquecimiento como de falta de compensación.

Por ello, entre el criterio de los tribunales estadounidenses, que solo otorgan el margen de beneficio hipotético como cuantía de daños y perjuicios tras un dificultoso proceso probatorio y, por otro,

¹⁹⁰ Tal sería la visión de DELGADO ECHEVERRÍA. *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*, pág. 277; o JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*. Madrid, 1987. El «interés contractual negativo» consistiría en la indemnización de aquellos gastos incurridos como resultado de haber celebrado el contrato, y que tendría el propósito de asegurar que «retroacción» a la situación anterior a la conclusión del contrato fuese completa. Se trataría, pues, de un concepto similar al del *reliance interest* del Derecho anglosajón, que tiene por objeto indemnizar los perjuicios derivados de gastos incurridos «confiando» en que la prestación se cumpliría.

¹⁹¹ Esto concuerda con la evolución de la jurisprudencia española en este sentido, donde uno de los aspectos donde los tribunales han flexibilizado en mayor medida el sentido de la letra de la ley (en este caso, del art. 1.124 Código Civil) es en la posibilidad de que la resolución se realice de manera extrajudicial. Si bien la letra del artículo 1.124 del Código Civil está influida por la idea de que la resolución es un acto judicial, la jurisprudencia, con el objeto de facilitar la vida jurídica y el tráfico económico, ha admitido que la resolución se realice por medio de declaraciones de voluntad extrajudiciales, si bien ha puntualizado que son los tribunales a quienes les corresponde decidir si la resolución se efectuó de manera conforme a Derecho. *Vid.* DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. *op. cit.* pág. 703.

¹⁹² Conclusión ya apuntada por el profesor PANTALEÓN en su artículo antes mencionado. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Resolución por incumplimiento e indemnización». *op. cit.* págs. 1.167-1.168.

al razonamiento de los tribunales españoles, que admiten el cálculo de los daños y perjuicios mediante el margen comercial sin necesidad de prueba aparente, resulta preciso encontrar un término medio. Estimamos que el test para demostrar la existencia de pérdida de volumen de ventas sigue siendo válido. Por tanto, entendemos que los elementos que los tribunales deberían considerar antes de otorgar el margen de beneficios como indemnización de daños y perjuicios siguen siendo; en primer lugar, la capacidad de la parte demandante de acometer la transacción finalmente resuelta y la transacción concluida subsiguientemente (pues, de otro modo, esta última sería una transacción sustitutiva); en segundo lugar, que habría obtenido un beneficio en ambas transacciones; en tercer lugar, que ambas transacciones no estaban relacionadas.

Sin embargo, también entendemos que el estándar probatorio requerido por los tribunales norteamericanos puede resultar excesivamente oneroso. Por tanto, si bien consideramos que los dos primeros requisitos (demostrar la capacidad de acometer ambas transacciones o, en otras palabras, de atender la demanda, son un beneficio) deberían ser probados por el vendedor (prestador) ¹⁹³.

Sin embargo, estimamos que donde debería flexibilizarse la prueba es en la demostración del tercer requisito: la ausencia de correlación entre la transacción incumplida y la transacción adicional. Como hemos demostrado anteriormente, una vez aislada la relevancia de cada uno de los requisitos, la trascendencia de este es clave en la determinación del supuesto de pérdida de volumen, máxime teniendo en cuenta que, por su carácter etéreo, resulta difícil de demostrar. Por ello entendemos que resultaría saludable suavizar su prueba. Ello pasaría por entender que, si una empresa demuestra que maneja volúmenes razonables de transacciones intercambiables por la que resulta incumplida ¹⁹⁴ (entendiendo que los dos primeros requisitos se cumplen), existe una presunción de que las diferentes transacciones no están relacionadas y, por tanto, ha sufrido una pérdida en su volumen de ventas, por lo que debe ser indemnizada mediante el margen de beneficios de la transacción incumplida, siempre y cuando los datos de su contabilidad no indiquen otra cosa.

En tal caso, correspondería a la parte contraria demostrar, sobre la base de dichos datos que deberían estar a su disposición, que la actividad del vendedor/prestador tras el incumplimiento era anormal en el sentido de que estaba incrementando sus esfuerzos para «vender» el producto de la

¹⁹³ En cualquier caso, entendemos que un vendedor/prestador que lleve una contabilidad y gestión ordenadas está capacitado para demostrar si se encontraba en situación de acometer una transacción adicional. Probablemente, los tribunales también atenderían a las posibilidades de la empresa (que dependerán muchas veces de su tamaño y características) a la hora de exigir un mayor o menor nivel de detalle. Con todo, la intuición nos llevaría a pensar que una empresa de pequeño tamaño, que lleve contabilidad simplificada, no es susceptible de un supuesto de pérdida de volumen, que parece implicar una operativa de transacciones constantes y con un volumen de cierta entidad. No obstante, la práctica negaría la razón a aquellos que sostuvieran esta postura. En numerosas ocasiones, y mucho más desde la irrupción de las tecnologías de la información, pequeñas empresas, actuando de intermediarias, mueven volúmenes cada vez más elevados. Por tanto, estimamos que la precisión de la necesidad de tener en cuenta las posibilidades de la empresa (y el tipo de contabilidad que lleve) a los efectos de demostrar la situación de pérdida de volumen es necesaria.

¹⁹⁴ Decimos intercambiables porque no solo hay que atender al supuesto donde la empresa realiza siempre el mismo tipo de transacciones (ejemplo, fabricación y venta de componentes, venta de automóviles como ejemplos mas significativos) sino también a aquellos supuestos donde lo que la empresa realiza son transacciones de muy diversa índole (pensemos, como ejemplo extremo, en los servicios de consultoría) y lo que hace es distribuir sus recursos en los distintos proyectos. Entendemos, por tanto, que el concepto clave no debe ser que las transacciones sean de la misma naturaleza, sino que sean intercambiables en términos de recursos productivos. De otro modo, la pérdida de volumen no sería posible en el supuesto de prestación de servicios, lo que estimamos injusto, como explicaremos en las conclusiones.

transacción incumplida, por lo que debe atenderse a la regla de la transacción sustitutiva, más los costes incurridos en dicho esfuerzo ¹⁹⁵. Esta posición intermedia entre la de los tribunales norteamericanos y los españoles se acerca a la sostenida por los tribunales ingleses ¹⁹⁶, si bien no compartimos la tesis de la inversión de la carga de la prueba a través de la presunción de que un operador medio en el mercado posee capacidad para satisfacer la demanda ¹⁹⁷ y entendemos que dicho requisito debería probarse con suficiente certidumbre.

VII. CONCLUSIONES Y PUNTOS PARA LA DISCUSIÓN

A lo largo de los diferentes apartados del presente trabajo, hemos analizado un supuesto, el de la pérdida de volumen de ventas, que resulta problemático desde numerosos puntos de vista. En primer lugar, como resulta del examen de los derechos continentales, para acoger la idea de la pérdida de volumen de ventas es preciso poner fin a las reticencias derivadas de la concepción del cumplimiento del contrato como la pretensión correcta, y la resolución como un supuesto poco ético, más cercano a la nulidad de los contratos que a una opción comúnmente adoptada por las partes en las transacciones comerciales. La superación de dichos planteamientos permite la posibilidad de combinar la opción por la resolución con la necesidad de compensar a una parte por aquello que legítimamente tenía derecho a esperar del contrato suscrito. Lo contrario supondría poner al perjudicado en una situación inaceptable, en la que, para obtener aquello por lo que contrató, sería preciso cumplir con una parte en la que no confía.

Sin embargo, también hemos comprobado que, una vez vencidas las reticencias conceptuales, la posibilidad de indemnizar el lucro cesante mediante el margen de beneficios dejado de percibir resulta muy sugestiva, de modo que es posible pasar por alto los restantes problemas que la misma plantea. Dichos problemas están relacionados con la aceptación, dentro del Derecho Privado, de argumentos propios de la lógica empresarial en una economía de mercado e, incluso, de las ciencias económicas ¹⁹⁸. En un sentido, la existencia de un mercado permite mitigar la pérdida derivada de la transacción resuelta vendiendo los bienes en el mercado y reclamando la diferencia. Por otro lado, las ciencias económicas presumen que todo vendedor se encuentra en una situación de equilibrio

¹⁹⁵ Como explicamos antes, se trataría del supuesto apuntado por el profesor HARRIS, en donde lo que ocurre es una transformación del lucro cesante en daño emergente por la vía de incurrir en costes adicionales para mantener el volumen de ventas. No olvidemos, con todo, que los perjuicios incurridos en este supuesto pueden ser superiores al lucro cesante, por lo que no está claro que la pérdida de volumen sea la mejor opción para el vendedor.

¹⁹⁶ Para una posición similar, *vid SOLER PRESAS, Ana. La Valoración del Daño en la Compraventa, op. cit.* pág. 227. Si bien entendemos que la posición de la autora sería algo más estricta y demandaría un mayor esfuerzo probatorio que la nuestra, la misma no realiza un énfasis especial en la necesidad de demostrar la ausencia de relación entre las diferentes transacciones, por lo que no resultaría muy alejada de lo que sostenemos en el presente trabajo.

¹⁹⁷ Posición tampoco compartida por SOLER PRESAS.

¹⁹⁸ La complejidad de los argumentos en contra de la indemnización por pérdida de volumen, así como su pertenencia a otras ciencias sociales distintas de las jurídicas supone que su toma en consideración resulte difícil para nuestros tribunales, que de este modo pueden fácil y comprensiblemente pasarlas por alto y conceder indemnizaciones sobrecompensatorias. Con todo, hemos de decir que, dadas las objeciones que siempre se han planteado al concepto de pérdida de volumen de ventas, la tendencia ha sido la de restringir al máximo su apreciación, por lo que la hipótesis de que se haya infracomensado a numerosos vendedores/prestadores con pérdida de volumen de ventas es más probable que la hipótesis contraria de la sobrecompensación.

donde, de producir y vender una unidad más, lo hará con pérdidas, de modo que toda transacción concluida posteriormente debe ser sustitutiva de la transacción cancelada, pues de haberse ejecutado esta, la otra no se habría realizado, o se habría realizado a pérdida.

Las objeciones de índole económica no resultan tan difíciles de combatir, puesto que resulta razonable admitir la existencia de numerosos supuestos donde los productores no se encuentren en situación de equilibrio y, por tanto, puedan producir y vender más unidades obteniendo un beneficio. El problema estriba en que, en el Derecho actual, predomina la regla de cálculo de los daños y perjuicios como la diferencia entre el precio del contrato y el precio (real o hipotético) de una transacción sustitutiva. Esta opción legislativa, en modo alguno neutral, pues presume que, en caso de resolución, existe una venta de reemplazo, es la que debe ser destruida. Si antes decíamos que la aceptación sin más de la lógica persuasiva de otorgar el beneficio de la transacción como indemnización supone una causa de inquietud, la introducción de la lógica del mercado y la transacción sustitutiva en la legislación ha llevado la situación al extremo contrario.

Y ello porque la regla de cálculo mediante la transacción sustitutiva no solo no resulta neutral, sino que puede incurrir en una simplificación excesiva. Mientras los principios generales sobre daños y perjuicios se centran en el perjudicado como unidad relevante de imputación del perjuicio económico (perspectiva más general), las reglas específicas se centran en la transacción, como unidad relevante. Si bien ello puede resultar útil, supone asumir que el sujeto perjudicado, como unidad económica, no es más complejo que la serie de transacciones encadenadas que concluye. No obstante, entendemos que el conjunto (la empresa vendedora/prestadora de servicios) resulta más complejo que la suma de sus elementos (las transacciones completadas). Por ello, la referencia en las normas¹⁹⁹ a la posibilidad de percibir «daños adicionales», además de los calculados con arreglo a la transacción sustitutiva resulta, a nuestro juicio, insuficiente para abarcar esta complejidad, y estimamos, que la solución correcta es la de otorgar una mayor importancia a los principios que subyacen la lógica de los daños y perjuicios (el principio de compensación plena o *full compensation*) que a las reglas concretas para su aplicación, que no son sino simplificaciones de la realidad²⁰⁰.

Por ello, si bien estimamos que resulta preciso un proceso probatorio de los daños y perjuicios, también entendemos que la prueba debe ir encaminada a demostrar la existencia de una pérdida de volumen de ventas, no a destruir la presunción de la existencia de una transacción sustitutiva presente en el *Uniform Commercial Code* y en la Convención de Viena. De este modo, los esfuerzos probatorios deben dirigirse a demostrar la capacidad de satisfacer la demanda obteniendo un beneficio, no a demostrar que las transacciones no estaban relacionadas.

Asimismo, y como punto para la discusión, sería muy útil ampliar el debate sobre la pérdida de volumen a los supuestos de prestación de servicios. Si bien el ejemplo paradigmático de la pérdida de volumen de ventas es aquel en el que un vendedor (generalmente intermediario) que realiza constantemente transacciones con el mismo tipo de bienes ve resuelta una de estas, el supuesto tam-

¹⁹⁹ Tanto en las Secciones 2-706 y 2-708 (1) del *Uniform Commercial Code* como en los artículos 75 y 76 de la Convención de Viena.

²⁰⁰ En relación con la distinción entre principios y reglas, véase DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 2005, págs. 14-81.

bién podría plantearse en una empresa que venda bienes de tipos muy distintos, o bien que realice servicios de muy distinto tipo. Lo fundamental en estos casos sería comprobar si la empresa, mediante un empleo de los recursos no utilizados, o una mejor distribución de los utilizados podría acometer transacciones adicionales, de modo que el esfuerzo que se invertiría en aquella que resulte incumplida no es el esfuerzo que va a la transacción adicional, puesto que dicho esfuerzo podría o iría a esta aunque la transacción incumplida se llevase a cabo ²⁰¹.

Por último, también deseáramos plantear nuestras dudas sobre los supuestos «mixtos», esto es, en los que cabría percibir indemnización por cualquiera de los métodos. Ello puede ocurrir en primer lugar porque, pese a existir las condiciones para una pérdida de volumen, existe diferencia entre el precio pactado en el contrato incumplido y el precio de mercado o el precio de la siguiente transacción realizada por la parte perjudicada. En este caso, nuestra postura sería que la percepción de ambas indemnizaciones sería incompatible por cuanto el supuesto de la pérdida de volumen presupone la inexistencia de una transacción sustitutiva ²⁰². El segundo supuesto en el que ello podría acontecer es el de empresas que se hallasen cerca del límite de producción en margen de beneficios, de modo que, sin la transacción inicial, aún podrían acometer más transacciones (si bien no demasiadas), pero el incumplimiento de una les permite acometer otra de mucho mayor volumen. En este caso, si entendemos que la regla general es la de la transacción sustitutiva, sería este el método utilizado, si bien existirían problemas de cálculo si el volumen de una de las transacciones no se corresponde exactamente con el de la otra (habría que calcular el precio por unidad producida). Parece que esta sería la solución más razonable, pues de otro modo se otorgaría al perjudicado el beneficio de la transacción, beneficio que, en parte, estaría obteniendo dos veces, en la parte de la siguiente transacción que no podría haber acometido si la primera no se hubiese incumplido. Dados los problemas que supondría determinar la parte de la transacción adicional que no podría haberse acometido sin el incumplimiento, parece más sensato inclinarse por la regla de la transacción sustitutiva.

En definitiva, al margen de su interés intrínseco como categoría de daños, la pérdida de volumen de ventas supone un instrumento útil para comprender mejor las bases del sistema de indemnización de daños y perjuicios y, en particular, su aplicación práctica a las modernas transacciones comerciales.

²⁰¹ Pensemos en un supuesto extremo, en el que una compañía de consultoría concluye un contrato de externalización de servicios con una empresa ferroviaria, que requiere «X» horas de trabajo. Asimismo, dicha consultora posee otros contratos suscritos con empresas navieras, de telecomunicaciones etc. Si el contrato de externalización de servicios ferroviarios queda resuelto unilateralmente por el otro contratante y las «X» horas de personal presupuestadas para dicho proyecto van a un proyecto de externalización de servicios informáticos por una compañía de telecomunicaciones, horas que, de otro modo, no podrían invertirse en dicho proyecto, no existe pérdida de volumen, de modo que lo que la empresa deberá realizar es un estudio sobre el grado de beneficios de dichas horas comparadas con las del proyecto de telecomunicaciones, y la diferencia será percibida como daños y perjuicios. No obstante, si la empresa de consultoría no estaba operando a plena capacidad, de modo que en el *planning* de sus empleados cabrían las horas del proyecto de externalización de la compañía ferroviaria y las horas del proyecto de externalización de servicios informáticos de la compañía de telecomunicaciones, en ese caso existirá una pérdida de volumen.

²⁰² Aunque en un supuesto como el de la Convención de Viena algunos autores sugerirían la compatibilidad, puesto que basan la acogida del supuesto de la pérdida de volumen de ventas en la referencia a la posibilidad del perjudicado de percibir «cualesquiera otros daños» a los calculados mediante la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva. Como explicamos anteriormente, esta doble percepción de daños desvirtuaría el supuesto de la pérdida de volumen, que presupone la inexistencia de transacción de replazo. Más difícil sería el caso de los daños percibidos como la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado. No obstante, en este supuesto, entendemos que no se trata sino de un cálculo abstracto de los daños y perjuicios, tomando como base una hipotética transacción sustitutiva en condiciones de mercado por lo que, por principio, también nos inclinaríamos por la incompatibilidad.