



VNIVERSITATIS VALÈNCIA

Doctorat

«Qüestions actuals de Dret Mercantil»

## **INCUMPLIMIENTO Y REEMPLAZO**

**Bases para una teoría general de la operación de  
reemplazo en derecho español**

**JAIME ALCALDE SILVA**

Tesis para optar al grado de doctor en Derecho dirigida por  
el Profesor Dr. D. José Miguel Embid Irujo

**València, 2013**



*A mi madre*



# SUMARIO

## INTRODUCCIÓN

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN. II. METODOLOGÍA EMPLEADA. III. PLAN DE TRABAJO

### § 1.

#### **INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR**

I. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO GARANTÍA DE RESULTADO. 1. El alcance de la vinculación contractual. 2. La distinta construcción del programa de prestación y su convergencia en la idea de resultado. (a) El contenido de la prestación. (b) El riesgo de obtención de la prestación. 3. Recapitulación sobre el alcance de la obligación contractual como garantía de resultado. II. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS. 1. La fuerza obligatoria del contrato y el concepto de incumplimiento. 2. Los efectos del incumplimiento y la protección del acreedor. 3. Los remedios ante el incumplimiento y su tipología. III. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

### § 2.

#### **LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO**

I. LA TIPOLOGÍA DE LA SUSTITUCIÓN POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO. 1. La sustitución económica. La sustitución jurídica. 3. La sustitución negocial. II. LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS. 1. La pretensión de cumplimiento. (a) Las medidas dirigidas a lograr el cumplimiento del deudor en sus propios términos. (b) Las medidas sustitutivas del comportamiento del deudor. 2. La pretensión por el equivalente pecuniario: entre la autonomía procesal y la unidad del remedio indemnizatorio. (a) Los gastos en que ha incurrido el acreedor para satisfacer su derecho mediante un sustituto material de la prestación. (b) El equivalente pecuniario acordado en reemplazo de la prestación que no ha sido efectivamente ejecutada. (c) El resarcimiento de los daños sufridos por el ejecutante. 3. La operación de reemplazo. III.

EXCURSO: LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL REMEDIO INDEMNIZATORIO. 1. La imputación subjetiva: las esferas de riesgo del deudor. (a) El riesgo típico. (b) El riesgo previsible. 2. La imputación objetiva: necesidad y previsibilidad. (a) La necesidad del curso causal. (b) La previsibilidad del daño. 3. Recapitulación sobre el carácter objetivo de la responsabilidad contractual y sus consecuencias. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

### § 3.

#### **DELIMITACIÓN DEL REEMPLAZO EN DERECHO ESPAÑOL: CONCEPTO, RECEPCIÓN Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS REGLAS DE COBERTURA. II. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL. 1. El derecho mercantil. (a) Los contratos bursátiles. (b) La compraventa mercantil. 2. El derecho civil. 3. Las propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación. (a) La Propuesta de anteproyecto de ley sobre modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006). (b) La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009). III. ALGUNAS DISTINCIONES DE FIGURAS AFINES. 1. La ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo. 2. La ejecución por el acreedor con autorización judicial. 3. La ejecución con finalidad conservativa. 4. Los contratos de necesidad. 5. El contrato celebrado por el deudor para liberarse de una obligación de custodia. 6. El contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de la diligencia promotora. 7. Los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño. 8. El cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor. 9. El derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

**§ 4.**  
**LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA  
DE LAS REGLAS DE COBERTURA**

I. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO DEL CONTRATANTE INSATISFECHO. 1. La ejecución coactiva del contrato. 2. La sustitución del contrato incumplido. 3. La ejecución coactiva con carácter procesal. 4. La ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor. II. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE. 1. Una forma de valoración de los daños típicos derivados de la resolución por incumplimiento. 2. Una medida concreta de mitigación del daño contractual. III. OTRAS TEORÍAS. 1. Un instrumento *sui generis*. 2. Un modo especial de extinción del contrato incumplido. 3. Una aplicación de la gestión de negocios ajenos. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

**§ 5.**  
**UNA VALORACIÓN COMPARATIVA**

I. LA EJECUCIÓN COACTIVA DEL CONTRATO. II. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO. III. LA EJECUCIÓN COACTIVA CON CARÁCTER PROCESAL. IV. LA EJECUCIÓN PRIVADA DEL CONTRATO POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR. V. UNA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS TÍPICOS DERIVADOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. VI. UNA MEDIDA CONCRETA DE MITIGACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL. VII. UN INSTRUMENTO *SUI GENERIS*. VIII. UN MODO ESPECIAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO. IX. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS. X. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

**§ 6.**  
**UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN**

I. LA FUNCIÓN DE LAS REGLAS DE COBERTURA. 1. La eficacia de la sustitución. 2. El procedimiento de realización. II. LA ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO. III. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

**CONCLUSIONES/CONCLUSIONI**

**RESUMEN/RIASSUNTO**

## ABREVIATURAS

### I. FUENTES

ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
ACQP	<i>Acquis Principles</i>
ADHGB	<i>Allgemeine Deutsches Handelsgesetzbuch</i>
AHGB	<i>Allgemeine Handelsgesetzbuch</i>
ALR	<i>Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil (España)
CCom	Código de Comercio de 1885 (España)
CE	Constitución Española (1978)
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
CP	Código Penal (España)
Cod. Iust.	<i>Codex Iustinianus</i>
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Dig.	<i>Iustiniani Digesta</i>
ECC	<i>European Contract Code</i>
ET	Estatuto de los trabajadores
FV	<i>Fragmenta Vaticana</i>
Gai.	<i>GAIUS, Institutiones</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
Inst. Iust.	<i>Instituta Iustiani</i>
LC	Ley Concursal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación
LCTTM	Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías
LCS	Ley de sociedades de capital
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LH	Ley Hipotecaria
LHM	Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
LIVA	Ley del impuesto sobre el valor añadido



## ABREVIATURAS

---

LM	Ley de Marcas
LMLMOC	Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
LNA	Ley de navegación aérea
LODH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LP	Ley de Patentes
LPL	Ley de procedimiento laboral
LRDR	Ley reguladora del derecho de rectificación.
LSC	Ley de sociedades de capital
LTM	Ley de 22 de diciembre de 1949, de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque
NBW	<i>Nieuw Burgerlijk Wetboek</i>
OR	<i>Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)</i>
PACCom	Propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad
Part.	Las Siete Partidas
PCCR	<i>Projet de cadre commun de référence de Droit européen des contrats</i>
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PICC	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i>
PELS	<i>Principles of European Law on Sales</i>
PMCC	Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos
RDLGF	Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la

	productividad y para la mejora de la contratación pública.
RDLRT	Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo
RN	Reglamento Notarial
SGA-UK	<i>Sale of Goods Act (1979)</i>
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
ULIS	<i>Uniform Law on the International Sale of Goods</i>

## II. REVISTAS

AC	Actualidad jurídica
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJ	Actualidad Jurídica
ARAJL	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
CAJDP	Cuadernos de Análisis Jurídicos. Derecho Privado
CDJ	Cuadernos de derecho judicial
ERPL	European Review of Private Law
<i>InDret</i>	<i>InDret</i> . Revista para el análisis del Derecho
RChD	Revista Chilena de Derecho
RChDP	Revista Chilena de Derecho Privado
RCDI	Revista Crítica de derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDCom	Rivista di Diritto commerciale
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDPC	Rivista di Diritto Processuale Civile
RDUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso

## ABREVIATURAS

---

RDUDC	Revista de Derecho de la Universidad de Concepción
ReA	Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina
RGDP	Revista General de Derecho privado
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJUAM	Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
ReA	Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
RTDciv	Revue Trimestrielle de Droit civil
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

## III. COMENTARIOS OFICIALES

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, <i>Projet</i>	ASSOCIATION HENRI CAPITANT, <i>Projet de cadre commun de référence: Principes contractuels communs</i> , Paris, Société de Législation Comparée, 2008.
BAR/CLIVE, <i>Principles</i>	BAR, C./CLIVE, E., <i>Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)</i> , I, Munich, Sellier, 2009.
<i>CISG-AC Opinion No. 7</i>	<i>CISG Advisory Council Opinion No. 7: Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG</i> , Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia

- University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007.
- GANDOLFI, *Code européen*                      GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats. Avant-projet, Livre premier*, Milán, Guiffrè Editore, 1999.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias*                      GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*
- LANDO/BEALE, *Principios*                      LANDO, O./BEALE, H. (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, trad. de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- Lavori preparatori*                      *Lavori preparatorii del Codice de Commercio del Regno d'Italia*, Roma, Regia Tipografia, 1883.
- LENEL, *EP*                      LENEL, *Edictum perpetuum (= Essai de reconstitution de l'Edit Perpétuel)*
- UNCITRAL, *Comentarios*                      UNCITRAL, «Comentarios del Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparados por la Secretaría [Documento A/CONF.97/5]», en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. Documentos oficiales*, Nueva York, ed. propia, 1981, pp. 15-72.
- UNIDROIT, *Principios*                      UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, edición española bajo la dirección de Alejandro Garro, Roma, Thomson-Aranzadi, 2007.

# INTRODUCCIÓN

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN. II. METODOLOGÍA EMPLEADA. III. PLAN DE TRABAJO

## I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN

El objeto de esta investigación es el negocio de cobertura en derecho privado español. Es éste un tema de enorme importancia práctica, como lo demuestra la sostenida (aunque todavía escasa) jurisprudencia referida a la figura, sobre el que confluyen especiales dificultades de construcción sistemática y que, lamentablemente, no ha sido suficientemente desarrollado en sus aspectos esenciales por la dogmática.

La tesis que se pretende demostrar es que el negocio de cobertura no comporta un descubrimiento reciente de la literatura privatista y no encuentra su fundamentación última en la carga de mitigar las pérdidas que incumbe al acreedor como parte de la gestión del riesgo contractual que le corresponde. Tampoco posee autonomía dogmática suficiente para erigirse como un remedio autónomo de reacción ante el incumplimiento, por lo que su engarce en aquel sistema exige un reenvío a aquellos mecanismos que sí poseen una tipicidad más o menos clara.

Los remedios ante el incumplimiento pueden calificarse de primarios o secundarios según su incidencia sobre la prestación a la que se obligó el deudor. De la primera clase son la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria, porque deciden la suerte del contrato. La indemnización de perjuicios pertenece al segundo grupo, pues el acreedor reclama con ella una obligación nueva nacida del incumplimiento y cuya extensión viene delimitada por los daños causados y que son resarcibles conforme a su concreta disciplina. Con este trabajo se pretende defender la existencia de una regla de cobertura como método de valoración del daño contractual con independencia de su efectivo reconocimiento positivo, la que se endereza a facilitar la prueba del daño emergente sufrido por el acreedor a causa del incumplimiento.

Para ello, sin embargo, se ha de partir de un correcto entendimiento de la figura basado en la disección del completo fenómeno del reemplazo, inserto en un campo más amplio como es el de la sustitución, para separar aquello que es necesario de lo que es meramente contingente.

Este propósito exige demostrar que el negocio de cobertura no sólo comporta un mecanismo mediante el cual el acreedor satisface aquel interés concreto garantizado por el contrato y que se ha visto frustrado por el incumplimiento, sino que también tiene incidencia en la propia forma de concebir la relación obligatoria y su entorno. Concretamente, lo que con esta investigación se sugiere (y se espera demostrar) es que se puede reconstruir de forma más o menos sistemática los trazos de una disciplina general del negocio de reemplazo en el derecho privado español a partir del material que fragmentariamente proporcionan los textos legales vigentes, la jurisprudencia y el derecho comparado, disciplina que se comprende más cabalmente si la figura está correctamente incardinada en la sede dogmática que le corresponde dentro del derecho de contratos. De ahí la necesidad de volver primero sobre algunos conceptos previos, como el contenido obligacional y la fuerza obligatoria del contrato, o el incumplimiento y el sistema de remedios que el ordenamiento dispone para superarlo, con especial atención a la construcción del remedio indemnizatorio, que permiten sustentar el desarrollo de las ideas propiamente referidas a la operación de reemplazo.

Ésta es una empresa ardua y nuestras pretensiones no son excesivamente ambiciosas. Con ánimo exhaustivo, nuestra tarea debería consistir en conducir un estudio sobre el negocio de cobertura tal y como fue concebido y aplicado en los principales países representativos del derecho continental y del *Common Law* antes de la codificación de cada uno de esos derechos, para verificar la existencia o inexistencia de una facultad del acreedor para celebrar un negocio de sustitución con el propósito de procurarse aquella prestación que el deudor no cumplió en la oportunidad y forma debidas; y establecer enseguida en qué medida cada código o proyecto de tal se adaptó a esa facultad, y

con qué naturaleza y extensión fue recibida y posteriormente aplicada. Pero un trabajo así está fuera de nuestras perspectivas actuales y, por esa razón, se ha optado por atribuir al presente un carácter exploratorio y circunscrito a un particular derecho codificado, cuyas líneas generales describan la matriz disciplinaria del negocio de cobertura en el derecho privado español y, eventualmente, puedan servir como punto de partida para otros estudios posteriores, sin duda más completos y asertivos. Sin embargo, tal empeño carecería de la suficiente perspectiva si no se consideraren al mismo tiempo los distintos materiales que la historia y el derecho comparado entregan sobre la facultad del acreedor de sustituir la prestación incumplida y, particularmente, la de realizar dicha cobertura mediante un negocio de reemplazo. De ellos se pueden extraer claves e ideas de gran valor para modelar las reglas y principios conforme a los cuales se vertebraba aquella disciplina general del negocio de cobertura que cabe proponer para el derecho español.

## II. METODOLOGÍA EMPLEADA

Una materia tan vasta como la expuesta exige algunas elecciones previas para que la investigación pueda mantenerse dentro de los límites prospectivos que se han trazado.

La primera discriminación se refiere la cuestión abordada. Pese a la existencia de un núcleo común consistente en el recurso al mercado para satisfacer ahí el interés que el desenvolvimiento del programa de prestación no procuró al acreedor, la figura en estudio presenta dos arquetipos, cuya existencia hace preferible mentarla como operación antes que como negocio. Esta diferenciación es fundamental para comprender las teorías que se han formulado para explicar su naturaleza jurídica, y también es de gran utilidad para delinear las consecuencias jurídicas y materiales que se siguen de la celebración del nuevo contrato con que el acreedor persigue cubrirse del incumplimiento. Aunque se habrá de volver con más detalle sobre esta cuestión, cuando ya el núcleo común se haya separado de otras figuras similares,

conviene ahora esbozar someramente cuáles son estas dos modalidades de concreción de la operación de reemplazo, pues ellas ayudan a delimitar el campo de análisis. Dicho empeño supone referir, ante todo, el concepto que aquí se maneja de operación de reemplazo.

En términos generales, la operación de reemplazo comporta un expediente que permite al acreedor concluir provisionalmente la relación contractual incumplida, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias de ese incumplimiento. Con todo, este concepto preliminar es susceptible de adoptar dos concreciones diversas en atención a su forma de actuación, y que se podrían denominar, respectivamente, «reemplazo coactivo» y «negocio de reemplazo».

La primera de estas concreciones consiste en la facultad que tiene uno de los contratantes para hacer ejecutar la prestación incumplida por cuenta y riesgo de la otra parte y, generalmente, por intermedio de un oficial público. El acreedor dispone así, mediante un nuevo negocio jurídico, de aquella cosa del deudor que retiene o de la que está en posesión y que es objeto del contrato incumplido, o bien se procura directamente la prestación que debió ser ejecutada y no lo fue. Cualesquiera fuere la finalidad con que esta operación se realiza, existe un vínculo entre una cosa afecta al cumplimiento de un contrato y una deuda incumplida, el que explica que la figura comporte una forma de aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal con que la ley garantiza el cumplimiento de todo derecho de crédito.

El principio de fuerza obligatoria del contrato queda desprovisto de operatividad si no va acompañado de aquel que proclama la responsabilidad patrimonial universal del deudor y que convierte en verdaderamente realizable un derecho de crédito. Merced a este último, el contrato no sólo importa la fuente de unas obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes (artículos 1089, 1091 y 1278 CC), sino que hace que el deudor deba responder del cumplimiento de ellas con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 CC). La operación de reemplazo funciona, entonces, como un modo de concretizar esa garantía



universal respecto de un determinado bien, aunque con un grado menor de afectación que el que es propio de las garantías en sentido técnico. De esto se sigue que el bien atribuido al deudor en virtud del primer contrato funcione como objeto específico de una suerte de garantía funcional y, más importante todavía, de la realización forzosa (o voluntaria) de la obligación.

La segunda de las modalidades antes indicadas se caracteriza por la celebración de un contrato mediante el cual la parte afectada por el incumplimiento suple la conducta esperada de su contraparte, la que queda obligada a satisfacer, por concepto de daños, la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el contrato de cobertura. La diferencia con el reemplazo coactivo estriba en que, si bien en ambos existe la celebración de un negocio jurídico como medio de operar la sustitución de la prestación incumplida, la función que éste desempeña en uno y otro caso es distinta. Mientras en aquél el negocio comporta el medio por el cual se materializa el cumplimiento coactivo del contrato, en este segundo supuesto es el elemento que asigna sustancia al propio reemplazo. De ahí que quepa hablar cabalmente de la existencia de un negocio de reemplazo o de cobertura (o también en daño, sustitutivo o compensatorio), porque el nuevo contrato celebrado por el acreedor tiene precisamente esa finalidad: procurarle aquella prestación que no pudo obtener a través de aquel que originalmente había concluido con ese propósito, con traslación posterior de las consecuencias desfavorables que se siguen de esa cobertura.

La segunda discriminación que cabe efectuar guarda relación con la extensión que se asigna al derecho privado en cuanto disciplina de trabajo, dado que la operación de reemplazo viene estudiada aquí circunscrita al desenvolvimiento que ha tenido y puede tener en el derecho privado español. Esto implica: (i) que queda fuera cualquier aplicación que la figura pudiera tener en otras disciplinas jurídicas, principalmente el derecho público; y (ii) que la formulación de unas bases para una teoría general del negocio de cobertura se hace a partir del material normativo

existente en derecho español y de la doctrina jurisprudencial y científica que sobre él se ha ido produciendo. El reto está, pues, en aceptar el Código Civil y el Código de Comercio en actual vigencia tal y como son, y desde ellos construir una disciplina sobre el incumplimiento de nueva planta, donde encuentre acomodo la figura en estudio. Para ese fin se cuenta con la jurisprudencia que ha aplicado sus reglas a los asuntos sometidos a su conocimiento y con la sistematización y teorización que sobre ellas ha hecho la dogmática, sin olvidar el recurso al derecho comparado y a las propuestas de modernización del derecho español de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación cuando sea del caso.

A estos efectos, el derecho privado se toma en el cabal sentido de la expresión: como aquella parcela que tiene como materia propia las relaciones de orden temporal entre particulares basadas en la autonomía individual (sin perjuicio de ciertas materias excluidas por la existencia de un orden público de ordenación o de protección a su respecto) y regidas predominantemente por la justicia correctiva. Comprende, por tanto, el derecho civil, mercantil y del trabajo. En estos tres ámbitos, la operación de reemplazo tiene una cabida diversa. En el derecho mercantil, debido a la necesidad de contar con instrumentos adecuados de satisfacción de los intereses de las partes contratantes que no comprometan la celeridad del mercado, la figura recibió pronto desarrollo y se convirtió en un mecanismo típico dentro del régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento de los contratos mercantiles, particularmente de la compraventa. No ha ocurrido lo mismo con el derecho civil, cuya reticencia a aceptar la figura sólo parece parcialmente superada con su recepción por parte del nuevo derecho de la contratación. En el derecho del trabajo, por el contrario, la figura no es procedente por ciertas razones dogmáticas sobre las que se ahondará en su momento.

La tercera elección que se ha hecho al abordar esta investigación se refiere al ámbito concreto dentro del cual se analiza el desenvolvimiento de la operación de reemplazo, que

atañe a la sede dogmática en la que ella aparece por primera vez y se desarrolla. El derecho del acreedor a obtener en el mercado aquella prestación que esperaba del deudor (*ius vendendi*) tiene su origen en un pacto añadido a los contratos de prenda, compraventa y sociedad anónima, primero de forma expresa, después como cláusula de estilo y finalmente como un elemento sobreentendido. Sin embargo, en cada uno de esos ámbitos la función de la facultad reconocida al acreedor es diversa, y sólo entre los dos últimos cabría encontrar ciertas coincidencias parciales. Eso explica que el derrotero de cada una de esas aplicaciones no haya sido coincidente y tuviese resultados prácticos distintos.

La aplicación que ahora interesa es la que se mienta habitualmente como «operación de reemplazo» o «negocio de cobertura», y que suele ser tratada a propósito de los contratos de compraventa y de adquisición de bienes y servicios. Se trata ciertamente de una figura que la codificación francesa, a cuyo ejemplo se modelaron buena parte de las restantes habidas en el siglo XIX, no incluyó dentro del elenco de remedios ante el incumplimiento contractual, pese a que el reconocimiento de la facultad de celebrar un contrato sustitutivo estaba presente en las obras de los epígonos que sirvieron de material de trabajo para las comisiones que prepararon los códigos civil y de comercio sancionados, respectivamente, en 1804 y 1807. La utilización de unas reglas demasiado abstractas con que se pretendían regular los contratos en general y la compraventa en particular demostró al poco tiempo la insuficiencia del modelo y la necesidad de poner a disposición del acreedor mecanismos de defensa de su derecho de crédito de más pronta y eficaz actuación, muchos de ellos ya utilizados en el derecho intermedio.

Fue, empero, en materia mercantil donde estos nuevos remedios, redescubiertos después de la preterición que había hecho de ellos la codificación de cuño racionalista, comenzaron a desarrollarse, ora sobre la base de una paulatina jurisprudencia que los fue reconociendo y precisando sus contornos, ora merced a su inclusión en los nuevos textos legales que la andadura del

siglo XIX y la complejidad de un tráfico comercial marcado por la revolución industrial fueron exigiendo. Así, primero cuando los textos de derecho uniforme y después los proyectos de armonización del derecho europeo incluyeron el negocio de cobertura como una forma de valoración del daño contractual, no estaban en realidad efectuando ningún descubrimiento ni añadiendo novedades al acervo multiseccular del derecho privado occidental. Solamente realizaban una operación de depuración de la figura, conectada desde entonces invariablemente a la resolución por incumplimiento, mediante la decantación de las reglas (a veces dispersas) existentes tanto en el *Common Law* como en el derecho continental.

De ahí deriva que, en los ordenamientos que mantienen una división del derecho de contratos en dos sistemas normativos, la sede de regulación de la figura sea el derecho mercantil, de suerte que su generalización sólo se observe en aquellos que han emprendido un proceso de unificación del derecho privado (Suiza, Italia, Países Bajos). Sin embargo, los requerimientos del tráfico económico hacen que la operación de reemplazo pueda ser utilizada como un mecanismo general de reacción ante el incumplimiento (salvo en ciertos contratos cuya propia estructura típica repele la idea de una prestación sustitutiva, como ocurre con aquella categoría en retroceso de los contratos reales y con el contrato de trabajo en un supuesto de huelga), incluso que su aplicación se extienda por analogía a ciertas de situaciones que no encuadran propiamente en el concepto de contrato bilateral propio del esquema resolutorio (verbigracia, el incumplimiento de la obligación de enterar el aporte prometido en una sociedad de capital).

La última discriminación que se ha efectuado es de índole metodológica. Como se ha dicho, esta investigación aborda la operación de reemplazo como problema. El primer paso de cualquier esfuerzo resolutorio ha de comprender, entonces, la interpretación de un cierto estado de cosas que el tráfico económico presenta como una fenómeno de mayor o menor ocurrencia, de manera de hacerlo manejable en sentido jurídico

bajo determinadas pautas de comprensión. A veces, esos hechos vienen descritos de forma abstracta como el supuesto fáctico de una cierta norma y, por consiguiente, la labor del operador jurídico consistirá en analizar tales hechos y determinar si, por subsunción, ellos quedan bajo el alcance que se desprende del sentido de la norma. En otras ocasiones, en cambio, el operador jurídico se enfrentará con los hechos reales, con las cosas tal y como ocurren en sociedad, que no se condicen con ningún dato normativo formulado para ellos. Su labor consistirá en fijar los contornos de tal realidad y proporcionar una respuesta en justicia de acuerdo a los pozos que le proporciona su saber especializado. Frente a los nuevos desafíos, como ocurre en este caso, será preciso encontrar puntos de vista adecuados que resuelvan los conflictos de intereses que ellos postulan y que, sin embargo, engarben con las constantes según las cuales se ha construido la disciplina a la que pertenecen. Muchas veces bastará con encontrar reglas a partir de la generalización de normas de ocasión o supuestamente superadas. A fin de cuentas, el derecho privado es esencialmente un sistema casuístico, formulado a partir de respuestas dadas a problemas concretos, que los siglos y la necesidad de seguridad fueron asentando bajo formulaciones generales y abstractas.

Con Viehweg, cabe asumir como premisa metodológica que toda organización de una disciplina jurídica se hace a partir del problema que se aborda. A su alrededor se agrupan los distintos intentos de respuesta, sobre los que habrá que emprender un proceso de criba de acuerdo con el instrumental propio del derecho. Dado el singular desarrollo histórico de la figura en estudio, que de momento ha sido dejado aparte, así como la tradicional asimilación que de ella se hace respecto de la genérica carga de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor, conviene que en la investigación que se emprende comparezcan por igual exégesis, dogmática (nacional y comparada) e historia, cada una en su justa y desigual proporción, de manera que el resultado final muestre con la mayor exactitud un panorama completo (aunque

ciertamente preliminar) del fenómeno del reemplazo en sede de incumplimiento.

El problema se acomete mediante la demarcación del campo de trabajo, representado por el incumplimiento contractual y sus remedios (§ 1), con especial referencia a aquellos que comportan una función sustitutiva (§ 2). Enseguida se procede a una división de géneros, y a la inquisición inductiva y comparativa de las diferencias específicas desde el derecho español, para separar la figura de otras que se le parecen pero no comportan una finalidad de cobertura del incumplimiento (§ 3). Mediante un procedimiento dialéctico se analizan a continuación los encuadres dogmáticos propuestos por la literatura científica (§ 4), para llegar a una síntesis tras una valoración analítica de las ventajas e inconvenientes de cada teoría (§ 5). Esa síntesis se desarrolla finalmente para explicar la función de la regla de cobertura y la estructura y efectos de la operación de reemplazo, aportando así la demostración requerida (§ 6). Sólo de esta manera es posible ofrecer un ensayo de sistematización de las bases de la operación de reemplazo en derecho español que dé primacía al problema abordado y lo enfrente con fórmulas de probada aceptación y orientación práctica.

### III. PLAN DE TRABAJO

Delimitado terminológica y materialmente el ámbito de esta investigación, y explicada la metodología con que ella se acometerá, queda por referir la estructura del plan de trabajo. Éste se divide en seis parágrafos, sucedidos por un cuerpo de conclusiones generales.

El § 1 tiene por objeto explicar la incardinación de la operación de reemplazo en el derecho del incumplimiento. Para este fin, se repasan algunas constantes ya decantadas y comúnmente aceptadas sobre el incumplimiento, concebido como la falta de realización de las exigencias de la regla contractual, y se insiste sobre la diferencia conceptual entre el contenido obligacional del contrato y su fuerza obligatoria, desde la cual se puede entender

mejor el funcionamiento del sistema de remedios dispuesto por el ordenamiento para superar el estado de insatisfacción del interés del acreedor que se sigue de cualquier desviación del programa de prestación, sea material, temporal o cualitativa.

Tras este párrafo se completa el acercamiento preliminar mediante otro en el que se explica la función de sustitución de la prestación incumplida que desempeñan diversos mecanismos, destacando la autotutela que caracteriza el ejercicio de algunos de ellos. Este tratamiento parte de una tipología que distingue entre sustitución económica, jurídica y negocial, las que comparecen dentro del sistema de responsabilidad contractual en la pretensión de cumplimiento, la reclamación del equivalente pecuniario (que bascula entre la dependencia dogmática y la autonomía procesal) y la operación de reemplazo. Este párrafo se cierra con un excursus referido a la construcción sistemática del remedio indemnizatorio, donde se analiza la imputación subjetiva del incumplimiento y la imputación objetiva del daño como requisitos de su procedencia.

El § 3 versa sobre la delimitación del reemplazo en derecho español. Dicho mecanismo es consecuencia de aceptar la existencia de una regla de cobertura que, con o sin reconocimiento positivo expreso, permite al acreedor acudir al mercado cuando el deudor no ha ejecutado el contrato en los términos convenidos, para satisfacer ahí su interés a través de una prestación de características similares. Esta regla admite dos materializaciones, que son las modalidades ya mentadas del «reemplazo coactivo» y el «negocio de reemplazo». Sentada esta premisa, corresponde indagar cuál es la construcción de la regla de cobertura que mejor se adapta el derecho español en ausencia de norma expresa, con la salvedad de la proyectada para la Propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, y que debería quedar incluida en el Código Mercantil en que trabaja la Comisión General de Codificación. Con ese fin se aborda el *status quaestionis* de la figura, con referencia a lo que sobre ella se ha dicho en el derecho

mercantil y civil. Especial atención se presta también a las propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la mentada comisión. Finalmente, se delimitan los contornos de la operación de reemplazo respecto de ciertas figuras afines.

El párrafo siguiente recoge las distintas teorías con las cuales se ha intentado explicar la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo, ordenándolas en dos grupos principales y uno marginal. Se distingue así entre aquellas explicaciones basadas en la idea de realización del derecho de crédito del contratante insatisfecho y aquellas fundadas en la valoración del daño resarcible; a las que se añade un tercer apartado referido a las teorías extravagantes.

Expuestas estas teorías en sus rasgos esenciales, y merced ciertamente a un esfuerzo de recolección de fragmentos dispersos, en el § 5 se vuelve sobre ellas mediante una intento de valoración comparativa y se esboza una reconstrucción de lo que es (o debe ser) el negocio de cobertura en el estado actual del derecho privado español, que se acaba en el § 6.

Ahí se pretende demostrar que la figura no es una consecuencia derivada de la carga que tiene el acreedor de mitigar las pérdidas provenientes del incumplimiento. Corresponde determinar, entonces, la concurrencia de esta carga en los supuestos en que el acreedor ha optado por cubrirse en el mercado o, dicho en otros términos, hasta dónde alcanza esa carga en lo que atañe a la realización de ciertas medidas concretas contra el incumplimiento y la valoración de las partidas resarcibles. A este respecto, no resulta claro si la minoración de las pérdidas sólo incide sobre los daños extrínsecos (como aquí se sostiene) o también sobre los intrínsecos, dado que la pretensión por el equivalente se obtiene igualmente a través de la ejecución forzosa y en ella, por lo menos en los sistemas de derecho continental, no juega ningún papel la mencionada carga. Todo parece indicar que ella forma parte del contenido pasivo de la relación obligatoria y que, a la vez, hay libertad para el acreedor sobre la conveniencia de celebrar o no un negocio de reemplazo,



porque la obtención del interés específico asegurado por el contrato viene garantizado por su fuerza obligatoria en cualquier caso. De esto se sigue que no existe la conexión que aparentemente une ambas figuras, y que la relación venga establecida con una categoría superior y comprensiva de ellas, como es la administración de su propia esfera de riesgo que corresponde a cada contratante.

Por otra parte, la fisonomía del negocio de reemplazo impide que quepa atribuirle directamente el carácter de un remedio ante el incumplimiento, de suerte que su inserción dentro de tal elenco obliga a coordinarla con otros que sí poseen autonomía dogmática. Bajo esta forma de concebir la figura, la operación de reemplazo constituye más bien un modo de valorar los daños típicos derivados de la resolución por incumplimiento, concretamente mediante una presunción de previsibilidad de su ocurrencia, lo que explica que la regla de cobertura vaya unida habitualmente a la regla de mercado, que opera por defecto como el método de estimación de los daños mínimos derivados del incumplimiento.

A continuación, el § 6 aborda los presupuestos que autorizan al contratante afectado para procurarse en el mercado la prestación incumplida a través de un negocio de cobertura. Por ser un mecanismo de satisfacción de su interés que queda al arbitrio del acreedor, se exige normalmente que el negocio de reemplazo se realice en un tiempo y modo razonables, en consonancia con la buena fe y la diligencia que se deben observar en todo comportamiento contractual, mención que requiere delinear los contornos de lo que en esta sede cabe entender por tal. Junto a estos requisitos cabe agregar otros: la necesidad de resolución previa del contrato originario y de dar noticia al deudor de que se celebrará un negocio de cobertura, así como el carácter que ha de revestir el incumplimiento, que vienen subsumidos en el remedio principal que acompaña la figura.

El § 6 acaba con la referencia a los efectos del reemplazo. Dicha eficacia se puede abordar de mejor forma si se distingue entre un aspecto interno y otro externo. El primero se refiere a la función

de valoración concreta de los daños resarcibles que desempeña el negocio de cobertura, y que sirve para fijar unos daños típicos provenientes de la resolución por incumplimiento. Con todo, el hecho de que se haya procedido a celebrar un negocio de esta clase no excluye el cobro de otros daños adicionales que pueda haber sufrido el acreedor. Demostrada la concurrencia de sus requisitos propios, el acreedor podrá demandar la indemnización de los demás daños que le haya irrogado el incumplimiento, incluso de los no patrimoniales si, conforme a la naturaleza del contrato, éstos tienen cabida dentro de los bienes jurídicos protegidos por él. También integran esta faceta interna aquellos efectos que engendra la propia relación de cobertura para el acreedor y el nuevo deudor (el tercero que ofrece la prestación de cobertura), que queda sujeta al régimen propio de los contratos de su clase. Por su parte, la eficacia externa de la operación de reemplazo guarda relación con el alcance que ésta puede tener sobre otras relaciones concomitantes (contratos de seguros, garantías, transporte, mandato, etcétera) y en la responsabilidad de los administradores sociales, quienes deben obrar siempre de acuerdo con el parámetro impuesto por un deber de diligencia que les obliga a hacer todo lo posible para que la sociedad no resulte perjudicada.

Esta investigación se cierra con un cuerpo general de conclusiones, donde se recogen, reformuladas, aquellas provisionales obtenidas de cada párrafo y consignadas en el apartado final de cada uno de ellos.

## **§ 1.**

### **INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR**

SUMARIO: I. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO GARANTÍA DE RESULTADO. 1. El alcance de la vinculación contractual. 2. La distinta construcción del programa de prestación y su convergencia en la idea de resultado. (a) El contenido de la prestación. (b) El riesgo de obtención de la prestación. 3. Recapitulación sobre el alcance de la obligación contractual como garantía de resultado. II. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS. 1. La fuerza obligatoria del contrato y el concepto de incumplimiento. 2. Los efectos del incumplimiento y la protección del acreedor. 3. Los remedios ante el incumplimiento y su tipología. III. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

El objetivo de este primer párrafo, preliminar dentro de la estructura de esta investigación, es doble. Por una parte, se aborda el que es quizá el problema central del derecho de contratos, como es aquel referido al alcance de la vinculación contractual, que se intenta responder aceptando como idea basal que todo programa de prestación entraña una garantía de resultado que el deudor asegura al acreedor con su patrimonio (I). Por otra, se explicita y justifica la delimitación del campo mediano de estudio, representado por el sistema de remedios ante el incumplimiento contractual donde encuentra su engarce la operación de reemplazo. Este último aspecto requiere concebir aquél como un concepto amplio, neutro y centrado en la falta de satisfacción del interés del acreedor, cuya ocurrencia desencadena una serie de efectos jurídicos relacionados con el concreto remedio elegido (II). Por ahora el cometido se limitará a describir en abstracto esos derechos que el ordenamiento pone a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, cuyo conjunto origina un régimen de responsabilidad contractual articulado y coherente, utilizando para ese fin un método que atienda primariamente al material normativo que proporciona la

legislación vigente y desde la cual cabe construir un sistema de derecho contractual de nueva planta<sup>1</sup>. El párrafo acaba con la recapitulación de algunas conclusiones provisionales (III).

#### I. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO GARANTÍA DE RESULTADO

Los sistemas jurídicos oscilan entre distintos períodos de racionalización durante su historia<sup>2</sup>. En ciertas épocas, las normas provienen de fuentes diversas, su conocimiento es difícil y su interpretación incierta, por lo que la labor de construcción de dicho sistema será ardua y el proceso no impedirá la aparición de antinomias, concursos y lagunas. En otros períodos, por el contrario, los ordenamientos atraviesan procesos de unificación, centralización y simplificación del material normativo, permitiendo que los operadores puedan acudir con presteza a un sistema coherente y de fácil aplicación que garantice la seguridad jurídica y la eficiencia de los intercambios.

El derecho privado pasa hoy por uno de estos segundos momentos y asiste así a su propia «revolución científica», la que ha dado origen a una «matriz disciplinaria»<sup>3</sup> que se mienta con el

---

<sup>1</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos* (Cizur Menor, Aranzadi/Thomson-Reuters, 2010), p. 61.

<sup>2</sup> MANTILLA ESPINOSA, F. «El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia», RChDP 16 (2011), p. 189.

<sup>3</sup> Véase KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas* (Ciudad de México, Fondo de la Cultura Económica, 3ª ed., 2006); *La tensión esencial: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de las ciencias* (Ciudad de México, Fondo de la Cultura Económica, 1983); *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos* (Barcelona, Paidós, 1989).

nombre de «nuevo derecho de la contratación»<sup>4</sup> o «nuevo orden contractual»<sup>5</sup>.

Quizá uno de los aspectos donde más se ponen en evidencia las nuevas bases del derecho de contratos sea en la forma de concebir la vinculación contractual y, a partir de ella, el incumplimiento y sus consecuencias<sup>6</sup>. El proceso de racionalización emprendido a partir de la aprobación de la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (CISG), de 11 de abril de 1980, y a la que España se adhirió el 24 de julio de 1990, ha conducido a que el alcance vinculante de un contrato se extienda más allá del haz de derechos y obligaciones que de ahí surgen para las partes (1), y pase a comportar la garantía de un resultado que se asegura al acreedor con independencia de la forma en que venga construida la prestación (2). Fácil es comprender que esta extensión tiene una serie de consecuencias para el desenvolvimiento del programa prestacional y para abordar, ahora de manera coherente y unitaria, el problema del incumplimiento contractual desde la satisfacción del interés del acreedor (3).

### **1. El alcance de la vinculación contractual**

Los distintos sistemas jurídicos coinciden en reconocer que todo contrato legalmente celebrado está dotado de una fuerza obligatoria que el ordenamiento debe promover y proteger, pues una parte importante de la vida económica y social depende de que así sea. Este reconocimiento inicial, empero, lleva ínsito una pregunta que penetra en la propia ordenación de cada sistema jurídico y descubre el alcance que ahí tiene la vinculación

---

<sup>4</sup> MORALES MORENO, A. M., «Evolución del concepto de obligación en derecho español» (2005), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), p. 18.

<sup>5</sup> MAZEAUD, D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC 1 (2003), pp. 295-314.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M., *Los Principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, Civitas, 2002), p. 318.

contractual en sus dos dimensiones fundamentales: comprensiva (contenido de la regla contractual) y extensiva (efecto relativo)<sup>7</sup>.

En el Código Civil español, como antes en el francés (artículo 1134), se prescribe que «[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (artículo 1091)<sup>8</sup>. Pese a la opinión común, esta fuerza obligatoria que se reconoce a todo contrato válidamente celebrado (artículos 1254, 1261 y 1278 CC) no es una consecuencia de la autonomía de voluntad, dado que éste es un principio de origen kantiano ajeno a la mentalidad de la temprana codificación decimonónica y que sólo fue introducido por los comentaristas de la escuela de la exégesis a partir de la tercera década del siglo<sup>9</sup>. Con orígenes romanos, la formulación actual de la mentada regla proviene de Jean Domat (1625-1696)<sup>10</sup>, para quien dicha obligatoriedad era una consecuencia de considerar que el contrato es justo<sup>11</sup> y, por ende, constituye una regla de comportamiento observable entre quienes por ella se

---

<sup>7</sup> SERIAUX, A., *Droit des obligations* (París, PUF, 2ª ed., 1998), p. 167.

<sup>8</sup> La idea de obligatoriedad del contrato no era desconocida en la tradición del derecho español. Aunque sin la dicción del código, ya existe mención a ella en el Ordenamiento de Alcalá (Tít. XVI, ley única), de donde pasa a la Nueva Recopilación de 1567 (Lib. V, Tít. XVI, ley 2ª) y, posteriormente, a la Novísima de 1805 (Lib. X, Tít. 1º, ley 1ª). La PMCC no conserva una regla semejante.

<sup>9</sup> GHESTIN, J., *La formation du contrat* (París, L.G.D.J., 3ª ed., 1993), núm. 36-60, pp. 27-42.

<sup>10</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (París, aux Dépens de la Société, 1745), 1ª part., lib. I, tít. II, art. 7 (I, p. 22): «*Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont fait: et elles ne peuvent pas être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voies qui seront expliquées dans la Section V [referida a las causas que provocan la nulidad del contrato]*».

<sup>11</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, como prolegómeno de *Les lois civiles*, cit., cap. II, III, 3 (I, p. iv): «*Et comme il [Dieu] marque en chaque engagement ce qu'il prescrit à ceux qu'il y met, on reconçoit dans les caractères des différentes fortes de engagements, les fondements des diverses règles de ce que la justice et l'équité demandent de chaque personne selon les conjonctures où la mettent les siens*».

comprometen<sup>12</sup>. Vale decir, el contrato obliga por una razón de orden moral, por un imperativo de conciencia, como es el respeto de la palabra empeñada por un contratante respecto del otro en relación con una determinada composición de intereses, acompañada o no de una atribución patrimonial<sup>13</sup>.

De esta forma, cuando se dice que el contrato «tiene fuerza de ley entre las partes contratantes» se está utilizando en verdad una analogía de proporcionalidad propia para indicar que, como la ley (artículos 1 y 2 CC), el contrato importa una sujeción o vinculación de quienes lo han celebrado porque evoca una idea de justicia y equidad que le asigna sustrato como regla de comportamiento esperado. La ley asume esta valoración ética enraizada en el neo-estoicismo<sup>14</sup> y, para evitar dudas, reitera que el contrato es imperativo y debe ser cumplido por las partes contratantes a tenor de lo que en ellos se ha estipulado, porque detrás existen consideraciones de utilidad social y justicia conmutativa que así lo exigen<sup>15</sup>. En otras palabras, el código se limita a realizar una función legítima del derecho positivo, como es imponer coactivamente la práctica de un determinado precepto moral que incide sobre el fuero externo y cuya observancia tiene consecuencias sobre el bien común, en este caso aquel derivado de la justicia correctiva y que consiste en cumplir con la palabra empeñada (Dig. 2, 14, 1)<sup>16</sup>, de modo similar a lo que ocurre con el

---

<sup>12</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., lib. prel., tít. I, sec. I, pr. (I, p. 1): «*On entend communément par ces mots de loix [lois] et de règles, ce qui est juste, ce qui est ordonné, ce qui est réglé*».

<sup>13</sup> GHESTIN, J., «Jean Domat et le Code Civil français», en CENDON, P. (ed.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco* (Milán, Guiffre, 1994), pp. 544-549.

<sup>14</sup> VILLEY, M., «Le contrat (Préface historique à l'étude de notion de contrat)» (1968), ahora en *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire* (París, Dalloz, 1969), p. 237.

<sup>15</sup> GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., núm. 60 (pp. 41-42) y 225 (pp. 202-203).

<sup>16</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cinco olvidos o confusiones en torno al concepto de justicia», *Verbo* 103 (1973), pp. 235-237.

artículo 1902 CC respecto del principio de *neminem laedere* (Dig. 1, 1, 10, pr.)<sup>17</sup>.

Por lo general, la obligatoriedad del contrato proviene del desplazamiento de un bien o servicio de un patrimonio a otro, que da lugar a la restitución de un bien o servicio idéntico o similar en un momento posterior o al pago de un valor que se mira como su equivalente<sup>18</sup>. Esto explica que su género próximo sea el de las fuentes de las obligaciones (artículo 1089 CC), donde comparece junto a otras situaciones generadoras de deuda con las cuales su única similitud es el desplazamiento patrimonial que exige el restablecimiento de un justo equilibrio entre las posiciones de cada una de las partes<sup>19</sup>. Pero la fuerza obligatoria del contrato no agota su origen en este contenido obligacional, porque ambos conceptos no se solapan sino que guardan entre sí una relación entre continente y contenido. El contrato es una unidad surgida de una ordenación de posiciones jurídicas, que quedan desde ese momento relacionadas entre sí de modo estable e indisoluble, de manera que en ella la obligatoriedad sólo comporta una suerte de cuadro general al interior del cual (general pero no necesariamente) nacen y se desenvuelven las particulares relaciones obligatorias entre deudor y acreedor, calidades que pueden concurrir además simultáneamente en una misma parte<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 968: «El artículo [entonces 1900 del Proyecto de 1851; hoy 1902 CC] encierra una máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia [...]».

<sup>18</sup> VILLEY, «Le contrat», cit., p. 241.

<sup>19</sup> De donde el derecho de obligaciones haya sido entendido tradicionalmente como la disciplina que rige las conmutaciones, vale decir, los desplazamientos de bienes de una persona a otra o, más genéricamente, las transferencias de valores. Al respecto, con una interesante distinción entre la función correctiva y distributiva de esta parcela del derecho privado, CHENEDE, F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations* (París, Economica, 2008), cuya tesis viene resumida en un trabajo de igual nombre (aunque traducido) publicado en RChDP 18 (2012), pp. 123-148.

<sup>20</sup> ANCEL, P., «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», RTDciv 4 (1999), p. 774.



De ahí que este contenido obligacional no sea indispensable para que el contrato exista, pues éste puede haber sido celebrado para materializar otros propósitos distintos de aquel que consiste en imponer la realización de una determinada prestación respecto de otro.

En puridad, el contrato es una ordenación de cooperación mediante la cual las partes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses. Su objetivo primordial es reglar un conjunto de hechos, finalidades, expectativas, circunstancias, riesgos y estados de la realidad de acuerdo con las previsiones que las partes han tenido en cuenta o que la ley ha establecido dispositivamente, para que con ellas se obtenga el propósito deseado por aquéllas. La mayoría de las veces esa regulación de intereses será fruto del acuerdo consensuado de los contratantes para determinar ciertos aspectos de la relación jurídica que las une (aunque en otras resulte del todo irrelevante, como acaece en el depósito necesario), pero la fuerza obligatoria que se reconoce al contrato no proviene de ese ejercicio de la autonomía individual; antes bien, ésta la presupone.

Esto explica que la diferencia específica del contrato con los demás hechos generadores de obligaciones estribe en la sujeción que la vinculación adquirida comporta para las partes, de suerte que no pueden conducirse como si el contrato no existiese y desconocer que con él se ha modificado irremediabilmente su situación jurídica en un sentido que se endereza a garantizar la satisfacción de ciertos intereses<sup>21</sup>. Al celebrar el contrato, los contratantes dan origen a una relación entre ellas, esto es, establecen que una cierta realidad sustancial (ellas mismas y los bienes sobre los que contratan) sea de una determinada forma y no de otra<sup>22</sup>. El contrato comporta así, primordialmente, una relación entre personas en la vida social, por la que éstas ordenan

---

<sup>21</sup> ANCEL, «Force obligatoire», cit., p. 789.

<sup>22</sup> MILLÁN PUELLES, A., *Léxico filosófico* (Madrid, Rialp, 1984), V. «Relación», pp. 508-517.

que sus arbitrios o voluntades tengan un curso futuro que satisfaga las expectativas recíprocas, que el derecho objetivo asume y disciplina en sus presupuestos y consecuencias<sup>23</sup>.

Este carácter relacional entraña que la vinculación no sólo alcance a las partes, respecto de las cuales el contrato produce plenos efectos (artículo 1257 CC), sino que se extienda a cualquier persona que se quiera servir de ese contrato como dato cierto o como título que legitima su actuación en el tráfico jurídico. Los terceros, entonces, quedan igualmente obligados a reconocer el contrato y a actuar asumiendo su existencia, dado que éste les es plenamente oponible, aunque no genere derechos (fuera del caso de la estipulación a favor de otro) ni obligaciones a su respecto<sup>24</sup>. Tal oponibilidad encuentra su origen en el respecto que cualquier persona debe tener hacia una ordenación voluntaria de intereses conectada con cierto intercambio como una concreción representativa de lo justo positivo, porque de ellas emanan titularidades socialmente reconocidas<sup>25</sup>. Los terceros deben acatar así el contrato, no por el contenido obligacional que éste tenga, que será más o menos indiferente para ellos, sino por el reconocimiento social que aquél merece por el hecho de haberse celebrado y, por ende, configurado una determinada porción de la realidad de una forma diversa a la anteriormente existente<sup>26</sup>.

Aceptado que el contrato consiste por lo general en un intercambio que debe ser rigurosamente observado porque hace presumir una composición justa de los intereses en juego, el paso siguiente consiste en determinar el alcance de su dimensión comprensiva, indagación dirigida a precisar a qué se hallan

---

<sup>23</sup> GUZMÁN BRITO, A., «Los orígenes del concepto de "relación jurídica" ("*Rechtliches Verhältnis*"-"*Rechtsverhältnis*")», REHJ XXVIII (2006), pp. 187-226.

<sup>24</sup> ANCEL, «Force obligatoire», cit., p. 804.

<sup>25</sup> VILLEY, «Le contrat», cit., p. 241.

<sup>26</sup> Por todos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español* (Madrid, Colex, 2000), pp. 147-155.

finalmente obligados los contratantes<sup>27</sup>. Sobre este particular, los dos principales sistemas jurídicos occidentales proporcionan un entendimiento en apariencia diferente sobre el contenido de la vinculación contractual y los efectos que de ella se siguen.

Para el derecho continental de raíz romana, el principio de fuerza obligatoria significa que los contratos se han de cumplir en sus propios términos, tal y como las partes quisieron obligarse, porque éstos son ante todo un vínculo que genera deberes exigibles en el orden jurídico (Dig. 2, 14, 7, 7)<sup>28</sup>. Esto explica que el contrato se conciba prioritariamente como una fuente de obligaciones (artículos 1089 y 1258 CC), las que imponen una determinada conducta prestacional de dar, hacer o no hacer (artículos 1088, 1157 y 1254 CC), y que se hayan de cumplir con fuerza de ley entre los contratantes (artículos 1091, 1257 y 1278 CC)<sup>29</sup>.

Tal punto de partida determina algunas consecuencias importantes en sede de incumplimiento. Ante todo, el diseño del elenco de remedios se endereza a colocar al acreedor, una vez verificado aquél, en una situación igual a aquella en que se

---

<sup>27</sup> PUIG BRUTAU, J., «Comentario final del traductor», en FULLER, L./PERDUE, W., *Indemnización de daños contractuales y protección de la confianza* (Barcelona, Bosch, 1957), pp. 146 y 151.

<sup>28</sup> ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon, 1987), II, p 193.

<sup>29</sup> La PMCC altera estas bases y coloca al contrato como el centro de gravitación del Derecho patrimonial. Bajo esta nueva disciplina, el contrato se convierte en un instrumento de cooperación mediante el cual «*dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer reglas para las mismas*» (artículo 1236). Su contenido vinculante no queda limitado así a ese orden de deberes de conducta que surge para las partes, sino que se extiende hacia las consecuencias o resultados que supone el hecho de obligarse para con otro (artículo 1091). De ahí el cambio de redacción que se propone para el artículo 1088, referido al contenido exigible de dicha vinculación. Consecuente con esta mirada de la obligación desde sus consecuencias, se considera que «*hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*» (artículo 1188), y se permite que el acreedor reaccione con una serie de remedios sistemáticamente dispuestos (artículos 1190 y 1191).

encontraría si se hubiera cumplido de forma exacta y oportuna el contrato (interés contractual positivo)<sup>30</sup>. Este interés del acreedor en el cumplimiento coincide con la necesidad social de intercambio económico (se contrata porque se tiene necesidad de algo o existen ventajas comparativas) y justifica que la pretensión de cumplimiento ocupe un lugar privilegiado entre los remedios con que cuenta el acreedor, constituyendo el mecanismo de reacción prioritario y casi excluyente (artículos 1096, 1098, 1099 y 1124 III CC)<sup>31</sup>. Se establece así una correspondencia entre el deber de prestación y la pretensión de cumplimiento, de manera que esta última viene considerada como la contracara de ese

---

<sup>30</sup> Sobre lo que no parece existir duda en derecho español: BARROS BOURIE, E., «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», en BARROS, E./GARCÍA, M.<sup>a</sup> P./MORALES, A. M., *Derecho de daños* (Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009), p. 158; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1178-1183; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii, *Elementos de derecho civil*, II-I (Madrid, Dykinson, 5<sup>a</sup> ed., 2011), núm. 129, p. 202; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II (Cizur Menor, Thomson-Civitas, 6<sup>a</sup> ed., 2008), pp. 781-782 y 787-788; FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», ADC LXIV-4 (2011), p. 1615 (citado en adelante como «Los remedios del incumplimiento»); GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual», *InDret* 3 (2007), p. 20, y *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización* (Madrid, Civitas, 2002), p. 42; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas, 1987), pp. 31 y 34; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp.43-44; PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), *Curso de derecho civil*, II (Madrid, Colex, 3<sup>a</sup> ed., 2011), §68, p. 202; PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», ADC XLII-4 (1989), pp. 1152-1155; «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», ADC XLIV-3 (1991), p. 1049, y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC XLVI-4 (1993), p. 1734; SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa* (Pamplona, Aranzadi, 1998), p. 83.

<sup>31</sup> LAITHIER, Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (París, L.G.D.J., 2007), núm. 13, p. 33.

deber de prestar que tiene el deudor<sup>32</sup>. Sólo por excepción, cuando ha fallado la condición de cumplimiento implícita, el contratante afectado puede resolver el contrato (artículo 1124 CC). Este remedio viene concebido, entonces, como una forma de cesar la fuerza obligatoria del contrato dotada de efectos retroactivos, con las consiguientes restituciones entre las partes para restablecerlas al estado en que se encontrarían si no hubiesen contratado<sup>33</sup>, y el derecho de la parte afectada para ser resarcida de los daños valorados a partir de ese umbral (interés contractual negativo)<sup>34</sup>. En fin, la responsabilidad por incumplimiento tiende a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de los deberes nacidos del contrato, es decir, de unas reglas de conducta impuestas a los contratantes, y bajo el presupuesto de la culpabilidad o reproche al deudor<sup>35</sup>. Tal concepción se refleja al construir el límite de la responsabilidad del deudor, de suerte que el caso fortuito queda identificado de manera directa o refleja con la ausencia de culpa (artículos 1101 y 1105 CC)<sup>36</sup>.

Frente a este modelo, en la concepción del contrato propia del *Common Law* prevalece la idea de que la parte que incumple su

---

<sup>32</sup> MORALES MORENO, A. M., «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor» (2005), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), p. 191.

<sup>33</sup> PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> L., «La resolución por incumplimiento como medio de tutela en caso de incumplimiento», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (coord.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y trasnacional* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009), pp. 806-808.

<sup>34</sup> CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998), núm. 276, pp. 560-563.

<sup>35</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 647-648; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 6; MORALES MORENO, A. M., «Artículo 35», en Díez-PICAZO, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Civitas, 1997), p. 290, y «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 39.

<sup>36</sup> OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004), pp. 52 y 179.

compromiso se expone a una sanción jurídica, cualquiera que ésta sea<sup>37</sup>. La atención está puesta, entonces, no en los particulares deberes que el contrato ha generado para las partes, sino principalmente en la garantía de resultado a cargo del deudor que con él se ha creado<sup>38</sup>. Si por el contrato el deudor garantiza un determinado nivel de satisfacción del interés del acreedor, la función del derecho privado no puede quedar reducida a actuar el contenido material del contrato y asegurar la legítima expectativa que aquél ha generado para éste (*expectation interest*), y ha de tutelar también el interés de la parte que, habiendo confiado en un contrato nulo o ineficaz por otra causa, ha incurrido en gastos (*reliance interest*) o se ha empobrecido atribuyendo un beneficio al otro contratante, que ha obtenido así un correlativo enriquecimiento injustificado (*restitutory interest*)<sup>39</sup>. Pese a tratarse de intereses diversos, el modo de aunar estos mecanismos de defensa consiste en reconocer preferentemente al contratante insatisfecho por un incumplimiento (*breach of contract*) una pretensión resarcitoria por los daños causados y, en ocasiones, una facultad de desvinculación contractual, si los términos del contrato a los que afecta el incumplimiento revisten esencialidad (*conditions*)<sup>40</sup>. Por consecuencia, la pretensión de cumplimiento queda reservada sólo para aquellos casos en que la equidad hace aconsejable que la prestación sea ejecutada

---

<sup>37</sup> Basta prestar atención, por ejemplo, a la definición de contrato que proporciona el *Restatement (2nd) of Contract*: «A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty» (§ 1).

<sup>38</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction*, cit., II, pp. 193-195.

<sup>39</sup> Véase la mención a estos tres intereses en el § 344 del *Restatement (2nd) of Contract*, referido al propósito de los remedios ante el incumplimiento.

<sup>40</sup> Es habitual aquí la referencia a HOLMES, O. W., *The Common Law* (Cambridge, John Harvard Library, 2009), p. 272: «The only universal consequence of a legally binding is, that the law makes the promisor pay damages if the promised even does not come to pass».

forzosamente en naturaleza<sup>41</sup>. El deudor responde siempre hasta el límite de un suceso externo a su esfera de control que torna física o jurídicamente imposible la ejecución de la obligación o la consecución de su finalidad (*frustration*)<sup>42</sup>.

El tráfico comercial demuestra que el modelo dogmático de los sistemas continentales, a pesar de su diseño casi geométrico, resulta insuficiente para explicar cabalmente el fenómeno jurídico que subyace tras la contratación, pues involuntariamente conduce a disociar el contrato en diversos momentos desconectados entre sí, con el consiguiente desmembramiento del sistema de remedios orientado a dar satisfacción al interés del acreedor y la reiteración del problema de concurrencia de acciones<sup>43</sup>. En aquél, la atención sólo se centra aparentemente en el instante en que coinciden las voluntades de las partes respecto de un determinado objeto (artículos 1254, 1258, 1261 y 1262 CC), a partir del cual se reputa existir entre ellas un vínculo de eficacia obligacional con mayor o menor alcance según la configuración dada a la prestación (artículos 1088, 1094, 1095, 1097, 1109, 1113, 1125, 1131, 1132, 1137, 1138, 1151, 1161, 1166, 1167 y 1255-1257 CC). Una vez formada, la obligación se presenta como una situación bipolar, donde comparece, por un lado, el deudor que debe soportar la deuda o deber de prestación; y, por otro, el acreedor que es titular de un poder reconocido por el ordenamiento jurídico (el derecho de crédito) y detenta una pretensión que le permite exigir, incluso coactivamente, que el deudor cumpla con su deber de prestar, sin

---

<sup>41</sup> TREITEL, G. H., *The Law of Contract* (Londres, Sweet & Maxwell, 13ª ed. por Edwin Peel, 2011), núm. 21-106, p. 1099; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), pp. 779-781; ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law* (trad. de Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, 3ª ed., 1998), pp. 505-508.

<sup>42</sup> OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 48-51.

<sup>43</sup> MORALES MORENO, «Artículo 35», cit., p. 291.

perjuicio del ejercicio de otros medios de tutela predispuestos con cierto carácter residual<sup>44</sup>.

Esta fractura, que deriva de la construcción histórica del derecho de obligaciones codificado a partir de la *stipulatio* romana<sup>45</sup> y de un orden jurídico centrado en reglas formales de conducta antes que en la obtención de lo justo<sup>46</sup>, impide que el contrato sea observado de manera unitaria cuando por alguna razón no se ha desenvuelto en su realización o cumplimiento de acuerdo con las exigencias con que fue previsto. De ahí que el primer paso para comprender el significado del contenido obligacional del contrato suponga asumir que éste es mucho más que una mera convergencia de voluntades, porque posee tanto una perspectiva genética, que coincide con ese momento inicial en que las partes convienen en obligarse o realizan aquel comportamiento al que la ley asigna eficacia vinculante (contrato *in facto esse*), como otra funcional, que atiende al desenvolvimiento de los efectos del programa contractual en el tiempo y con una referencia a una concreta prestación cuyos riesgos de obtención son distribuidos entre las partes contratantes (contrato *in fieri*). Con esta nueva comprensión, el derecho español comienza a aproximarse al modelo de contrato existente en el *Common Law*<sup>47</sup>, labor a la que han contribuido

---

<sup>44</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El derecho de obligaciones en la codificación civil española», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), I, pp. 715-716; MORALES MORENO, A. M., «Claves de la modernización del derecho de obligaciones», *Diario La Ley* 7765 (2011), pp. 2-4.

<sup>45</sup> GUZMÁN BRITO, A., «De la “stipulatio” romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos códigos civiles», *ReA* 22 (2006), pp. 43-65, y «La promesa obligacional en las “Partidas” como sede de la doctrina general de las obligaciones», *RChD* XXXIV (2007) 3, pp. 395-404.

<sup>46</sup> VILLEY, M., «Esquisse historique sur le mot responsable», en VV. AA., *La responsabilité* (París, Sirey, 1977), pp. 52-57.

<sup>47</sup> Díez-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios*, cit., p. 128.



tanto la doctrina y la jurisprudencia<sup>48</sup> como las propuestas de modernización preparadas por la Comisión General de Codificación<sup>49</sup>.

En esta labor ha jugado un papel crucial la influencia del nuevo derecho de la contratación. Con esta expresiones se designa una reciente construcción surgida del derecho uniforme por las necesidades del comercio internacional, y que ha ejercido y continúa ejerciendo una importante influencia en la modernización del derecho de obligaciones de los países de tradición continental<sup>50</sup> y, particularmente, en los esfuerzos de armonización del derecho europeo<sup>51</sup> y de aquellos que, a su vera, se han comenzado a emprender en Hispanoamérica<sup>52</sup>. El fundamento de este nuevo orden jurídico proviene de la crítica a un derecho legislado diseñado a partir de pautas históricas y apriorismos dogmáticos, que es puesto en entredicho por las particularidades de la contratación realizada por los agentes del mercado, y que exige nuevas formas de institucionalización de las reglas y principios surgidos de dicha práctica enderezadas a facilitar las operaciones de comercio internacional<sup>53</sup>. Sin embargo, esta categoría no comporta en realidad un conjunto de textos de naturaleza homogénea, ya que en ella comparecen algunos dotados de fuerza legal, sea de ámbito nacional o comunitario<sup>54</sup>,

---

<sup>48</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 35-54.

<sup>49</sup> JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», RJUAM 19 (2009), pp. 155-179.

<sup>50</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 25.

<sup>51</sup> VAQUER ALOY, A., «Marco general del nuevo Derecho de contratos», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (ed.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, Bosch, 2012), pp. 39-46.

<sup>52</sup> Véase los informes recogidos en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012).

<sup>53</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 21<sup>a</sup> ed., 2008), p. 883.

<sup>54</sup> Quizá el caso más significativo sea la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, traspuesta primero a través de

instrumentos de *Soft Law* y propuestas de reforma del derecho interno, las cuales tienen su convergencia en una obra epigonal: la citada CISG<sup>55</sup>. En este proceso de modernización del derecho interno comparece también la labor de los tribunales a través de la formación de un cuerpo de «jurisprudencia por anticipación»<sup>56</sup>, donde la *communis opinio* recogida en los textos de derecho uniforme es utilizada como herramienta de interpretación y aplicación del propio derecho interno vigente<sup>57</sup>.

Este programa contractual representa un plan o proyecto acerca de la conducta futura de una persona, que se espera ver cumplido en un momento posterior<sup>58</sup>. Esta conducta viene referida a la obtención de un cierto resultado, que comporta el efecto y consecuencia de la realización de aquel propósito práctico con miras al cual se contrató, y hacia cuya consecución el deudor habrá de disponer toda aquella actividad que sea razonablemente esperable para promoverlo y materializarlo. Fácil es retener que este resultado no se agota en el comportamiento esperado del deudor (aquello que se ha de dar, hacer o no hacer en virtud del

---

la Ley 23/2003, de 10 de julio, y después por el TRLGCU (RDL 1/2007, de 16 de noviembre).

<sup>55</sup> En el ámbito que aquí interesa, el concepto de epígono viene desarrollado por GUZMÁN BRITO, A., *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), pp. 21-46.

<sup>56</sup> Con ocasión de la discusión del *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) se produjo un curioso fenómeno de «interpretación por anticipación», que se explica por la peculiar forma de implementación que se utilizó para llevar a cabo la reforma del derecho privado en los Países Bajos: al ser conocidos los nuevos libros aprobados por el Parlamento, pero sin que ellos hubiesen sido todavía promulgados, o mientras se esperaba el cumplimiento de su período de vacancia legal, el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) comenzó a fallar de acuerdo a las soluciones ofrecidas en el proyecto, actitud que fue seguida luego por los tribunales inferiores.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ GREGORACI, B., «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», RJC 108 (2009) 2, pp. 479-498.

<sup>58</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 270.

contrato), pues toda acción es determinada en su existencia o ejecución por alguna circunstancia de la cual depende<sup>59</sup>. Una de las formas de dependencia extrínseca que cabe identificar es aquella que se da entre el medio que se utiliza y el fin propuesto<sup>60</sup>. En lo que ahora atañe, el fin es que el acreedor obtenga todo aquello que le interesó el contrato<sup>61</sup>, y el medio para obtenerlo corresponde a la prestación de aquel comportamiento descrito en la regla contractual.

Con carácter prospectivo, el contrato origina un nuevo equilibrio patrimonial entre las partes fundado en la composición convencional de sus intereses y en la convergencia del derecho dispositivo e imperativo. La atención se centra así en la efectiva satisfacción del interés del acreedor de acuerdo al ámbito de expectativas, previsiones y riesgos garantizado por el contrato. Todo el itinerario de desenvolvimiento del programa contractual queda referido a tal interés, que se exterioriza al contratar y se consume con el cumplimiento. Con mirada regresiva, el momento

---

<sup>59</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Dykinson, 1998), pp. 183-18; LAMARCA I MARQUÈS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación* (Bologna, Real Colegio de España, 2001), pp. 23-26.

<sup>60</sup> MILLÁN PUELLES, *Léxico filosófico*, cit., V. «Causa», pp. 83-84.

<sup>61</sup> Esto significa que el acreedor puede reclamar del deudor no sólo la propia cosa o servicio debido o el valor objetivo que éstos representen, sino todo cuanto le interesó tenerla (cfr. artículos 1135 II, 1136 II núm. 2 y 3, 1147, 1150 y 1185 CC), concepto en el que se incluye el resarcimiento de cualquier daño causado por un incumplimiento total o parcial que se pudiese imputar al ámbito de riesgo administrado por el deudor (artículos 1101, 1105 y 1107 CC). Parece no existir duda sobre la medida de este resarcimiento, que alcanzaba aquel ámbito de protección que desde Ihering (1818-1892) se conoce con el nombre de interés contractual positivo (*Erfüllungsinteresse*), y que las fuentes romanas definían como el valor de la actividad u operación en cuanto interesare al acreedor que hubiese sido plenamente realizada (por ejemplo, Dig. 19, 1, 1, pr.; 21, 2, 31; 45, 11, 113, 1), donde cabe tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1106 CC). La dificultad surge a la hora de determinar la valoración del daño resarcible a partir del concepto de interés del acreedor, que impone una aproximación que sea a la vez subjetiva (considerando las específicas circunstancias del interés lesionado) y real-concreta (atendiendo a los singulares factores de daño, cada uno de ellos como un daño en sí, con su propio supuesto).

de celebración de un contrato resulta relevante porque desde él se ha de determinar el contenido de su espectro obligacional a partir de un proceso de interpretación e integración destinado a construir la concreta regla contractual con que se delimita el ámbito de situación concurrente y se equilibran las prestaciones de las partes y los riesgos que entraña su obtención<sup>62</sup>. Pero la función técnica del contrato no se agota en ese instante de nacimiento de un conjunto de deberes exigibles, sean principales o accesorios, sino que alcanza su cabal comprensión cuando se lo concibe como el instrumento merced del cual se consiguen tres propósitos de orden material, a saber: (i) la transferencia de bienes y servicios de unas manos a otras, procurando su empleo o aprovechamiento óptimo, mediante su intercambio o reparto; (ii) la asignación entre las partes de determinados riesgos futuros, para evitar los cuales una parte está dispuesta a pagar a la otra un precio que traspasa los límites del valor de prestación; y (iii) el aseguramiento de las expectativas en las relaciones interpersonales, permitiendo esperar su cumplimiento por medio de la obligatoriedad con que se reviste la palabra dada<sup>63</sup>.

Tal constatación convierte al contrato en la traducción jurídica de una operación económica mediante la cual las partes disciplinan la forma en que han convenido satisfacer sus particulares intereses<sup>64</sup>, y que se asienta sobre una realidad concreta<sup>65</sup>. Por esa razón, la declaración de voluntad en que el negocio consiste (por mínima que ésta sea) no se puede entender aislada, sin referencia a esos intereses perseguidos por las partes,

---

<sup>62</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «La construcción de la regla contractual en el Derecho civil de los contratos» (2000), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010), pp. 33-57.

<sup>63</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 55.

<sup>64</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., p. 198; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., «Presuposición y riesgo contractual», *ADC LX* (1987) 2, pp. 540 y 584.

<sup>65</sup> MORALES MORENO, «Artículo 35», cit., p. 290.

dado que dicha voluntad se endereza siempre hacia la consecución de un resultado. La importancia de este último trasciende el contrato mismo entendido como regla hacia la cual dirige su conducta el obligado, y se proyecta sobre la realidad social, vale decir, sobre aquella situación fáctica concreta que las partes han tenido en mente para el despliegue de los efectos del programa de prestación, y que el negocio configura mediante el instrumental técnico que el ordenamiento proporciona. Sobre esa realidad concreta reposa el equilibrio de prestaciones y riesgos adoptado por el contrato, y conforme a él se ha de juzgar si el comportamiento efectivamente efectuado por el deudor satisface el interés del acreedor y se reputa cumplimiento o si, por el contrario, no lo hace y entraña incumplimiento.

El contrato es el instrumento clave a través del cual se desenvuelve la autonomía privada, con mayor o menos interacción del ordenamiento en atención a ciertos intereses protegidos o consideraciones de política legislativa, porque mediante él es posible decidir y ordenar la propia conducta con miras a una finalidad concreta que se desea conseguir<sup>66</sup>. Históricamente, este elemento finalista se ha explicado a través de la causa (artículos 1261 y 1274 CC) o propósito práctico (artículo 1238 PMCC) presente en todo negocio jurídico, consistente en la valoración concreta que se hace de él atendiendo al resultado que se busca o se hayan propuesto quienes hacen las declaraciones negociales<sup>67</sup>.

Producto de una larga evolución destinada a superar un diseño contractual de tipicidad rígida, el consentimiento suele ser analizado bajo un modelo de análisis que fracciona lo que hoy se entiende como unidad (artículos 2:101 PECL, ECC, 4:101 ACQP, II-4:101 DFCR y 2:101 PCCR)<sup>68</sup>. Se distingue así entre la voluntad de

---

<sup>66</sup> MORALES MORENO, «Claves de la modernización», cit., pp. 4 y 6.

<sup>67</sup> CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico* (Madrid, Civitas, 1985), § 251, p. 191.

<sup>68</sup> Véase ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 549-559 y, con mayor detalle, GUZMÁN BRITO, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del*

que se produzca un efecto jurídico y el resto de las circunstancias jurídicas básicas de acuerdo con las cuales los contratantes quieren que acaezca tal efecto<sup>69</sup>. Dicho efecto primario se explica a partir de la exigencia de que consentimiento haya de recaer sobre un «objeto cierto que sea materia del contrato» (artículo 1261 núm. 2 CC), de manera que la razón material que justifica la existencia de una obligación contractual es la utilidad que presenta para quien la recibe la prestación realizada por una de las partes, recaiga ésta sobre una cosa o un servicio (artículo 1271 CC), que origina para el otro contratante un deber de reembolsar o pagar su equivalente (artículo 1274 CC) por ser la causa de la obligación que se establece (artículo 1261 núm. 3 CC)<sup>70</sup>. Por su parte, el resto de las circunstancias concomitantes se conectan con el conjunto de motivaciones de los contratantes que han impulsado a la celebración del contrato y se han incorporado a él<sup>71</sup>, las que no vienen formuladas como un requisito de existencia de ese contrato de carácter independiente y cuya falta de realización se aborda a través de técnicas distintas a las de nulidad absoluta (arg. ex artículos 1261 y 1300 CC).

Sin embargo, este propósito no es independiente de la consecución de un efecto jurídico sustantivo, que es directamente querido por las partes<sup>72</sup>, y ambos pueden ser perfectamente analizados mirando el contrato como unidad (desde que uno y otro son queridos presuponiendo la realización conjunta de los

---

*derecho europeo e iberoamericano* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005), pp. 197-406.

<sup>69</sup> MORALES MORENO, A. M., «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos», *ARAJL* (2011), p. 466.

<sup>70</sup> VILLEY, «Le contrat», cit., p. 243.

<sup>71</sup> MORALES MORENO, «Reflexiones sobre la causa del contrato», cit., p. 468.

<sup>72</sup> SALVADOR CODERCH, P./AZAGRA MALO, A./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos», *Indret* 3 (2004), p. 21.

dos)<sup>73</sup>. Cuando aquéllas celebran un contrato prevén algo más que la obtención de un cierto propósito práctico, pues predeterminan que aquello sobre lo que han empeñado su palabra esté amparado por el ordenamiento, que pueda ser jurídicamente exigible<sup>74</sup>. De ahí que para este último sea relevante primeramente la consecución de un resultado jurídico (el carácter ejecutable de la obligación contractual), aunque a veces no resulte indiferente que ciertos propósitos prácticos efectivamente se verifiquen de un modo particular o, incluso, que éstos pretendan huir del compromiso (como sucede, por ejemplo, con las cartas de intenciones y con ciertos modelos de cartas de patrocinio)<sup>75</sup>. Lo que importa ciertamente es saber el valor vinculante que para el derecho tiene aquello que en cada caso una persona pretende

---

<sup>73</sup> La consecución preferente del efecto jurídico por sobre el propósito práctico se constata especialmente en los negocios indirectos o instrumentales.

<sup>74</sup> SALVADOR/AZAGRA/FERNÁNDEZ, «Autonomía privada», cit., p. 24.

<sup>75</sup> Sobre este punto es interesante la evolución experimentada por el proceso de reforma del derecho contractual francés. El Anteproyecto preparado por la Comisión Catalá (2005) no innovó mayormente respecto del *Code Civil* (artículos 1108 y 1131), y exigió que el contrato tuviese una causa que justificase el compromiso (artículo 1108), de manera que aquél que carecía de una causa real y lícita se reputaba inválido (artículo 1124). Por causa se entendía la contraprestación esperada del contrato, por lo que había ausencia de aquélla cuando tal era ilusoria o irrisoria (artículo 1125). De tal principio se hacía diversas aplicaciones para determinados tipos de contratos. El primer proyecto preparado por la *Chancellerie* (julio de 2008) subordinó, en cambio, la validez del contrato a la existencia de un contenido cierto (artículo 49). Entre los elementos que integran ese contenido estaba la concurrencia de un interés sobre el contrato que justificase el acuerdo (artículo 85). Dicho interés, al menos para los contratos onerosos, venía definido como la contrapartida que la otra parte esperaba obtener al contratar, la que no podía ser ilusoria o irrisoria (artículo 86). En una versión posterior (mayo de 2009), la exigencia de un contenido cierto se mantiene (artículo 43), pero el interés deja de ser un elemento diferenciador y sólo se alude a la necesidad de observar una reciprocidad efectiva entre las prestaciones en los contratos onerosos (artículo 77). Este último proyecto se asemeja así al tratamiento dado a esta materia en la «Proposiciones de reforma del derecho de los contratos» (2008) preparadas por la comisión presidida por François Terré (artículos 13 y 61). Véase, en perspectiva comparatista, SABORIDO SÁNCHEZ, P., «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *InDret* 1 (2013), especialmente pp. 18-22.

conseguir, ejercitando la autonomía de la voluntad<sup>76</sup>, y de ahí que, ante el desconocimiento de ciertos documentos originalmente concebidos con un alcance meramente social o comercial, se intente atraer los compromisos ahí adquiridos hacia el campo de lo jurídicamente vinculante mediante un proceso de interpretación, integración y calificación de las declaraciones efectuadas por las partes.

La finalidad empírica perseguida por cada contratante comporta el primer impulso en el orden de la intención y el último en el orden de la actuación, y viene representada por la sustancia económica de la relación contractual<sup>77</sup>, sea de conmutación o de distribución<sup>78</sup>, que se conecta con el interés concreto o resultado material que se desea alcanzar con el programa de prestación<sup>79</sup>. Es así una realidad extramental y operativa, que debe ser preconocida por los contratantes, y que las mueve a un comportamiento enderezado hacia un resultado previsto. Pero este resultado querido y buscado por las partes no se puede escindir del negocio mismo, ahora concebido como una unidad, porque existen al menos dos razones que exigen su consideración<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> MORALES MORENO, «Claves de la modernización», cit., p. 7.

<sup>77</sup> D'ANGELO, A., *Contratto e operazione economica* (Turín, Giappichelli, 1992), pp. 173 y 189; GABRIELLI, E., «Il contratto e l'operazione economica», RDC 49 (2003) 2, p. 99 y 103, y «L'operazione economica nella teoria del contratto», RTDPC 63 (2009) 3, pp. 912 y 915.

<sup>78</sup> Véase la nota 19.

<sup>79</sup> Sobre esta conexión, véase BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones* (trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969), I, pp. 300-307 y, particularmente, MORALES MORENO, A. M., «El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)» (1983), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), pp. 323-348.

<sup>80</sup> Esto explica que, en el *Common Law*, la obligación se conciba como un efecto más de una promesa vinculante (*binding promise*), y se hable indistintamente de *duty*, *debt*, *liability* y *obligation*, sin que la categoría en sí configure una específica noción técnica o goce de particular atención sistemática. El contrato comporta



---

§ 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR

---

En primer lugar, ese propósito permite practicar una valoración jurídica de cada negocio, tal y como se ofrece en la realidad. Esta valoración se endereza a caracterizar el negocio jurídico, de suerte de identificar los atributos y particularidades que concretan el tipo contractual (artículo 1238 III PMCC)<sup>81</sup>, para reconducir la regulación de las partes a la disciplina que le es propia según se trate de un contrato de intercambio o de distribución<sup>82</sup>. De esta guisa se posibilita su control mediante la comprobación de la existencia y permanencia de su causa, esto es, se verifica que ella exista y sea lícita (artículo 1275 CC)<sup>83</sup>, y que su influencia continúe durante todo el itinerario contractual como base objetiva o estructural sobre la que se asienta la regulación convencional de intereses efectuada por las partes a partir del equilibrio subjetivo que acordaron entre sus prestaciones (artículo 1213 PMCC)<sup>84</sup>. Asimismo, garantiza que el contrato siga obligando en la medida que no haya decaído la finalidad perseguida o las legítimas expectativas o aspiraciones de uno de los contratantes por obra de un incumplimiento esencial (artículo 1124 CC)<sup>85</sup>, pudiendo el deudor enervar el cumplimiento que se pretenda por parte de quien no ha ejecutado su parte del contrato (artículos 1100 III CC y 1191 PMCC)<sup>86</sup>.

En segundo término, la consideración del propósito práctico existente detrás del contrato permite dar todo su alcance a la

---

ahí el mecanismo mediante el cual se lleva a cabo un intercambio recíproco (*bargain promise*), para cuyo incumplimiento se prevé un elenco de remedios enderezados a satisfacer el interés del acreedor (véase las notas 37 y 192); mientras que la obligación representa una estructura jurídica que puede servir a diferentes finalidades en función de su fuente (*contract, tort o restitution*).

<sup>81</sup> CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., § 214, p. 165.

<sup>82</sup> CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, cit., núm. 296-300, pp. 277-283.

<sup>83</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., p. 330, y «Reflexiones sobre la causa del contrato», cit., pp. 466 y 471.

<sup>84</sup> CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., §§ 377-397, pp. 313-326.

<sup>85</sup> MORALES MORENO, «Reflexiones sobre la causa del contrato», cit., pp. 469 y 472.

<sup>86</sup> CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, cit., p. núm. 230, p. 212.

autonomía de la voluntad que a través de él se despliega para la organización relacional de intereses personales desde una disciplina legal esencialmente dispositiva (artículo 1255 CC). Así, el propósito o resultado que resulta relevante en un contrato no se limita sólo a las transformaciones jurídicas que él mismo debe producir, consistente en los derechos y obligaciones que genera para las partes (artículo 1089 CC) o en la realización de otros efectos posibles (extintiva, traslaticios, constitutivos)<sup>87</sup>; penetra también en todo aquello que se relaciona con el ejercicio de la libertad individual, de suerte que llega a abarcar comprensivamente las presuposiciones básicas que se han tomado en cuenta al celebrar un determinado negocio y comprometerse a su consecución conforme a una particular ordenación de intereses y riesgos<sup>88</sup>. Pero el consentimiento de las partes o su capacidad para obligarse no comportan un fin en sí mismo, sino un medio puesto al servicio de la justicia conmutativa que rige la ordenación de intereses efectuada por los contratantes<sup>89</sup>. En este sentido, el concepto de propósito práctico comporta la justificación concreta en el orden de la justicia de cada negocio jurídico que se celebra<sup>90</sup>, porque delimita lo que cada una de las partes puede legítimamente esperar conforme a la regla de derecho (Dig. 1, 1, 10, pr.), de suerte que su utilidad como elemento de control negocial nada que tiene que ver con el equilibrio objetivo inicial entre las prestaciones o la legitimidad (que no licitud) de las estipulaciones contractuales<sup>91</sup>. Tal función explica que no comporte una pura motivación intrínseca de los

---

<sup>87</sup> ANCEL, «Force obligatoire», cit., pp. 778-788.

<sup>88</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., p. 331, y «Reflexiones sobre la causa del contrato», cit., p. 468.

<sup>89</sup> CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, cit., núm. 291 (p. 274) y 294 (p. 276).

<sup>90</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., p. 333.

<sup>91</sup> CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, cit., núm. 289, p. 273.

contratantes, sino que se apoya sobre una realidad que busca modificar con el deseo de satisfacer una concreta necesidad o apetencia. Cada una de las partes se acerca así al contrato con un conocimiento del fin perseguido por la otra y con una voluntad de alcanzarlo poniendo los medios que sean necesarios.

Es a ello a lo que se refiere, por ejemplo, el Código Civil cuando atiende a la intención de los contratantes para permitir que ciertas clases de error (artículo 1266) o de dolo (artículos 1268 y 1269) puedan viciar el consentimiento o, incluso más, originar un concurso con el supuesto de algunos de los remedios ante el incumplimiento contractual (acusadamente con la facultad resolutoria y con los regímenes especiales existente respecto de la evicción y los vicios redhibitorios<sup>92</sup>). También es esta intención la que permite determinar el sentido y alcance de la propia declaración y construir desde ella la regla contractual (artículos 1281 y 1282 CC), o explicar el efecto rescisorio de la revocación en las donaciones (artículos 644, 647 y 648 CC). Aunque quizá una demostración más clara de esas presuposiciones sean las llamadas «manifestaciones y garantías» que suele incluir la técnica contractual especialmente en aquellas negociaciones que han supuesto una mayor complejidad. Estas manifestaciones y garantías comportan declaraciones sobre hechos que una parte hace a otra y que, incluidas en el documento contractual, van acompañadas de un compromiso expreso de remediar su falta de veracidad o incorrección a través de las técnicas propias de la responsabilidad contractual<sup>93</sup>. En el mismo sentido, la PMCC

---

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, MORALES MORENO, A. M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», ADC LXV-1 (2012), pp. 5-28, y VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad. ¿Supraconcepto en el derecho de obligaciones?», ADC LXIV (2011) 1, pp. 5-40 = ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier, 2011), pp. 369-399.

<sup>93</sup> Véase, entre otros, AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español* (Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2011), pp. 37 y 411-413; GIMENO GIL, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa*

reputa insertas en el contrato y con valor vinculante «*las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en las actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta*» (artículo 1276 I), incorporando así a la regla contractual ciertos estados de la realidad de relevancia a la hora de obligarse y de determinar la conformidad del cumplimiento (artículo 61 TRLGDCU)<sup>94</sup>.

Como fuere, en el diseño codificado de la teoría del contrato, la noción de causa postula la desvinculación contractual y, por consiguiente, no resulta adecuada por sí sola para repartir del riesgo en ciertas situaciones en las que se produce la insatisfacción del interés de uno de los contratantes<sup>95</sup>. Una mirada más comprensiva de este fenómeno habrá de poner en relación, entonces, otros mecanismo de distribución del riesgo distintos de la nulidad, entre los que comparecen la readecuación del contrato y el sistema de remedios ante el incumplimiento (incluidas dentro de él las reglas de reparto legal por el acaecimiento de un caso fortuito)<sup>96</sup>. El principio rector será, en suma, que el contrato sea conservado como mecanismo de ordenación querido por las partes en la medida que el interés que con él se pretendía satisfacer exista y todavía se desee su obtención en naturaleza.

---

(Granada, Comares, 2013), pp. 199-204; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 32-38.

<sup>94</sup> Véase MORALES MORENO, A., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)» (1992), y «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)» (1999), ambos recogidos ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), pp. 223-256 y pp. 257-287.

<sup>95</sup> MORALES MORENO, «Reflexiones sobre la causa del contrato», cit., p. 473.

<sup>96</sup> MORALES MORENO, A. M., «Causa (Dº. Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), I, p. 962.

## 2. La distinta construcción del programa de prestación y su convergencia en la idea de resultado

La idea tradicionalmente aceptada es que el contrato, una vez perfeccionado, genera unos determinados deberes de conducta para el deudor (artículos 1088, 1089, 1091, 1254, 1258 y 1278 CC)<sup>97</sup>. De esa forma, el cambio que proyecta sobre la realidad social se consigue a través del cumplimiento de tales obligaciones, con el que se logra la satisfacción del interés de cada uno de los contratantes (artículo 1157 CC)<sup>98</sup>. Sin embargo, este modo de concebir la relación contractual es producto de una simplificación conceptual de orden histórico y nunca ha sido totalmente correcto<sup>99</sup>.

Varias décadas antes de la reforma introducida en el BGB por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht*, de 26 de noviembre de 2001, Franz Wiaecker<sup>100</sup> (1908-1994) había llamado la atención sobre el hecho de que la relación obligatoria encierra una doble faceta en su contenido, a la vez diferente y complementaria: por una parte, se manifiesta como un orden de deberes de conducta impuestos al deudor; por otra, representa la realización de resultados de satisfacción del interés del acreedor<sup>101</sup>. Esta ambivalencia significa que el alcance obligacional del contrato queda referida en unas ocasiones a la correcta ejecución de esos deberes, y en otras a la cabal ejecución del resultado que en él se ha previsto, por lo que el cumplimiento presenta en ambos casos

---

<sup>97</sup> Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III (Madrid, Reus, 16ª ed. actualizada por Gabriel García Cantero, 1992), pp. 501-502.

<sup>98</sup> Por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *El cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956), pp. 35-43.

<sup>99</sup> MORALES MORENO, A. M., «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento de contrato», en BARROS, E./GARCÍA, M.ª P./MORALES, A. M., *Derecho de daños* (Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009), p. 209.

<sup>100</sup> WIAECKER, F., «Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichehn Schuldrecht», en DIETZ, R./HÜNER, H. (ed.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey* (München/Berlin, C. H. Beck, 1965), I, pp. 783-812.

<sup>101</sup> Después de la reforma, dicha dualidad queda recogida en el § 241 II BGB.

algunas diferencias pese a su convergencia final en la idea de realización del interés del acreedor, sin relación necesaria (aunque sí contingente) con el comportamiento debido del deudor (artículos 89 y 100 ECC). Tal distinción sobre el contenido del contrato es recogida en el artículo 56 PCCom<sup>102</sup>.

No cabe duda de que toda relación obligatoria intenta ser un cauce para la satisfacción del interés del acreedor; la cuestión estriba en saber qué es lo que incumbe al deudor en el logro de esa satisfacción<sup>103</sup>. Para dar respuesta a este problema, conviene distinguir dos aspectos que, en la práctica, generalmente se entrecruzan y difuminan, como son el contenido de la prestación (a) y el riesgo de su consecución (b).

*(a) El contenido de la prestación*

El primer aspecto a considerar se refiere a la delimitación del contenido de la prestación del deudor, que no es ni se puede concebir como un fenómeno abstracto y, por consiguiente, aparece siempre como un cauce de realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico<sup>104</sup>. En algunas ocasiones, el deudor sólo vendrá obligado a ejecutar la actividad o conducta preestablecida en el contrato; en otras cabrá exigirle que su actividad sea toda la necesaria para alcanzar un determinado resultado previsto al contratar. Esta doble faceta recuerda la

---

<sup>102</sup> La PACCom, después de señalar que la obligación contractual puede consistir en la obtención de un resultado o en la prestación de los medios para alcanzarlo (artículo 56 I), aborda un problema no siempre de fácil solución, como es el establecimiento de los criterios para determinar la naturaleza del contrato cuando ella no ha sido claramente señalada por las partes. En estos casos, habrá de tenerse en cuenta, además de la literalidad del contrato (artículo 55), otros aspectos relevantes, como el precio y los demás elementos de aquél, la dificultad de obtención de un resultado y las aptitudes de la parte que asume el encargo (artículo 56 II).

<sup>103</sup> MORALES MORENO, «Artículo 35», cit., p. 290.

<sup>104</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 271.

célebre clasificación efectuada por René Demogue<sup>105</sup> (1872-1938) para coordinar las reglas de los artículos 1137 y 1147 del *Code Civil*, a partir de los cuales distinguía entre obligaciones de medio y de resultado en razón de la parte sobre la que recaía la carga de acreditar el incumplimiento<sup>106</sup>. Sin embargo, frente a esta construcción, la formulación de Wiaecker presenta la ventaja de penetrar en la estructura nuclear de la relación obligatoria, y entrega unos datos dogmáticos de gran utilidad para reconstruir de una manera más analítica y funcional los dos elementos en que se descompone la obligación, como son la deuda (*Schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*)<sup>107</sup>.

Esta distinción parte de un dato evidente: la diligencia integra la prestación de dos modos muy distintos según el contenido concreto de la obligación. El primer paso, entonces, para abordar un caso concreto de incumplimiento consistirá en determinar qué es lo que exige la obligación principal y qué los otros deberes que integran el ámbito de la vinculación contractual a la que el deudor aceptó someterse.

En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a satisfacer la prestación sin consideración de los esfuerzos de diligencia que realice con ese fin. En ellas, pues, sólo concurre la diligencia promotora, que consiste en toda aquella actividad que el deudor ha de desplegar para que la prestación inicialmente

---

<sup>105</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, (Paris, Arthur Rousseau, 1925), núm. 1237, pp. 538-544; y VI (Paris, Arthur Rousseau, 1931), núm. 599, p. 644.

<sup>106</sup> El origen de la distinción proviene de la literatura alemana, especialmente de los trabajos de Bernhöft y Fischer, de donde fue tomada por autores italianos, como Leone y Osti. Sin embargo, y he aquí su mérito, ha sido la dogmática francesa la que ha dedicado particular atención a esta teoría la hora de reconstruir la responsabilidad contractual, si bien con un evidente sesgo de aproximación con la responsabilidad aquiliana en cuanto a la prueba del incumplimiento imputable. Véase, para un esfuerzo reciente de ordenación de la materia, BELLISSANT, J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile* (Paris, L.G.D.J., 2001).

<sup>107</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 19-22.

programada se concrete<sup>108</sup>. La función material que ésta desempeña es dar lugar al cumplimiento, imponiendo al deudor el deber de prever, evitar y superar todos los obstáculos que impidan alcanzar el resultado esperado, de acuerdo con la diligencia que le corresponde según la economía del contrato (verbigracia, el deber de custodia que establece el artículo 1094 CC respecto de las obligaciones de dar particulariza la diligencia prestable)<sup>109</sup>. Su límite viene dado precisamente por ese grado de diligencia impuesto contractualmente al deudor, o por aquel que la ley le asigna ante el silencio de las partes a partir de las variables del ambiente jurídico en que se desarrolla el programa prestacional (artículo 1104 CC), y más allá del cual aquél no responde porque una conducta alternativa le es inexigible<sup>110</sup>.

Estas reglas sobre prestación de la diligencia exigible establecen cómo debe el deudor cumplir con su prestación, utilizando como parámetros la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar que intervienen en ella (artículo 1104 CC). Juegan así una función parcialmente distinta dentro de la relación obligatoria que aquella

---

<sup>108</sup> En el nuevo orden contractual, la diligencia promotora es reemplazada por un criterio de razonabilidad (*reasonableness*), referido a un estándar de conducta más exigente y, sobre todo, económicamente más eficiente, porque se juzga conforme con aquello que el buen juicio aconseja como la solución más práctica y justa para una determinada situación. Su campo es también más amplio, y opera como regla hermenéutica, criterio temporal y estándar de comportamiento. Véase, entre otros, CRISCUOLI, G., «Buona fede e ragionevolezza», RDC 30 (1984), pp. 709-754; KHAIRALLAH, G., «Le "raisonnable" en droit privé français. Développements récents», RTDciv 2 (1984), pp. 439-467; LIDIA NICOLAU, N., «El principio de razonabilidad en el derecho privado», RDP 94-1 (2010), pp. 3-25; SAN MARTÍN NEIRA, L., «El criterio de "lo razonable". Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño», *Derecho y Justicia* 1 (2011), pp. 43-66; VIDAL OLIVARES, Á., «La noción de persona razonable en la compraventa internacional», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, pp. 3277-3305.

<sup>109</sup> BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, Real Colegio de España, 1987), pp. 175-176.

<sup>110</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 947.



que desempeña la buena fe (artículos 7 y 1258 CC y 57 CCom), no relacionado con la modelación del contenido de las obligaciones exigibles y, por ende, con el entero espectro del cumplimiento (que se juzga según la correspondencia del comportamiento efectivo con la regla contractual debidamente interpretada e integrada), sino sólo con la actividad instrumental exigida al deudor de acuerdo con el parámetro de lo razonable<sup>111</sup>. Esto es importante porque ante todo es preciso reconstruir adecuadamente la regla contractual, para saber si lo que formalmente se presenta como la materialidad de la obligación debida no es más que el modo considerado por las partes para obtener el cumplimiento de lo sustancialmente acordado<sup>112</sup>.

En otras palabras, cuando la prestación supone la consecución de un determinado resultado con independencia del grado de diligencia y esfuerzo que el deudor ponga de su parte para conseguirlo (obligaciones de resultado), su exoneración sólo es posible mediante la acreditación del caso fortuito (artículo 1105 CC), vale decir, mediante la demostración de un hecho que produce la ruptura en el curso normal del riesgo contractual y que, por ende, se sitúa, no en la estructura misma del deber de prestar, sino en el plano de la causalidad de su desenvolvimiento<sup>113</sup>. En cambio, si el contrato ha previsto sólo una modalidad de cumplimiento, el caso fortuito no libera al

---

<sup>111</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., I, p. 114.

<sup>112</sup> STS de 22 de febrero de 1979 (RJ 1979/579).

<sup>113</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 987 y 990-992; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 108, p. 174; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 727; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 12; MONTÉS PENADÉS, V., «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), II, p. 2444; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., 179-219; PABLO CONTRERAS, «Incumplimiento de las obligaciones», cit., § 69, p. 207; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1059-1072; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid, Dykinson, 2001), pp. 196-198 y 201-203.

deudor en tanto pueda obtener el resultado previsto mediante un comportamiento sustitutivo<sup>114</sup>.

En las obligaciones de medios, en cambio, el deudor se compromete a desplegar una determinada actividad o comportamiento dirigido a proporcionar un cierto resultado querido por el acreedor, sin que éste dependa completamente del riesgo controlable por el deudor. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, la obligación de vigilancia, la de prestar la realización de servicios profesionales o un servicio de resultado incierto<sup>115</sup>. En ella, la diligencia pasa a formar parte del deber de prestación y otorga a ésta contenido, por lo que desempeña ahí una función integradora<sup>116</sup>. Si para el ordenamiento una cierta actividad tiene la aptitud de constituir la prestación típica de una relación obligatoria, no le puede ser indiferente cuál sea su contenido o el modo en que el deudor ha de llevarla a cabo. De ahí que sea connatural a la calificación jurídica de una conducta el asignarle un determinado contenido respecto del cual el deudor no se puede apartar si quiere mantener su fidelidad hacia el programa contractual. Por eso, en las obligaciones que precisan de su concurrencia, la diligencia integradora es propiamente debida como parte de la prestación, ya que es el reflejo de la exigencia de no discrecionalidad en su comportamiento que pesa sobre el deudor y que éste debe observar para que la obligación se repute cumplida de conformidad con la regla contractual.

La consecuencia de esta integración es que, en estas obligaciones, hay propiamente cumplimiento cuando el comportamiento prometido se lleva a cabo con la diligencia contractual o legalmente requerida. Como contrapartida, al deudor le basta demostrar que ha empleado ese grado de

---

<sup>114</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 995.

<sup>115</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 942.

<sup>116</sup> BADOSA COLL, *La diligencia*, cit., pp. 169-174.

diligencia para acreditar que ha cumplido con su obligación, pues la consecución de un determinado resultado no es el único modo de acreditar que ha existido cumplimiento. A diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de resultado, en las obligaciones de medio la consideración de la diligencia comprometida siempre es importante, al punto que su inobservancia comporta un hecho determinante para establecer el propio incumplimiento, puesto que aquella integra el contenido del deber de prestación al que se ha comprometido el deudor<sup>117</sup>. Si es así, al menos teóricamente, el empleo de la debida diligencia comporta en ellas un medio de defensa distinto del caso fortuito (artículos 1103 y 1183 CC y 162 II TRLGDCU), que concurre en ambos tipos de obligaciones por incidir sobre un problema de causalidad y no de actuación del programa de prestación (artículo 1105 CC)<sup>118</sup>.

Sin embargo, pese a la cuidada y lógica elaboración que presenta esta distinción entre el caso fortuito y la ausencia de culpa, la jurisprudencia no ha acudido a ella para justificar la exoneración del deudor y ambos conceptos han permanecido en un estado de indiferenciación a la hora de su aplicación<sup>119</sup>. La razón no es difícil de comprender. La prueba de su exoneración corresponde al deudor (artículo 217 III LEC), y a éste le resulta mucho más fácil probar el acaecimiento de un caso fortuito (artículo 1105 CC) que demostrar que ha obrado observando la diligencia que le era exigible de acuerdo con la regla contractual

---

<sup>117</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado* (Barcelona, J. M.ª Bosch Editor S.A., 1993), pp. 123-124 y 126; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 939; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 280-282; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2010), p. 30.

<sup>118</sup> BADOSA COLL, *La diligencia*, cit., p. 180; CORRAL TALCIANI, H., *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010), p. 171; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 745.

<sup>119</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 997-998; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 726-727; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 189-192.

(artículo 1104 CC)<sup>120</sup>. Para demostrar su ausencia de culpa debería agotar hasta lo indecible el espectro posible de hechos potencialmente relevantes, la mayoría de los cuales son de índole negativa. Ante esto, al deudor le será mucho más simple acreditar que, en el desenvolvimiento del programa de prestación, ha acaecido un hecho que reúne las condiciones de exoneración previstas en el artículo 1105 CC, cualquiera sea la clase de obligación de que se trate, y alegar así el caso fortuito.

Esta convergencia sobre el límite de la responsabilidad del deudor que existe entre las obligaciones de medio y de resultado se logra a partir del concepto de interés con que se delimita el fin de protección del contrato y de la concreta distribución de riesgos que ha supuesto dicha regla contractual.

Toda obligación, sea de medio o de resultado, supone un interés del acreedor que se busca satisfacer a través de una prestación que se adecue con sus concretas expectativas contractuales. La diferencia radica en la incidencia que ese interés tiene en el cumplimiento o incumplimiento del contrato. En las obligaciones de medios, el interés del acreedor es de tipo empírico y no coincide necesariamente con el interés jurídico al que se ha obligado el deudor. Cuando éste cumple con el servicio prometido en los términos de calidad expresamente acordados, ambos intereses coinciden y no existe mayor diferencia con la configuración de una obligación de resultado (el resultado contemplado en el contrato es la ejecución del servicio en los términos pactados)<sup>121</sup>. Lo mismo ocurre cuando el deudor simplemente no presta el servicio. Esta ausencia de prestación es equivalente a la falta de entrega de una obligación de dar, y nada

---

<sup>120</sup> Por ejemplo, al deudor le resultará más sencillo acreditar que se produjeron fuertes vientos y copiosas lluvias, que probar que cumplió con todas las exigencias que requería el buen mantenimiento del tendido eléctrico (STS de 15 de diciembre de 1996, RJ 1996/8979).

<sup>121</sup> MORALES MORENO, «Problemas que plantea la unificación», cit., p. 217.

justifica un tratamiento diferenciado. La disociación de los intereses en juego se produce cuando el deudor no se comporta conforme con un determinado modelo de conducta, frecuentemente determinado a partir de las reglas del arte o profesión correspondiente a los servicios prestados, que era necesario para llenar las vicisitudes de ejecución del programa de prestación no previstas por las partes mediante cláusulas concretas (artículo 1104 CC).

Estos deberes de diligencia no desvirtúan el concepto unitario y objetivo de incumplimiento que requiere la construcción de un sistema coherente y articulado de remedios a favor del acreedor. En lo que a ellos atañe, el deudor cumple en la medida que observa una conducta prudente y diligente conforme al estándar que la economía del contrato y la naturaleza del servicio prometido le impone (artículos 1104 y 1258 CC), siendo el resultado práctico algo contingente o potencial, no incluido en el programa de prestación<sup>122</sup>. Por ejemplo, cuando un paciente acude a su médico, lo hace buscando que le cure del mal que padece (interés empírico), y no para que aquél haga lo mejor que esté de su parte para que ello ocurra (interés jurídico); el médico cumple su obligación, empero, si observa aquel comportamiento que, de acuerdo con su *lex artis*, es adecuado en ese caso, con prescindencia de la curación efectiva del paciente, aspecto que queda comprendido dentro del ámbito de contingencia que soporta este último o, si se quiere, fuera del ámbito de protección del contrato<sup>123</sup>. Ahora bien, cuando el médico no observa todos los procedimientos a su alcance, su incumplimiento es también la

---

<sup>122</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 123 y 126; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 942-943; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 280-281; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 125.

<sup>123</sup> Se entiende, entonces, por qué los Mazeaud denominaron «indeterminadas» a las obligaciones de medios, en contraposición a aquellas otras «determinadas» que importan la consecución de un resultado en todo conforme con el contrato. Cfr. MAZEAUD, H. y L./CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, II-1: *Obligations, théorie générale* (París, Montchrestien, 8ª ed., 1991), cit., núm. 21, pp. 13-15.

falta de realización de las exigencias del contrato, pues no se ha producido el resultado buscado por el acreedor, como es la obtención de una prestación correcta del servicio<sup>124</sup>.

En las obligaciones de resultado, en cambio, existe siempre una perfecta coincidencia entre el interés que el acreedor busca satisfacer y aquel que se manifiesta cuando se cumple la prestación (entendida como el comportamiento del deudor que ha sido programado al constituir la relación obligatoria). De ahí que en ellas no baste un comportamiento diligente del deudor enderezado hacia el resultado esperado, sino que sea indispensable que este último se verifique, lo que sólo ocurrirá cuando en el cumplimiento de la prestación se contengan todas aquellas cualidades que las partes habían previsto al contratar, esto es, cuando el acreedor consiga una determinada configuración de la realidad física y jurídica que es distinta de aquella que existía antes del nacimiento de la obligación<sup>125</sup>. Eso explica que la ausencia de prestación en la época convenida haga presumir la imputación del incumplimiento al deudor cuando aquél se encuentra en posesión de la cosa con que se debe cumplir o, al menos, ésta se halla en su ámbito de disposición posesoria (artículos 1183, 1563 y 1769 CC)<sup>126</sup>.

De lo anterior se sigue que el incumplimiento en cuanto presupuesto básico de todo el sistema de remedios permanece como un concepto unitario e invariable, conservando sus notas de objetividad, neutralidad y materialidad, y cualquiera sea la forma de construcción del contenido de la prestación es el acreedor quien debe demostrar que tal se ha producido<sup>127</sup>. Esta

---

<sup>124</sup> MORALES MORENO, «Problemas que plantea la unificación», cit., p. 219.

<sup>125</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 123-124; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 281-282; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 125-126.

<sup>126</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 934.

<sup>127</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 149; CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento*

convergencia se explica por el alcance final que tiene toda obligación contractual. Cualquiera sea su clase, el deudor se obliga siempre a satisfacer el interés del acreedor mediante la prestación prometida, con la consiguiente administración del riesgo que la circunda, por lo que todas las obligaciones son de hecho de resultado<sup>128</sup>. El valor descriptivo que presenta la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no sobrepasa el estadio ilustrativo sobre el modo concreto en que el deudor se compromete para con el acreedor. Pero su importancia no llega a establecer una diferencia respecto del contenido concreto de la prueba del incumplimiento, como si en un caso bastase con acreditar que el resultado contractualmente prometido no se ha verificado (por ejemplo, que la cosa vendida no ha sido entregada en el lugar y tiempo estipulados); mientras que en el otro fuese necesario demostrar que la ejecución de la prestación no se acometió con la diligencia que, contractual o legalmente, debía observar el deudor (verbigracia, que el médico no siguió todos los procedimientos que la *lex artis* exigía en un procedimiento como aquel al que fue sometido el paciente)<sup>129</sup>. Demostrar la materialidad del incumplimiento siempre corresponde al acreedor, quien debe acreditar que el resultado esperado no se produjo conforme a lo estipulado en la regla contractual (artículo 217 II LEC). Vendrá de cargo del deudor probar que dicho incumplimiento se produjo por un suceso ajeno a su esfera de control, que no pudo prever o, previsto, resistir (artículos 1105 CC), o que concurre otra causa asimilable que justifica su exoneración de responsabilidad (artículo 217 III LEC). Sea cual fuere el contenido de la obligación del deudor, el límite de la

---

de la protección del crédito (Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, 1989), pp. 47-49; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 106, p. 172; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 745; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 20; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 247 y 249-257.

<sup>128</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 943.

<sup>129</sup> MAZEAUD/TUNC, *Leçons de droit civil*, II-1, cit., núm. 21, p. 14.

responsabilidad siempre es el mismo: el caso fortuito (artículo 1105 CC)<sup>130</sup>. Y lo es porque toda obligación converge hacia un resultado esperado, como es que el deudor satisfaga siempre la prestación debida (artículos 1091, 1258 y 1157 CC), con independencia del modo en que las partes hayan previsto que éste se obtenga<sup>131</sup>.

*(b) El riesgo de obtención de la prestación*

El segundo aspecto antes mencionado se refiere al riesgo de consecución del resultado garantizado por el deudor. Nuevamente comparecen aquí dos enfoques posibles<sup>132</sup>. Por una parte, al deudor se le puede imponer solamente que cumpla con su obligación en los términos que se acaban de describir, realizando o bien una conducta determinada (obligación de resultado) o toda la que se requiera para alcanzar el resultado previsto por la regla contractual (obligación de medios). En estos casos, el límite de su responsabilidad se hallará en la imposibilidad de ejecución de la conducta prevista o en la imposibilidad de que por medio de su conducta se pueda alcanzar el resultado esperado (artículos 1182 y 1184 CC). Esto supone, en otras palabras, que la liberación del deudor depende de la conducta que le es exigible por el contrato (artículos 1091, 1157 y 1258 CC) y, en consecuencia, que el riesgo de insatisfacción del interés es del acreedor (artículos 1096, 1182, 1184 y 1454 CC).

Junto a este enfoque sobre el reparto del riesgo de insatisfacción contractual cabe también otro distinto, en el cual al

---

<sup>130</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad*, cit., pp. 126-127; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 942-944 y 997-998; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 181-192; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 726 y 745; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora*, p. 373; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 176, 259 y 272.

<sup>131</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 942-943.

<sup>132</sup> MORALES MORENO, «Artículo 35», cit., p. 290.



deudor se le exige algo más: se le reclama ahora que garantice al acreedor el logro del resultado previsto en el contrato, incluso cuando la falta de consecución de ese resultado no sea imputable a la esfera de riesgo del propio deudor. Con ello, la fuerza vinculante del contrato opera igualmente en los casos de imposibilidad inicial, que no determinan necesariamente la nulidad del contrato (artículos 3.1.3 PICC, 4:102 PECL, 4:102 PCCR, II-7:102 DCFR, y 1303, 1450 y 1460 PMCC), como ocurre en el Código Civil (artículos 1261 núm. 2, 1272, 1460 I y 1529 I), y son abordados como un supuesto más de incumplimiento si la imposibilidad se prolonga hasta el momento previsto para la ejecución de dicha prestación [artículos 7.1.1 PICC, 1:301 (4) y 8:101 PECL, 89 ECC, 8:101 ACQP, 9:101 PCCR, III-3:301 DCFR y 1188 PMCC]<sup>133</sup>. De igual forma, la imposibilidad sobrevenida, incluso total y fortuita, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria y puede ser tratada conforme con la disciplina de la responsabilidad contractual y su sistema de remedios<sup>134</sup>. En ambos casos, entonces, opera todavía la garantía del deudor, porque el problema que hay detrás sigue siendo de satisfacción, en mayor o menor medida, del interés que una parte se ha comprometido a asegurar respecto de la otra o, dicho de otro modo, de traslación del riesgo de insatisfacción del contratante sobre la que recae a aquel que debe soportarlo en virtud de la regla contractual<sup>135</sup>. Dicho riesgo queda de cargo de quien mejor

---

<sup>133</sup> Cuestión distinta es que haya más elementos que la mera imposibilidad, pues entonces el contrato podría anularse por error (artículo 1298 PMCC) o dolo *in contrahendo* (artículo 1300 PMCC).

<sup>134</sup> La sección dedicada a la pérdida de la cosa debida desaparece en la PMCC. Su lugar es ocupado por la primera de las excepciones previstas en el artículo 1192, que excluye la acción de cumplimiento respecto de una prestación no dineraria cuando ella «sea jurídica o físicamente imposible»; y por la pretensión del elemento representativo, que se acuerda en el supuesto de que una obligación de dar cosa determinada resultare imposible de cumplir (artículo 1196). Por su parte, la regla del actual artículo 1185 CC se desplaza al artículo 1210 PMCC, dentro de la disciplina de la indemnización de perjuicios. La PMCC no contiene una norma equivalente al actual artículo 1156 CC.

<sup>135</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 20 y 22.

puede administrarlo, que es por principio el deudor (artículos 1589 CC y 66-69 CISG)<sup>136</sup>.

De esto se sigue que la responsabilidad contractual adquiere su especificidad a partir de la idea de una concreta distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, y que se ha de reflejar en el régimen jurídico con que ella se disciplina<sup>137</sup>. Este riesgo está presente en toda operación de tráfico, y consiste en la posibilidad de frustración del interés del acreedor fundado en el negocio jurídico<sup>138</sup>. Con este concepto se expresa, entonces, tanto la incertidumbre de que la prestación ejecutada por el deudor satisfaga efectivamente la utilidad con miras a la cual se contrató, como el hecho de que durante el desenvolvimiento del programa contractual fracasen las expectativas y resultados que los contratantes habían querido obtener por esa vía. El propio incumplimiento y sus consecuencias dañosas quedan unidas así, al menos de un modo probable, con la previsión de riesgos que las partes hicieron al contratar.

Cuando la cuestión se aborda con criterios que atiende más al aspecto económico del contrato, la conclusión no es diferente; antes bien, complementa el enfoque anterior. El riesgo representa una contingencia sobrevenida que afecta en todo o en parte la rentabilidad que las partes tienen derecho a esperar en virtud de

---

<sup>136</sup> Véase el artículo 1452 PMCC.

<sup>137</sup> Véase, entre otros, BARROS BOURIE, «Criterios de atribución de riesgos», cit., pp. 142-144; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 926-928; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, V, cit., p. 231; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 6; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 38-39; MORALES MORENO, «El "propósito práctico"», cit., pp. 336-337; «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 30-32; *Incumplimiento y lucro cesante*, cit., pp. 18-22; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1019-1020; «Las nuevas bases», cit., pp. 1720-1721; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 43-45; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 83.

<sup>138</sup> MORALES MORENO, «El "propósito práctico"», cit., p. 337.

la regla contractual<sup>139</sup>. De ahí que, si unas de las funciones de orden práctico que el contrato desempeña es la distribución de riesgos entre los contratantes, de suerte de asegurar a cada uno de ellos la obtención de una prestación determinada y la extracción de una cierta utilidad a partir de esta última, cabrá calificar de perfecto aquel contrato en que las partes, al momento de concluirlo, se han puesto de acuerdo sobre todos los riesgos asociados a su ejecución<sup>140</sup>. Fácil es comprender que un tal tipo de contrato es imposible de concretar en la práctica, porque la escrupulosidad o clarividencia de los contratantes, por muy acusada que sea, no tiene capacidad suficiente de anticipar todas y cada una de las vicisitudes que se pueden producir durante el desarrollo de un programa prestacional que se asienta sobre una realidad concreta. Sin embargo, esta imposibilidad convierte la idea de contrato perfecto en una construcción teórica de gran utilidad, porque permite ponderar las ventajas de los distintos modos de intervención jurídica en el contrato y apreciar sus efectos en el mundo real, especialmente a medida que el punto de atención se aleja del modelo abstracto que aquél representa<sup>141</sup>.

En el nuevo derecho de la contratación, la disciplina del incumplimiento y sus consecuencias tiende a incitar a las partes a celebrar contratos perfectos, ponderando adecuadamente durante su celebración los riesgos inherentes, para definir así de mejor manera el resultado que el deudor garantiza al acreedor<sup>142</sup>. Tal tendencia explica que la imputación subjetiva de los daños resarcibles se efectúe a partir de un sistema basado en la delimitación de aquel ámbito o esfera jurídica de atribución de

---

<sup>139</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 963.

<sup>140</sup> SCHÄFER, H. B./OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil* (trad. de Macarena von Carstenn-Lichtenfelde, Madrid, Tecnos, 1991), p. 261.

<sup>141</sup> GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños*, cit., p. 28.

<sup>142</sup> MORALES MORENO, A. M., «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías» (1998), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thompson-Civitas, 2006), p. 208.

riesgos de la que responde el deudor<sup>143</sup>. La responsabilidad de éste surge, pues, de un estado de cosas objetivo, como es la perturbación de un orden relacionado con un interés a satisfacer y que se ha de restablecer de acuerdo con los cursos de acción previstos por el ordenamiento<sup>144</sup>.

La cuestión aboca así en la construcción del supuesto de hecho específico del remedio indemnizatorio, porque es ahí donde se completa la satisfacción del interés del acreedor<sup>145</sup>.

### **3. Recapitulación sobre el alcance de la obligación contractual como garantía de resultado**

De lo que se ha dicho es dable concluir que, con independencia de su forma de configuración, la obligación contractual comporta siempre una garantía de satisfacción del interés del acreedor proveniente de su fuerza obligatoria, la que supone un ensanchamiento del contenido tradicionalmente asignado a la prestación, que se proyecta hacia la obtención de una serie de consecuencias relacionadas con el propósito para el cual se contrató. El deudor no se obliga únicamente a realizar deberes específicos de conducta, sino que se compromete a obtener la consecución de un resultado de orden práctico conectado con un determinado nivel de satisfacción del interés del acreedor, debiendo desplegar toda aquella actividad que sea razonable y

---

<sup>143</sup> BARROS BOURIE, «Criterios de atribución de riesgos», cit., pp. 176-180; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 981, 987 y 990-992; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1650-1660; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», pp. 12-13; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 51-52; MOZOS TOUYÁ, J. J., «En torno a la idea de incumplimiento en el derecho civil español», *ReA* 22 (2006), pp. 152-156; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 55-56; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1064-1069; «Las nuevas bases», cit., p. 1740; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 22.

<sup>144</sup> VILLEY, «Esquisse historique», cit., p. 49.

<sup>145</sup> Véase *infra*, § 2, III.

---

 § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR
 

---

necesaria para ese fin, y que queda comprendida dentro del ámbito de administración de riesgo que el contrato ha puesto de su cargo. En otras palabras, se sustituye la importancia que la formulación clásica atribuye a la necesaria conducta del deudor por el resultado material que desea alcanzar el acreedor con el contrato, el que permite delinear los intereses convergentes que quedan protegidos por aquél<sup>146</sup>, aunque sin que eso suponga una alteración de la estructura interna de la relación obligatoria.

Esta forma de entender la obligación se explica más cabalmente si el resultado perseguido por el acreedor, y que se expresa materialmente como la prestación debida, no se observa tanto considerando la cosa en sí, sino reconstruida tipológicamente de acuerdo al interés del acreedor<sup>147</sup>, dado que es este último el que ilumina la ejecución del programa prestacional desde su nacimiento<sup>148</sup> y pone en movimiento la cooperación entre las posiciones jurídicas que interactúan en él. Con el primer Wittgenstein (1889-1951), se podría decir que la prestación es una proposición del resultado que buscan alcanzar las partes en su relación proyectiva con el mundo<sup>149</sup>. Mediante el contrato, una determinada cosa o acción queda integrada, según las particulares previsiones recogidas en él, a lo que Heidegger (1889-1976)

---

<sup>146</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión del jurista americano», en VV. AA., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 14 de diciembre de 2007)* (Madrid, Thomson-Civitas, 2008), p. 435.

<sup>147</sup> DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale* (Boloña/Roma, Zanichelli/Foro Italiano, 1988), p. 89.

<sup>148</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., pp. 186-188; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 270-271; FENOY PICÓN, *La protección*, cit., pp. 61-68; MORALES MORENO, A., «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa» (2003), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thompson-Civitas, 2006), pp. 101-102; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1726-1727; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de propiedad* (Boloña, Real Colegio de España, 1993), p. 67.

<sup>149</sup> WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus* (trad. de Tierno Galván, Madrid, Alianza, 2ª ed., 1979), 3.12 (p. 51): «Llamo signo proposicional el signo mediante el cual expresamos el pensamiento. Y la proposición es el signo proposicional en su relación proyectiva con el mundo».

llamaba la «totalidad respeccional» de aquellas que configuran el mundo circundante de cada uno de los contratantes según sus concretos intereses<sup>150</sup>.

Toda obligación contiene en sí un programa de prestación (*Leistungsprogramm*) que tiene que realizarse, de suerte que el deudor cumple en la medida que pone por obra ese programa según las expectativas incorporadas en la concreta regla contractual<sup>151</sup>. Este programa prestacional trata de llenar y satisfacer el interés del acreedor que delinea sus contornos, imponiendo al deudor un deber de garantía (*Garantiepflicht*) enderezado no únicamente hacia la efectiva ejecución de la prestación prometida sino, sobre todo, hacia el aseguramiento y salvaguardia de su condición patrimonial de eficiencia y buen rendimiento en la medida necesaria para satisfacer todos aquellos intereses del acreedor cubiertos por el fin de protección del contrato<sup>152</sup>. No existe, por tanto, el riesgo de que la propia obligación degenera hacia una relación de garantía<sup>153</sup>, porque ella ya es tal desde su propia constitución en razón de la existencia de un contrato que distribuye los riesgos involucrados en la consecución de una determinada prestación y que obliga al acreedor a su cumplimiento con fidelidad a lo pactado.

Esto explica una serie de consecuencias en la configuración del régimen de responsabilidad por incumplimiento. Una de ellas, quizá la más acusada, es la responsabilidad del deudor por su

---

<sup>150</sup> GONZÁLEZ, J., «Materiales para una investigación fenomenológica sobre el dinero», *Arbor* 736 (2009), p. 294.

<sup>151</sup> HECK, P., *Grundriß des Schuldrecht* (Tubinga, Mohr, 1929), pp. 160 ss.

<sup>152</sup> MEMMO, D., «La responsabilidad por incumplimiento contractual: el modelo alemán», en GALGANO, F. (coord.), *Atlas de Derecho privado comparado* (trad. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000), p. 221.

<sup>153</sup> Como denunciaba GIORGIANNI, M., *L'inadempimento* (Milán, Guiffirè, 1959), núm. 51, p. 234, con respecto a la generalización del régimen peculiar de la custodia a toda clase de obligación operada por el artículo 1218 del *Codice Civile*.

---

## § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR

---

capacidad financiera que, aunque predicable en cualesquier clase de obligación, es especialmente relevante en las obligaciones pecuniarias<sup>154</sup>. En ellas se responde siempre de la imposibilidad económica que impida cumplir en el plazo convenido (artículo 1170 CC)<sup>155</sup>, de manera que la mora no requiera más que la verificación de alguno de los supuestos que permiten calificar un retraso como moratorio (artículos 1100 CC, 63 CCom y 5 LMLMOC), y da derecho al cobro de intereses en compensación de esa demora (artículos 1108 CC y 6 LMLMOC)<sup>156</sup>. Otra consecuencia es que se reconozca al acreedor la posibilidad de resolver el contrato cuando existe un riesgo patente de incumplimiento esencial (artículos 72 CISG, 62 III PCCom y 1202 II y III PMCC), como sucede si el deudor es incapaz de ejecutar todos los contratos que ha celebrado, incluido aquel que interesa al resolvente, o adolece de una insuficiencia patrimonial con una alta probabilidad de no poder remontarla para la fecha fijada para el cumplimiento del contrato, o bien es definitivamente insolvente (artículo 1129 núm. 1 CC)<sup>157</sup>.

Una aproximación más realista del contrato supone considerar la conexión que existe entre el derecho y los intereses de la vida o, si se quiere, prestar atención a la finalidad concreta con que obra cada una de las partes<sup>158</sup>. En todo contrato no se transfiere propiamente un bien o servicio, sino su utilidad, vale decir, el valor que aquél reporta al acreedor y que se refleja en el interés

---

<sup>154</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1058-1059 y 1070, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), IV, p. 5924. Véase otra aplicación de esta idea, con referencia al apoderado de una entidad financiera, en la STS de 15 de julio de 2008 (RJ 2008/4479).

<sup>155</sup> Véase, ahora con más claridad, los artículos 1100 y 1192 PMCC.

<sup>156</sup> Véase los artículos 67 y 68 PACCom y 1106 PMCC.

<sup>157</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1592.

<sup>158</sup> HECK, P., *El problema de la creación del derecho* (trad. de Manuel Atienza, Barcelona, Ariel, 1999), p. 21.

garantizado por el deudor<sup>159</sup>. La teoría del interés conduce así al problema medular alrededor del cual gira toda construcción jurídica<sup>160</sup>, y que no es otro que el propósito práctico que mueve a una persona a realizar una determinada acción, y a hacerlo de una forma y no de otra. Si se disecciona adecuadamente su contenido, en un contrato cabe distinguir cuatro grandes tipos de intereses: (i) el interés de prestación, esto es, la realización del comportamiento debido y deseado por el acreedor; (ii) el interés en el intercambio, que consiste en la ventaja que resulta de la relación de valor entre prestación y contraprestación; (iii) el interés en la obtención de la prestación para poder conseguir de ella cierta utilidad o rentabilidad; y (iv) el interés en el mantenimiento de la integridad de los demás bienes de los contratantes, especialmente aquellos que de alguna manera quedan relacionados con el contrato, sea patrimoniales o morales<sup>161</sup>. Todos ellos quedan protegidos por el fin de protección con que su fuerza obligatoria recubre al contrato, el que permite delimitar el interés tutelado en cada caso por la regla contractual, cuya lesión por el incumplimiento es fuente de responsabilidad para el deudor y medida del resarcimiento<sup>162</sup>. Tal delimitación se efectúa a través del proceso de construcción de la regla contractual, que comenzará por definir el interés que el tipo de negocio celebrado garantiza a las partes y después, previa interpretación e integración de la declaración negocial, caracterizar aquél a partir de la concreción que las partes quisieron dar al contrato para que fuese reflejo de la operación económica sobre la que convinieron.

---

<sup>159</sup> BETTI, E., «Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione» (1920), ahora en BETTI, E./CARNELUTTI, F., *Diritto sostanziale e processo* (Milán, Guiffre, 2006), pp. 125-126.

<sup>160</sup> VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964), p. 149.

<sup>161</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 37-38.

<sup>162</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 152-153.



---

## § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR

---

La posición contractual del deudor comporta, entonces, una vinculación a realizar todo lo posible para conseguir el resultado prometido (representado por un cierto nivel de satisfacción del interés del acreedor y relacionado con una determinada prestación) de acuerdo con los estándares de razonabilidad y buena fe, el que queda incorporado al contenido de lo debido, y no un mero deber de esfuerzo enderezado hacia la consecución de un objetivo o fin meramente típico (*Kraftanstrengungslehre*)<sup>163</sup>. Sólo así se asegura que la regla contractual, como mecanismo de colaboración interpersonal asentado sobre una base que presupone la equivalencia de las prestaciones, sea un instrumento efectivo para asegurar la intangibilidad de la esfera patrimonial y personal del acreedor dentro del ámbito de protección que las partes definieron al obligarse, distribuyendo entre sí los riesgos inherentes a tal operación.

Dicho de otro modo, el contrato crea un orden de relación entre las posiciones jurídicas de las partes que impone a éstas una conducta general basada en la lealtad: respetar fielmente tanto la letra como el espíritu del acuerdo (artículo 1281 CC)<sup>164</sup>. Configura además de forma concreta los deberes de conducta que engendra para los contratantes y que quedan programados desde la celebración del contrato, cada uno de los cuales comprende un conjunto de comportamientos que ha de observar una parte a favor de otra para satisfacer su interés (artículos 1088, 1157, 1254 y 1258 CC), unidos por una mutua relación de colaboración. La situación que aquél origina para ellos no importa una masa indiferenciada de comportamientos, facultades, deberes y prerrogativas que se reconocen a las posiciones jurídicas entre las que se establece, pues una posición nunca se vincula a otra sino de aquella manera determinada que le viene impuesta por el deber

---

<sup>163</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 945; MOZOS TOUYÁ, «En torno a la idea de incumplimiento», cit., p. 148; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 117 y 269-271; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 161 y 164; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa*, cit., pp. 62 y 67.

<sup>164</sup> SERIAUX, *Droit des obligations*, cit., núm. 42, p. 168.

de prestación<sup>165</sup>. Esta manera particular de relación entre las posiciones jurídicas se logra a través de una prestación individualizada con mayor o menor precisión, vale decir, merced al comportamiento esperado del deudor que ha sido programado al constituir la relación obligatoria al menos en relación con un género próximo (artículo 1273 CC) y respecto del cual las partes carecen de facultades para decidir sobre su validez y cumplimiento (artículo 1256 CC). Aquélla, entonces, no es la cosa en sí, tal y como se presenta en el tráfico económico, sino particularizada en función de la particular relación a la cual sirve (como debe ser), con las cualidades que las partes han previsto a fin de que sea útil para el objeto material por el que se contrató<sup>166</sup>. De esta guisa, el deudor cumple en la medida que realiza lo que reza la regla contractual, e incumple toda vez que se produce un desajuste de acciones, conductas o estados de la realidad respecto de dicha previsión prestacional<sup>167</sup>. De ahí que quepa afirmar que la prestación (las cosas o servicios que el contrato atribuye a una parte con cargo a la otra) no es debida como tal, sino sólo como el medio adecuado para la satisfacción de un determinado interés del acreedor (artículo 1274 CC)<sup>168</sup>.

Ahora bien, este carácter de la prestación no significa que el sentido de la obligación contractual quede explicado únicamente a partir del fin que se trata de conseguir y que satisface un determinado interés alojado en el patrimonio del acreedor. Este elemento teleológico, de suma importancia para controlar diversas instancias del desenvolvimiento del programa contractual, no puede ser tomado en consideración con

---

<sup>165</sup> ENNECCERUS, L./LEHMANN, H., *Derecho de obligaciones*, I (trad. de Blas Pérez González y José Algier, Barcelona, Bosch, 1954), § 2, pp. 8-9.

<sup>166</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., pp. 186-188; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 271; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1726-1727.

<sup>167</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 8.

<sup>168</sup> ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, cit., § 1, p. 5.

independencia de los elementos personal y objetivo que también integran la relación obligatoria, en función de los cuales cabe afirmar que ella existe en realidad<sup>169</sup>. Por eso, no hay verdadero cumplimiento «*sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*» (artículo 1157 CC), vale decir, desde que la prestación ejecutada guarda una relación de identidad, integridad y exactitud con aquella que fue programada al celebrar el contrato. Por el contrario, cuando se contraviniese de cualquier modo el tenor de la regla contractual (artículo 1101 CC), existe incumplimiento y se desencadenan los efectos propios que el ordenamiento atribuye a este estado. En suma, el interés del acreedor se satisface siempre con la prestación sobre la que se contrató, y sólo para evitar que éste se frustre definitivamente se admiten otras formas de realización.

Pero el derecho de crédito del acreedor no es una mera expectativa sujeta a la buena disposición del deudor hacia el programa contractual, sino que viene reforzado en su valor y eficacia por la responsabilidad con sus bienes que éste promete al contratar. Aquél puede, pues, reclamar el cumplimiento y, de no obtener la prestación debida, dirigirse al patrimonio del deudor para obtener de él la satisfacción de su interés. El incumplimiento abre así un nuevo cauce para obtener el propósito práctico por el cual se contrató, y cuyo sustento reposa en el principio de garantía patrimonial universal (artículo 1911 CC)<sup>170</sup>.

La consecuencia que se sigue de la noción de obligación como garantía de satisfacción del interés del acreedor, es que el deudor está llamado a orientar su conducta de cooperación hacia el contrato en su totalidad, y no sólo hacia el cumplimiento de las obligaciones que de él emanan, que no son más que elementos técnicos para descomponer aquel efecto material que aquél pone

---

<sup>169</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., p. 35.

<sup>170</sup> OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., p. 54, incluye el artículo 1911 CC entre las normas que permiten reconstruir el concepto de incumplimiento.

de su cargo<sup>171</sup>. De esta manera, la relación obligatoria deja de estar referida exclusivamente a un orden de deberes de conducta, y se extiende también a la realización de otros resultados de satisfacción del interés del acreedor representados por la existencia o inexistencia de ciertos hechos, finalidades, expectativas, situaciones, circunstancias o estados de la realidad presupuestos por el contrato y garantizados por un contratante a favor del otro, en los que incluso se comprende la inserción de información relevante (por ejemplo, la exactitud del balance de una sociedad, la autenticidad de una obra de arte, la edificabilidad de un terreno) y el deber de evitar y superar impedimentos previsibles al tiempo de contratar. La existencia de estas situaciones de hecho cuyo riesgo de verificación corre de cargo del deudor demuestra que, aunque los deberes de prestación sean instrumentos útiles para la colaboración contractual, ésta se puede establecer también en virtud de otras fórmulas que presenten ciertas consecuencias o resultados como deseables, repartiendo así los riesgos de su ocurrencia entre los contratantes<sup>172</sup>.

Esta forma de entender la vinculación contractual a partir de aquello que el deudor garantiza al acreedor tiene consecuencias concretas sobre el cumplimiento del programa de prestación, pero especialmente sobre su incumplimiento y los efectos que de él se derivan. Un ejemplo tomado de la compraventa puede ayudar a comprender mejor el alcance que tiene esta nueva construcción del derecho de la contratación.

Al definir la esfera de deberes para los contratantes, el paradigmático *Code Civil* se limita a señalar que la principal obligación del comprador es pagar el precio en el día y lugar previstos en el contrato (artículo 1650). Algo similar ocurre con el

---

<sup>171</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento», cit., p. 4.

<sup>172</sup> ANCEL, «Force obligatoire», cit., núm. 11-34, pp. 778-794; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento», cit., p. 4; AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías*, cit., p. 412.

Código Civil español, que impone al comprador igual obligación (artículo 1500) y, eventualmente, también la de abonar intereses por el tiempo que media entre la entrega y el pago del precio (artículo 1501). Por el contrario, el § 433 II BGB califica como deberes típicos de dicha parte contratante tanto el de pagar al vendedor el precio convenido como el de recibir la cosa comprada. El mismo criterio subyace en la disciplina que el derecho español brinda a la compraventa mercantil, donde se faculta al vendedor para resolver el contrato o exigir su cumplimiento si el comprador ha rehusado sin justa causa el recibo de las mercaderías (artículo 332 CCom).

Ambas formas de concebir la vinculación del comprador hacia el contrato producen efectos distintos cuando el incumplimiento recae sobre la recepción de las cosas que el vendedor desea efectivamente entregar. Si este deber del comprador se concibe como una carga derivada de la colaboración que debe prestar al vendedor para que el cumplimiento de su obligación de entrega se consume, su incumplimiento quedará sujeto a unas reglas particulares que conformarán un sistema segregado de aquel previsto para el impago del precio. En cambio, si la vinculación contractual comprende todo aquel ámbito relacionado con la satisfacción de los intereses de las partes, el problema del incumplimiento puede ser tratado de forma unitaria y coherente a través de un sistema articulado de remedios que actúe ante cualquier supuesto de falta de realización de las exigencias del contrato. El rechazo a recibir la cosa vendida es, entonces, un caso más de incumplimiento, y no amerita un tratamiento especial. De ahí que, en el nuevo orden contractual, la tendencia apunte a incluir como obligaciones principales del contrato, en lo que atañe al comprador, por igual al pago del precio y la recepción de la cosa (artículo 1445 PMCC)<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> Véase, por ejemplo, MORALES MORENO, A. M., «Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de contratos» (2000), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), pp. 156-157, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., «La compraventa: algunas

## II. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS

Esta nueva forma de entender la vinculación contractual pone de manifiesto la necesidad de modificar el concepto de responsabilidad, para que ella se adapte mejor a la idea de garantía de resultado y a la construcción unitaria del sistema de remedios con que reacciona el ordenamiento ante un incumplimiento<sup>174</sup>. Cuando el contrato se concibe como un instrumento jurídico y económico esencial en las sociedades modernas por medio del cual la autonomía de la voluntad alcanza su plenitud y trasciende hacia la obtención de un propósito práctico que a cada contratante le corresponde de suyo, la tutela que se brinda al crédito queda asentada sobre unas bases que propician que el régimen de responsabilidad por incumplimiento sea riguroso y enérgico para satisfacer el interés del acreedor, pero también razonable, justo y equilibrado para evitar que se impongan resultados ineficientes o que de su ejercicio se deriven otras externalidades negativas, de suerte que se consiga una adecuada composición de los intereses involucrados<sup>175</sup>.

A este respecto, la distinción entre deuda («estar obligado») y responsabilidad («ser responsable») no mienta la existencia de dos relaciones independientes engarzadas dentro del programa prestacional, sino dos aspectos estructurales y funcionalmente conectados entre sí que suministran unos datos de gran utilidad para construir su concepto<sup>176</sup>. Ambos elementos son inseparables

---

singularidades a la luz del Proyecto de Marco Común de Referencia», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (ed.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, Bosch, 2012), pp. 342-346.

<sup>174</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 20-21.

<sup>175</sup> CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. XVI.

<sup>176</sup> BARROS BOURIE, E., «La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos», en CORRAL TALCIANI, H./RODRÍGUEZ PINTO, M.<sup>a</sup> S. (eds.), *Estudios de derecho civil II* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 721-752.

---

 § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR
 

---

por formar parte de la esencia de la vinculación contractual, de suerte que, al disociar aquéllos, se distorsiona inevitablemente ésta<sup>177</sup>. Al menos dentro del ámbito contractual, el término «responsable» remite a la idea de ser considerado garante de un curso de sucesos futuros<sup>178</sup>, de suerte que el patrimonio del deudor asegura la cabal satisfacción del interés del acreedor (artículo 1911 CC)<sup>179</sup>. De ahí que la responsabilidad sólo se justifique en la medida que existe un deber jurídico previo que sirva de título para reclamar de otro la observancia de un determinado comportamiento: se responde porque se debe o porque se ha debido algo<sup>180</sup>. La responsabilidad comporta así la defensa de una justa repartición de bienes fundada en un determinado orden convenido<sup>181</sup>. Paralelamente, la existencia de un deber de prestación viene confirmada por el hecho de que su inobservancia lleva aparejada una sanción de índole jurídica<sup>182</sup>. Bajo una u otra forma, este reforzamiento del imperio de la vinculación contractual comporta responsabilidad para el contratante incumplidor, vale decir, la capacidad para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho que puede ser puesto en justicia dentro de su órbita de control, y que viene representada por el conjunto de remedios con que cuenta el acreedor para

---

<sup>177</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 30, 35-36 y 38; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 78-79; LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de derecho civil*, II-I, cit., núm. 11-12, pp. 15-18.

<sup>178</sup> VILLEY, «Esquisse historique», cit., p. 46.

<sup>179</sup> La idea de responsabilidad como «todo aquello que debe soportar el patrimonio del deudor» se utiliza en los artículos 541 II, 543 II, 612, 613 y 659 LEC.

<sup>180</sup> Véase, por ejemplo, ÁNGEL YÁNGÜEZ, R. «Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, pp. 1322-1352.

<sup>181</sup> VILLEY, «Esquisse historique», cit., p. 49.

<sup>182</sup> El concepto de sanción se toma aquí en el sentido definido por BOBBIO, N., «Sanzione», en AZARA, A./EULA, E. (dir.), *Novissimo Digesto Italiano*, XVI (Turín, UTET, 1969), pp. 530-540, vale decir, como la reacción del ordenamiento ante la violación del mismo, con la finalidad de conservarse y hacerse efectivo.

conseguir la eliminación o atenuación del desequilibrio patrimonial producido y la consiguiente satisfacción de su interés (2)<sup>183</sup>. Ciertamente, tal responsabilidad supone el reconocimiento previo de la fuerza obligatoria del contrato (1) y la posterior ordenación de una tipología de remedios adaptada a la satisfacción de los concretos intereses de los contratantes (3).

### **1. La fuerza obligatoria del contrato y el concepto de incumplimiento**

La desviación de las exigencias de la regla contractual en cualquier aspecto que atañe a su desenvolvimiento comporta dos consecuencias bien definidas y conectadas entre sí: una de orden jurídico y otra de carácter práctico o económico<sup>184</sup>.

Para el derecho, toda falta de ejecución o realización de las exigencias del programa de prestación diseñado por las partes al contratar comporta incumplimiento (artículos 1188 y 1189 PMCC)<sup>185</sup>, y activa el sistema de protección que el ordenamiento pone a disposición del acreedor afectado, sin importar la causa

---

<sup>183</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 10; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 103 y 771; HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones* (Madrid, Ceura, 1983), núm. 20, p.73; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 20-22 y 30-31; *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 18; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1719-1721; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 118.

<sup>184</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., I, pp. 122-123.

<sup>185</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 863; MOZOS TOUYÁ, «En torno a la idea de incumplimiento», cit., p. 145; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 649 y 654; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 7; MORALES MORENO, «Autonomía de la voluntad», cit., pp. 208-213; «Evolución del concepto de obligación», pp. 29-30; «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria» (2006), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), pp. 56-57; «Problemas que plantea la unificación», cit., pp. 210-211; PANTALEÓN PRIETO, F., «Incumplimiento (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), II, p. 3507; «Las nuevas bases», cit., p. 1720; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 123.



que lo haya originado o el grado de incidencia que haya tenido sobre los concretos deberes contractuales (artículos 1190 y 1191 PMCC). Esta noción de incumplimiento es amplia, objetiva y puramente negativa, porque surge de la sola constatación de la falta de perfecta adecuación entre el resultado ideal (aquello prometido inicialmente) y el resultado real (la prestación finalmente ejecutada) del contrato (artículo 89 ECC), que redundará en la frustración de la expectativa del acreedor, y sin que sea relevante que ese incumplimiento se pueda atribuir de algún modo a la esfera de riesgo administrada por el deudor o que responda a un caso fortuito<sup>186</sup>. Esa calificación sólo será relevante a la hora de discriminar entre los distintos remedios disponibles y juzgar si ellos han sido ejercidos conforme con sus específicos requisitos de procedencia.

Pero esta desviación tiene también consecuencias en el plano económico, dado que afecta el propósito práctico que el acreedor pretendía conseguir a través del contrato. La magnitud con que ese propósito se ve afectado no es una cuestión indiferente, porque incide sobre la posibilidad de que aquél sea alcanzado por otras vías, incluso coercitivas, o sobre su frustración definitiva. De ahí que el incumplimiento ponga de manifiesto el problema de insatisfacción del interés del acreedor y abra el camino a la reacción del ordenamiento, que está orientada al reparto de ese riesgo entre los contratantes a través de un sistema de remedios adaptado a la finalidad material que persiga el acreedor y, en ciertos casos, a las necesidades propias de cada contrato<sup>187</sup>. El concepto de incumplimiento se construye así a partir de la idea de

---

<sup>186</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 863; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 647-649; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 7-9; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 29-30, 32-33 y 36-40; *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 30; «Problemas que plantea la unificación», cit., pp. 209-212; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 54-55; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento», p. 3507; «Las nuevas bases», cit., pp. 1726-1727.

<sup>187</sup> MORALES MORENO, «Evolución», cit., p. 30.

la utilidad que supone la cosa o el servicio según el negocio celebrado, pues ésta permite plantear unitariamente, desde el propio contrato, el problema de los remedios jurídicos ante la insatisfacción del acreedor y, especialmente, adecuar aquéllos al interés concreto que se ha visto frustrado<sup>188</sup>.

El concepto de remedio es propio del *Common Law*, donde incluso parece fundar la existencia de un derecho subjetivo (*remedies precede rights*) o, al menos, determinar su contenido<sup>189</sup>. Sin embargo, en las últimas décadas su uso ha acabado generalizándose dentro de los sistemas de derecho continental<sup>190</sup>, pese a que su implantación no ha estado exenta de reparos<sup>191</sup>. Por tal cabe entender toda medida de protección que el ordenamiento ofrece a un sujeto frente a una determinada situación que lesiona uno o más de sus intereses considerados dignos de tutela<sup>192</sup>. Estos mecanismos suelen ser presentados a través de un elenco articulado y coherente que integra tanto pretensiones como facultades, de origen legal o convencional, sin importar si su ejercicio es judicial o extrajudicial<sup>193</sup>; vale decir, como un sistema integrado por una serie de medidas jurídicas diferentes, pero que actúan entre sí de modo coordinado para que se logre merced a

---

<sup>188</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., p. 336.

<sup>189</sup> FRIEDMANN, D., «Rights and Remedies», en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract* (Oxford, Hart, 2004), pp. 3-17.

<sup>190</sup> Véase, por ejemplo, DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali* (Turín, Giampichelli, 2009), pp. 3-10; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1043, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1719-1721; TALLON, D., *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTDCiv 2 (1994), núm. 21-22, p. 230.

<sup>191</sup> Por todos, LAITHIER, *Étude comparative*, cit., núm. 4, pp. 9-11.

<sup>192</sup> MARTIN, E. (ed.), *A Dictionary of Law* (Oxford, Oxford University Press, 5ª ed., 2003), V. «Remedy», p. 423: «Any of the methods available at law for the enforcement, protection, or recovery of rights or for obtaining redress for their infringement».

<sup>193</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento» (2008), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010), p. 256.

ellas la satisfacción del interés lesionado, de acuerdo con las preferencias del sujeto legitimado para su utilización y la particular concreción de la situación fáctica que permite su uso<sup>194</sup>.

Este sistema ha de ser concebido de forma que los remedios actúen como sustitutos implícitos de explícitas previsiones contractuales mediante la creación de los adecuados incentivos para el cumplimiento y, en ocasiones, de redistribución directa de los riesgos entre ambos contratantes<sup>195</sup>. Sólo de esa forma el elenco de remedios cumple su función de reposicionamiento del contratante afectado en la misma situación fáctica y económica en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido normalmente o, en ciertos casos, le asegura la salida de esa relación contractual y neutraliza las consecuencias adversas que de ella se puedan seguir<sup>196</sup>. Esto significa que la pretensión de resarcimiento completará la eficacia del remedio con que se combina, para que el interés del acreedor sea satisfecho íntegramente por medio de ambos.

En la pretensión de cumplimiento no existe duda de que la indemnización se enderezará a reparar aquellos daños que, sumados a la prestación obtenida coercitivamente, componen el interés del acreedor en el intercambio (interés contractual positivo). Las dificultades se presentan en materia de resolución por incumplimiento, dado que los distintos ordenamientos no ofrecen una solución unívoca para armonizar la relación entre la tutela liberatoria y resarcitoria derivada del ejercicio de este remedio<sup>197</sup>. Todo indica que la finalidad perseguida por el

---

<sup>194</sup> MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier, 2011), p. 403.

<sup>195</sup> SHAVELL, S., «The Design of Contracts and Remedies for Breach», *Quarterly Journal of Economics* 99 (1984), p. 122.

<sup>196</sup> DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., pp. 23-24.

<sup>197</sup> Para una relación de las soluciones ofrecidas, véase CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 274, pp. 557-558; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit.,

resolvente no es propiamente el interés de cumplimiento en su integridad, porque ya no le interesa obtener la prestación en los términos y de la forma que fue estipulada en el contrato incumplido, sino la integridad de su patrimonio y la consecución del resultado práctico con miras al cual contrató<sup>198</sup>. A esos efectos resulta insuficiente la categoría del interés negativo, y el positivo en su cabal extensión excede la valoración efectiva del daño causado por el incumplimiento (artículos 1202 II, 1205 y 1207 PMCC)<sup>199</sup>. De ahí que el daño resarcible cuando se ejerce este remedio sea el interés de cumplimiento depurado del valor de la prestación ya no debida como consecuencia de la resolución (sea que el acreedor se ahorre su cumplimiento o la recupere), el que queda reducido a las demás partidas que componen el daño emergente (como ocurre con el resto del detrimento patrimonial sufrido por el acreedor, representado por los desembolsos efectivos, las pérdidas de valor y el daño material o de indemnidad) y al lucro cesante, esto es, al beneficio neto que el contratante afectado habría conseguido si el resultado del contrato se hubiera consumado de acuerdo al programa prestacional<sup>200</sup>.

---

p. 875; MONFORT FERRERO, M.<sup>a</sup> J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999), pp. 46-51; PALAZÓN GARRIDO, «La resolución por incumplimiento», cit., pp. 814-818.

<sup>198</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 278, pp. 579-581.

<sup>199</sup> PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., p. 816.

<sup>200</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1183-1184; CLEMENTE MEORO, *La facultad resolutoria*, cit., p. 278, pp. 581-583; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 876; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 19-20; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1049, nota 71; «Las nuevas bases», cit., pp. 1734-1735; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 92; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 507-508. De ahí que no sea del todo exacto, entonces, lo dicho por CASTRONOVO, C., «La risoluzione del contratto nel diritto italiano», en VACCA, L. (ed.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo* (Turín, G. Giappichelli, 1999), p. 239, a quien sigue PALAZÓN

Los remedios reconocidos al acreedor tienen su punto de convergencia en que no son más que una consecuencia de la fuerza obligatoria del contrato (artículos 1091 y 1278 CC)<sup>201</sup>, pues el problema central que subyace tras ellos es el de diseñar un sistema que reoriente la vinculación contractual para evitar el incumplimiento cuando aquél merezca económicamente ser cumplido, y proponga alternativas a la ejecución forzosa cuando tal no merezca ese coste por la desproporción que supone con su equilibrio prestacional<sup>202</sup>. Antes se ha dicho que el principio de fuerza obligatoria es reconocido por todos los ordenamientos, aunque con un alcance diverso<sup>203</sup>. Hay, entonces, una convergencia generalizada en torno a que el contrato entraña una exigencia de fidelidad hacia la regla contractual, la que comporta una suerte de universal jurídico que engarza con el deber de sinceridad o lealtad a la palabra empeñada al otro contratante (*fides*), que crea en él un estado de confianza que el ordenamiento ha de resguardar (el *fit quod dicitur* ciceroniano). Esto explica que su observancia alcance también el plano ético, dada su conexión con una conducta que es socialmente esperada y exigible (Dig. 2, 14, 1), y que se convierte por eso en un arquetipo referencial en el tráfico (artículos 7 CC y 57 CCom)<sup>204</sup>. El imperio que se atribuye a la regla contractual queda referido así tanto a la invocación que de ella puede hacer cada uno de los contratantes en cuanto título o causa de pedir para reclamar lo que le corresponde de suyo (Dig. 1, 1, 10), como a la sujeción hacia su contenido a la que viene

---

GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., p. 816, cuando circunscribe el daño resarcible sólo al lucro cesante.

<sup>201</sup> PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., p. 809.

<sup>202</sup> BISHOP, W., «The Choice of Remedy for Breach of Contract», *Journal of Legal Studies* 14 (1985), p. 301.

<sup>203</sup> Véase *supra*, § 1, I, 1.

<sup>204</sup> ADAME GODDARD, J., «El derecho natural y los contratos», en AYUSO, M. (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 199.

obligado el juez cuando éste se desconoce de alguna forma (artículos 218, 399 y 549 LEC)<sup>205</sup>.

Cabe hacer aquí un matiz importante. El alcance jurídicamente vinculante con que viene revestido se refiere al contrato mismo, en cuanto instrumento de colaboración que hace posible que los planes de unos y otros se incluyan mutuamente, de manera que ambas partes han de ordenar su conducta hacia la efectiva consecución del resultado práctico que con aquél se perseguía<sup>206</sup>. Por consiguiente, el ámbito de lo debido no se agota en las obligaciones nacidas del contrato y dirigidas hacia la obtención de una prestación (artículos 1088 y 1157 CC), que son meros expedientes técnicos o instrumentales para ordenar y expresar los efectos jurídicos de la cooperación humana que aquél articula<sup>207</sup>; y se extiende a las obligaciones accesorias que por ley integran el conjunto de comportamientos expresamente convenidos (artículos 1094 y 1258 CC) y a los compromisos paracontractuales que se consideran parte integrante de la regla contractual (verbigracia, artículo 1276 PMCC)<sup>208</sup>. Esta idea subyace tras la noción de incumplimiento por la que opta la PMCC (artículo

---

<sup>205</sup> Tal es el mérito de la exigibilidad (artículos 1113 y 1125 CC). El verbo «exigir» denota la posibilidad de pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho, lo que supone la existencia de una relación que comporta para una de las partes una necesidad ordenada a un fin (deuda) y para la otra, una posibilidad de exigencia (facultad). En esta clase de relación, lo suyo de cada uno es una cualidad que alude propiamente a cosas y servicios debidos en virtud de un título. La obligación es así una relación de necesidad enderezada hacia un objetivo concreto, dado que es menester por finalidad que la prestación en que consiste se realice; y lo es de un modo fuerte, de guisa que no hay más alternativa que cumplir con la palabra empeñada o hacerse cargo de las consecuencias que de ello se siguen. Precisamente porque el derecho de crédito se origina dentro del campo propio de la justicia y, en consecuencia, supone una relación de alteridad, aquél es antes debido que exigible. Dicho de otro modo, sin deuda no hay exigencia o, mejor, posibilidad de exigir la satisfacción de un determinado interés.

<sup>206</sup> SERIAUX, *Droit des obligations*, cit., núm. 42, pp. 167-168.

<sup>207</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 4.

<sup>208</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 839.

1188), siguiendo la tendencia del nuevo derecho de la contratación [artículos 7.1.1 PICC, 89 ECC, 1:301 (4) y 8:101 PECL, 89 ECC, 8:101 ACQP, 9:101 PCCR y III-3:301 DCFR]<sup>209</sup>; aunque la idea ya estaba presente fragmentariamente en el Código Civil (artículos 1124, 1125, 1157 y 1171)<sup>210</sup>.

La fuerza obligatoria del contrato comporta así dos consecuencias relacionadas con el desenvolvimiento del programa prestacional. La primera es que, dado que el consentimiento se independiza de las partes y se convierte en voluntad normativa, el obligado no puede dejar de serlo por su sola decisión (artículo 1256 CC) y, como regla, sólo se libera cumpliendo (artículos 1091, 1156, 1157 y 1258 CC) o cuando concurre alguna causa legal que lo autorice (artículos 1156, 1261, 1278, 1290 y 1300 CC). La segunda es que el cumplimiento ha de guardar correspondencia con el tenor del contrato, incluyendo aquellos deberes y circunstancias virtualmente exigidas por la ley, los usos y la buena fe como parte de su contenido obligacional (artículos 1091, 1258, 1278 y 1281 CC)<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: aspectos generales. El incumplimiento», ADC LXIII-1 (2010), pp. 47-136; «El incumplimiento contractual y los remedios», pp. 28-32; «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1657-1658; ROCA I TRIAS, E., «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», BMJ 2132 (2011), pp. 8-9; VIDAL OLIVARES, Á., «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español», RChDP 16 (2011), pp. 263-269.

<sup>210</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., pp. 654-655; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 54-55; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., pp. 3507-3508; «Las nuevas bases», cit., pp. 1720-1721.

<sup>211</sup> Es importante destacar que el concepto de consecuencias que emplea el artículo 1258 CC para describir el efecto integrador que opera la buena fe, no se agota en los deberes u obligaciones accesorias que de ahí surjan para el deudor. Su significado es más amplio y comprende cualquier efecto, nulidad, inoponibilidad, extinción, deber, carga y facultad que se dependa del hecho de que el contrato obliga (artículo 1258 CC) y debe cumplirse con lealtad por la confianza que en él se deposita (artículos 7 CC y 57 CCom).

El efectivo alcance de la vinculación no presenta mayores problemas cuando el deudor está llano a ejecutar su prestación de conformidad con las exigencias de la regla contractual. La cuestión cobra relevancia cuando, por alguna razón, el comportamiento del deudor se desvía del programa prestacional previsto y el interés del acreedor queda frustrado por ese incumplimiento. Es entonces cuándo cabe fijar el verdadero alcance de la regla contractual y determinar de qué habrá de responder el deudor.

En principio, el carácter jurídicamente vinculante de los acuerdos que satisfacen los requisitos previstos por el ordenamiento para acordarles fuerza obligatoria no condiciona la adopción de un determinado sistema de remedios ni una prelación entre ellos<sup>212</sup>. Su diseño no responde a una valoración moral intrínseca, y es el resultado de una decisión de política legislativa que atiende a las bases dogmáticas y las consideraciones metodológicas por las que cada ordenamiento ha optado a lo largo de su evolución histórica, con las que se trata de dotar de imperio a aquellos supuestos negociales reputados dignos de tutela (artículos 1091, 1254, 1261, 1278, 1290 y 1300 CC)<sup>213</sup>. Una comparación de los distintos sistemas jurídicos muestra que, pese a la diferente nomenclatura que en algunos casos pueda existir, los problemas que se plantean son los mismos y sólo hay diferencias en algunos aspectos concretos de la solución propuesta<sup>214</sup> o en la forma de expresarla<sup>215</sup>. Esto comprueba de que el material normativo que utiliza un país es en parte obra de sus leyes y costumbres y en parte común a todos los hombres (Dig. 1, 1, 9). De ello parte el nuevo derecho de la contratación, que pertenece a un movimiento más amplio de

---

<sup>212</sup> MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 57.

<sup>213</sup> Por todos, SHERWIN, E. L., «An Essay of Private Remedies», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 6 (1993), pp. 89-112.

<sup>214</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 143-146.

<sup>215</sup> BARROS BOURIE, «Criterios de atribución», cit., p. 136.



replanteamiento de las bases jurídicas en uso conocido como «Derecho global». Este último aspira a la universalización de la justicia y la resolución jurisdiccional subsidiaria de los conflictos temporales por medio de reglas y principios de general reconocimiento basados en la concreción de la equidad natural (Dig. 1, 1, 1) y la ordenación de lo particular al bien común, sin desconocer la particular tradición jurídica de cada pueblo<sup>216</sup>.

Estas ideas permiten reconstruir el principio de fuerza obligatoria y aquel anejo de responsabilidad patrimonial universal conforme a las claves que se han venido dado respecto del alcance de la vinculación contractual. En virtud de estos principios, verificado un incumplimiento, el deudor queda expuesto a una sanción jurídica negativa destinada a restablecer el equilibrio de intereses fundado en un determinado desplazamiento patrimonial que el contrato buscaba organizar, especialmente en lo que se refiere a la satisfacción del interés del acreedor, sin que su comportamiento futuro se haya de enderezar necesariamente hacia la propia prestación originalmente prometida<sup>217</sup>. De dicho principio se sigue que el incumplimiento supone un desequilibrio entre los intereses de las partes, que ha de ser remediado por el ordenamiento mediante la actuación de la propia regla contractual, ahora reorientada, pero sin que la imposición o reafirmación de su imperio determine apriorísticamente cuál ha de ser el mecanismo preferente a emplear por el sistema, y menos que esa sanción comporte un castigo o reproche para la parte incumplidora<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho global?* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2008), p. 219.

<sup>217</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 9-11 y 26; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 103, 648 y 771; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 20, pp. 73-74; PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 158-161, y *Fundamentos de derecho civil*, I-II (Barcelona, Bosch, 4ª ed., 1988), pp. 444-446.

<sup>218</sup> VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Boloña, Real Colegio de España, 1995), p. 103.

En otras palabras, los problemas de cumplimiento e incumplimiento de un contrato se han de tratar como cuestiones relativas a la satisfacción e insatisfacción de aquel interés del acreedor que el deudor se comprometió a asegurar empeñando su palabra y ofreciendo la garantía de su patrimonio, y que el ordenamiento le reconoce puede reclamar exigiendo lo que le corresponde de suyo. Desde esta perspectiva, poco importa que el desorden a corregir sea consecuencia de un comportamiento moralmente reprochable del deudor, pues la responsabilidad surge por la ruptura de aquel equilibrio entre las partes que el contrato aseguraba y alcanza incluso al deudor de buena fe (artículos 1101 y 1107 CC)<sup>219</sup>.

El mecanismo idóneo para lograr ese resultado dependerá de las particulares condiciones del caso y, principalmente, de las circunstancias que rodean el incumplimiento y determinar la aplicación o exclusión de un determinado remedio. A fin de cuentas, la fuerza obligatoria que se reconoce al contrato sólo supone que la regla contractual sea respetada como medio de ordenación de la conducta futura de las partes, dado que ella va indefectiblemente acompañada de un instrumento de compulsión al exacto cumplimiento, que entra en operación cuando éste no se produce, como mecanismo de aseguramiento y garantía del interés del acreedor, y que desincentiva (o, al menos, debería hacerlo) el incumplimiento del deudor, como es el caso del principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 CC)<sup>220</sup>. Para estos efectos es indiferente el mecanismo que se emplee, pues lo verdaderamente relevante es que se satisfaga el propósito práctico que el acreedor pensaba alcanzar con el contrato del mejor modo posible y dentro de los parámetros de la

---

<sup>219</sup> VILLEY, «Esquisse historique», cit., pp. 49 y 51.

<sup>220</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, p. 9.

razonabilidad<sup>221</sup>. De ahí que, a la vez, el sistema de remedios en su conjunto debe tender a un cierto equilibrio en la protección de los intereses involucrados, que atañen por igual a acreedor y deudor, de manera que el contrato siga cumpliendo aquella función ordenadora que le es propia<sup>222</sup>.

Ante esta forma de dar eficacia a la regla contractual, el problema del incumplimiento deja de exigir que se diferencien, por un lado, las medidas de responsabilidad y, por otro, las de reparto legal del riesgo<sup>223</sup>. De esto se sigue que la imposibilidad de la prestación ya no comporta el tipo paradigmático de incumplimiento (artículos 1182 y 1184 CC), y sólo se presenta como un criterio de mitigación del alcance cabal del principio de fuerza obligatoria del contrato, sin debilitarlo<sup>224</sup>, de suerte que si de aquélla ha surgido algún beneficio para el deudor cuyo título se encuentre en la prestación devenida imposible, el propio contrato sigue cumpliendo su función como mecanismo de ordenación de la cooperación entre las partes y de regulación de sus intereses, y justifica su atribución al acreedor (artículo 1186 CC).

## **2. Los efectos del incumplimiento y la protección del acreedor**

Según ha quedado dicho, el contrato es el instrumento destinado a satisfacer determinados intereses de las partes y distribuir los riesgos que su obtención pueda conllevar. La consecuencia de un incumplimiento sobre ese programa contractual es la desviación de la regla de comportamiento

---

<sup>221</sup> VIDAL OLIVARES, «La Convención de Viena», cit., pp. 449-451, funda también la libre elección de los remedios ante el incumplimiento en el principio de buena objetiva (artículos 7 y 1258 CC y 57 CCom), del que extrae la exigencia de su razonable administración.

<sup>222</sup> VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 258.

<sup>223</sup> MORALES MORENO, «Problemas que plantea la unificación», cit., p. 211.

<sup>224</sup> FRIED, C., *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. de Pablo Ruiz Tagle Vial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 35 y 95.

esperado hacia una situación que, de mantenerse o volverse definitiva, supondrá la consolidación de la insatisfacción del propósito práctico que movió al acreedor a contratar. El ordenamiento debe proveer, entonces, de un elenco de mecanismos de tutela que permita remediar ese incumplimiento y promover la regla contractual hacia una situación de efectiva satisfacción del interés del acreedor. Estos remedios son las vías con que cuenta el acreedor, frente a un incumplimiento, para satisfacer, en mayor o menor medida y según sea el caso, los intereses que venían asegurados por el contrato. Con ellos se pretende trasladar el riesgo de insatisfacción total o parcialmente consumado al deudor, que es quien debe soportarlo por haberlo asumido al contratar<sup>225</sup>.

La noción de obligación como garantía de resultado reclama un concepto de incumplimiento neutro, que opere al margen de la imputación subjetiva al deudor. Tal surge de la sola constatación de la falta de perfecta adecuación entre el resultado ideal y el resultado real del contrato, que redundará en la frustración de la expectativa del acreedor<sup>226</sup>. Para obtener este concepto se ha de atender primordialmente al interés negocial, pues éste permite plantear unitariamente, desde el propio contrato, el problema de los remedios jurídicos ante la insatisfacción del acreedor y, especialmente, adecuar aquéllos al interés concreto que se ha visto frustrado<sup>227</sup>. La mora (artículos 1100 y 1101 CC) y la imposibilidad (artículos 1122 núm. 2, 1182 y 1184 CC) pasan así a ser consideradas manifestaciones del incumplimiento, sin otra función que la de plantear una situación de insatisfacción del

---

<sup>225</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 21-22.

<sup>226</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 44; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 7-8; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 30; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 54-55; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3507, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1726-1727.

<sup>227</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., p. 336.

interés del acreedor que exige redistribuir los riesgos del contrato. A su vez, este concepto objetivo atrae hacia sí una serie de figuras históricamente sometidas a regímenes diversos y especiales, normalmente alejadas del incumplimiento contractual, que tienen en común la falta de conformidad entre el cumplimiento prestado por el deudor y aquel que era exigible conforme a la regla contractual (verbigracia, algunos supuestos de responsabilidad precontractual, los vicios del consentimiento, la imposibilidad inicial, el *aliud pro alio*, los vicios redhibitorios y la evicción)<sup>228</sup>.

Como la atención se centra en el resultado esperado por el acreedor, el incumplimiento sólo implica la insatisfacción formal del interés del acreedor (exclusivamente relacionada con la regla contractual)<sup>229</sup>, de manera que no interesa en principio ni la causa de tal ni si aquél conlleva responsabilidad para el deudor. El incumplimiento del contrato y la responsabilidad que de ahí deriva se convierten así en conceptos diferenciados. Aunque lo usual será que el incumplimiento produzca la obligación de indemnizar, puede ocurrir que esto no suceda si aquél no ha infligido a la vez un daño económico al acreedor, o si la perturbación del programa de prestación se ha debido a un impedimento ajeno al ámbito de control razonable que cabía imponer al deudor, o cuando comparece otra causa que excluye ese resarcimiento. Pero esa exoneración no impide que la satisfacción del interés del acreedor se logre por otras vías, incluida la desvinculación del contrato y la atribución del elemento representativo que pueda existir en el patrimonio del deudor, que operan funciones distintas a aquella de reparación que es propia del remedio indemnizatorio<sup>230</sup>.

Con esta forma de comprender el incumplimiento desaparece la diversificación de requisitos o efectos que se atribuye a cada

---

<sup>228</sup> Véase los artículos 117 TRLGDCU y 1482 y 1490 PMCC.

<sup>229</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 30.

<sup>230</sup> Véase *infra*, § 2, I, 2.

una de sus modalidades, permitiendo una mayor certeza del acreedor al momento de proteger su derecho de crédito. Para lograr ese objetivo, el nuevo sistema de responsabilidad contractual se asienta sobre un concepto material de incumplimiento, que opera como el supuesto básico de todos los remedios a disposición del acreedor. Esta función sólo puede ser desempeñada en la medida que aquél es concebido con los elementos mínimos necesarios para aglutinar mecanismos de protección con finalidades diversas aunque enderezadas a un objetivo común: que el acreedor obtenga, en naturaleza o por equivalencia, una satisfacción equitativa de su interés cuando ella no le fue proporcionada por el deudor a través del comportamiento idealmente programado<sup>231</sup>.

Cada remedio concreto ha de tener, enseguida, su propio supuesto específico, que se añade al genérico del incumplimiento en sentido material y opera como el criterio de control para discernir su aplicación en un caso concreto. Así ocurre especialmente en la pretensión de cumplimiento (posibilidad de ejecución de la prestación debida y buena fe del acreedor en su reclamación), la facultad resolutoria (carácter esencial del incumplimiento, sin importar si se trata de un hecho consumado o previsible, o bien conducta rebelde del deudor de cumplir dentro del término adicional que el acreedor le ha concedido) y la indemnización de perjuicios (existencia de daño e imputación subjetiva y objetiva del incumplimiento a la esfera de riesgo del deudor)<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> VINEY, G./JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité* (París, L.G.D.J., 3ª ed., 2006), núm. 3, pp. 3-4.

<sup>232</sup> La PMCC regula de forma sistemática el supuesto de hecho de los distintos remedios. Después de señalar cuándo existe incumplimiento del deudor (artículo 1188), quien además responde del hecho de aquellos terceros de cuyo auxilio o colaboración se sirva para la ejecución de su prestación (artículo 1189), vienen enumerados los mecanismos con que el acreedor puede defenderse ante un incumplimiento (artículo 1190). Cada uno de ellos es desarrollado enseguida

---

## § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR

---

Tal diseño del elenco de remedios explica que su administración se independice de una prelación preestablecida y se entregue al acreedor, quien elegirá aquél que resulte más adecuado para satisfacer su interés de acuerdo con un criterio de gestión razonable de los efectos del incumplimiento, con la posibilidad de combinar cualquiera de ellos con la indemnización de los daños sufridos (artículos 1096 I y 1124 II CC), dado que la tutela resarcitoria sirve para llenar todos aquellos espacios a donde no alcanzan a llegar los otros mecanismos de protección del crédito<sup>233</sup>. Bajo la nueva construcción del derecho de contratos, este último remedio deja de ser sólo una relación jurídica secundaria que surge cuando se incumple la relación de prestación primariamente debida, y se convierte desde el principio en expresión de la forma en que se condensa el interés del acreedor. El fin de protección del contrato mide así el resarcimiento, porque previamente ha determinado el riesgo asumido por el deudor, es decir, aquel ámbito de contingencia que éste garantizaba al acreedor en virtud de la regla contractual (artículos 1105 y 1107 CC)<sup>234</sup>.

---

para describir su supuesto fáctico y las consecuencias de su aplicación: (i) acción de cumplimiento (artículo 1192-1195), (ii) pretensión por el elemento representativo (artículo 1196), (iii) reducción del precio (artículos 1197-1198), (iv) facultad resolutoria (artículos 1199-1204), (v) indemnización de perjuicios (artículos 1205-1212). El deudor puede enervar la pretensión que contra él se ejerce de dos formas: o acudiendo al propio supuesto del remedio ejercido, para demostrar que no concurre alguno de sus requisitos, comenzando por el propio incumplimiento, o bien sirviéndose de algunos de los medios especialmente regulados por la PMCC, como son la suspensión del cumplimiento (artículo 1191) y la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato (artículo 1213). Sobre ellos, véase la literatura citada en la nota 874.

<sup>233</sup> VIDAL OLIVARES, Á., «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil» (2006), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010), p. 295. Sobre la concurrencia y selección de remedios, véase CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1049-1054.

<sup>234</sup> MORALES MORENO, «Claves de la modernización», cit., p. 7.

En suma, a partir de la consideración de su propósito práctico, el cumplimiento o incumplimiento de un contrato se transforma en un problema de satisfacción o insatisfacción del interés del acreedor según la conformidad o disconformidad que se observe entre la prestación ideal programada en el contrato y el comportamiento efectivo del deudor<sup>235</sup>. Consiguientemente, las reglas que el ordenamiento establece a su respecto se enderezan a solucionar un problema de distribución o readecuación de los riesgos inherentes a esa particular relación del modo que resulte más idóneo para procurar al acreedor el nivel de satisfacción que esa regla contractual le aseguraba<sup>236</sup>. Cumplimiento e incumplimiento son, entonces, efectos jurídicos que la ley conecta a determinados supuestos de hecho relacionados con la obtención de la finalidad práctica perseguida por un contrato (artículos 1100, 1106, 1107, 1156, 1157, 1166, 1167 y 1274 CC), sin que la satisfacción del interés del acreedor y la liberación cabal del deudor sean consecuencias que vayan indisolublemente unidas o que se presenten simultáneamente<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> De manera que si se encarga un trabajo incompleto, o que por sí solo no permite alcanzar un cierto resultado práctico, no hay incumplimiento en la medida que el deudor se atiene a la ejecución de lo pactado (SSTS de 19 de mayo de 1998, RJ 1998/3381; 18 de junio de 1999, RJ 1999/4447; 21 de septiembre de 2005, RJ 2005/8863); y lo mismo ocurre si lo entregado no sirve para un cierto fin, o no satisface una calidad estándar, cuando no se ha especificado en el contrato ni el fin ni la calidad deseada por el acreedor (STS de 20 de diciembre de 2005, RJ 2006/291).

<sup>236</sup> MORALES MORENO, «El “propósito práctico”», cit., pp. 325 y 329.

<sup>237</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 7 y 13; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 20-21 (pp. 73-78) y 94 (pp. 274-276); RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa*, cit., pp. 68-69; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 54-56; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1739; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 22 y 30.



### 3. Los remedios ante el incumplimiento y su tipología

La nueva construcción dogmática del incumplimiento y sus efectos unifica el concepto de tal y articula a su alrededor un sistema de remedios protectores del derecho de crédito del acreedor<sup>238</sup>. La idea de responsabilidad guarda así una conexión estructural con la vinculación que se asigna a la relación obligatoria y que pone de manifiesto, como contenido primario de la misma, su finalidad de garantizar la posición contractual del acreedor cubriendo todos sus intereses dignos de protección<sup>239</sup>. De ahí que la tutela del crédito asumida como idea central del derecho de obligaciones sea la que permite explicar que la responsabilidad es una consecuencia inmediata o, al menos, normal del incumplimiento, y que con ella se miente el conjunto de remedios con que cuenta el acreedor para satisfacer su interés<sup>240</sup>.

Para entender correctamente el sistema de funcionamiento y el modo de organización de la tutela contractual, cabe tener presentes la estructura y función que cumplen los remedios que la integran<sup>241</sup>. Fácil es comprender que, si el objetivo último es la garantía de la posición contractual del acreedor y la satisfacción del interés que con el contrato éste se proponía realizar, los remedios a su disposición serán muy variados y con distinta graduación. Un completo panorama de la satisfacción esperada por el acreedor ha de comprender tanto la tutela preventiva frente a un racional y probable peligro de fracaso o lesión de su derecho de crédito, como aquella de carácter represivo que actúa una vez

---

<sup>238</sup> Recientemente, VAQUER ALOY, «Marco general del nuevo Derecho de contratos», cit., pp. 54-59.

<sup>239</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 34.

<sup>240</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 5, 9-10 y 13; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 20, p. 73; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 19-22; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1719-1721.

<sup>241</sup> DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 3.

frustrado tal derecho, al haberse consumado la insatisfacción, por falta de ejecución o ejecución defectuosa o tardía del deber de prestación del deudor<sup>242</sup>. Pero, dado que la obligación importa la garantía de un resultado que compromete la eficiencia y buen rendimiento del patrimonio del deudor en la medida necesaria para satisfacer aquellos intereses del acreedor cubiertos por el contrato, se han de tomar en cuenta además las medidas de conservación de tal garantía patrimonial y de la solvencia del deudor, que coadyuvan a que los mecanismos directamente ordenados a la satisfacción del interés del acreedor tengan éxito en su cometido<sup>243</sup>. El cuadro tampoco queda completamente acabado si se prescinde de aquellos regímenes previstos para algunas particulares formas contractuales, y que o bien delimitan el fin de protección a partir de las obligaciones típicas de cada contrato en particular, o bien proponen reglas especiales de responsabilidad o concretan la aplicación de ciertos remedios<sup>244</sup>. De ahí que su consideración sea indispensable, ya como punto de partida de una reconstrucción del sistema<sup>245</sup>, ya para demostrar que las pretendidas excepciones que comportan esos regímenes particulares no son más que la consecuencia de una aplicación normal o afinada de las reglas generales sobre responsabilidad contractual<sup>246</sup>.

Dejando fuera otros mecanismos de tutela del crédito de eficacia complementaria o sectorial, el acreedor dispone de los

---

<sup>242</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 771-772; LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la «aestimatio rei» y el «id quod interest»* (Madrid, Trivium, 1999), p. 214.

<sup>243</sup> Véase su sistematización en ORDUÑA MORENO, F. (dir.), *La protección patrimonial del crédito*, I (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), y II (Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2010).

<sup>244</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 25 y, con un mayor desarrollo, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 38-93.

<sup>245</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 715-726.

<sup>246</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 425-598.

siguientes medios de reacción ante el incumplimiento contractual<sup>247</sup>: (i) la pretensión de cumplimiento<sup>248</sup>, que incluye la reparación de los defectos del objeto o la sustitución del mismo<sup>249</sup>, y cualquier otra forma de corrección de la prestación defectuosa (artículos 1096, 1098 y 1099 CC; 701-703, 706 y 708-710 LEC; 119, 120 y 127 TRLGDCU; 46 y 62 CISG, así como la jurisprudencia sobre reparación de defectos en el contrato de compraventa inmobiliaria<sup>250</sup>); (ii) los remedios sinalagmáticos, entre los que se cuentan la facultad resolutoria<sup>251</sup> (entre otros, artículos 1124, 1486-1489, 1504 y 1505 CC; 121 TRLGDCU, y 26, 45, 49, 61, 64, 75, 76 y 81-84 CISG), la reducción del precio<sup>252</sup> (artículos 1486 CC, 121 y 122 TRLGDCU, y 50 CISG), la excepción de contrato no cumplido<sup>253</sup> (artículos 1466, 1467, 1550 y 1502 CC, y 48 I CISG), la resolución anticipada del contrato<sup>254</sup> (artículos 1503 CC y 72 CISG) y la excepción por riesgo de incumplimiento (artículos 1467 CC y 71 CISG); (iii) los remedios indemnizatorios, donde comparecen la indemnización de los daños derivados del incumplimiento y que pueden ser atribuidos objetiva y subjetivamente a la esfera de riesgo del deudor<sup>255</sup> (artículos 1101-1108 CC y 45, 61, 74-77 y 79 CISG), y el pago de los costes que el

<sup>247</sup> BARROS BOURIE, «Criterios de atribución», cit., pp. 142-144; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1047; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas, 1996), p. 436; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 771-772; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 13; LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente*, cit., pp. 214-215; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 30-32; «Problemas que plantea la unificación», cit., pp. 200-204; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., pp. 3508-3509; «Las nuevas bases», cit., pp. 1727-1728.

<sup>248</sup> La PMCC distingue entre obligaciones dinerarias y no dinerarias para el ejercicio de la acción de cumplimiento (artículos 1192 y 1194).

<sup>249</sup> Véase los artículos 1193 y 1483 PMCC.

<sup>250</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1081 y 1092-1101.

<sup>251</sup> Véase los artículos 62 III, 63 II y 64 PACCom, y 1199, 1200 y 1485 PMCC.

<sup>252</sup> Véase los artículos 1197, 1198, 1487 y 1493 PMCC.

<sup>253</sup> Véase los artículos 63 III PACCom y 1191 PMCC.

<sup>254</sup> Véase el artículo 62 III PACCom y 1200 II y III y 1485 III PMCC.

<sup>255</sup> Véase los artículos 65 y 66 PACCom, y 1205-1212 PMCC.

contrato ha supuesto para el acreedor cuando es privado de la cosa por una circunstancia anterior al contrato, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor<sup>256</sup> (artículo 1486 I y 1487 CC); (iv) la restitución del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor con la infracción obligacional (artículos 1123, 1186, 1683, 1777 y 1778 CC, y 136 II, 138, 288 II y 613 CCom)<sup>257</sup>.

### III. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El objetivo de este primer párrafo ha consistido en intentar responder una pregunta recurrente y crucial del derecho de obligaciones, como es aquella que indaga sobre el alcance de la vinculación contractual. Todos los ordenamientos abordan de alguna manera la cuestión de la fuerza obligatoria del contrato, porque es en ella donde reside la clave para fijar las dos consecuencias posibles en que se resuelve el programa de prestación: cumplimiento o incumplimiento, con la consiguiente satisfacción o insatisfacción del interés del acreedor. Sin embargo, la respuesta que se da este problema presenta algunas diferencias entre las dos tradiciones jurídicas más importantes, pues mientras el derecho continental se centra en la ejecución del propio contrato, ateniéndose a los términos en que fue concebido, en el *Common Law* se traduce ese imperio como la sujeción del deudor a una sanción jurídica enderezada a satisfacer el interés del acreedor.

Pero ese entendimiento diferenciado de la fuerza obligatoria del contrato ha comenzado a cambiar por obra del nuevo derecho de la contratación, con una marcada tendencia hacia la

---

<sup>256</sup> La distinción entre daño propiamente tal y gastos viene recogida ahora en el artículo 1202 III PMCC.

<sup>257</sup> El artículo 1196 PMCC presenta el *commodum repraesentationis* como un supuesto especial de la pretensión de cumplimiento.

convergencia, desde la cual empieza a ser reinterpretado y reformulado el propio derecho español. Después de aceptado que los contratos son obligatorios para las partes porque entrañan un compromiso de índole ética que el ordenamiento hace respetar por razones de utilidad social y justicia correctiva (positivando incluso la exigencia como regla), y que toda obligación comporta un resultado garantizado por un contratante a favor del otro, no es difícil comprender que la eficacia de esa vinculación requiere la existencia de un sistema unitario y coherente de remedios que permita actuar el interés del acreedor y conseguir aquel nivel de satisfacción que éste perseguía al contratar. Ese interés se manifiesta en el resultado ideal que cada una de las partes pretendía obtener con el contrato celebrado, el que viene representado no sólo por la prestación materialmente considerada, sino también por ciertos hechos, finalidades, expectativas, situaciones, circunstancias o estados de la realidad presupuestos por el contrato y garantizados por un contratante a favor del otro. La vinculación contractual se ensancha así para adecuarse de mejor forma a los concretos intereses que están en juego, permitiendo una satisfacción del acreedor más de acorde con la medida de su derecho de crédito.

Cuando ese resultado no se produce, sea cual fuere el aspecto que no concurre para que así suceda, el ordenamiento pone a disposición del contratante afectado un conjunto de remedios destinados a combatir esa falta de satisfacción de su interés por medio de aquel mecanismo que, en esas circunstancias, se muestra como el más idóneo. Este sistema de responsabilidad contractual se caracteriza por suponer un concepto objetivo de incumplimiento, que concurrirá con los requisitos particulares exigidos respecto de cada uno de los remedios, producido el cual el acreedor podrá elegir el curso de acción que mejor satisfaga su interés. En dicho sistema, la indemnización de daños opera como un mecanismo de cierre, dado que permite que el acreedor colme aquellos intersticios dejados por la acción de los remedios que

cabe denominar «primarios» por la incidencia que tienen sobre el contenido obligacional del contrato incumplido, al imponer su consumación forzosa o su disolución. Tal combinación anticipa que la operación de reemplazo no quede circunscrita al mero resarcimiento del acreedor por el negocio de cobertura realizado, y que se haya de buscar una solución que determine la suerte del contrato que ha sido sustituido por otro, el que o bien se tiene que extinguir previamente o consumir a través de la prestación sustitutiva. Sobre ello se volverá, aunque con distinto enfoque, en los §§ 4 y 5.

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

SUMARIO: I. LA TIPOLOGÍA DE LA SUSTITUCIÓN POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO. 1. La sustitución económica. La sustitución jurídica. 3. La sustitución negocial. II. LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS. 1. La pretensión de cumplimiento. (a) Las medidas dirigidas a lograr el cumplimiento del deudor en sus propios términos. (b) Las medidas sustitutivas del comportamiento del deudor. 2. La pretensión por el equivalente pecuniario: entre la autonomía procesal y la unidad del remedio indemnizatorio. (a) Los gastos en que ha incurrido el acreedor para satisfacer su derecho mediante un sustituto material de la prestación. (b) El equivalente pecuniario acordado en reemplazo de la prestación que no ha sido efectivamente ejecutada. (c) El resarcimiento de los daños sufridos por el ejecutante. 3. La operación de reemplazo. III. EXCURSO: LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL REMEDIO INDEMNIZATORIO. 1. La imputación subjetiva: las esferas de riesgo del deudor. (a) El riesgo típico. (b) El riesgo previsible. 2. La imputación objetiva: necesidad y previsibilidad. (a) La necesidad del curso causal. (b) La previsibilidad del daño. 3. Recapitulación sobre el carácter objetivo de la responsabilidad contractual y sus consecuencias. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

El § 1 se ha cerrado con un recuento general de los remedios que el ordenamiento pone a disposición del contratante insatisfecho en caso de incumplimiento. Particular atención merecen ahí aquellas figuras que están llamadas a cumplir una función de sustitución del comportamiento esperado del deudor en virtud del programa de prestación, en cualquiera de los grados en que tal subsanación concurra y sin importar el engarce dogmático que tengan (II).

Es en este campo donde comparece la operación de reemplazo como problema de estudio<sup>258</sup>. Ésta consiste en la celebración de

---

<sup>258</sup> El término «problema» se toma aquí en el sentido que le asigna la tópica, esto es, como «toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y

un nuevo contrato, similar al incumplido, por medio del cual el acreedor trata de satisfacer cuanto más pueda su interés, quedando legitimado para trasladar al deudor la diferencia desfavorable que resulte de esa cobertura. Por ejemplo, Primus acuerda cederle a Secundus el uso de su galería de arte para una exposición, por un precio de 1000. Poco tiempo antes de que vaya a tener lugar la proyectada exposición, Primus informa a Secundus que no podrá disponer de la galería. Actuando contra el tiempo, este último consigue encontrar otra galería de condiciones similares por un precio de 1500. Tendrá derecho entonces a una indemnización de 500, que es el importe al que asciende la diferencia entre el contrato inicial y el precio del negocio de sustitución, y también podrá reclamar la indemnización de otros gastos razonables en los que haya incurrido (verbigracia, el de cambiar la dirección en los carteles anunciadores y en la publicidad)<sup>259</sup>.

Sin embargo, para acometer este análisis previamente es necesario establecer una tipología de la sustitución, que permita diseccionar dicho fenómeno jurídico y discriminar así las modalidades que colman el espectro de intercambios posibles respecto de la prestación acordada. Tal sustitución no denota más que un fenómeno consistente en poner algo en lugar de la prestación originalmente debida, y que se puede cumplir por diversos cauces. Por inducción, dicho fenómeno puede ser reducido a tres modalidades: económica, jurídica y negocial (I). La operación de reemplazo comporta una sustitución de esta última clase, y supone la existencia de unas reglas de cobertura (§ 3) que permitan su aplicación y fijen sus consecuencias (§ 6).

---

que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta por solución» (VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 55).

<sup>259</sup> BAR/CLIVE, *Principles*, cit., comentario A al artículo III-3:706, p. 940, y LANDO/BEALE, *Principios*, cit., comentario A al artículo 9:506, p. 662.



La exposición de la sustitución por causa de incumplimiento no queda completa sin abrir una digresión en el hilo argumental y detenerse en la construcción del remedio indemnizatorio (III). Como ha quedado dicho, este mecanismo de tutela está llamado a colmar los vacíos dejados por los remedios primarios, que deciden la suerte del contrato incumplido, y permite explicar en parte la operación de reemplazo. De ahí que sea necesario ahondar en los elementos que componen su supuesto de hecho, como son la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor y la imputación objetiva del daño que éste ha causado al acreedor, cuyo análisis demuestra la convergencia de la previsibilidad del suceso impeditivo y del daño en el ámbito de protección creado por la regla contractual, configurando de paso una responsabilidad contractual de carácter objetivo.

Para finalizar este trazado de los contornos dogmáticos generales de la operación de reemplazo, se ofrece un cuerpo de conclusiones provisionales (V).

#### I. LA TIPOLOGÍA DE LA SUSTITUCIÓN POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO

En lo que aquí atañe, especial interés revisten aquellos mecanismos que, integrados en el sistema de remedios ante el incumplimiento, están enderezados a operar una sustitución o reemplazo de la prestación que no ha sido correctamente ejecutada en alguno de los aspectos con que, contractual o legalmente, venía configurada. En términos técnicos, tal sustitución existe cuando la ejecución de la prestación incumplida se lleva a cabo por un tercero o por el propio acreedor a expensas del deudor<sup>260</sup>. Pero cabe también una sustitución indirecta, donde

---

<sup>260</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 25-26; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 779; FENOY PICON, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1535; VINEY, G., «Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les*

la prestación de reemplazo no es ejecutada dentro de un marco de tutela formalizado, sino que es el acreedor quien decide posteriormente satisfacer su interés por medio de ella utilizando la suma de dinero que ha recibido como equivalente pecuniario de la prestación incumplida, incluso anticipándose a su recepción, o bien contentarse con ella como su subrogado patrimonial. Hay sustitución, entonces, cada vez que algo hace las veces de lo debido de un modo suficiente y adecuado<sup>261</sup>.

Objetivamente, la atención se centra en la obtención del fin de la relación obligatoria. Este fin se puede lograr, ante todo, (i) mediante el cumplimiento del propio deudor o de un tercero que obre con el propósito de liberar a éste (artículos 1158 y 1159 CC); pero también cuando la realización del interés del acreedor se logra la intervención del deudor (*Zweckerreichung*), ya (ii) por el acaecimiento hecho natural (por ejemplo, cuando un terremoto origina el derrumbe de un edificio que se había contratado demoler), ya (iii) por causa del propio acreedor (por ejemplo, cuando el acreedor compra de otro la cosa que se le debía), ya (iv) a consecuencia del hecho de un tercero que obra sin querer la liberación del deudor (por ejemplo, si un tercero por donación o legado diese al acreedor la cosa que se le debía)<sup>262</sup>. El elemento que permite discriminar entre estas formas de obtención del fin de la obligación y aquellas que propiamente comportan sustitución estriba en la atribución final de sus consecuencias al deudor. Dicho de otro modo, la diferencia entre unas y otras es de carácter subjetivo, dado que no importa tanto que el acreedor consiga el propósito por el que contrató, sino que el coste de ese comportamiento sustitutivo acometido por el acreedor sea puesto

---

*sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé* (Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001), p. 189.

<sup>261</sup> MILLÁN PUELLES, A., «Para una fenomenología del dinero», *Anuario Filosófico* 4 (1971), p. 264.

<sup>262</sup> ANDREOLI, G., *Contributo alla teoria dell'adempimento* (Padua, CEDAM, 1937), núm- 3-7, pp. 3-12.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

de cargo del deudor, quien lo asume por haber incumplido el deber de prestación que le correspondía. De manera que, en última instancia, el fenómeno de la sustitución que ahora interesa queda circunscrito al ámbito de los remedios ante el incumplimiento contractual.

En principio, ante la ausencia de un cumplimiento voluntario del deudor que se ajuste a las exigencias del contrato, el acreedor halla satisfacción de su concreto interés mediante los siguientes sustitutos de aquél: (i) la condena o inducción judicial a la realización de la prestación pactada, sea por el deudor o por un tercero a su costa, o su sustitución por otra correcta, si así lo admite la naturaleza de la prestación; (ii) la condena judicial al pago de una cantidad de dinero equivalente al valor de la prestación originaria; (iii) la reparación de la cosa por parte del deudor o por el propio acreedor, con cargo a aquél; (iv) la ejecución unilateral de la prestación incumplida por el contratante afectado, buscando una nueva contraparte mediante la realización de una operación de reemplazo<sup>263</sup>. Se trata, pues, de una batería de herramientas a disposición del acreedor fundadas en la necesidad de proteger su interés, con independencia de la conservación final del contrato. Todos ellos son compatibles, además, con la indemnización de los demás daños sufridos por el contratante afectado, en la medida que puedan ser imputados subjetiva y objetivamente al incumplimiento de la otra parte, sin perjuicio de que la valoración efectiva de estos daños dependerá del remedio por el que se haya decantado el acreedor para satisfacer su interés<sup>264</sup>.

La pluralidad de mecanismos que cumplen una función de reemplazo de la prestación esperada permite constatar que éste es un simple hecho material impuesto por razones de orden

---

<sup>263</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de derecho mercantil*, II (Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1990), p. 105.

<sup>264</sup> Véase *infra*, § 2, II, 3, y § 5, I, 6.

práctico y susceptible de distintos encuadramientos dogmáticos<sup>265</sup>. El origen de tal hecho se encuentra en el incumplimiento del deudor, que ha dejado al acreedor sin obtener la prestación que esperaba y que todavía le es necesaria. La insatisfacción de su interés se manifiesta en la privación de esa prestación que el contrato debía procurarle y que, por motivos de distinta índole, aún logra cumplir el propósito para el cual aquél se celebró. Sin embargo, para que ese interés logre efectivamente satisfacerse, la prestación incumplida debe ser ejecutada dentro de un término cercano al momento en que se produjo el incumplimiento, pues de lo contrario la propia actividad económica del acreedor podría verse comprometida<sup>266</sup>. Este último, entonces, enfrentado ante un mercado más o menos diversificado, contrata con un tercero y le traslada momentáneamente el riesgo de satisfacción de su interés<sup>267</sup>.

Como fuere, no existe un cauce único para conseguir tal reemplazo. Sin duda, independiente de toda técnica jurídica particular, el acreedor se puede procurar de un tercero la prestación que no ha obtenido oportunamente, cuando ella le es indispensable por cualquier razón<sup>268</sup>. Este reemplazo es siempre posible, porque cabe dentro del ámbito de autonomía patrimonial que tiene cualquier persona y que le permite contratar con quien desee para satisfacer determinadas necesidades que, por incapacidad o costes de oportunidad, no puede proveer por sí mismo. Sin embargo, su realización no está exenta de algunos inconvenientes, sobre todo por el mayor precio que generalmente habrá de pagar el acreedor y, especialmente, por la inexistente relación entre el contrato incumplido y aquel celebrado en

---

<sup>265</sup> MARTIN DE LA MOUTTE, «Sanctions», cit., núm. 32, p. 223.

<sup>266</sup> ALTER, M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels* (París, L.G.D.J., 1972), núm. 210, p. 356.

<sup>267</sup> VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 286.

<sup>268</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 210, p. 356.

cobertura de ese incumplimiento<sup>269</sup>. El primer aspecto puede ser solucionado mediante la indemnización de perjuicios, dado que este remedio se dirige a compensar toda pérdida que haya sufrido al acreedor como consecuencia necesaria del incumplimiento y que pueda ser atribuida al ámbito de riesgo correspondiente al deudor (artículos 1101 y 1105-1107 CC). Más arduo es el segundo ámbito, porque el contrato de cobertura no tiene en sí mismo alcance resolutorio sobre el contrato incumplido y, en consecuencia, el acreedor puede llegar a recibir dos veces la misma prestación si no actúa con rapidez para evitar esa duplicidad.

Esta posibilidad sólo posee un interés reflejo y no presenta mayores dificultades para la disección de sus efectos, ya que la conexión entre el hecho del reemplazo y las técnicas del incumplimiento contractual se produce merced al remedio indemnizatorio<sup>270</sup>. De esta manera, el acreedor que desea trasladar al deudor la diferencia desfavorable que le ha supuesto cubrirse en el mercado habrá de cumplir con los requisitos propios de la responsabilidad contractual (causalidad, interés lesionado, certidumbre y previsibilidad), y esa diferencia le será resarcida en la medida que tales exigencias efectivamente concurren.

Distinto es el tratamiento del reemplazo en cuanto facultad jurídica destinada a sancionar el incumplimiento de una obligación<sup>271</sup>. Aquí la puesta práctica de la sustitución de la prestación incumplida ha de ser necesariamente coordinada con el sistema de protección que se brinda al derecho de crédito. Situado ante el elenco de remedios que el ordenamiento pone a su disposición, el acreedor elegirá entre los distintos cursos de

---

<sup>269</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 210, pp. 356-357.

<sup>270</sup> PINNA, A., *La mesure du préjudice contractuel* (París, L.G.D.J., 2007), núm. 101-106, pp. 114-117.

<sup>271</sup> MARTIN DE LA MOUTTE, «Sanctions», cit., núm. 32, pp. 223-224.

acción posibles aquel que le procure una sustitución de la prestación incumplida con un menor coste de oportunidad, de suerte que el reemplazo no consistirá más que en poner otra cosa en lugar de la prestación que el deudor debió ejecutar con la mayor celeridad posible y con un menor sacrificio económico para quien así actúa, y el modo concreto de hacerlo dependerá del mecanismo por el que finalmente se decante el acreedor. Ciertamente, entonces, el negocio de cobertura no será ajeno al contrato incumplido, con el que se habrá de conectar de alguna forma. De ahí que, en términos generales, y sin perjuicio de las precisiones que más adelante se harán, la facultad de reemplazo que se acuerda al acreedor comporte una suerte de ejecución por equivalente, porque la relación obligatoria no ha sido actuada en sí misma desde una perspectiva sustancial, aunque su resultado práctico haya sido materialmente obtenido<sup>272</sup>. Esto no impide, por cierto, que el reemplazo produzca una auténtica satisfacción del interés del acreedor, cuestión que dependerá de las particularidades de la prestación debida<sup>273</sup>.

Para el acreedor, en efecto, la consecuencia de optar por alguno de los remedios puestos a su disposición no desvirtúa la tensión de su derecho de crédito, que seguirá mirando hacia el resultado esperado. Si la obligación se reputa cumplida con la satisfacción del interés del acreedor antes que con la cosa propiamente debida, sobre todo con la proliferación casi absorbente de la fungibilidad en el tráfico comercial, la tensión que ella expresa atiende a un interés a satisfacer, el que se refleja, ante todo, en una cosa idealmente configurada por el contrato, pero que económicamente no supone más que un valor de realización o, si se quiere ser más preciso, una cierta medida de reciprocidad. Por eso, el Código Civil habla en varias ocasiones del precio de la cosa

---

<sup>272</sup> SERIAUX, *Droit des obligations*, cit., núm. 62, p. 253.

<sup>273</sup> PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* (París, L.G.D.J., 1989), núm. 169, p. 194.

como su subrogado natural (artículos 1136 II núm. 2º y 3º, 1147 II, 1150, 1185 y 1745), porque éste se considera, salvo prueba en contrario, el daño mínimo sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida imputable<sup>274</sup>. Cuando el acreedor pretende como indemnización este equivalente pecuniario, su obtención sólo queda condicionada a la necesaria tasación del valor de la prestación (artículos 219, 712 y 717 LEC), sin que se haya de discutir acerca de si el daño se ha producido efectivamente (artículos 714-716 LEC); basta con que la prestación no se hubiera tornado posible de ejecutar por un hecho fortuito (artículos 1182 y 1185 CC)<sup>275</sup>. La ley asume entonces que, como umbral mínimo, el interés del acreedor no está representado generalmente por la prestación a la que se ha obligado el deudor, porque existe en paralelo un amplio mercado de bienes y servicios al cual aquél puede acudir para obtener igualmente el propósito práctico buscado. De ahí que, al menos por aplicación de la particular disciplina procesal hoy vigente, cualquier obligación lleve en sí el germen de convertibilidad de la prestación originalmente debida en una prestación de carácter dinerario consistente en el valor común o de mercado que a ella se le asigna<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 28 y 106; BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., pp. 80-81 y 266-270; PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), II, p. 1897, y «El sistema», cit., p. 1052; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 30-31.

<sup>275</sup> A diferencia de lo que ocurre con la cláusula penal, que cumple una función de valoración convencional y anticipada del resarcimiento debido por el deudor (artículo 1152 CC). Esto explica que, para reclamar la pena, el acreedor deba probar la concurrencia de los requisitos propios del remedio indemnizatorio con la sola excepción del montante del daño sufrido (artículo 1152 CC). Esta idea viene recogida con más claridad en el artículo 1148 PMCC.

<sup>276</sup> Lo que no quiere decir, por cierto, que la obligación incumplida se perpetúe en ese valor, sino sólo que ella tiene un contenido directa o indirectamente patrimonial.

Esta idea viene anunciada por el artículo 1911 CC<sup>277</sup>, que establece un principio basal para entender el cabal funcionamiento del sistema de protección del crédito<sup>278</sup>: la obligación afecta potencialmente el patrimonio del deudor a la satisfacción de interés del acreedor, de suerte que cualquiera sea el objeto sobre el que primariamente se contrató, aquél tiene siempre la posibilidad de dirigirse contra los bienes del deudor y obtener en ellos el resultado económico que esperaba conseguir al contratar<sup>279</sup>.

Dicho esto, cabe determinar de qué forma los mecanismos antes indicados operan una función sustitutiva de la prestación incumplida, partiendo de los siguientes presupuestos: (i) que todo cambio contiene una cierta reciprocidad<sup>280</sup>, (ii) que ella no puede suponer para el acreedor más que lo correspondía en virtud de la regla contractual y (iii) que su coste ha de pesar sobre la parte responsable por aplicación de la garantía patrimonial universal que comprometió al obligarse<sup>281</sup>. Una mirada a su funcionamiento permite afirmar que a través de ellos es posible operar tres modalidades de sustitución, que colman el espectro posible de intercambios respecto de la prestación debida, a saber: una sustitución económica (1), una sustitución jurídica (2) y una sustitución negocial (3).

---

<sup>277</sup> En esta materia, la PMCC realiza una operación de racionalización destacable, puesto que traslada el principio de garantía patrimonial universal al póstico del Libro IV (artículo 1089), para situarlo inmediatamente después de aquella norma que refiere el contenido de una obligación (artículo 1088). Se refuerza así la idea de que la obligación supone ante todo un valor patrimonial, el que se satisface primariamente con la prestación debida y secundariamente con cualquier medio idóneo para procurar el propósito práctico con que el acreedor contrató. El artículo 1911 queda sin contenido en la nueva ordenación propuesta para el Libro IV del Código Civil (artículo segundo).

<sup>278</sup> Por todos, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 9.

<sup>279</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 7-11 y 65-68; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., I, pp. 290-291 y 298-310.

<sup>280</sup> MILLÁN PUELLES, «Para una fenomenología del dinero», cit., p. 253.

<sup>281</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 77 y 89.



### 1. La sustitución económica

La primera modalidad es la más simple y se puede denominar «sustitución económica». En ella el acreedor obtiene una cosa de características similares a aquella que le correspondía según el contrato o bien la misma, pero purgada de los defectos que la hacían inepta para el objeto que se tuvo en cuenta al contratar. Hay una suerte de subrogación real, donde la cosa ahora asignada reemplaza a la debida a todos los efectos y con eficacia extintiva, liberatoria y satisfactoria respecto del contrato incumplido. El acreedor que pretende que la obligación sea cumplida forzosamente mediante la atribución en naturaleza de una prestación económicamente equivalente manifiesta su consentimiento de satisfacer su interés por vía refleja, por lo que cabe aplicar a esa nueva prestación una función correspondiente a la de pago (artículos 1161 y 1166 CC), con la misma eficacia que a éste se atribuye (artículos 1156 y 1157 CC). Detrás de este mecanismo de sustitución se observa una abstracción de primer grado, pues sólo se prescinde de la materia individual o singularidad con que fue configurada la prestación ideal y se conservan las demás propiedades sensibles que, en concreto, satisfacen el interés del acreedor. A esta clase pertenecen la condena e inducción judicial a la realización de la prestación pactada fungible, su sustitución por otra correcta y su reparación cuando tal sea posible, conductas que constituyen en el nuevo orden contractual manifestaciones de la pretensión de cumplimiento<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1068; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 704 y 782; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 13 y 15; MORALES MORENO, «El derecho a la reparación», cit., p. 198; «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 34-35; «Pretensión de cumplimiento», cit., pp. 81-82; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», pp. 1727 y 1731; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 290.

## 2. La sustitución jurídica

Esta segunda modalidad de sustitución avanza en grado de abstracción, pues la prestación ya no se reemplaza por un bien equivalente que cabe hallar en el mercado o en el propio patrimonio del deudor, sino por una suma de dinero que representa el valor de cambio que ella tiene. Se prescinde de la materia sensible con que la prestación ideal debía ser concretada, y sólo se presta atención a los accidentes que permiten su conversión en una unidad común de medida socialmente aceptada. Cabe hablar, entonces, de «sustitución jurídica», porque es el ordenamiento el que asigna al dinero una función de medida abstracta de valor, que permite convertir cualquier prestación de acuerdo al poder adquisitivo alternativo que ella supone.

Por las funciones económicas que desempeña, el dinero sólo trasciende mediante su circulación, operando como un simple medio para adquirir un bien<sup>283</sup>. De donde se sigue que no es un bien en sí mismo, porque no procura una utilidad absoluta o independiente a quien lo detenta, sino en cuanto es objeto de un reconocimiento social y de una significación jurídica cierta que le permite actuar como unidad de cambio en el mercado<sup>284</sup>. El dinero cumple así la finalidad instrumental de servir de medio abstracto para ponderar la materia inteligible en que la prestación debida consistía (universalidad adquisitiva), la que no sólo adquiere un cabal sentido porque existe una normativa que le asigna tal función de medio general de cambio (universalidad sustitutiva) y unidad de valor (universalidad mensurativa), incluso previendo su sustitución, sino también porque una determinada comunidad le otorga su confianza y admite su vigencia como moneda de curso

---

<sup>283</sup> MILLÁN PUELLES, «Para una fenomenología del dinero», cit., pp. 261-262.

<sup>284</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 291.

cotidiano impuesta por el poder público (artículo 1170 CC)<sup>285</sup>. Esto explica que el dinero no sea un elemento endógeno de las relaciones económicas fundamentales, enderezadas a satisfacer una determinada utilidad concreta, sino que se introduce en ellas desde fuera para facilitarlas, otorgando a las partes una cosa caracterizada por su utilidad funcional<sup>286</sup>.

Económicamente, el dinero es la única mercancía que está en el caso de tener por equivalente a otra cualquiera<sup>287</sup>. Sin embargo, la suma que se acuerda al acreedor como reacción ante un incumplimiento no satisface directamente su interés, que se obtiene con una prestación de las características de la convenida, de manera que ella sólo persigue compensar a éste para diluir los efectos negativos de la falta de realización del contrato en la medida que sea posible. La función de dicho equivalente es, por tanto, doble: por una parte, posibilita la recomposición inmediata del patrimonio del acreedor en la cuantía que ha supuesto la pérdida efectiva y la privación de la ganancia esperada provocadas por el incumplimiento; por otra, pone en sus manos un medio de cambio universal que le permite, si todavía subsiste su interés, satisfacer de manera mediata el propósito práctico del contrato en el mercado. Sólo en este segundo caso el contrato se consume de acuerdo con el interés primario del acreedor. En el primero, en cambio, éste sólo recibe un bien mediatizado por la idea de intercambio, dado que el dinero modaliza el ser de lo debido en su manifestación<sup>288</sup>, de manera que su efectiva satisfacción queda entregada a la concreta administración que de él haga el acreedor.

Conviene profundizar un poco más en la idea de intercambio que subyace detrás de la sustitución jurídica. Producido el

---

<sup>285</sup> MILLÁN PUELLES, «Para una fenomenología del dinero», cit., pp. 251 y 257.

<sup>286</sup> GONZÁLEZ, «Materiales para una investigación», cit., p. 290.

<sup>287</sup> MILLÁN PUELLES, «Para una fenomenología del dinero», cit., p. 254.

<sup>288</sup> GONZÁLEZ, «Materiales para una investigación», cit., pp. 291 y 295.

incumplimiento, la reciprocidad de las prestaciones puede ser asegurada por dos tipos de tutelas diferentes, la resarcitoria y la restitutoria, ambas con un contenido monetario. El panorama viene obscurecido, además, por la comparecencia de la pretensión por el equivalente pecuniario, que debe ser puesta en relación con la indemnización de perjuicios para discriminar sus respectivos campos de acción y su posible autonomía como curso de reacción ante un incumplimiento contractual<sup>289</sup>.

La manifestación más acusada de la sustitución jurídica en función restitutoria es la atribución del elemento representativo que reemplaza la prestación que se ha tornado imposible de cumplir por el hecho de un tercero (artículo 1186 CC). A estos efectos, no interesa el concreto expediente técnico por el cual las acciones y derechos que por razón de esa imposibilidad existiesen contra terceros son atribuidas al acreedor, el que ciertamente estará subordinado al sistema de transferencia de la propiedad por el que cada ordenamiento haya optado y por la solución que en él se dé al problema del riesgo contractual<sup>290</sup>. Por ahora sólo es relevante que la ley concede al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido a la prestación debida desde el punto de vista económico<sup>291</sup>, bien se trate de las acciones que quepa ejercitar frente a terceros (*commodum representationis*), bien de lo que haya recibido el deudor en razón de la cosa debida (*commodum ex negotiatione*), con la finalidad de evitar que el

---

<sup>289</sup> Véase *infra*, § 2, II, 2.

<sup>290</sup> Sobre las soluciones ofrecidas, véase CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000), núm. 44-45, pp. 117-122, y SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004), núm. 178, pp. 157-160.

<sup>291</sup> CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, cit., núm. 52, p. 135; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 795.

interés del acreedor se frustré y el deudor se beneficie de una liberación que le reportaría provecho<sup>292</sup>.

Este remedio comporta una excepción a la extensión de la vinculación contractual, que normalmente se extiende hasta donde la prestación sea posible de ejecutar. Pero hay diferencias según el contenido de la pretensión. En el primer caso, el acreedor nada podría propiamente pretender, porque la obligación se ha hecho imposible de cumplir por un suceso fuera de la esfera de control del deudor (artículos 1105 y 1182 CC); pero dado que existe un beneficio patrimonial derivado de dicha imposibilidad, lo justo es que éste se atribuya al acreedor en satisfacción de su interés (artículo 1186 CC)<sup>293</sup>. Esta función asemeja esta pretensión a la reclamación del equivalente pecuniario en sede judicial, concedida para evitar que el interés del acreedor se frustré cuando éste pueda ser obtenido de forma alternativa. En el segundo supuesto, en cambio, es indiferente que la imposibilidad se haya producido por un comportamiento directo del deudor, porque entonces aquello que corresponde al acreedor es el valor

---

<sup>292</sup> CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, cit., núm. 53-54 (pp. 137-139) y 70 (pp. 172-178); DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 120, pp. 188-189; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., pp. 3508-3509; «El sistema», cit., pp. 1022-1023; «Las nuevas bases», cit., pp. 1736-1737; ROCA JUAN, J., «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro* (Madrid, Tecnos, 1976), II, pp. 539-540; SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato*, cit., núm. 174-175, pp. 153-156.

<sup>293</sup> El artículo 1196 PMCC tiene un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas más amplias que las del actual artículo 1186 CC. En este último se exige una imposibilidad fortuita (artículos 1105 y 1182 CC), de suerte que el deudor no ha de tener participación alguna en el hecho que impide cumplir con la prestación (artículo 1183 CC). En la PMCC, en cambio, basta que una obligación de dar cosa determinada (y sólo ellas) resulte imposible de cumplir (artículo 1192 II núm. 1º PMCC). Cuando eso sucede, se producen dos consecuencias bien determinadas: (i) corresponden al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa cuya dación se ha tornado imposible (como ya lo prevé el artículo 1186 CC); (ii) si dichas acciones se ejercitaren, de la indemnización de daños y perjuicios que al acreedor le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido (novedad de la PMCC).

patrimonial que ha reemplazado a la prestación debida entre los bienes de aquél. Tal pretensión funciona así de modo similar al resarcimiento del daño, lo que explica que de la indemnización que se pida se deduzca el valor de lo percibido (artículo 1196 PMCC), pero sin que ambas se confundan en razón de su diversidad de funciones (restitutoria en un caso y resarcitoria en otro)<sup>294</sup>.

El mismo principio de interdicción del enriquecimiento injusto subyace detrás de la restitución por equivalente que se acuerda a las partes como consecuencia de la resolución del contrato<sup>295</sup>. En puridad, la facultad resolutoria entraña sólo un efecto jurídico, como es la liberación hacia el futuro (*ex nunc*) de las partes de una relación contractual cuyo propósito práctico se ha visto frustrado por un incumplimiento esencial o por la negativa del deudor a cumplir en el plazo adicional que al efecto se le ha concedido (artículos 1199 y 1200 PMCC), el que explica que este remedio no requiera necesariamente de la intervención de un juez y que, por tanto, tal facultad pueda ser ejercida extrajudicialmente mediante una declaración dirigida al contratante incumplidor (artículo 1199 II y III PMCC)<sup>296</sup>. Junto a ese efecto, cuya única consecuencia es la liberación de las partes y la extinción de las obligaciones

---

<sup>294</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1554-1555; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 17; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., pp. 3508-3509; «El sistema», cit., pp. 1022-1023 y 1050, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1736-1737; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 30.

<sup>295</sup> DELVAUX, P.-H., «Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé* (Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001), núm. 36, p. 694; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 872; MONFORT FERRRERO, *La restitución*, cit., pp. 87 y 255; PALAZON GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., p. 807; SERINET, Y.-M., «L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé* (Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001), núm. 41, p. 613.

<sup>296</sup> Por todos, SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento*, cit., pp. 369-514.

recíprocas y de los efectos inherentes a la relación contractual todavía pendientes (artículo 1202 I PMCC)<sup>297</sup>, concurren otros dos de índole material, dotados de eficacia contingente y régimen propio: la restitución (artículos 1203 y 1204 PMCC) y el resarcimiento (artículo 1202 II PMCC)<sup>298</sup>. De ellos, interesa ahora el primero.

La restitución no es una consecuencia directa del incumplimiento que haya de acompañar invariablemente a la resolución, sino que deriva del efecto liberatorio que es connatural a aquélla y se incardina en un ámbito distinto, como es el de interdicción del enriquecimiento injusto (Dig. 12, 6, 14)<sup>299</sup>. Si la resolución no tuviera como finalidad primordial la extinción de la relación obligatoria entre las partes y la consecuente liberación del deudor de cumplir con su prestación (artículos 1124 CC y 81 I CISG), carecería de sentido la restitución de lo que éste ha recibido (artículos 1123 y 1486 CC, y 81 II CISG)<sup>300</sup>. Dado que el acreedor ha cumplido con su parte en un contrato que en adelante ya no existirá más, y que el deudor quedará liberado hacia el futuro de su obligación, es una exigencia elemental de justicia correctiva que el desplazamiento patrimonial producido en virtud de ese contrato que desaparece vuelva a quien lo hizo, para el

<sup>297</sup> ARIJA SOUTULLO, C., «Los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento», RDPat 17 (2006), p. 183; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 227, pp. 473-474; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 871-872; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1612; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 29-30; MONFORT FERRERO, *La restitución*, cit., pp. 43 y 56; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1734; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», p. 1250.

<sup>298</sup> Véase la nota 1227.

<sup>299</sup> Así parece entenderlo la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/4748), cuando menciona el artículo 1303 CC a propósito del alcance de la resolución por incumplimiento («*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente [...]»*). Sin embargo, tal engarce lleva a pensar también en una ineficacia sobrevenida por una anomalía funcional, que aleja la figura de su verdadera naturaleza de medio de defensa del acreedor frente al incumplimiento.

<sup>300</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 38, pp. 85-86.

cumplimiento de cuyo cometido se reconocen a las partes las respectivas pretensiones destinadas a actualizar las obligaciones restitutorias nacidas de esa liberación contractual.

Por esta razón, la restitución no es un presupuesto de ejercicio de la facultad resolutoria, sino su consecuencia material en las relaciones de cambio que producen efectos inmediatos, y puede ser explicada sin necesidad de acudir a la idea de una desaparición retroactiva (o *ex tunc*) de carácter absoluto sobre todas las secuelas del contrato. Retroacción que, por lo demás, comportaría que todos los efectos relacionados con la regla contractual desapareciesen, incluidas aquellas estipulaciones relativas al modo de solucionar las controversias (cláusulas compromisorias, de renegociación, de elección del foro, de determinación del derecho aplicable y de prórroga de competencia), las cláusulas penales o de liquidación de daños<sup>301</sup>, aquellas que establecen restricciones o la exoneración de responsabilidad de alguna de las partes, las que extienden las garantías a los efectos de la resolución, las referidas a obligaciones postcontractuales (verbigracia, los deberes de no concurrencia y confidencialidad) o al modo de efectuar la restitución de las prestaciones ya enteradas y, en general, todas aquellas destinadas a operar aun después de que el contrato haya sido resuelto. Tales estipulaciones, empero, no se ven afectadas por el ejercicio de la facultad resolutoria y conservan su vigencia como forma de composición preventiva de los intereses en juego, como se ha reconocido en el derecho comparado<sup>302</sup> y uniforme<sup>303</sup>, y ahora, recogiendo una tendencia ya

---

<sup>301</sup> El artículo 1149 II PMCC hace expresamente compatible la resolución y la reclamación de la pena pactada: «*Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquéllas pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado*».

<sup>302</sup> Véase los artículos 434 I del *Código Civil Portugués* y 6:271 NBW.

<sup>303</sup> Véase los artículos 81 I CISG, 7.3.5 III PICC, 9:305 II PECL, III-3:509 II DCFR y 9:305 II PCCR.



asentada<sup>304</sup>, en la propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación (artículos 64 II PACCom y 1202 I PMCC)<sup>305</sup>.

La restitución se endereza a recomponer cualitativamente el patrimonio del acreedor en la medida que, como el deudor ya no ha de cumplir con su obligación (porque la resolución lo ha liberado de ella), si no recuperara su prestación (o su valor) aquélla se beneficiaría injustamente con una ganancia derivada directamente del incumplimiento<sup>306</sup>. Esta eficacia restitutoria tiene un carácter meramente obligacional, limitada a la relación que se resuelve y con puros efectos inmediatos (*ex nunc*)<sup>307</sup>. Eso

---

<sup>304</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 241-245, pp. 508-512; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento», cit., p. 32; MONFORT FERRRERO, *La restitución*, cit., pp. 179-180; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1734, y «Resolución por incumplimiento», cit., pp. 1153, 1165 y 1167-1168; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Artículo 1124», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (ed.), *Comentario al Código Civil* (Valladolid, Lex Nova, 2010), p. 1250.

<sup>305</sup> CLEMENTE MEORO, M., «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ* 2131 (2011), pp. 9-10; FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 41, y «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1612-1613 y 1617; PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> L., «El remedio resolutorio en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier Libros, 2011), pp. 442-444; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC* LXIV (2011) 4, p. 171; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., p. 289.

<sup>306</sup> BARROS BOURIE, E. «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS, E./GARCÍA, M.<sup>a</sup> P./MORALES, A. M., *Derecho de daños* (Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 33 y 35; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 278, p. 580; MONFORT FERRRERO, *La restitución*, cit., p. 87.

<sup>307</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 227, p. 473; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 873; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 32; MONFORT FERRRERO, *La restitución*, cit., pp. 173 y 352-354; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1734-1735; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», cit., p. 1250.

explica que su efecto propio coadyuve en la desvinculación de las partes de la relación contractual que las unía, permitiéndoles la utilización de los recursos que han invertido para el cumplimiento del contrato en otros fines, en la medida que ello sea posible (función económica del remedio)<sup>308</sup>. Si no lo es, la restitución se efectuará a través de su equivalente pecuniario (artículo 1203 II PMCC), para permitir igualmente que mediante la resolución se llegue a la máxima consumación del propósito contractual, con el empleo del menor número de recursos económicos posibles<sup>309</sup>.

Esta acción para exigir el equivalente pecuniario de la prestación enterada es, por la función que desempeña, una pretensión de enriquecimiento que se habrá de ejercer en la fase de liquidación del contrato, y no cabe confundirla con la pretensión de resarcimiento que el artículo 1124 II CC acuerda también al contratante afectado (artículo 1202 II PMCC)<sup>310</sup>. Su finalidad es operar como un correctivo que permita restablecer a las partes a la situación existente con anterioridad al incumplimiento que ha frustrado la finalidad del contrato (interés contractual negativo), evitando el enriquecimiento injustificado que se produciría si se permitiese que el deudor conservase el equivalente de la prestación cumplida en su momento por el acreedor<sup>311</sup>. Funciona, pues, análogamente a como lo hace la

---

<sup>308</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 815 y 871-872; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1574; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento», cit., p. 29; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 43; *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 189.

<sup>309</sup> ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas* (Pamplona, EUNSA, 1969), p. 128; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 82», cit., p. 674; MONFORT FERRERO, *La restitución*, cit., pp. 255-256; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», cit., p. 1250.

<sup>310</sup> BARROS BOURIE, «Restitución de ganancias», cit., pp. 34-35; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 872; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1617; MONFORT FERRERO, *La restitución*, cit., pp. 53-56; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 81», cit., pp. 667-669.

<sup>311</sup> En este sentido, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 259-260, pp. 535-536; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 872; MONFORT FERRERO, *La*

pretensión para exigir el elemento representativo del artículo 1186 CC.

Otro caso de sustitución jurídica es la reducción del precio que se permite cuando se ha recibido una prestación no conforme con el contrato<sup>312</sup>. Aquí existe una diferencia entre el objeto ideal sobre el que se contrató y aquella prestación efectiva que ejecuta el deudor. Si esa diferencia es de tal entidad que afecta esencialmente la economía del contrato, la parte afectada optará ciertamente por la resolución. Pero si la falta de conformidad no afecta mayormente su interés, a aquél le interesará perseverar en el contrato y retener esa prestación, de la que todavía puede obtener en buena medida el provecho esperado. Si eso ocurre y el equilibrio de prestaciones se mantiene inalterado, existe un enriquecimiento injusto para el deudor, que habrá cumplido con una prestación de menor entidad que la debida y obtendrá por ella el mismo precio originalmente acordado, mientras que el acreedor queda en clara desventaja y soportando la realización de un riesgo que le es ajeno. De donde que se le reconozca una pretensión enderezada a reducir el precio pagada por la prestación defectuosa en proporción a la diferencia entre el valor que ella tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiese sido conforme con el contrato, así como el derecho a reclamar el reembolso del exceso

---

*restitución*, cit., pp. 255-256; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», cit., p. 1250. Con todo, la opinión mayoritaria parece inclinarse por el remedio indemnizatorio como el correctivo patrimonial adecuado en estos casos (cfr. artículos 1122 y 1123 CC). Así, por ejemplo, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1152; ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización», cit., p. 147; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento», cit., pp. 30 y 32; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1734-1735; «Resolución por incumplimiento», cit., pp. 1143-1168, especialmente pp. 1152-1155 y 1165.

<sup>312</sup> El Código Civil reconoce este remedio dentro de la regulación parcial de los contratos, particularmente a propósito de la compraventa (artículos 1486 I y 1499) y el arrendamiento (artículos 1553 y 1558), aunque con efectos diversos. Más claramente viene recogido por la CISG (artículo 50) y la TRLGDCU (artículo 122). Véase: STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950).

cuando se hubiese pagado una suma mayor a la que correspondería de aplicarse la mentada reducción (artículo 1197 PMCC)<sup>313</sup>. Este remedio adquiere una configuración particular cuando el incumplimiento es imputable, pues entonces el acreedor puede decantarse libremente entre dos cursos alternativos a su disposición: ejercitar la reducción del precio o exigir ese menor valor de la prestación como partida indemnizatoria (artículo 1198 PMCC)<sup>314</sup>.

El precio reducido desempeña así una función cabal de cumplimiento, con pleno alcance satisfactorio, extintivo y liberatorio, ocupando el lugar de la contraprestación ideal<sup>315</sup>. La sustitución jurídica se realiza, entonces, no merced a una suma de dinero que reemplaza un determinado bien o servicio que se tiene derecho a pretender, sino a través del precio disminuido en la misma proporción que presenta la disconformidad de la prestación del deudor. Esta contraprestación dineraria se mira como equivalente de aquella que el deudor ejecutó en contravención a la regla contractual, de suerte que la reducción compensa la falta de conformidad con la detracción del valor de cambio que ella tiene en el mercado, excluyendo de paso la doble reclamación en sede de resarcimiento<sup>316</sup>.

### 3. La sustitución negocial

---

<sup>313</sup> Véase, para la compraventa, los artículos 1487 y 1493 PMCC.

<sup>314</sup> El límite vendrá dado por el distinto plazo de ejercicio de ambas facultades: seis meses para la reducción del precio (artículo 1197 III PMCC, por generalización del lapso ya previsto en el artículo 1490 CC), y quince años para la acción indemnizatoria (artículo 1964 CC). Para la compraventa, los artículos 1488 y 1495 PMCC señalan plazos mucho más amplios (falta de conformidad: dos y cinco años; vicios jurídicos: tres y diez años).

<sup>315</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 38, y «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1562.

<sup>316</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1566-1567, y MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 192, concluyen en sentido similar a propósito del Código Civil.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

La última modalidad es la más compleja, porque carece de autonomía típica y puede adoptar distintos encuadres dogmáticos dentro del sistema de remedios ante el incumplimiento. El grado de abstracción es aquí máximo, pues el contrato incumplido se satisface mediante un nuevo negocio jurídico, que es en casi todos sus aspectos independiente de aquél y, especialmente, en el ámbito de la relatividad contractual (artículo 1257 CC). En este caso, la sustitución es también de orden jurídico, pero con una diferencia crucial: la satisfacción del interés del acreedor no se consigue ahora de un expediente que permite el intercambio general de bienes y servicios en el mercado, como es el dinero, sino directamente a través de un contrato que le procura al acreedor aquella prestación que no pudo conseguir del deudor incumplidor<sup>317</sup>. Mientras en la sustitución jurídica propiamente tal la satisfacción es mediata y el acreedor recibe una suma de dinero merced a la cual ha sido valorada la prestación incumplida como daño mínimo resarcible, en esta «sustitución negocial» obtiene directamente una prestación equivalente a la debida por un cauce contractual alternativo.

Este último rasgo acerca esta modalidad a la sustitución económica, de la que se diferencia por el marco en el que se produce el reemplazo. En aquélla, el acreedor recibe una prestación de características idénticas (hasta donde el ordenamiento puede asegurar) a aquella que el contrato ponía de cargo del contratante incumplidor, y lo hace en virtud de la intervención de un tribunal o de la acción oficiosa del propio deudor; en cambio, en ésta la prestación se obtiene siempre de un tercero y sin que la intervención judicial resulte imprescindible, dado que el medio de ejecución es el nuevo contrato. La particularidad estriba en que dicho negocio puede ser concluido

---

<sup>317</sup> Lo que explica que GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 13, califique la reducción del precio como «un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños».

en distintos momentos, con mayor o menor conexión con el contrato incumplido, por lo que las consecuencias que de él se sigan serán diversas en uno u otro caso.

La abstracción se dice completa, por tanto, porque hay una depuración cabal de la prestación idealmente programada en el contrato incumplido respecto de toda corporeidad y aun de sus condiciones de referencia. Aquello que el acreedor obtiene no es ya la propia prestación incumplida ni un equivalente pecuniario procurado como consecuencia de una pretensión enderezada al cumplimiento, sino el resultado de la ejecución de un nuevo contrato celebrado con un tercero. Hay, pues, una abstracción causal entre ambos contratos, y la vinculación se habrá de establecer a partir de los principios y reglas que disciplinan el incumplimiento contractual, para determinar hasta dónde la conducta substitutiva del acreedor queda cubierta por el ámbito de riesgo que el primer contrato asignaba al deudor. Como fuere, y para aglutinar en un mismo fenómeno las distintas posibilidades de sustitución negocial, algunas con procedimientos complejos de formación del consentimiento, cabe hablar de «operación de reemplazo»<sup>318</sup>.

## II. LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS

Sentadas las bases precedentes, corresponde analizar los posibles contenidos substitutivos que admite el ejercicio de la pretensión de cumplimiento (1), de aquella que persigue el equivalente pecuniario (2) y de la operación de reemplazo (3), para determinar sus convergencias y divergencias. Queda excluida la sustitución que procura la pretensión por el elemento

---

<sup>318</sup> La figura recibe también otros nombres: contrato o negocio de reemplazo, operación de sustitución, contrato en daño, negocio de cobertura, contrato compensatorio, facultad de reemplazo, etcétera. El término que aquí se prefiere es el que emplea el artículo 66 PACCom, con base en el artículo 7.4.5 PICC.

representativo (artículo 1186 CC) y la restitución en equivalente tras el ejercicio de la resolución contractual (artículo 1123 CC), porque en estos casos el interés comprometido ya no es el de cumplimiento, sino el de indemnidad patrimonial que lleva a reprimir la retención injustificada de un provecho proveniente del incumplimiento.

### 1. La pretensión de cumplimiento

Ha quedado dicho que el primero y el tercero de los mecanismos sustitutivos mencionados precedentemente comportan una aplicación de la pretensión de cumplimiento. Para el Código Civil, esta facultad es el efecto específico del incumplimiento de una obligación (artículos 1096, 1098 y 1099)<sup>319</sup>, de suerte que viene reconocida incondicionalmente a las partes de un contrato bilateral para exigir la prestación de lo que se les debe (artículo 1124 II), con la sola limitación de las obligaciones mancomunadas indivisibles (artículo 1150) y las obligaciones de hacer personalísimas (artículo 1161)<sup>320</sup>. A través de ella, el acreedor obtiene directamente la satisfacción de su interés en los propios términos establecidos en el contrato (artículo 1157 CC), sea mediante la actividad del deudor, sea merced a los medios coercitivos que ofrece el proceso de ejecución.

---

<sup>319</sup> BADOSA COLL, F., *Dret d'obligacions* (Barcelona, Universitat de Barcelona, 1990), p. 386; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1067 y 1072; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 162; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit. p. 775; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 30 y 62.

<sup>320</sup> MARSAL GUILLAMET, J./LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> E. , «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos: cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, p. 2459.

La legitimación ejecutiva que origina el contrato permite al acreedor reclamar del deudor directamente el cumplimiento cuando la obligación se ha hecho exigible (artículos 1113 y 1125 CC), sin que tal legitimación se deba conducir necesariamente por un cauce judicial<sup>321</sup>. De ahí que quepa mentar este remedio como «pretensión» y no como «acción» de cumplimiento<sup>322</sup>, dado que con aquella expresión se mienta un concepto técnico concebido para trasladar al Derecho sustantivo la idea de *actio* acuñada en el derecho romano (una suerte de derecho subjetivo de construcción procesal) y, previa depuración de su connotación judicial, ofrecerla como el modo de designar una legitimación material para exigir de otro una cierta prestación, susceptible de ser ejercida tanto judicial como extrajudicialmente (cfr. § 194 BGB y artículo 121-1 del *Codi Civil de Catalunya*)<sup>323</sup>. Con dicho concepto sólo se desea indicar la posibilidad que se le reconoce al acreedor para obtener el cumplimiento de la prestación en los mismos términos en que ésta fue establecida al contratar, sin excluir que el deudor cumpla voluntariamente una vez que se le requiera para ello, en cuyo supuesto es innecesario el ejercicio judicial de la pretensión<sup>324</sup>.

Esta característica es una de las notas distintivas del nuevo derecho de la contratación, que se endereza a facilitar los

---

<sup>321</sup> Véase los artículos 1482-1484 y 1490-1491 PMCC.

<sup>322</sup> La PMCC rubrica con este término el Libro IV, Título I, Capítulo VII, Sección segunda («De la acción de cumplimiento»), aunque algunas de sus normas se pueden aplicar igualmente a la posible reclamación extrajudicial del cumplimiento de una obligación contractual (FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1498).

<sup>323</sup> Véase, por ejemplo, LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general* (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picaveda, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978), § 14, pp. 315-317, y BADOSA COLL, F., «Article 121-2», en LAMARCA I MARQUÈS, A./VAQUER ALOY, A. (ed.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat* (Barcelona, Atelier, 2012), pp. 316-321.

<sup>324</sup> MANRIQUE DE LARA MORALES, J., *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001), p. 320.



intercambios y remediar las perturbaciones a las titularidades socialmente reconocidas mediante el recurso de mecanismos de más expedito ejercicio.

La pretensión de cumplimiento es, entonces, la facultad que se confiere al acreedor para obtener en forma específica el comportamiento omitido por el deudor<sup>325</sup>. Su función propia dentro del elenco de remedios es la reintegración del derecho de crédito lesionado por su falta de realización<sup>326</sup>, por lo que su finalidad se identifica con la idea de cumplimiento del contrato (artículos 1156 y 1157 CC)<sup>327</sup>, el que presenta tres modalidades según la actitud que demuestre el deudor respecto a la prestación: cumplimiento voluntario, cumplimiento inducido y cumplimiento forzoso.

Estas concreciones no suponen, empero, una alteración del concepto sustancial de cumplimiento, sino sólo la consideración de los factores instrumentales que concurren para que el contenido de la regla contractual efectivamente se realice. De ahí que haya verdadero cumplimiento cada vez que, con fidelidad al programa contractual, se actúa el contenido de la prestación y se satisface el interés que merced a aquél se garantiza al acreedor (Dig. 46, 3, 54)<sup>328</sup>. Dado que la atención preferente la colma la sustancia de la obligación a partir de la reconstrucción tipológica efectuada por el contrato (artículos 1088, 1157, 1254, 1261 y

---

<sup>325</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1067 y 1072; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 162; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 775; FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 33; «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1502; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 40; VIDAL OLIVARES, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 285; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., p. 171.

<sup>326</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema» cit., p. 1047.

<sup>327</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 29 y 33; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21 (pp. 75-76) y 94 (p. 275); VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 32; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 285.

<sup>328</sup> Por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., p. 19.

1274 CC), el interés de cumplimiento del acreedor se consigue preferentemente mediante la actuación espontánea del deber de prestar por parte del deudor; pero también desempeñan una finalidad análoga la intervención de un tercero que comparece ejecutando la prestación debida y la ejecución forzosa específica, que cabe considerar igualmente modalidades de cumplimiento por analogía<sup>329</sup>.

La primera forma de cumplimiento es la más deseable, y consiste en que el deudor cumpla o se allane voluntariamente a cumplir con la obligación que ha contraído. Salvo la cuestión relativa a determinar a qué se halla obligado el deudor, que supondrá un proceso previo de interpretación e integración de la declaración negocial enderezado a construir la regla contractual, el cumplimiento voluntario no presenta mayores dificultades: el deudor, al ser requerido por el acreedor, o bien por propia iniciativa, aun después de haber incurrido en mora, se dispone a efectuar o realiza efectivamente la prestación en que la obligación consistía (artículo 1100 II CC)<sup>330</sup>. Se materializa así la conducta normal y socialmente esperada que debe observar una persona que se ha obligado para con otra: satisfacer la prestación debida en los propios términos impuestos por la regla contractual (artículos 1091, 1157, 1258 y 1278 CC)<sup>331</sup>. La obligación se extingue, porque se ha actuado su contenido en su triple dimensión: desde el punto de vista pasivo (de parte del deudor que ejecuta el comportamiento prometido), desde el punto de vista activo (por el ejercicio del derecho de crédito) y desde el

---

<sup>329</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., p. 42; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 25-33, 38-39 y 84-90; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21 (p. 75) y 94 (p. 275).

<sup>330</sup> LATHIER, *Étude comparative*, cit., núm. 15, p. 37.

<sup>331</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 19-20; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 27; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares* (Madrid, Iurgium, 2001), pp. 25 y 28; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21, pp. 74-75.

punto de vista objetivo (en razón de la exacta adecuación entre la prestación ideal y aquella efectivamente realizada).

Con todo, el cumplimiento adopta dos modalidades de expresión: una propia y otra que, por analogía de proporcionalidad, se le equipara. El cumplimiento en sentido propio es aquel que se realiza mediante la prestación de lo que directamente se debe (artículo 1157 CC); pero por razón de su semejanza (y pese a la diferencia de función y estructura) lo es también la realización de alguno de los llamados «subrogados de cumplimiento» (*Erfüllungssurrogate*), donde se logra la finalidad que con dicho medio se buscaba pero de un modo distinto al que es propio y connatural a su concepto (artículo 1157 CC)<sup>332</sup>. La atención se desplaza así hacia un concepto funcional y finalista de cumplimiento, por medio del cual se alcanza el objeto perseguido por el acreedor y se pone término a la relación jurídica existente entre éste y el deudor, produciéndose la liberación del segundo<sup>333</sup>. No hay duda de que el interés del acreedor puede lograrse de distintos modos, y que todos ellos son aptos en principio para cumplir válidamente la misma finalidad. Pero el programa de prestación no se cumple en todo caso de la misma forma. Lo decisivo es tratar de conseguir o alcanzar el fin perseguido, satisfaciendo el derecho de crédito del acreedor, pero a través de un medio o procedimiento programado en la regla contractual: sujeto activo y pasivo, prestación y modalidades de ésta<sup>334</sup>. Fuera de ese curso normal, también cabe satisfacer en cierta manera el interés del acreedor, pero sólo habrá cumplimiento por analogía.

El cumplimiento en naturaleza corresponde al pago, que el artículo 1157 CC define como la entrega de la cosa o la realización

---

<sup>332</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 8, 43 y 351; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 25-26; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 840-841; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 605-606.

<sup>333</sup> Ya defendido por WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandecte*, II (trad. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, UTET, 1925), § 342, pp. 314 y 320.

<sup>334</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 42-43.

de la prestación en que la obligación consistía, siendo indiferente que se realice extrajudicialmente o una vez que el deudor ha sido judicialmente reconvenido o inducido a ello por otra vía coactiva<sup>335</sup>. El cumplimiento es un derecho del acreedor que, con sustento en el contrato, desea obtener aquello que éste le aseguraba; pero en principio, frente a los remedios alternativos de aquél, es también un derecho del deudor, incluso del que incumple por causa a él imputable<sup>336</sup>, lo que explica que se le permita subsanar su incumplimiento (*right to cure*) cuando la magnitud de éste no haya supuesto una frustración definitiva del interés del acreedor (artículos 1504 CC y 48 CISG)<sup>337</sup>. De este carácter dual se siguen algunas consecuencias importantes, que son particularmente acusadas en la fase de cumplimiento forzoso y sobre los que se volverá más adelante<sup>338</sup>.

Puede ocurrir que el deudor esté dispuesto a cumplir con su prestación, pero lo haga de un modo diverso al que establece el tenor del contrato. En este caso, no hay un pago en sentido estricto, porque falta la observancia de uno de los principios que lo rigen, como es el de identidad (artículos 1161 y 1166 CC)<sup>339</sup>. Hay, en cambio, una dación en pago, que requiere la aceptación del acreedor respecto de la prestación sustitutiva que presenta el

---

<sup>335</sup> La PMCC mejora la redacción del código y señala que no se entiende cumplida una obligación a menos que se haya realizado enteramente la prestación en la que consistía (artículo 1153). Sólo hay cumplimiento, entonces, en la medida que la prestación efectiva se corresponda cabalmente con aquella descrita en la regla contractual.

<sup>336</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1731.

<sup>337</sup> Véase los artículos 63 PACCom y 1492 PMCC.

<sup>338</sup> Véase *infra*, § 2, II, 1, (b).

<sup>339</sup> La PMCC generaliza la formulación del principio de identidad y permite que cualquier obligación pueda ser cumplida por un tercero cuando no lo impida la ley, la naturaleza de la obligación o el contenido del contrato, aunque reconoce al acreedor la facultad de rechazar el pago si el tercero no tiene derecho a subrogarse y el deudor ha manifestado su oposición (artículo 1155). La regla del artículo 1166 CC se conserva parcialmente en lo que atañe a la imposibilidad del deudor de obligar al acreedor a recibir una prestación diferente aun cuando fuere de valor igual o mayor que la debida (artículo 1154 PMCC).

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

deudor o cualquier otro (arg. ex. artículos 1203 núm. 1 y 1204 CC), dado que aquél no puede ser obligado a recibir otra cosa que aquella que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida (artículos 1161 y 1166 CC), salvo respecto de las obligaciones genéricas, donde basta cumplir con una cosa de calidad al menos mediana (artículo 1167 CC)<sup>340</sup>. Sólo en ese evento se está en presencia de una modalidad de pago, y se alcanzan las funciones extintiva y liberatoria propias del cumplimiento (artículos 1521, 1636 y 1849 CC)<sup>341</sup>. La función de satisfacción, si bien en puridad no ha sido consumada, puesto que el interés específico del acreedor está representado por la prestación directamente debida, se considera satisfecha por sustitución, al haber aceptado aquél una cosa distinta de la debida a título de cumplimiento<sup>342</sup>. Esta aceptación estará condicionada, por supuesto, a que la nueva prestación satisfaga equivalentemente su interés primario, que se reputará desde entonces cabalmente sustituido<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> Ahora regulada sistemáticamente en los artículos 1166 y 1168 PMCC.

<sup>341</sup> La Compilación del derecho civil foral de Navarra distingue entre la dación en pago y la dación para pago (artículo 495). La primera existe cuando el acreedor acepta en pago un objeto distinto del debido, en cuyo caso la obligación se considera extinguida desde el momento en que el acreedor adquiere la propiedad de la cosa subrogada, mientras que las garantías (salvo que sean expresamente mantenidas) quedan extinguidas desde el momento de la aceptación. La segunda, en cambio, sólo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos.

<sup>342</sup> De ahí que la STS de 30 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9319) defina la dación en pago como «un contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago».

<sup>343</sup> Esta equivalencia no supone una perfecta correspondencia entre lo debido y aquello que se ofrece en pago, sino igualdad en la estimación por parte del acreedor entre una y otra. Esto significa que éste puede aceptar perfectamente tanto una prestación de valor inferior (STS de 4 de septiembre de 1992, RJ 1992/6885) como superior (STS de 30 de noviembre de 2000, RJ 2000/9319), y estimar que ella se mira como equivalente con lo por su parte debía ejecutar en virtud del contrato.

El pago por un tercero presenta algunas particularidades, pues, si bien es una de las formas de actuación del fin típico de la obligación, su aceptación dependerá de que el comportamiento del deudor sea sustituible (artículos 1161 y 1166 CC). Además, los efectos que un pago de esta naturaleza produce dependerán de si el sujeto que paga está interesado en la satisfacción del acreedor, o si lo hace con el consentimiento del deudor (artículos 1158 y 1210 núm. 2 y 3 CC), sin su conocimiento (artículos 1158, 1159, 1840 y 1888 CC) o contra su voluntad (artículo 1158 CC); efectos que, en todo caso, no alteran las funciones extintiva y satisfactoria de dicho cumplimiento y sólo comprometen su faceta liberatoria, porque persiste una relación entre el tercero y el deudor que debe liquidarse con distinto alcance según el grado de implicación que hubiere tenido este último<sup>344</sup>.

Hay también otros medios mediante los cuales la deuda se extingue, el deudor se libera y, eventualmente, el acreedor satisface su interés, pero que no consisten en la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato. En ellos, la deuda se satisface de un modo diverso de aquél que las partes tuvieron en vista al momento de obligarse, pero sin que sea necesario recurrir al auxilio de la justicia, y con efectos que pueden ser equivalentes o al menos asimilables a los del pago por su eficacia satisfactoria y onerosa (artículo 1156 CC). Son formas analógicas de cumplimiento por equivalencia: (i) la compensación (artículos 1156 y 1195 CC); (ii) la confusión (artículos 1156 y 1192 CC); y (iii) la novación (artículos 1156 y 1203 CC), con la particularidad de que en esta última, junto con la extinción de la obligación primitiva, nace también una nueva que sustituye a la primera (artículo 1204 CC)<sup>345</sup>. Frente a ellos se encuentran aquellos

---

<sup>344</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 131-132 y 137-140; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 557; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21 (p. 75) y 99 (pp. 288-293); LACRUZ/RIVERO, *Elementos*, II-1, cit., núm. 88, p. 133; OLIVA BLÁZQUEZ, «Artículo 1158», p. 354.

<sup>345</sup> Véase *infra*, § 5, I, 4.

medios de extinción de carácter gratuito y no satisfactorio, a saber: (i) la imposibilidad sobrevenida fortuita (artículos 1156, 1182 y 1184 CC), salvo cuando existieren acciones o derechos a favor del deudor contra los terceros por cuyo hecho se ha producido tal imposibilidad (artículo 1186 CC); (ii) la condonación (artículo 1156 y 1187 CC); y (iii) la prescripción extintiva (artículos 1930 y 1961 CC)<sup>346</sup>.

Hasta aquí se han referido los casos en que el deudor cumple o proporciona de algún modo al acreedor una situación de satisfacción equivalente, y también aquellos en que es un tercero el que se adelanta y paga lo que se debe. Pero puede ocurrir que el deudor no quiera cumplir y que se le induzca a ello por alguno de los medios de compulsión reconocidos por el ordenamiento. Cuando el deudor no cumple voluntariamente la obligación contraída, el acreedor tiene dos alternativas: o exigir su cumplimiento forzoso a través de alguno de los mecanismos judiciales que contempla la ley procesal, o bien optar por el empleo de los medios compulsivos autorizados por el ordenamiento, que sin conseguir la satisfacción directa de la prestación, como ocurre con la primera vía, inducen al deudor a cumplir. Esta última modalidad de cumplimiento se erige como una forma intermedia entre el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa, pues comporta una suerte de cumplimiento voluntario (en contraposición al judicial), pero inducido por medidas indirectas de coacción (con lo que difiere del cumplimiento espontáneo).

Estos medios indirectos de cumplimiento son casi infinitos, y entre ellos cabría incluir la pérdida de confianza que afecta a todo contratante incumplidor (con la consiguiente dificultad para obtener crédito a futuro u otras represalias contractuales), la vergüenza que siente de ver su nombre publicado en los boletines comerciales o nóminas de deudores morosos (por ejemplo, los

---

<sup>346</sup> Véase *infra*, § 5, I, 4.

ficheros de solvencia patrimonial y morosidad<sup>347</sup>), y las cartas de cobranza prejudicial<sup>348</sup>. Sin embargo, superado este estadio ético basado en el descrédito y reprobación de quien viole unos usos sociales aceptados y legitimados, los medios de compulsión más conocidos son la cláusula penal con función punitiva, las arras penitenciales, el derecho de retención en su faceta compulsiva, los apremios enderezados al cumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, las multas coercitivas (*Zwangsgeld*) y las penas conminatorias (*astreintes*)<sup>349</sup>.

Puede ocurrir, en fin, que las dos formas de cumplimiento antes señaladas no sean suficientes, y se haga necesario recurrir a métodos más drásticos. En estos casos, el ordenamiento ofrece una garantía cierta, amparada en el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 CC) y en la fuerza obligatoria del contrato (artículos 1091 y 1278 CC), como es el cumplimiento forzoso. Este último principio permite que el requerimiento del acreedor dirigido a que el deudor cumpla se deduzca también ante un juez, bien directamente desde que el derecho es exigible, bien después de que aquél ha demostrado ser contumaz en el incumplimiento, para que sea el órgano judicial el que arbitre los medios enderezados a la obtención de la prestación debida desde o con cargo al patrimonio del deudor (artículos 117 III y 118 CE y 1 I y 18 II LOPJ). Cuando esto ocurre, cualquiera sea la forma procedimental de reclamar el cumplimiento, la ejecución forzosa no desvirtúa su carácter y sigue siendo el medio idóneo para

---

<sup>347</sup> Véase, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.<sup>a</sup> C., «Ficheros de solvencia patrimonial y de crédito: cuestiones civiles y su apreciación por los tribunales del contencioso-administrativo», RDP 28(2012), pp. 147-183.

<sup>348</sup> POSNER, R. A./RASMUSEN, E. B., «Creating and Enforcing Norms, with Special Reference of Sanctions», *International Review of Law and Economics* 19 (1999), pp. 369-382.

<sup>349</sup> Sobre ellos, como exposición de conjunto, véase MOSSET ITURRASPE, J., *Medios para forzar el cumplimiento* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993).



hacer efectivo el derecho del acreedor a obtener la propia prestación que el contrato le aseguraba<sup>350</sup>.

Así pues, en cuanto remedio ante el incumplimiento contractual, la pretensión de cumplimiento supone la facultad de la parte insatisfecha para exigir, con el auxilio de la coerción pública si fuere necesario (artículos 17 I LOPJ y 551, 580, 581, 701 y 712 LEC), la realización de la prestación o conducta incumplida («prestación según contrato»), lo que comprende la entera terminación de lo parcialmente cumplido, la correcta realización de la prestación irregular, y la reparación o destrucción de lo mal hecho (artículos 1096 y 1098 CC; 46 y 62 CISG, y 119 TRLGDCU)<sup>351</sup>. Tal es el concepto de acción de cumplimiento que se recoge en los artículos 1192, 1193 y 1483 PMCC<sup>352</sup>.

Esta aproximación general requiere de algunas precisiones, porque la extensión que el ordenamiento reconoce a este remedio exige distinguir entre su contenido sustancial y procesal. Propiamente, esta pretensión tiene por objeto que el deudor ejecute la propia prestación debida (artículos 1096, 1098 y 1157 CC), comportamiento esperado que produce la extinción de la obligación (artículo 1156 CC) y que no es más una consecuencia o prolongación del derecho del acreedor a la prestación (artículos 1094, 1101, 1102, 1101, 1104, 1105 y 1107 CC). Si bien este último puede aceptar otra prestación distinta en cumplimiento de lo que se le debe (artículos 1161 y 1166 CC), tal situación no es relevante en sede de incumplimiento y sólo interesa cuando el programa de prestación tiene un desenvolvimiento normal.

---

<sup>350</sup> MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 83.

<sup>351</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1068-1069; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 775; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 15; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1043; «Las nuevas bases», cit., pp. 1727-1731; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento», cit., pp. 285 y 290.

<sup>352</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., pp. 33-37, y «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1502 y 1543-1546; VERDERA SERVER, «Artículo 1096», pp. 68-69; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor», cit., pp. 276-277.

Sustancialmente, entonces, la pretensión de cumplimiento se identifica con la propia prestación debida, que se exige incluso judicial y coactivamente de ser necesario, y cuyo límite natural es la imposibilidad sobrevenida (artículos 1182 y 1184 CC)<sup>353</sup>. Por extensión se considera que el deudor no está obligado a cumplir la prestación en sus propios términos cuando hacerlo fuere excesivamente oneroso para él, dada la desproporción entre la utilidad que de tal cumplimiento se sigue para el acreedor y el sacrificio que ello se impone al obligado (arg. ex artículos 11 y 18 II LOPJ y 119 II TRLGDCU)<sup>354</sup>. Ambos límites han sido recogidos por la PMCC (artículo 1192 núm. 1º y 2º)<sup>355</sup>.

Sin embargo, la ley procesal amplía el alcance de la vinculación contractual en consideración al interés del acreedor (artículo 570 LEC), que también puede ser satisfecho a través de una prestación equivalente o mediante el valor de la cosa debida<sup>356</sup>, y configura la ejecución forzosa como el instrumento general predispuesto para

---

<sup>353</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., p. 260; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 79-90; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 990-992; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 162; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit., pp. 775-776; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 16; MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora del deudor*, cit., p. 318; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 41, y «Pretensión de cumplimiento», cit., pp. 65-66; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1046; «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3508; «Las nuevas bases», cit., p. 1729; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 80; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 138 y 215-220.

<sup>354</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1072-1073; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 776-777; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3508; «Las nuevas bases», cit., p. 1729; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 80. Véase: STS de 2 de julio de 1998 (RJ 1998/5123).

<sup>355</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., pp. 33-35, y «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1508-1543; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., pp. 277-280.

<sup>356</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1068-1069; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 25-33; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21, pp. 75-79; MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., pp. 81-82; PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (Milán, Guiffirè, 1935), p. 129.

dotar de efectividad práctica al mandato que se contenga en uno de los títulos a los que el ordenamiento les reconoce fuerza ejecutiva<sup>357</sup>. Se atiende así más al contenido concreto de las distintas clases de prestaciones, comenzando por su carácter pecuniario o no pecuniario, creando los incentivos procesales idóneos para conseguir la satisfacción del interés del acreedor en sus propios términos (Exposición de motivos LEC, XVII)<sup>358</sup>.

De esta manera, y pese a que cuando el acreedor recibe una prestación de reemplazo o la reparación de aquella defectuosa no hay sustancialmente cumplimiento por la ausencia del principio de identidad y de un comportamiento solutorio, cabe hablar de la existencia de un «sucedáneo de la ejecución»<sup>359</sup> y atraer ambas modalidades hacia un concepto omnicomprendivo de tal fundada en la garantía de resultado que incumbe al deudor<sup>360</sup>. Mayores problemas presenta, en cambio, la atribución del equivalente pecuniario, sobre cuya autonomía o dependencia habremos de volver en su momento, sobre todo porque lo que a ese respecto se decida influirá en la configuración de sus límites<sup>361</sup>.

Cuestión aparte es que el acreedor, que puede exigir el cumplimiento en forma específica y el cumplimiento en equivalente, en la forma que enseguida se explicará, no está legitimado para reclamar por principio un cumplimiento específico parecido o paliativo de la prestación fallida<sup>362</sup>, salvo que

---

<sup>357</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 14.

<sup>358</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 60; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 778-780; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21, pp. 75-77; OLIVA SANTOS, A., «De la ejecución no dineraria», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGA, J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Civitas, 2001), p. 1178.

<sup>359</sup> VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., pp. 171 y 188.

<sup>360</sup> MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 82.

<sup>361</sup> Véase *infra*, § 2, II, 2.

<sup>362</sup> A diferencia de lo que ocurre en el artículo 112 I a) del ECC, donde el acreedor tiene el derecho a que el deudor le entregue una cosa diferente sobre la

una norma especial le reconozca este derecho, como hacen los artículos 8 y 9 del Reglamento CE 261/2004 en caso de denegación de embarque, o el artículo 89 del Reglamento del Sector Ferroviario (Real Decreto 2387/2004, de 9 de diciembre), que regula las indemnizaciones que las empresas ferroviarias habrán de pagar al viajero cuando ocurre alguna de las situaciones que ahí se describen<sup>363</sup>.

Dicho esto, y desde una perspectiva procesal, cabe calificar como medidas de cumplimiento todas aquellas que se dirigen a procurar la satisfacción del acreedor (artículo 570 LEC), de modo directo o indirecto, mediante una acomodación de la realidad al contenido del título ejecutivo (artículos 5, 549, 551, 699, 705 y 710 LEC)<sup>364</sup>. Ahora bien, las medidas que el juez adopta con este fin se dividen tipológicamente en dos grupos: aquellas dirigidas a lograr el cumplimiento del propio ejecutado en los términos establecidos en el contrato (a); y aquellas sustitutivas de la actuación del deudor (b)<sup>365</sup>.

(a) *Las medidas dirigidas a lograr el cumplimiento del deudor en sus propios términos*

---

que puede disponer libremente, en la medida que esto sea objetiva y subjetivamente posible.

<sup>363</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1068.

<sup>364</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 14-15 y 27-33; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 775; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 13 y 15; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., núm. 21, pp. 76-77; MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 89; OLIVA SANTOS, A., «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS, J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Civitas, 2001), pp. 873-874.

<sup>365</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 25-33; MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., pp. 83-85; PAZ RUBIO, J. M.<sup>a</sup> *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia* (Madrid, La Ley, 2000), pp. 1102 y 1122; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., pp. 171 y 188.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

Para proceder a ejecutar forzosamente una obligación se requiere la existencia de un título formal que lleve aparejada ejecución (artículo 517 LEC), el que no necesariamente debe coincidir con la efectividad de la titularidad cuyo contenido se reclama (artículos 556-558 LEC). En algunos casos, el derecho del acreedor es inmediatamente ejecutivo, porque la ley ha atribuido al título constitutivo del crédito el carácter de indubitado (artículo 517 LEC) y le asignado fuerza ejecutiva inmediata (artículo 520 LEC). Cuando el crédito no ha sido constituido a través de un título ejecutivo, el acreedor puede convertir su derecho en uno capaz de instar la ejecución mediante la obtención de una sentencia condenatoria (artículos 517 y 521 LEC). Una vez convertido el derecho en ejecutivo, la facultad de exigir la prestación se concreta en una facultad de agresión sobre los bienes del deudor con fundamento en la fuerza obligatoria del contrato (artículos 1091 y 1278 CC) y en la garantía que su patrimonio ha supuesto para el acreedor al contratar (artículo 1911 CC)<sup>366</sup>.

A efectos del procedimiento ejecutivo, la clasificación de las obligaciones según su objeto contenida en el artículo 1088 CC no es relevante (como sí lo es a los solos efectos de los artículos 1096, 1098 y 1099 CC), y sólo interesa si la prestación tiene o no un contenido pecuniario, como también sucede con los textos del nuevo derecho de contratos (artículos 7.2.1 y 7.2.2 PICC, 9:101 y 9:102 PECL, 8:201 y 8:202 ACQP, III-3:301 y III-3:302 DCFR y 10:101 y 10:102 PCCR) y la PMCC (artículo 1192)<sup>367</sup>. De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo las obligaciones dinerarias llevan aparejada ejecución cuando se fundan en un título de

---

<sup>366</sup> La excepción son las sentencias meramente declarativas y constitutivas, que no son susceptibles de ejecución en sentido propio (artículos 521 y 522 LEC). En ocasiones se autoriza igualmente la ejecución provisional, que procede cuando la sentencia todavía no ha adquirido la firmeza de cosa juzgada (artículos 524-537 LEC).

<sup>367</sup> La PMCC dedica a esta clase de obligaciones los artículos 1099-1105 (Libro IV, Título I, Capítulo II, Sección tercera: *De las obligaciones pecuniarias*).

naturaleza contractual (artículo 520); las demás requerirán previamente un pronunciamiento judicial firme que imponga la condena a la prestación incumplida (artículos 5 I y 521 II)<sup>368</sup>. Es natural que la Ley de Enjuiciamiento Civil haya adoptado esta limitación, que se explica por la propia configuración del procedimiento de ejecución forzosa de las obligaciones pecuniarias: ellas se ejecutan procediendo judicialmente al embargo de bienes del deudor y después al avalúo y pública subasta de los bienes embargados, para pagar al acreedor con el producto de su venta (Libro III, Título III).

En su demanda ejecutiva, el acreedor debe expresar el título en funda su pretensión (artículo 549 I núm. 1 LEC) y la tutela ejecutiva que pretende en relación con el título aducido (artículo 549 I núm. 2 LEC). Esto permitirá que el tribunal, al dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y en el despacho de la misma, disponga la realización de los actos de ejecución que sean conformes con la naturaleza y contenido del título (artículo 551 LEC)<sup>369</sup>, y que permitirán que la condena (en sí un hecho nuevo que, aunque fundado en el incumplimiento de una obligación, puede o no coincidir con su comportamiento debido) tenga efectividad práctica. La idea basal que subyace tras las normas

---

<sup>368</sup> DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Ejecución forzosa en el proceso civil* (Granada, Comares, 2ª ed., 2008), pp. 21 y 443-444; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer», en LLAMAS POMBO, E. (ed.), *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley, 2006), I, pp. 560-565; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 3ª ed., 2010), p. 54; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1179, y «De los títulos ejecutivos», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS/J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Civitas, 2001), pp. 897 y 899; ORTELLS RAMOS, M. P., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, La Ley, 2005), pp. 59-61; PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 775.

<sup>369</sup> Por eso, el juez no puede ordenar medidas que causen al deudor un perjuicio desproporcionado con el provecho que de ellas obtiene el acreedor, por mucho que éste insista en solicitarlas (por ejemplo, artículos 584, 588 I, 592 I y 605-607 LEC).

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

sobre ejecución forzosa es la de propiciar que la misma desemboque en un cumplimiento en sus propios términos por parte del ejecutado (Exposición de motivos LEC, XVII), de suerte que de la puesta en práctica de las actividades procesales ejecutivas se derive efectivamente la entrega de la cosa al ejecutante, la realización de la conducta a que estaba obligado el ejecutado o la observancia de la omisión a que se hubo comprometido (artículos 1088 y 1157 CC)<sup>370</sup>. A este efecto, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los tribunales en el curso de la ejecución (artículo 17 I LOPJ), para lograr que la condena sea cumplida en los mismos términos en que fue librada (artículo 18 II LOPJ).

Estas medidas dirigidas a lograr la prestación directamente debida por parte del ejecutado son las que más propiamente satisfacen el concepto de cumplimiento forzoso en sentido sustancial (artículos 1156 y 1157 CC), y entre ellas cabe incluir: (i) el mandato que imparte el tribunal al ejecutado al comienzo del proceso de ejecución, y por el cual lo conmina para que cumpla en sus propios términos y dentro de un plazo adecuado aquello que establece el título ejecutivo (artículos 1096 I CC y 551, 699 I y 705 LEC), el que sólo puede ser despachado dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado (artículo 548 LEC)<sup>371</sup>; (ii) la imposición de multas coercitivas para estimular el cumplimiento de las prestaciones impuestas en el título por parte del propio deudor (artículos 709, 710 y 776 LEC),

---

<sup>370</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 27; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 775 y 778-780; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., pp. 411-412; GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución*, cit., p. 1218; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., pp. 1178 y 1180.

<sup>371</sup> Con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia ya había introducido la práctica de conceder un plazo determinado para llevar a cabo la condena u obligación contenida en la sentencia (desde la STS de 26 de junio de 1950, RJ 1950/1030).

con las que puede apremiarlo ya desde el requerimiento (artículo 699 II LEC), y cuyo destino es el Tesoro Público (artículo 239 II LPL)<sup>372</sup>; (iii) las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena, cuando el requerimiento no haya de tener inmediato cumplimiento, que puede ordenar el Secretario judicial, a instancia del ejecutante, y entre las que se cuenta el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y el pago de las costas de la ejecución y todas aquellas innominadas enderezadas a garantizar la ejecución en sus propios términos (artículo 700 LEC)<sup>373</sup>.

Estos tres mecanismos no procuran por sí mismos que se entregue la cosa o se ejecute el hecho en que la obligación consistía, pero proporcionan un ambiente de coacción que induce al deudor a cumplir con la propia prestación prometida o, al menos, así se espera que ocurra. No hay, por tanto, propiamente una sustitución de la prestación incumplida, ni todavía satisfacción del interés del acreedor, sino un allanamiento de la rebeldía del deudor que lo conduzca a ejecutar aquella prestación que era directamente debida y cuya actuación se persigue con el procedimiento ejecutivo.

*(b) Las medidas sustitutivas del comportamiento del deudor*

---

<sup>372</sup> DAZA, *Ejecución forzosa*, cit., p. 445; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 428; ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 301-302; VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 83.

<sup>373</sup> Estas últimas «medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena» pueden ser de muy variada índole y dependerán del contenido de la condena. Por ejemplo: una diligencia preliminar de exhibición y posterior depósito del bien; una medida cautelar que evite su ocultación, como puede ser la administración o intervención judicial; una anotación registral que impida consolidar derechos oponibles al ejecutante en el caso de la condena a la entrega de inmuebles; una prohibición temporal de disponer de los instrumentos especiales con los que el ejecutar habrá de disponer con una condena infungible o de difícil sustitución (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 417; PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1106).



Cuando el ejecutado no atiende el requerimiento del juez, que le concede una segunda oportunidad para que cumpla con su prestación, el ordenamiento proporciona al acreedor una vía más rigurosa de satisfacción, que está orientada a realizar en naturaleza su interés concreto mediante una sustitución de la actuación del deudor recalcitrante. En algunos casos es el propio tribunal el que sustituye la actividad del deudor, mientras que en otros se limita a ordenar esa sustitución a costa del deudor<sup>374</sup>. Por cierto, nada impide que la gestión de esta sustitución sea encargada al propio acreedor, pues sólo importa que su interés sea satisfecho a expensas del deudor y no quien materialmente acometa la sustitución (artículo 1096 II y 1098 CC).

El órgano judicial toma parte activa y sustituye el comportamiento esperado del deudor hasta donde la ley y la naturaleza de la obligación se lo permiten (por ejemplo, artículo 594 I LEC). De esta guisa interviene para poner en posesión al ejecutante de la cosa mueble determinada que le es debida (artículos 1096 I CC y 701 LEC), o del inmueble que había de transmitirse o entregarse (artículos 675, 703 y 704 LEC), y también para proceder a embargar bienes suficientes y realizarlos a fin de que el acreedor consigna la suma de dinero sobre la que recaía su derecho (artículos 571-698 LEC). Con este fin, el tribunal adoptará todas las medidas de carácter complementario que sean necesarias para obrar el desapoderamiento de quien tenga el bien debido y su entrega y transmisión al ejecutante (artículos 701, 703 y 704 LEC). Incluso, a instancia suya, el Secretario judicial pondrá a este último directamente en posesión de las cosas

---

<sup>374</sup> Concretamente, es al Secretario judicial a quien corresponde la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución, la adopción de todas las medidas necesarias para la efectividad del despacho, ordenando los medios de averiguación patrimonial que fueran necesarios, así como las medidas ejecutivas concretas que procedan (artículo 545 IV LEC).

genéricas o indeterminadas debidas y que se encuentren en manos del deudor (artículo 702 I LEC). Tal posibilidad es especialmente relevante cuando las cosas debidas sean escasas o no exista un mercado suficiente para proveerlas con celeridad.

Asimismo, el tribunal interviene en la emisión de una declaración de voluntad, donde quizá el supuesto más acusado sea el de ejecución de un precontrato (artículo 1451 CC)<sup>375</sup>. Aunque en este caso el auto habrá de tener por emitida dicha declaración cuando ha transcurrido infructuosamente el plazo de veinte días mencionado en el artículo 548 LEC, a menudo será necesario que el órgano judicial adopte otras medidas para que dicha declaración sea efectivamente operativa, como acaece con las impuestas por las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de los actos y negocios jurídicos (artículo 708 LEC), por ejemplo, en lo que atañe a la obligación de formalizar un convenio arbitral (artículo 9 de la Ley 60/2003, de arbitraje), y con el mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad. A veces, aquél habrá de intervenir más activamente y, tras oír a las partes, procederá a determinar los elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que debe recaer la declaración de voluntad conforme a lo que sea usual en el mercado o tráfico jurídico (artículo 708 II LEC)<sup>376</sup>. En esto, pues, el juez habrá de proceder integrando el contrato a partir del tipo referido en la resolución judicial o arbitral firme y de lo que para

---

<sup>375</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento. Algunas cuestiones», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, pp. 1881-1902.

<sup>376</sup> El artículo 1195 PMCC modifica parcialmente el régimen del cumplimiento forzoso de una declaración de voluntad. No obstante reconocer que el acreedor tiene derecho a exigir que ésta se emita conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicho expediente viene supeditado a que no se hubiere pactado una pena para el caso de incumplimiento (artículo 1146 PMCC). De ser así, se establece una excepción a la regla del artículo 1149 PMCC y sólo cabe exigir tal, salvo pacto en contrario.

él hubieren predeterminado las partes (artículo 1287 CC), siendo una carga para ellas el ilustrar al tribunal en el trámite de audiencia con las informaciones oportunas cuando lo usual diste de ser notorio o fácilmente cognoscible<sup>377</sup>.

En otras ocasiones, el tribunal no tiene más alternativa que autorizar la sustitución de la actuación del deudor, porque la ejecución de la obligación supone aspectos que escapan de su competencia. Así sucede con las obligaciones genéricas referidas a cosas que pueden ser adquiridas en el mercado, y respecto de las cuales cabe sustituir la falta de entrega por parte del deudor mediante la adquisición de una cantidad idéntica de ellas ahí donde existan (artículos 1096 II CC y 702 LEC)<sup>378</sup>. Lo mismo ocurre en las obligaciones que consisten en un hacer no personalísimo, porque en ellas la actuación del deudor admite su sustitución por un tercero, al existir un mercado de servicios de similar naturaleza de aquellos que fueron originalmente contratados (artículos 1098 I CC, 1161 y 1166 CC). Dada esta fungibilidad, el acreedor puede pedir que se le faculte para encargar dicho hacer a otro, a costa del ejecutado, y previa tasación pericial (artículo 706 CC). No determina la ley procesal que ese tercero deba ser designado por el juez, sino que da a entender que puede ser libremente designado por el acreedor, con quien contrata<sup>379</sup>. También habrá lugar a una conducta semejante si la sentencia dispone la publicación o difusión, total o parcial, de

---

<sup>377</sup> OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1194.

<sup>378</sup> En el trámite de Informe de la Ponencia a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, el artículo 702 LEC sufrió un cambio en su rúbrica y texto: pasó a referirse a «cosas genéricas e indeterminadas» y no a «cosas fungibles», para ampliar su supuesto y evitar que dicha mención se relacionara con el concepto de tal dado en el artículo 337 CC (PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1107).

<sup>379</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1080; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 424; VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 82.

su contenido en los medios de comunicación<sup>380</sup>, y el deudor no atiende al requerimiento que para ello se le hace, pues entonces el ejecutante puede contratar directamente la publicidad, con cargo al patrimonio de aquél (artículo 707 CC). En fin, puede acaecer que el deudor se niegue a deshacer por sí mismo lo hecho en contravención a la prestación negativa a la que se había obligado (artículos 1099 CC y 710 I LEC), y el acreedor deba contratar a un tercero para que ejecute tal operación de deshacimiento, cuya contraprestación ha de ser soportada por el ejecutado recalcitrante (artículos 1098 I CC y 706 II LEC)<sup>381</sup>.

En este segundo grupo de situaciones sí existe una verdadera sustitución de la prestación incumplida por otra que se considera equivalente y funcionalmente satisfactoria, la cual corresponde al acreedor a título de cumplimiento. Dado que para el Código Civil es indiferente la persona que realice el cumplimiento (artículo 1158), salvo cuando la prestación consista en un hecho para el que se hubiese tenido especialmente en cuenta la calidad y circunstancias del deudor (artículos 1161 y 1166), toda prestación en naturaleza que procure al acreedor una satisfacción semejante a aquella que le hubiere proporcionado el deudor debe ser reputada verdadero cumplimiento<sup>382</sup>. Hay aquí una disociación de la eficacia extintiva y liberatoria que se reconoce a este último. Concurriendo sus requisitos propios, el ejecutante queda autorizado para gestionar personalmente la satisfacción de su interés, bajo control judicial y con cargo al deudor, de quien se obtienen coactivamente los fondos necesarios para costear la prestación sustitutiva (artículos 1096 II y 1098 CC y 702 I, 706 II, 707 II y 710 I LEC). Tal elección hace recaer sobre sí la carga de rendir cuenta de la administración que ha dado a los fondos

---

<sup>380</sup> Como se prevé, por ejemplo, en los artículos 9 II a) LODH, 6 LRDR, 216 CP, 63 I f) LP, 41 I f) LM y 21 LCGC.

<sup>381</sup> ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., p. 376; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1200; VERDERA SERVER, «Artículo 1099», cit., pp. 86-87.

<sup>382</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 29.

obtenidos y entregar el saldo que hubiere podido producirse (artículo 720 LEC), con posibilidad de reclamar la diferencia entre el coste presupuestado y el coste final de la prestación sustitutiva<sup>383</sup>. Así, mientras la prestación sustitutoria sigue siendo de la misma naturaleza de la incumplida y, procurada de un tercero merced a la acción del acreedor, satisface su interés contractual concreto (artículos 1158, 1161, 1166 y 1167 CC), el efecto liberatorio no se sigue invariablemente en tanto el deudor no soporte los costes que tal sustitución ha generado y asuma así el riesgo que su incumplimiento ha consumado (artículos 1096 II, 1098, 1182 y 1184 CC).

Este grupo de medidas se cierra con la pretensión de corrección<sup>384</sup>, que comprende la reparación o sustitución de la prestación defectuosa cuando legal (artículos 1098 II CC, 46 CISG y 119 y 120 TRLGDCU) o jurisprudencialmente (como ocurre en el ámbito de los contratos de obra inmobiliaria<sup>385</sup>) se admite la procedencia de tal solución<sup>386</sup>. Estas dos modalidades de pretensión de cumplimiento traspasan los límites estrictos del deber de prestación del deudor<sup>387</sup>, comportan una consecuencia de la garantía de conformidad con el contrato que asegura el deudor (artículos 35 y 46 II y III CISG, y 114 y 116 TRLGDCU) y, al menos en los contratos de consumo y de compraventa internacional de mercaderías, pueden incluso ser ejercidas extrajudicialmente (artículos 45 CISG y 119 TRLGDCU). Tal posibilidad, con todo, siempre será posible si al acreedor le interesa perseverar en el contrato, sea reteniendo la prestación, sea reclamando su reemplazo por otra de igual naturaleza, y el

---

<sup>383</sup> VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 82.

<sup>384</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 704.

<sup>385</sup> Véase la nota 1343.

<sup>386</sup> La PMCC regula esta modalidad de pretensión de cumplimiento con carácter general en el artículo 1193, y vuelve sobre ella a propósito de la compraventa en el artículo 1483.

<sup>387</sup> MORALES MORENO, «El derecho a la reparación», cit., pp. 191-192.

deudor está llano a completar su comportamiento debido en tal sentido.

Estas medidas de reparación y sustitución son propiamente una forma de resarcimiento en naturaleza, dado que, por la disparidad de contenido entre la prestación original y aquella correctiva, entrañan una compensación del daño causado por la falta de conformidad a través de una vía distinta al dinero, sea mediante la entrega de un bien idéntico o equivalente al que ha resultado perjudicado, sea mediante el arreglo de aquel con que se ha cumplido y que todavía puede satisfacer el interés del acreedor<sup>388</sup>. Sin embargo, estas medidas quedan integradas a la pretensión de cumplimiento cuando la vinculación contractual se orienta hacia la satisfacción del acreedor y no sólo hacia la mera ejecución de unos determinados deberes de conducta, porque entonces la atención se desplaza hacia la importancia que tienen el procurar la obtención en naturaleza de su interés en la conformidad de la cosa<sup>389</sup>.

En cualquier caso, su procedencia no es indiscriminada y queda sujeta a ciertos requisitos. Así, la radicalidad de la sustitución sobre la economía del programa contractual exigirá que su utilización se reserve a los casos de incumplimiento esencial y siempre que el objeto de la obligación sea fungible o genérico (ya así en la antigua redacción del § 480 I BGB), reservándose para los demás la pretensión de reparación de la prestación defectuosa

---

<sup>388</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 782; VERDERA SEVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 73.

<sup>389</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1068; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 704 y 775; FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 36; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 13 y 15; MORALES MORENO, «El derecho a la reparación», cit., pp. 197-198, y «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 82; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1731; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 294.

(artículos 119 TRLGCU y 46 II CISG)<sup>390</sup>. El límite impuesto por la especificidad de la cosa no impedirá que el acreedor pueda reclamar la sustitución de la cosa disconforme si estima que por esa vía es factible satisfacer equitativamente su interés de cumplimiento<sup>391</sup>. Por su parte, la reparación tampoco constituirá un expediente de común recurrencia, pues sólo se podrá emplear cuando sea razonable imponer tal corrección al deudor en atención a las circunstancias del caso (artículos 46 III CISG y 1193 PMCC) y siempre que no le suponga gastos desproporcionados (artículo 119 II TRLGCU)<sup>392</sup>. Normalmente lo será cuando éste se ha obligado a la fabricación o manufactura de la cosa o a la ejecución material de la obra prometida, porque en tal supuesto se presume que cuenta con los medios idóneos para poder repararla, pero estos antecedentes pueden ser desvirtuados por otros que justifiquen la conveniencia de excluir esa obligación de reparación del espectro de deberes de cargo del deudor.

Ahora bien, en estas dos modalidades fronterizas sólo hay un reemplazo de la prestación defectuosamente cumplida si el deudor conviene en sustituirla por otro bien equivalente o si esa sustitución se procura a su costa, y no cuando arregla aquella que no cumple con los parámetros de satisfacción esperados, pues entonces se está ante la misma prestación originalmente ejecutada, aunque ahora adecuada en su conformidad a las expectativas contractuales del acreedor.

---

<sup>390</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1073-1074; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1731; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 294.

<sup>391</sup> MORALES MORENO, «El derecho a la reparación», cit., p. 201.

<sup>392</sup> Los PELS establecen un orden jerárquico de remedios a disposición del comprador por entrega no conforme con el contrato, donde se privilegia el cumplimiento específico bajo sus modalidades de reparación y sustitución antes que los restantes remedios: resolución y reducción del precio (artículos 4:201 y 4:205).

## 2. La pretensión por el equivalente pecuniario: entre la autonomía procesal y la unidad del remedio indemnizatorio

En términos generales, la pretensión por el equivalente pecuniario representa el ejercicio del derecho del acreedor a obtener una cantidad económica igual al valor de la prestación como consecuencia del incumplimiento<sup>393</sup>. Esta posibilidad viene admitida por las normas civiles y procesales referidas a la reclamación del cumplimiento, por lo que no cabe poner en duda su existencia como un curso posible de reacción a favor del acreedor. Más arduo es el problema relativo a la autonomía de este cumplimiento por equivalente dentro del sistema de remedios, que exige delimitar su sustantividad dogmática y su libertad de elección por parte del acreedor cuando la prestación directamente debida es todavía posible.

Abordar esta cuestión supone adentrarse en la función y naturaleza que desempeña el resarcimiento de los daños producido por el incumplimiento (que habitualmente se suele denominar «responsabilidad contractual») dentro de un sistema jurídico y, en particular, en lo que atañe al derecho español. Esta materia ha suscitado arduas discusiones doctrinales en el derecho francés, donde se cuestiona la existencia de una verdadera responsabilidad contractual ligada a una función de reparación<sup>394</sup>,

---

<sup>393</sup> LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente*, cit., p. 20.

<sup>394</sup> Véase: JOURDAIN, P., «Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle», en MICHEAUX, P. (ed.), *Les métamorphoses de la responsabilité* (París, PUF, 1997), pp. 65 ss.; LARROUMET, C., «Pour la responsabilité contractuelle», en VV. AA., *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala* (París, Litec, 2001), pp. 543 ss., y «A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente», CAJDP 1 (2003), pp. 17-32; LETOURMY, A., «La responsabilité délictuelle des contractants», RTDCiv (1998), pp. 839 ss.; PIZARRO WILSON, C., «La influencia del Code en el Código de Bello en Derecho de obligaciones: ¿existe la responsabilidad contractual?» (2004), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010), pp. 121-135; REMY, P., «La



y tampoco ha estado del todo ausente en el debate jurídico español<sup>395</sup>. Ocuparse de ella, sin embargo, excede los límites fijados para esta investigación, por lo que sólo se tratará de un modo tangencial y enderezado a conceptualizar correctamente la idea de sustitución dentro del elenco de remedios ante el incumplimiento.

El primero paso de esta andadura es la identificación del material normativo existente y, desde él, la obtención de alguna regla referida al carácter primario o subsidiario que se asigna a la pretensión por el equivalente pecuniario. Se trata, por cierto, de un problema que sólo tiene importancia respecto de las obligaciones no pecuniarias (artículo 1108 CC) y para el supuesto de que la prestación no se haya hecho imposible de cumplir por un comportamiento imputable al deudor (artículos 1156, 1182 y 1184 CC).

En las obligaciones pecuniarias, el acreedor siempre tiene derecho a exigir su cumplimiento (artículo 1192 I PMCC), dado que la posibilidad de procurarse aquella suma de dinero en que la obligación consiste no se ve alterada por ninguna circunstancia externa. Este régimen se explica por el propio carácter del objeto debido. En rigor, y pese a lo que se suele sostener, las obligaciones pecuniarias no son obligaciones genéricas en el sentido propio del

---

“responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept», RTDCiv 2 (1997), pp. 323-355, y «Critique du système français de responsabilité civile», *Revue juridique de l’USEK* 5 (1997), pp. 49-68; SAVAUX, «La fin de la responsabilité contractuelle», RTDCiv (1999), pp. 1 ss.; TALLON, «L’inexécution du contrat», cit., pp. 223-238 [hay versión española: RDUdC 225-226 (2009), pp. 91-111], y «Pourquoi parler de faute contractuelle», en BEAUCHARD, J./COUVRAT, P. (ed.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu* (París, PUF, 1994), pp. 429 ss.; VINEY, G., «La responsabilité contractuelle en question», en VV. AA., *Le contrat au début du XXIe siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin* (París, L.G.D.J., 2001), pp. 925 ss.

<sup>395</sup> El estado de la cuestión viene resumido en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente*, cit., pp. 60-106. Recientemente, véase: SSTS de 26 de diciembre de 2006 (RJ 2007/400), 7 de noviembre de 2007 (RJ 2007/7414), y 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/2796).

término, pues no se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado (artículo 1167 CC), sino la entrega de una suma de dinero. Para este último no existe especie o calidad media, y no se puede concretar el objeto debido de otra forma que mediante la efectiva entrega de dinero al acreedor, que no desempeña otra función que la de ser la representación concreta de un valor incorporal que se corresponde con una determinada porción del patrimonio presunto o efectivo del deudor (artículos 336, 1754 y 1911 CC y 312 CCom). De ahí que la desaparición de la moneda de curso legal en la cual está expresada la prestación no torne imposible ésta, sino que obligue al deudor al cumplimiento del contrato según el valor que aquélla tuviere convertida en el signo monetario de curso legal (artículo 1170 I CC). Esta particular configuración de la prestación tiene como directa consecuencia que en esta clase de obligaciones no exista una imposibilidad absoluta y objetiva que libere al deudor de cumplir (cfr. artículo 1182 CC). La únicas excepciones son quizá el caso de la deuda específica de un signo monetario, pero entonces no hay propiamente una obligación pecuniaria (artículo 307 CCom), y el supuesto más bien improbable de requisa o confiscación de todos o gran parte de sus bienes<sup>396</sup>. Igual conclusión se obtiene si se piensa que el dinero es el bien fungible por naturaleza (artículos 1160, 1740, 1753 y 1754 CC) y que, precisamente por el uso que de él se hace (artículo 337 CC), quien lo tiene en su poder obtiene siempre un provecho económicamente cuantificable bajo ciertos parámetros, sea a título retributivo (artículos 282-284, 495 III, 502 I, 505, 517, 519, 870 IV, 1109, 1124 II, 1126 II, 1147 II, 1173, 1295 I, 1303, 1478 núm. 5, 1501, 1688, 1724, 1755, 1770 II, 1838 núm. 2, 1868, 1881 y 1896 CC, y 264, 278, 308 y 315 II CCom) o moratorio (artículos 1108, 1501 y 1682 CC; 171, 263 II, 316, 340, 341 y 571 CCom, y 5 y 7 LMLMOC). Cuestión distinta es que la deuda sea ilíquida, vale

---

<sup>396</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1070.

---

 § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO
 

---

decir, que «no se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles» (artículo 572 I LEC), y su ejecución forzosa quede sujeta a un trámite previo de liquidación de acuerdo con el procedimiento general de los artículos 712 y siguientes LEC (artículo 571 LEC), porque entonces la obligación presenta un grado de indeterminación en su cuantía que no puede resolverse mediante simples operaciones aritméticas<sup>397</sup> o mediante la liquidación unilateral del acreedor<sup>398</sup>. La PMCC dedica una sección a disciplinar las particularidades de las obligaciones pecuniarias (artículos 1099-1105).

Por su parte, cuando la prestación de vuelve imposible de cumplir por una causa que no le es imputable, el deudor queda liberado por la extinción de su obligación (artículos 1156, 1182 y 1184 CC), sin perjuicio de que el contrato subsista todavía hasta que el acreedor no opte por resolverlo y desligarse de ese modo de la obligación que tuviere a su cargo<sup>399</sup>, a menos que exista una norma específica que atribuya al acreedor el riesgo de la contraprestación en todo (artículos 1452 CC y 66-69 CISG) o en parte (artículo 1595 II y III CC)<sup>400</sup>. En cambio, cuando tal

---

<sup>397</sup> Por todas, SSTS de 25 de julio de 1991 (RJ 1991/5491) y 2 de abril de 1997 (RJ 1997/2727).

<sup>398</sup> Véase: SSTC 14/1992, de 14 de febrero (BOE 54/1992); 26/1992, de 5 de marzo (BOE 66/1992); 141/1995, de 3 de octubre (BOE 269/1995); 159/1996, de 15 de octubre (BOE 267/1996).

<sup>399</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 218-222, pp. 443-457; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 126, p. 197; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 695 y 837-839; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1506; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3508; «El sistema», cit., p. 1048, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1731-1732; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», cit., p. 1249, y *Resolución por incumplimiento*, cit., núm. 132-191, pp. 122-173. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es uniforme en acordar la resolución cuando existe un «hecho obstativo [sic] que de modo definitivo e irreformable impide el cumplimiento» (por ejemplo, SSTS de 25 de noviembre de 1945, RJ 1946/1183; 19 de enero de 1990, RJ 1990/16; 24 de noviembre de 1993, RJ 1993/9210; una relación completa en SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato*, cit. núm. 198-226, pp. 178-198).

<sup>400</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3508.

imposibilidad tiene su origen en un hecho imputable al deudor, éste no quedará liberado de la relación contractual, pese a la natural extinción de la obligación originaria, puesto que nacerá a su cargo, frente al acreedor, la obligación de resarcimiento regulada entre los artículos 1101 y 1107 CC, la que incluso puede servir de complemento de una pretensión por el elemento representativo (artículo 1196 PMCC)<sup>401</sup>. Es precisamente a partir del contenido de esta obligación resarcitoria que ha surgido la duda en torno a si se está frente a una perpetuación de la propia obligación incumplida o ante una nueva obligación de carácter meramente resarcitorio<sup>402</sup>.

Hecho dicho análisis, el resultado demuestra que el derecho español no se pronuncia respecto de si el acreedor, que está legitimado para pedir incondicionalmente el cumplimiento específico (artículos 1096, 1098, 1099 y 1124 CC), puede optar entre esta pretensión o la reclamación directa y sustitutoria del valor económico de la prestación incumplida por el deudor (*aestimatio rei*)<sup>403</sup>. Las únicas referencias directas sobre el particular se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyas normas presuponen que tal opción no es posible y que la ejecución dineraria es, en mayor o menor medida, subsidiaria de la resistencia del deudor a cumplir o de la imposibilidad de ejecutar la condena en forma específica<sup>404</sup>. Pero dichas normas no

---

<sup>401</sup> Señaladamente, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1021-1022 y 1050, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1739-1740.

<sup>402</sup> Para el origen y desarrollo histórico de esta cuestión, véase LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente*, cit., pp. 107-150.

<sup>403</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1070.

<sup>404</sup> El Tribunal Constitucional ha sostenido que la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 CE comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales (véase la nota 427). Sin embargo, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o, si se quiere, contrario a la misma, pero esto, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental ya mencionado

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

proporcionan ningún criterio sustancial sobre la preeminencia u horizontalidad de una y otra pretensión, porque ellas asumen que la sentencia ha condenado a un cumplimiento específico por parte del deudor (artículos 517 y 521 LEC) y que, en consecuencia, también en la demanda fue reclamado tal por el acreedor (artículos 209 núm. 4 y 218 LEC). Todo parece indicar, por tanto, que no existe un derecho de opción conferido al acreedor para exigir indiferentemente el propio cumplimiento debido o el equivalente pecuniario de dicha prestación, salvo en aquellos casos en que la ley o el contrato le hayan reconocido un deje de cuenta de la prestación retrasada o disconforme (artículo 54 LCTTM) o exista una cláusula penal que haya previsto tal alternativa (artículo 1153 CC), porque la imposibilidad de cumplimiento lleva más bien a la resolución (artículo 1124 CC)<sup>405</sup>. Lo contrario supondría alterar la propia coherencia y articulación del sistema de remedios dispuesto por el ordenamiento ante un incumplimiento, que pone a disposición del acreedor cursos de acción diferenciados que responden a particulares valoraciones sobre los resultados de satisfacción que con cada uno se puede conseguir.

---

(SSTC 58/1983, de 28 de junio, BOE 168/1983; 69/1983, de 26 de julio, BOE 197/1983). Siendo así, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia (SSTC 125/1987, de 15 de julio, BOE 180/1987; STC 167/1987, de 28 de octubre, BOE 279/1987), de suerte que tan constitucional es una ejecución que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (AATC 528/1986 de 18 de junio; 700/1986, de 17 de septiembre). Así ocurre, por ejemplo, cuando la condena es imposible de ejecutar en sus propios términos (STC 92/1988, de 23 de mayo, BOE 143/1988), o cuando hacerlo configura un abuso de derecho dadas sus desproporcionadas consecuencias (STC 194/1991, de 17 de octubre, BOE 274/1991).

<sup>405</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 91-100; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1071; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 163; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1731-1733; VERDERA SERVER, «Artículo 1096», cit., p. 70.

Se llega así al que es quizá el aspecto más relevante relacionado con el equivalente pecuniario, como es su autonomía dentro del sistema de remedios o, por el contrario, su integración dentro de la pretensión resarcitoria. Al igual que ha sucedido en otros ordenamientos, se ha discutido si en el Código Civil conviven dos sistemas indemnizatorios, uno que tendría por finalidad permitir que el acreedor obtenga el valor de la prestación incumplida (cumplimiento por equivalente o *aestimatio rei*) y otro enderezado al resarcimiento del resto de los daños indemnizables (responsabilidad por los daños consecuenciales o *id quod interest*)<sup>406</sup>. Quienes defienden esta bipartición se apoyan en algunos preceptos del código (artículos 1096, 1098, 1122 regla 4<sup>a</sup>, 1124, 1135, 1136, 1147 II, 1150, 1571 y 1745 CC)<sup>407</sup>, en modo alguno concluyentes por sí mismos, que reflejan vestigios históricos del tratamiento que recibiera esta materia en el derecho romano como consecuencia del sistema de acciones ahí imperante, que exigía siempre una condena de contenido pecuniario<sup>408</sup>. Frente a esta concepción, parece hoy aceptada mayoritariamente aquella que propugna la unidad del sistema indemnizatorio contractual a partir de un concepto genérico y

---

<sup>406</sup> Aunque es la terminología habitual, no por eso deja de ser impropia (véase la nota 61). Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100 (p. 163), 118 (pp. 187-188) y 129-130 (pp. 202-204).

<sup>407</sup> Hasta 1998, las posturas favorables a la autonomía del equivalente pecuniario vienen sistematizadas por LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente*, cit., pp. 60-82, de las que el propio autor participa (pp. 236-255 y 283-316). Con posterioridad, véase PABLO CONTRERAS, «Incumplimiento de las obligaciones», cit., § 60, pp. 189-193; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 118-123.

<sup>408</sup> Por todos, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 770-774.

articulado de daño (artículo 1106 CC)<sup>409</sup>, de la que ya hay trazos en la historia de preparación del Código Civil<sup>410</sup>.

Esta segunda interpretación parte de la evidencia de que el resarcimiento del daño es un remedio más con que cuenta el acreedor para reaccionar ante un incumplimiento contractual<sup>411</sup>. Su aplicación depende, entonces, tanto de esa inclusión en un sistema más general como de las condiciones particulares que autorizan su procedencia. Pues bien, la coherencia y articulación del elenco de remedios exige como una de sus notas distintivas la unidad de cada uno de ellos en torno a una particular función inmediata, conectada con aquella mediata de procurar una satisfacción equitativa del interés del acreedor en la medida de la posible. En lo que atañe a la pretensión resarcitoria, su función no es otra que la de reparar o compensar el daño producido en la

---

<sup>409</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 780-782; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1660-1161; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 15; MORALES MORENO, «Evolución», cit., pp. 47-51; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1020-1021 y 1052-1055; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 30 y 36.

<sup>410</sup> El artículo 1160 del Proyecto de 1851 era más expresivo que el actual artículo 1182 CC, porque hacía expreso el efecto que se seguía de la pérdida de la cosa debida habiendo culpa o mora por parte del deudor: éste venía obligado a la indemnización con arreglo a lo que prescribía el Libro III, Título V, Capítulo III, Sección III: *Del resarcimiento de daños o perjuicios y abono de interés* (hoy refundido en el Libro IV, Título I, Capítulo II: *De la naturaleza y efecto de las obligaciones*). García Goyena, aunque con textos romanos (Dig. 6, 1, 15, 3; 10, 4, 12, 4; 16, 3, 14, 1), explicaba que dicha regla se funda en que por el incumplimiento imputable del deudor «su obligación primitiva se convierte en la de resarcir daños y perjuicios» (GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 616). El sentido del verbo utilizado en la glosa denota que el incumplimiento no fortuito (cfr. artículo 1011 del Proyecto de 1851) produce una transformación de la obligación en algo distinto de lo que era (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, V. «Convertir», 1ª acepción), y no la mera prolongación de ella bajo otro contenido, porque la imposibilidad obsta la actuación de su contenido (cfr. artículo 1105 del Proyecto de 1851).

<sup>411</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 163; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 781; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 13 y 19; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 47; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 30-37.

esfera patrimonial o personal del acreedor como consecuencia del incumplimiento contractual, excluyendo cualquier finalidad de reintegración del derecho de crédito lesionado (*rechtsverfolgende Funktion*)<sup>412</sup>. Si el daño resarcible representa la lesión de un interés tutelado por el fin de protección del contrato, sea de naturaleza patrimonial o no patrimonial, el valor de la prestación incumplida queda ciertamente comprendido en ese concepto como una partida más a tener en cuanto al momento su valoración (artículo 1106 CC), sin que determine una efectiva autonomía dogmática a partir de un supuesto de hecho diferenciado<sup>413</sup>.

Sin embargo, para la cabal comprensión de la construcción y alcance del remedio indemnizatorio es importante tener en cuenta lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del equivalente pecuniario<sup>414</sup>. Fuera de la decisión dirigida a lograr el cumplimiento del propio ejecutado en los términos establecidos en el contrato y de aquellas sustitutivas de la actuación del

---

<sup>412</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 33; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 163; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 782; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1623; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 15 y 19; MORALES MORENO, *El incumplimiento del contrato*, cit., p. 30; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1020-1023 SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 30; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 65-70; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 119.

<sup>413</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 34, acude a la tradicional distinción entre daño intrínseco y extrínseco (presente ya en el texto de Paulo recogido en Dig. 19, 1, 21, 3) y la dota de un nuevo contenido. A su juicio, esa clasificación no es la causa determinante de que un daño sea o no indemnizable, por aplicación de un criterio objetivo (como era el propuesto por Pothier, que fijaba ambas categorías según si el daño incidía en la cosa misma que era objeto del contrato o sobre otros bienes del acreedor). Antes bien, es la consecuencia de que, conforme al fin de protección del contrato, configurado por la autonomía de la voluntad (que caracteriza en concreto un tipo contractual a partir del propósito práctico de las partes), determinados daños provenientes de un incumplimiento deban ser resarcidos por el deudor y otros no. Los primeros se pueden denominar intrínsecos, porque quedan cubiertos por la garantía de satisfacción del contrato; y los segundos extrínsecos, ya que no pueden ser trasladados al deudor.

<sup>414</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 49.



deudor, el juez puede adoptar también dentro del proceso de ejecución un tercer tipo de medidas, las que formalmente se presentan como «indemnizaciones sustitutorias» (artículos 18 II LOPJ y 700 II LEC)<sup>415</sup>. Esta nomenclatura no tiene alcance sustancial (artículos 1101 y 1106 CC), pues con ella sólo se quiere hacer una contraposición entre lo que es cumplimiento en sentido propio (prestación según contrato o «ejecución en sus propios términos») y aquello que, obtenido mediante un procedimiento ejecutivo, no reviste tal carácter (aunque procure una satisfacción equitativa del interés del acreedor)<sup>416</sup>.

Dentro de las reglas procesales dedicadas a la ejecución de obligaciones no dinerarias hay varios supuestos en que, no habiendo cumplido el deudor con la prestación a la que ha sido constreñido, es necesario obtener dinero de su patrimonio para aplicarlo a diversos fines. Algo diverso ocurre con aquellos bienes que se singularizan mediante el embargo y posteriormente se realizan en el marco del proceso de ejecución para hacer pago al acreedor de una obligación dineraria, porque ahí el dinero es lo propiamente debido y todo el procedimiento ejecutivo se endereza a obtener los recursos líquidos con los cuales efectuar un verdadero cumplimiento en sentido sustantivo (artículo 1157 CC), así como resarcir el lucro cesante típico que le ha supuesto la privación de la suma debida (artículo 1108 CC)<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> La nomenclatura parece ser un relicto de los artículos 923 y 924 LEC/1881. Véase: STS de 29 de junio de 1985 (RJ 1985/3320).

<sup>416</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 50-51, y «Pretensión de cumplimiento», cit., pp. 85-86.

<sup>417</sup> ESCRICHE Y MARTÍN, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, Rosa Bouret y Cía., nueva edición por Juan B. Guim, 1852), V. «lucro», p. 150, define el término como «la ganancia o provecho que se saca de alguna cosa, especialmente el dinero», y enseguida distingue entre lucro cesante y lucro naciente. El primero «es la ganancia o utilidad que se regula podría producir el dinero en el tiempo que ha estado dado en empréstito o mutuo»; mientras que el segundo corresponde a «la ganancia o utilidad que produce el dinero en manos del que le ha tomado en empréstito o mutuo». Por ambos puede cobrar el acreedor un interés.

Entre los destinos para los recursos obtenidos del patrimonio del deudor en virtud del principio de garantía patrimonial universal cabe mencionar: el pago de los gastos en que ha incurrido el acreedor para satisfacer su derecho mediante un sustituto material de la prestación (a); el equivalente pecuniario acordado en reemplazo de aquélla que, por una u otra razón, no es efectivamente ejecutada (b); y el resarcimiento de los daños sufridos por el ejecutante como consecuencia del incumplimiento de la condena por parte del deudor (c).

(a) *Los gastos en que ha incurrido el acreedor para satisfacer su derecho mediante un sustituto material de la prestación*

El primer destino de esos recursos es el sufragio de los gastos que el acreedor ha debido soportar para satisfacer su derecho en naturaleza por vía sustitutiva (artículos 539 II, 702 I, 706 II, 707 II y 710 I LEC), supuesto que ya ha sido analizado y que comporta una aplicación o sucedáneo de la pretensión de cumplimiento propiamente dicha<sup>418</sup>. La imposición coactiva de esta aportación económica al deudor no entraña un equivalente pecuniario de la obligación incumplida ni una especie de indemnización por haber desatendido el mandato del juez, sino una exigencia de financiación de la propia medida de cumplimiento específico sustitutivo a través de la cual se reintegra el derecho de crédito del acreedor y, como tal, viene supeditada a la solvencia del deudor (artículo 239 LEC)<sup>419</sup>. Su carácter explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil disponga unas reglas particulares de determinación del importe que debe soportar el deudor en cada caso, sin remitirse a aquel procedimiento general previsto en el

---

<sup>418</sup> Véase *supra*, § 2, II, 1, (b).

<sup>419</sup> MARSAL/LAUROBA, «Algunos mecanismos de protección», cit., pp. 2460 y 2463; MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 9; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., pp. 1184 y 1202; PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1115; VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 81.

---

 § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO
 

---

Libro III, Título V, Capítulo IV, cuyo ámbito de aplicación queda reducido a los supuestos mencionados *sub* (b) y (c), vale decir, cuando «*deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios*» (artículo 712).

(b) *El equivalente pecuniario acordado en reemplazo de la prestación que no ha sido efectivamente ejecutada*

Otro destino para el dinero obtenido del patrimonio del deudor es la concesión al ejecutante del equivalente pecuniario del bien o servicio en que la obligación consistía («prestación según mercado»), y que aparece contemplado como una partida separada a la indemnización de perjuicios (artículos 18 II LOPJ y 717 LEC)<sup>420</sup>. Así ocurre en la ejecución que recae sobre cosas genéricas o indeterminadas, un hacer personalísimo y, en ocasiones, también sobre una cosa mueble determinada<sup>421</sup>. Lo mismo cabe decir de la ejecución de las obligaciones negativas, donde el equivalente pecuniario, en caso de que fuere imposible deshacer lo mal hecho, comporta una de las partidas de la indemnización de daños y perjuicios que se acuerda genéricamente al acreedor (artículo 710 II LEC)<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 282-284.

<sup>421</sup> Cabe preguntarse si esta alternativa procede en las obligaciones referidas a la entrega de inmuebles, donde es perfectamente posible que su cumplimiento no vaya acompañado de la transmisión de propiedad a favor del acreedor; basta pensar en la devolución de un bien raíz ocupado por cualquier título. En principio, cuando tal resultare física o jurídicamente imposible, nada impide recurrir a la analogía (artículo 4 I CC) y aplicar la regla del artículo 701 III LEC, que acuerda al ejecutante de un bien mueble determinado una justa compensación dineraria cuando el bien debido no pueda ser habido. Así, OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., pp. 1187-1188; PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1111. Parece ser también el criterio de VERDERA SERVER, «Artículo 1096», cit., p. 73. Véase, respecto del artículo 926 LEC/1881, la STS de 20 de junio de 1981 (RJ 1981/2533).

<sup>422</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> A., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas* (Barcelona, José M.<sup>a</sup> Bosch, 1990), pp. 188-194; FERRER DE SAN SEGUNDO,

Respecto de las obligaciones genéricas, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la conversión de la prestación real por su equivalente pecuniario cuando la ejecución tardía mediante la puesta en posesión de aquellas cosas que existen en el patrimonio del deudor o la adquisición de otras equivalentes en el mercado no satisface ya el interés legítimo del acreedor (artículo 702 II). Dado que el propósito práctico de éste ya no se alcanza mediante la propia prestación debida, es menester compensarlo a través de una suma que represente su equivalente pecuniario.

Distinto es el tratamiento de las obligaciones referidas a un hacer personalísimo, que en principio no pueden ser cumplidas mediante la prestación o el servicio de un tercero porque existe pacto expreso al respecto (verbigracia, artículo 1721 CC) o porque al constituir la relación obligatoria se ha tenido en cuenta la calidad y circunstancias del deudor como un hecho determinante (artículos 1161, 1166 II, 1266 II y 1595 I CC)<sup>423</sup>. En esta materia, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 supuso un importante cambio respecto de la tradición histórica sobre el cumplimiento de las obligaciones de hacer en el derecho español (regidas por la regla *nemo ad factum praecise cogi potest* que inspira el artículo 1098 CC)<sup>424</sup>, así como de la anterior disciplina procesal que a ellas se dispensaba (artículo 924 LEC/1881)<sup>425</sup>, al introducir una distinción ausente en el Código Civil entre prestaciones de hacer personalísimo (artículo 709) y no personalísimo (artículo 710).

---

M.<sup>a</sup> J., *La obligación negativa* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001), pp. 320-330; ORTELLS, *La ejecución*, cit., pp. 376-377.

<sup>423</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 279-280; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Incumplimiento y ejecución forzosa», cit., pp. 571-573; VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 80.

<sup>424</sup> Véase, por ejemplo, ESCRICHE Y MARTÍN, *Diccionario razonado*, cit., V. «obligación de hacer o no hacer», p. 1287.

<sup>425</sup> Véase, para un panorama general desde el derecho civil, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 141-164; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 280-287 y 295-298; WERY, P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)* (Bruselas, Kluwer, 1993), núm. 8-61, pp. 29-82.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

Hoy ya no cabe sostener el carácter incoercible de estas obligaciones por razones fundadas en la intangibilidad de la libertad del deudor (artículo 17 CE), pues una tal conclusión desconoce un principio fundamental del ordenamiento jurídico y la propia realidad del tráfico. Ante todo, dicho rechazo pugna de manera directa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), que exige que la actividad jurisdiccional continúe hasta satisfacer el interés económico del acreedor a costa del patrimonio del deudor<sup>426</sup> (artículo 117 III CE). Esta satisfacción sólo se logra en su integridad si las sentencias de los tribunales se ejecutan en sus propios términos<sup>427</sup>, adoptándose las medidas que aseguren la mayor efectividad posible de la ejecutoria (artículos 118 CE y 18 II LOPJ)<sup>428</sup>. Por otra parte, la mencionada restricción ejecutiva niega también la constatación de que, en la actualidad, son pocas las obligaciones que no pueden ser ejecutadas forzosamente en razón de la fungibilidad de su contenido, con posibilidad de sustituir el comportamiento debido por otro o por un equivalente pecuniario que permita al acreedor satisfacer su interés en el mercado<sup>429</sup>. Además, el régimen por el que se ha decantado la Ley de Enjuiciamiento Civil no se traduce en violentar al deudor hasta vencer su resistencia al cumplimiento de la prestación, sino en imponerle un sacrificio económico adicional en forma de multa coercitiva para inducirlo a cumplir (compulsión indirecta al cumplimiento)<sup>430</sup>. La responsabilidad del

---

<sup>426</sup> Véase: STC 113/1989, de 22 de junio (BOE 175/1989).

<sup>427</sup> Véase: SSTC 3/1983, de 25 de enero (BOE 41/1983); 61/1984, de 16 de mayo (BOE 146/1984); 67/1984, de 7 de junio (BOE 165/1984); 167/1987, de 28 de octubre (BOE); y 153/1992, de 19 de octubre (BOE 276/1992).

<sup>428</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 27; GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución*, cit., pp. 57-66; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Incumplimiento y ejecución forzosa», cit., p. 578; ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 37-44.

<sup>429</sup> Por todos, VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., p. 176.

<sup>430</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 779; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1533; MARSAL/LAUROBA, «Algunos mecanismos de protección», cit., p. 2460.

deudor sigue siendo, por tanto, sólo patrimonial (artículo 1911 CC), sin que la esfera de su libertad individual se vea invadida<sup>431</sup>.

Bajo este nuevo régimen, la ejecución de esta clase de obligaciones contempla la posibilidad de que el deudor manifieste al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento ejecutivo, los motivos por los cuales se niega a poner por obra lo que el título dispone (los que, es de suponer, tienen una eficacia objetiva o subjetivamente impeditiva) y alegue lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida (artículos 699, 705 y 709 I LEC)<sup>432</sup>. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya

---

<sup>431</sup> En esta clave debe ser leída también la referencia a los apremios personales que se hace en el artículo 699 II LEC, donde se dice que el tribunal puede apercibir con tales medidas o con multas pecuniarias al deudor en el auto de requerimiento. La Ley de Enjuiciamiento Civil abandona el criterio de la ley anterior según la cual, de no realizarse la conducta prevista en el título ejecutivo, se pasaba a la exacción de una responsabilidad pecuniaria, y dispone mecanismos de inducción al cumplimiento que, sin caer en constricciones excesivas, busquen el equilibrio entre el interés del acreedor y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado, y por otro, el respecto de la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario (Exposición de motivos, XVII). Siendo así, la mención a los apremios personales ha de entenderse conectada con el apercibimiento de autorizar la entrada en lugares cerrados, utilizar la fuerza pública o de incurrir en delito de desobediencia (artículo 556 CP), en los casos en que proceda de acuerdo con las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 415; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1180; PAZ RUBIO *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1122).

<sup>432</sup> La PMCC establece que el acreedor de una obligación no dineraria tiene derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la prestación a menos que concurra alguno de los supuestos descritos en el artículo 1192 II, entre los cuales se cuenta el caso de que la prestación sea personal del deudor (núm. 4º). La PMCC sigue así la disciplina de los textos del nuevo derecho de contratos (artículos 7.2.2 PICC, 9:102 PECL, 8:202 ACQP, III-3:302 DCFR y 9:102 PCCR), a la vez que se aparta de aquella contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 36, y «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1533-1535, observa que, de aprobarse dicha Propuesta tal y como ha sido redactada, se produciría un conflicto normativo entre el Código Civil y la ley procesal, dado que el primero excluye la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de una obligación de hacer personalísima y el segundo la admite, sin que quepa establecer alguna

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

realizado la prestación, y salvo que el tribunal estimare que el hacer no es en verdad personalísimo (en cuyo caso se continuará la ejecución de acuerdo con el artículo 706 LEC), el acreedor podrá optar entre (i) pedir que la ejecución siga adelante para entregarle un equivalente pecuniario del hecho debido, o (ii) solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo concedido al efecto (artículo 709 I LEC).

La segunda de estas medidas no comporta propiamente una forma de cumplimiento, sino una inducción o constricción de índole patrimonial destinada a que el deudor ejecute aquella prestación a la que pertinazmente se niega<sup>433</sup>. Esta finalidad conlleva que la solicitud del acreedor no sea vinculante para el

---

coordinación entre ambas reglas. El deudor demandado con este fin se podría oponer desde el primer momento, haciendo presente la improcedencia sustantiva de la acción. De donde la conveniencia de abordar un debate previo de política legislativa sobre la pertinencia de recoger esa excepción o, por el contrario, perseverar en el régimen actual. El mentado conflicto parece ser, empero, sólo aparente. La PMCC regula la pretensión de cumplimiento desde una perspectiva sustancial, es decir, como la reclamación de la propia prestación debida (artículo 1192). Eso explica que excluya su procedencia cuando la misma no puede ser obtenida por una u otra razón. La ley procesal, en cambio, aborda el problema bajo un prisma de realización coactiva de una condena judicial y admite incluso un cumplimiento por equivalencia, dejando a salvo el resguardo de la intangibilidad del deudor de una obligación personalísima. Parece ser, entonces, que la PMCC y la LEC apuntan en la misma dirección: ambas impiden que el deudor sea constreñido a cumplir en naturaleza su prestación personalísima. La diferencia es que la segunda extiende las consecuencias prácticas de esa decisión, con el fin de paliar la insatisfacción que de ahí se sigue para el acreedor, y admite que dicha obligación puede ser cumplida mediante su equivalente pecuniario (artículo 709). La PMCC impide, en suma, sólo que sobre el deudor se pretenda el cumplimiento específico, y no que la actividad jurisdiccional busque satisfacer por la vía procesal el interés del acreedor. Respecto de esa cuestión se discutirá en el juicio de condena, y no en el procedimiento ejecutivo destinado a actuar el contenido material de la sentencia.

<sup>433</sup> Como fuere, para determinar la cuantía de las multas se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas. Las multas mensuales podrán ascender a un 20 % del precio o valor y la multa única al 50 % de dicho precio o valor (artículo 711 I LEC).

tribunal, quien se pronunciará sobre el particular teniendo en cuenta los motivos alegados por el ejecutado. La primera medida, en cambio, sí supone una satisfacción directa del acreedor a través del equivalente pecuniario de la prestación incumplida, y no excluye que la misma resolución que ordena seguir adelante con la ejecución imponga al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 LEC (artículo 709 II LEC)<sup>434</sup>.

Ahora bien, el hecho de que el acreedor haya optado por perseverar en el cumplimiento en naturaleza del hacer personalísimo y, por ende, solicitado al tribunal el establecimiento de las multas coercitivas correspondientes, no impide que pueda posteriormente reclamar el equivalente pecuniario. La Ley de Enjuiciamiento Civil permite que las multas se reiteren trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución hasta que se cumpla un año desde el primer requerimiento. Si, al cabo de ese año, el ejecutado continúa rehusando hacer lo que dispusiese el título, la ejecución proseguirá para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal (artículo 709 III LEC)<sup>435</sup>.

El hecho de que estas últimas se reclamen como una alternativa adecuada y apropiada a la ejecución por el equivalente pecuniario, induce a pensar que se trata de medidas orientadas a generar una satisfacción en naturaleza del derecho de prestación reconocido por el título, aunque esa satisfacción no sea

---

<sup>434</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, «Incumplimiento y ejecución forzosa», cit., p. 575.

<sup>435</sup> Cuestión aparte es que el deudor no tenga medios suficientes para hacer frente a ambas partidas, creándose una colisión entre la multa debida al Tesoro público y el equivalente pecuniario que tiene derecho a recibir el acreedor, y donde parece gozar de preferencia el pago del segundo [artículo 1924 núm. 3 b) CC]. Aunque con distinto argumento, es también la solución de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 428.



perfecta<sup>436</sup>. Dentro de esta clase de medidas cabe incluso que se solicite la realización de la conducta por un tercero, a costa del ejecutado, como ocurre con las obligaciones de hacer no personalísimas (artículo 706 LEC), pese a que de tal proceder sólo se obtenga una prestación de menor calidad que la esperada (aunque siempre más cercana al interés del acreedor que la que procura el equivalente pecuniario). El ejecutante, no obstante el carácter no fungible que tenía originalmente el hecho debido, opta por satisfacer su interés a través de un tercero que presente características similares a aquellas consideradas relevantes en el deudor al contratar, renunciando así a la protección sobre la identidad de la prestación que le otorgan los artículos 1161 y 1166 II CC<sup>437</sup>.

Por su parte, la ejecución sobre una cosa mueble determinada se cumple poniendo al ejecutante en posesión de dicho bien que existe en poder del deudor, mediante la utilización de apremios si es menester (artículos 1096 I CC y 701 I LEC), y disponiendo las averiguaciones necesarias para dar con su paradero cuando ella no se encuentre donde debía hallarse o se ignore su actual ubicación (artículo 701 II LEC). Si agotada la instancia de averiguaciones sobre el destino de la cosa ésta no es finalmente habida, existe un supuesto de imposibilidad de la prestación imputable al deudor (artículos 1122 núm. 2, 1182 y 1183 CC) y, por consiguiente, el ejecutante puede pedir al tribunal que la falta de entrega se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo al procedimiento de liquidación de daños y perjuicios contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 701 III LEC).

En todos estos casos, el equivalente pecuniario de la cosa o del hecho debido, aunque económicamente puede cumplir una función indemnizatoria, no es formalmente una aplicación del

---

<sup>436</sup> ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., p. 319.

<sup>437</sup> DOMÍNGUEZ LUENGO, «Incumplimiento y ejecución forzosa», cit., pp. 581-582.

remedio sustantivo de tal nombre (artículos 1101 y 1106 CC)<sup>438</sup>. Al menos en teoría, se trata de una medida especial dotada de autonomía dogmática (artículo 717 LEC), que cuenta con un supuesto propio delineado en las normas del procedimiento ejecutivo (artículos 701 III, 702 II, 709 I y III y 710 II LEC), y se endereza a satisfacer indirectamente el interés del acreedor y evitar que se frustre así la función asignada a la ejecución (artículos 18 II LOPJ y 570 LEC)<sup>439</sup>. Con el deseo de que dicho procedimiento no pierda su eficacia por la imposibilidad de proporcionar al acreedor la prestación directamente debida, la ley permite que el ejecutante, una vez liquidado su equivalente económico de acuerdo con las reglas contenidas entre los artículos 714 y 717 LEC, pueda proceder contra el ejecutado a través de los trámites de la ejecución dineraria (Libro III, Título IV LEC), cuando ha mostrado también contumacia en saldar esta deuda pecuniaria voluntariamente, y siempre que sea todavía solvente<sup>440</sup>. De ahí que se prevea también que el ejecutado solicite junto con su requerimiento el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para hacer frente al equivalente pecuniario de una prestación de imposible realización («indemnizaciones sustitutorias»), así como para solventar las costas generadas por la ejecución (artículo 700 II LEC).

Según ha quedado dicho, el procedimiento ejecutivo respecto de obligaciones no dinerarias sólo procede cuando hay previamente una sentencia de condena, porque el contrato no es

---

<sup>438</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 50, y «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 90.

<sup>439</sup> Véase, con más detalle, SÁNCHEZ CASTRO, J. D., «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?», ADC LXIII (2010) 4, pp. 1725-1787.

<sup>440</sup> La jurisprudencia habitualmente califica la prestación del equivalente pecuniario como una acción de cumplimiento y se acomoda a esta calificación: SSTs de 5 de marzo de 1956 (RJ 1956/1507), 9 de noviembre de 1968 (RJ 1968/4966), 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6276), 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/2353), 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/2976).

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

apto por sí mismo como título ejecutivo (artículo 520 LEC). Esto tiene importancia a la hora de determinar el límite de la reintegración del derecho de crédito del acreedor mediante el equivalente pecuniario acordado en el proceso de ejecución. Cuando se ha llegado a éste, significa el acreedor ha reclamado previamente el cumplimiento, constituyendo al deudor en mora con su demanda (artículo 1100 CC), y que el deudor ha podido alegar lo que estimare oportuno para justificar las razones de su incumplimiento. La imposibilidad fortuita de la prestación deja de ser, por tanto, una excusa válida para sustraerse del cumplimiento que se le reclama, porque la ley impone al deudor la asunción de las consecuencias perjudiciales que la mora entrañe sobre la prestación debida (artículos 1096 III y 1182 CC).

Con todo, no se puede desconocer que en la práctica la prestación de este equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios terminan convergiendo<sup>441</sup>. La primera se liquida como una obligación resarcitoria más, dado que el valor económico de la prestación no realizada se calcula como el coste de reposición o reemplazo medido al día en que se realiza el pago de la indemnización a partir del criterio abstracto del precio de mercado<sup>442</sup>. Materialmente, entonces, la diferencia entre se difumina y ambas se presentan como un remedio monetario a disposición del acreedor. De ahí que quizá la única utilidad de diferencia dogmáticamente una y otra pretensión resida en su efecto sobre la determinación de la base imponible del impuesto del valor añadido, pues se excluyen de ella las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las

---

<sup>441</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1069-1070; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 163; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 781; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 15.

<sup>442</sup> STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2976/2009), con comentario de Margarita CASTILLA BAREA en CCJC 82 (2010), § 2168, pp. 227-250.

entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas a dicho impuesto (artículo 78 III núm. 1 LIVA).

*(c) El resarcimiento de los daños sufridos por el ejecutante*

Por último, la ley procesal reconoce que, en algunas ocasiones, el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños causados por la falta de cumplimiento del ejecutado. Tal indemnización viene presentada separadamente del equivalente pecuniario de la prestación, como un rubro diferenciado (artículo 713 LEC), aunque igualmente sujeto a la solvencia del deudor (artículo 239 LEC).

El caso más palmario es el de las obligaciones pecuniarias, donde al acreedor se le reconoce el derecho a cobrar la suma líquida debida (artículo 571 LEC) y el interés por la mora procesal (artículo 576 LEC). Tratándose de las condenas no pecuniarias, así acaece en el cumplimiento forzoso de las obligaciones de entregar cosas genéricas o indeterminadas cuando el cumplimiento de la prestación, sea con las mismas cosas debidas que existen en poder del deudor, sea con otras equivalentes que se adquieran en el mercado, ya no satisface el interés del acreedor (artículo 702 II LEC)<sup>443</sup>. En tal caso, el tribunal acordará una reparación pecuniaria al ejecutante compuesta por el equivalente de la prestación incumplida (daño intrínseco) y por los daños y perjuicios que hubieren podido causarse al ejecutante (daño extrínseco), que se liquidarán con arreglo al mentado procedimiento de liquidación contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 702 II LEC).

Algo parecido se observa en las reglas sobre cumplimiento ejecutivo de la obligación de transmisión o entrega de un

---

<sup>443</sup> También parece procedente este resarcimiento tratándose de la entrega de cosas determinadas, aunque el fundamento sea ahí el artículo 1096 I CC y no el artículo 701 LEC, que omite pronunciarse sobre el particular (VERDERA SERVER, «Artículo 1096», cit., p. 72).

inmueble (artículo 699 LEC), que la ley procesal plantea con arreglo a unos principios diversos a los que disciplinan la ejecución sobre otras clases de bienes corporales<sup>444</sup>. En principio, esta obligación forzosamente mediante la puesta en posesión del inmueble que no se hallare ocupado o, de estarlo y no mediando un desalojo voluntario, a través del lanzamiento de sus ocupantes actuales (con un tratamiento más benévolo cuando el bien raíz fuere la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan) y, en su caso, adoptando las medidas necesarias para adecuar el Registro al título ejecutivo (artículos 675 y 703 I LEC). Ahora bien, de constatarse en el acto de lanzamiento la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes, se podrá acordar la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable, para responder de los daños y perjuicios causados, que se liquidarán, cuando procedan y a petición del ejecutante, de conformidad con el ya referido procedimiento de liquidación previsto en la ley procesal (artículo 703 III LEC). También aquí se da una clara distinción entre ambos remedios: la obligación ha sido cumplida forzosamente en sus propios términos mediante la transmisión o entrega del inmueble debido, que satisface el interés concreto del acreedor; pero como durante el período de ocupación se han ocasionado unos daños que afectan su interés de cumplimiento, ellos deben ser indemnizados por quien los hubiere causado<sup>445</sup>. El acreedor recibe el inmueble debido, pero en unas condiciones distintas a las que correspondía: los daños provienen así de los desperfectos causados en éste, que han de haber sido causados por el ejecutado o los ocupantes con posterior a que les constase el deber de entregar<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> VERDERA SERVER, «Artículo 1096», cit., p. 73.

<sup>445</sup> Igual distinción se hacía en los artículos 1601 y 1602 LEC/1881.

<sup>446</sup> OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1187.

En lo que atañe a la ejecución de obligaciones de hacer no personalísimas, vencido el plazo señalado por el Secretario del tribunal para que el deudor lleve a cabo el hecho debido (artículo 705 LEC), la elección del acreedor se reduce a tres facultades: (i) pedir que se le permita encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado; (ii) reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios; (iii) hacer efectiva la disposición expresa contenida en el título para el caso de incumplimiento del deudor, cuya existencia excluye los dos derechos precedentes (artículo 706 I LEC)<sup>447</sup>. Dichos daños y perjuicios habrán de ser cuantificados conforme al mencionado procedimiento de liquidación referido en el Libro III, Título V, Capítulo IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 706 II LEC), y en ellos quedarán incluidos tanto el equivalente pecuniario que la prestación representaba para el acreedor como la indemnización por la mora y por los demás daños que éste pudiese haber sufrido<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> Esta última alternativa es de rara ocurrencia. Basta pensar que los títulos ejecutivos que permiten iniciar una ejecución sobre prestaciones no dinerarias son aquellos de carácter judicial (artículo 520 LEC), lo que supone que la disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor debe venir contenida en la sentencia de condena. De donde se sigue que tal posibilidad recibe aplicación respecto de transacciones o acuerdos homologados judicialmente (artículo 517 II núm. 3º LEC) o bien permite fundar la existencia de sentencias de condena con un pronunciamiento subsidiario del principal, que impondría la realización de un hacer. Esta segunda situación sólo tendrá cabida cuando expresamente se pretendiese, al demandar, un resultado equivalente a un pacto con prestación subsidiaria del hacer; por ejemplo, pidiendo que se ejecute la prestación y, para el caso de que eso no ocurra, se pague la pena convenida (artículo 1153 CC). El demandante no atribuye la opción al tribunal, sino que decide él mismo y ordena la forma en desea ser satisfecho: primariamente con la realización de un hacer y, para el caso de inejecución voluntaria de la condena así pretendida, con la entrega o realización de algo concreto como condena subsidiaria (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 423; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., pp. 1191-1192). El artículo 924 II LEC/1881 preveía ya la posibilidad de que la sentencia valorase los perjuicios que se acordaban al acreedor en reemplazo de la prestación de hacer personalísima cuya cumplimiento forzoso pretendía.

<sup>448</sup> OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1191.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

El procedimiento a seguir respecto de las obligaciones personalísimas difiere parcialmente del recién indicado, pues en ellas la alternativa del acreedor se resuelve entre (i) la elección del equivalente pecuniario o (ii) el apremio al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevar a cabo el hecho debido desde la finalización del plazo señalado en el requerimiento (artículo 709 I LEC). Elegida esta segunda vía, las multas mensuales se reiterarán también trimestralmente hasta que se cumpla un año desde el primer requerimiento. Entonces, si el ejecutado continúa rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción de su interés (artículo 709 III LEC). Ciertamente, estas últimas medidas pueden ser indemnizatorias, y se habrán de liquidar conforme con el procedimiento regulado en los artículos 713-716 LEC<sup>449</sup>.

Ya se ha dicho que, si la obligación consiste en la emisión de una declaración de voluntad, es el juez quien sustituye la conducta esperada del deudor y tiene esa declaración por emitida por medio de auto (artículo 708 I LEC). Sin embargo, tal proceder no es aplicable cuando existe una indeterminación que afecte los elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debe recaer la declaración de voluntad<sup>450</sup>. En ese caso, el juez no puede efectuar por sí mismo la determinación y es el ejecutado el que ha de emitir dicha declaración añadiendo los elementos pendientes. Si rehúsa efectuar esta emisión, la satisfacción del acreedor se habrá de obtener mediante la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante y que se liquidarán de la forma varias veces indicada (artículo 708 II LEC).

---

<sup>449</sup> MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento», cit., p. 88; ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 319-320.

<sup>450</sup> Véase ya este criterio en la STS de 1 de julio de 1950 (RJ 1950/1187).

Mención aparte merece el incumplimiento de una condena de no hacer (artículo 710 LEC). Respecto de ellas, cabe distinguir el contenido material de la deuda y aquel impuesto al deudor por sentencia. El procedimiento ejecutivo previsto en el artículo 710 LEC sólo se refiere a esta segunda cuestión, vale decir, se pone en el caso de que «*el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia*». La abstención tiene su origen, entonces, en la sentencia que sirve de título ejecutivo (artículo 520 LEC), y no en la prestación impuesta al deudor en virtud del contrato<sup>451</sup>. Para discriminar la tutela adecuada que mejor satisface el interés del acreedor, habrá que estar a la única regla sustantiva existente: el artículo 1099 CC. Según éste, cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido, podrá decretarse que se deshaga lo hecho. La pretensión de cumplimiento tiene por objetivo revertir la desviación del programa prestacional, que ha consistido en un hacer (ejecutar aquel hecho configurado por el contrato como abstención o tolerancia de una conducta ajena sobre la esfera patrimonial del deudor), de suerte que su límite vendrá dado por la posibilidad de conseguir el restablecimiento al *statu quo* anterior a la contravención (cfr. artículo 710 LEC)<sup>452</sup>. Si el acreedor demanda directamente tal cumplimiento, la condena será de hacer y habrá de ejecutarse de conformidad con su carácter. Habrá que estar, en suma, al contenido concreto del comportamiento al que fue condenado el deudor para determinar el procedimiento ejecutivo con que habrá de cumplirse.

Puede suceder así que la sentencia, con independencia de que recaiga sobre una prestación negativa, imponga al ejecutado la observancia de una abstención. Es a esta situación a la que se refiere el artículo 710 LEC, sentando las bases para una ejecución

---

<sup>451</sup> OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1199.

<sup>452</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit., p. 70; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., p. 114.



efectiva de la condena. Cuando ella se desconociese, el procedimiento ejecutivo adecuado dependerá de la modalidad de infracción del título según la clase de abstención impuesta al ejecutado, de suerte que cabe distinguir entre (i) infracciones que admiten reiteración y producen resultados permanentes; (ii) infracciones de esa clase y que empero no entrañan tales resultados, e (iii) infracciones que no pueden reiterarse, con independencia de sus consecuencias materiales<sup>453</sup>.

El procedimiento comenzará por requerir al ejecutado para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial (artículo 710 I LEC). La ley procesal permite que se proceda de esta forma cuantas veces el deudor incumpla la condena y, además, para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo (artículo 710 I LEC). Aunque la ley no lo diga, no parece existir inconveniente en que se permita que el ejecutante encargue la destrucción a otro cuando el ejecutado ha sido requerido para ello y se ha negado a darle ejecución (artículos 1098 II y 1099 CC y 706 LEC)<sup>454</sup>.

Cabe tener presente que, en las obligaciones negativas, la destrucción de lo mal hecho comporta una verdadera modalidad de cumplimiento, y no un supuesto de reparación en naturaleza<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 360-361.

<sup>454</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 434; OLIVA SANTOS, «De la ejecución no dineraria», cit., p. 1200.

<sup>455</sup> Hay reparación en naturaleza cuando la medida de satisfacción adoptada es distinta del objeto de la prestación incumplida y con ella cabe volver al estado de cosas inicial o, al menos, paliar las consecuencias del incumplimiento. Esto significa que entre ésta y la ejecución forzosa específica existen diferencias conceptuales de importancia, de suerte que las modalidades de esta última no pueden comportar excepciones a la primera y menos suponer una trasposición irreflexiva de su régimen. Al respecto, entre otros, LAITHIER, *Étude comparative*, cit., núm. 49-64, pp. 76-92.

En estas obligaciones lo directamente debido por el deudor es la privación de ejecutar una conducta de por sí legítima, de suerte que lo obrado por éste en contravención a ella es propiamente incumplimiento (artículo 1101 CC). Si es así, la subsistencia de aquello que el deudor ha ejecutado no debiendo hacerse es absolutamente incompatible con el cumplimiento de la obligación, por lo que éste no puede existir sin que previamente se proceda a tal destrucción o deshacimiento. Esta última comporta un paso previo, pero indisolublemente ligado a él, del cumplimiento forzoso de la prestación, que consistirá en mantener esa situación de *statu quo* que se perseguía al configurar una determinada abstención como deseable y jurídicamente exigible<sup>456</sup>. En ciertos supuestos, la única forma de deshacer lo mal hecho consistirá en la nulidad de un negocio jurídico, porque sólo de esa forma se consigue obrar el cumplimiento específico de otro acuerdo. Así ocurre, por ejemplo, en el cumplimiento de pactos parasociales entre todos los socios de una compañía, donde la nulidad del acuerdo social contrario al contenido del primer pacto representa la única forma de lograr su cumplimiento eficaz<sup>457</sup>. En otros, el carácter personalísimo de la abstención requerirá que su ejecución se obtenga mediante compulsión directa, como acaece en materia administrativa (artículo 100 I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Ahora bien, cuando por la naturaleza de la abstención su incumplimiento no fuese susceptible de reiteración y tampoco hubiese posibilidad de deshacer lo mal hecho (artículos 1098 II y 1099 CC), la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado (artículo 710 II

---

<sup>456</sup> BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 1099», en MINISTRO DE JUSTICIA, *Comentario al Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), pp. 31-32; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 782; EGUSQUIZA BALMASEDA, *La configuración jurídica*, cit., pp. 174-175; FERRER SAN SEGUNDO, *La obligación negativa*, cit., pp. 297-299; VERDERA SERVER, «Artículo 1099», cit., pp. 85-86, y *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 90-93.

<sup>457</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1069.

LEC), los que deberán acreditarse fehacientemente (artículo 713 I LEC).

La indemnización acordada ante el incumplimiento de una obligación negativa puede ser, por consiguiente, tanto sustitutiva como complementaria de la propia prestación que incumbe al ejecutado, y siempre protegerá al acreedor de los daños extrínsecos que dicha conducta le haya irrogado<sup>458</sup>. Pero nunca podrá ser moratoria, porque la violación de una obligación de no hacer sólo admite dos posibilidades: incumplimiento definitivo si comporta la frustración del fin del negocio, o cumplimiento defectuoso si todavía puede satisfacerse el interés del acreedor mediante la destrucción de lo mal hecho<sup>459</sup>.

En fin, no es extraño que la terminación del procedimiento ejecutivo por un cumplimiento directo del deudor ocasione ciertos daños que deban ser resarcidos. Cierto es que el deudor conserva durante todo el proceso de ejecución la facultad de poner fin a la misma, satisfaciendo el interés del acreedor (artículos 22 y 570 LEC). Pero éste no es ya un cumplimiento voluntario, porque ha supuesto que el aparato judicial fuese puesto en movimiento con el objeto de reintegrar el derecho de crédito del acreedor, de manera que tal cumplimiento puede suponer que el ejecutado deba responder de los daños y perjuicios causados y, sobre todo, que haya de pagar las costas ocasionadas durante la secuela del proceso de ejecución, sin necesidad de que una condena en ese sentido le sea impuesta expresamente (artículo 539 II LEC)<sup>460</sup>.

Todas estas medidas son propiamente indemnizatorias, porque están destinadas a resarcir al ejecutante de ciertos daños ocasionados durante la secuela del juicio y que son imputables a la conducta del deudor (artículo 713 LEC). A este respecto, cabe recordar que el ejecutado, cuando desobedece sin razón la orden

---

<sup>458</sup> ORTELLS RAMOS, *La ejecución*, cit., pp. 376-377.

<sup>459</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 766-767.

<sup>460</sup> DOMÍNGUEZ LUENGO, «Incumplimiento y ejecución forzosa», cit., p. 561.

de cumplimiento librada por el tribunal, asume todos los riesgos que de ahí se sigan por encontrarse en mora (artículos 1096 III y 1100 CC). Esto significa que el caso fortuito revierte sobre él (artículos 1096 III y 1182 CC), y sólo se podrá exonerar probando que los daños hubiesen sobrevenido igualmente de haberse cumplido tempestivamente con la prestación debida (arg. ex artículo 1896 II CC)<sup>461</sup>. La valoración de estos daños se realizará conforme al procedimiento de liquidación contenido en el Libro III, Título V, Capítulo IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, beneficiándose así el acreedor de la mayor celeridad del procedimiento ejecutivo de obligaciones dinerarias al que con posterioridad se puede acoger.

### **3. La operación de reemplazo**

La operación de reemplazo es la última de las figuras a través de las cuales el acreedor puede obtener una sustitución de la prestación debida y no efectuada por el deudor. Ella comporta un expediente que permite a la parte afectada concluir provisionalmente la relación contractual incumplida, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias perjudiciales de ese incumplimiento<sup>462</sup>. Sin embargo, la forma de llevar a cabo tal reemplazo es múltiple, y cada una de sus modalidades produce efectos distintos en relación con la suerte del contrato incumplido y con los posteriores deberes de liquidación que surgen para las partes. Esa particular configuración condicionará además los límites con que vendrá dispuesta la facultad de cobertura del acreedor.

---

<sup>461</sup> Por todos, OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 269-273.

<sup>462</sup> SCHEGGI, R., *Compravendita, trasporto e noleggio, assicurazione. Lezioni universitarie di Diritto commerciale* (Napolés, Jovene, 1937), núm. 32, p. 135.

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

El común denominador de estas formas de reemplazo es el hecho de que existe un contrato que sustituye al incumplido, celebrado con la finalidad de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor<sup>463</sup>. Pero a ese sustrato básico se añaden una serie de circunstancias que particularizan el reemplazo y hacen que el contrato sea más o menos dirigido por el ordenamiento. De ahí que sea más exacto mentar esta modalidad de sustitución como operación de reemplazo, para dar cabida a esos supuestos en que el negocio celebrado por el acreedor no está libre de injerencias externas en cuanto a alguno de los aspectos concretos relativos a la determinación de sus elementos o en lo que atañe a su conclusión. Dicho término es suficientemente comprensivo para englobar los distintos ámbitos involucrados en la negociación que concluye con la obtención por parte del acreedor de una prestación equivalente a aquella que le correspondía en virtud del contrato incumplido, y cuyo coste puede ser legítimamente transferido al deudor incumplidor con posterioridad<sup>464</sup>. El término mienta, entonces, el completo itinerario que comienza con las negociaciones entre el acreedor y un tercero, sigue con la conclusión del negocio de cobertura y concluye con la invocación de este último por parte del acreedor como método de valoración de su pretensión indemnizatoria contra el deudor fundada en la fuerza obligatoria del contrato incumplido.

En cuanto fenómeno de sustitución, la operación de reemplazo presenta dos características relevantes.

---

<sup>463</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1080; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 789; FUENTES GUÍÑEZ, R., *La extensión del daño contractual* (Madrid, La Ley, 2009), p. 250; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 183; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios europeos de Derecho de los contratos (con especial referencia al Derecho español)», AC 4 (2000), p. 1247; SOLER PRESAS, A., «Artículos 75-76», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Thomson-Civitas, 1997), p. 613, y *La valoración del daño*, cit., p. 111.

<sup>464</sup> VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., p. 193.

La primera de ellas dice relación con el propósito práctico con el cual se concluye el nuevo contrato. La causa que motiva su celebración debe ser necesariamente el deseo de cubrirse del incumplimiento<sup>465</sup>. El negocio de cobertura tiene así una función clara y exclusiva: tapa el incumplimiento del deudor y resguarda el interés del acreedor<sup>466</sup>. Ella sirve para discriminar entre aquellas situaciones en que el acreedor celebra un negocio con una finalidad relacionada de manera directa o indirecta con el incumplimiento y el supuesto en que el nuevo contrato guarda una correspondencia más o menos exacta con el incumplido en función sustitutiva<sup>467</sup>.

La segunda característica es que la prestación sustitutiva se obtiene de un tercero. El término «tercero» se debe entender aquí en relación con el principio de relatividad contractual, según el cual los contratos sólo producen efecto obligacional entre las partes que los otorgan y quienes los hayan sucedido (artículo 1257 CC). En la operación de reemplazo, la prestación es ejecutada por un tercero con el que el acreedor contrata para ese

---

<sup>465</sup> En inglés, el verbo «cubrir» (*cover*) tiene una significación específica en materia de responsabilidad, y eso explica su uso a propósito de la figura ahora en comento (cfr. §§ 2-712 y 2A-518 UCC): designa la acción de proteger a alguien de una pérdida, daño o accidente mediante la contratación de un seguro. Véase, respecto de ambos sustantivos, GARNER, B. (ed.), *Black's Law Dictionary* (Saint Paul, Thomson-West, 8ª ed., 2004), V. «Cover» y «Coverage», p. 394.

<sup>466</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, V. «Cobertura» (1ª acepción).

<sup>467</sup> El *Restatement (2nd) of Contract* utiliza una terminología diferente para referir dos supuestos relacionados con la idea de sustitución. Habla así de «*substituted contract*» para conceptualizar un contrato aceptado por el acreedor en satisfacción de la obligación del deudor con efecto extintivo (§ 279), y de «*substitute transaction*» cuando el acreedor celebra un contrato con una prestación materialmente equivalente para evitar las consecuencias perjudiciales del incumplimiento del deudor obligado originalmente a cumplirla (con ocasión del § 350). En el primero caso hay un supuesto de novación (artículo 1203 núm. 1 CC), y en el segundo una operación de reemplazo en el sentido aquí utilizado. Véase los sinónimos de este último en BURTON, W. C., *Burton's Legal Thesaurus* (Nueva York, Macmillan Library Reference, 3ª ed., 1998), V. «Cover (Substitute)», p. 134.

fin, puesto que éste no es quien debe proveerla según el contrato incumplido. Este segundo contrato se celebra así en interés del propio acreedor, y nunca a nombre y por cuenta del deudor<sup>468</sup>. Hay, por consiguiente, dos contratos: uno incumplido, concluido entre el primer deudor y el acreedor insatisfecho; y otro de cobertura, celebrado entre ese acreedor y un tercero que se compromete a ejecutar la prestación incumplida del primero.

El nuevo deudor es siempre un tercero respecto del primer contrato, incluso si se admite la improbable posibilidad de que la prestación sea procurada por el propio acreedor mediante un autocontrato, porque en ese caso concurre al nuevo contrato asumiendo una posición jurídica distinta de aquella que tiene en el contrato incumplido. El carácter de tercero se determina, entonces, de acuerdo con el alcance de la regla contractual, que fija las posiciones jurídicas de los contratantes. Dicho de otra forma, quien proporciona una prestación equivalente para satisfacer el interés del acreedor es una persona distinta (a efectos jurídicos) de las dos que intervienen en el contrato incumplido. Si se quiere, el deudor de cobertura no es más que un tercero interesado, dado que todos los acreedores lo son en última instancia mientras su crédito (a la contraprestación) no haya sido satisfecho<sup>469</sup>.

Para acabar, hay un efecto relacionado con la posterior invocación del negocio de cobertura contra el deudor incumplidor que, por el momento, sólo cabe enunciar. Se ha dicho ya antes que el acreedor contrata con un tercero, de manera que el nuevo negocio le es ajeno al contratante inicialmente obligado. Esto sitúa el alcance del negocio de cobertura en el ámbito de la llamada eficacia contractual indirecta, porque éste tiene incidencia en una esfera jurídica que naturalmente le es obligacionalmente extraña.

---

<sup>468</sup> Véase *infra*, § 5, I, 1.

<sup>469</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad*, cit., pp. 124-133.

Dicha forma de eficacia puede adoptar dos modalidades, una refleja y otra provocada<sup>470</sup>.

La primera se da cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas, sea que estén entre sí ordenadas por algún criterio jerárquico de valoración (por ejemplo, el fiador respecto de la relación crediticia que garantiza), sea que coexistan entre sí y se condicionen recíprocamente (por ejemplo, los derechos de los acreedores que concurren a un concurso), sea que una de ellas derive de otra que le sirve de sustento (por ejemplo, el subarriendo respecto del arriendo). La segunda modalidad comparece cuando el contrato se emplea como fundamento de la toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego, como ocurre cuando una o ambas partes fundan en aquél una pretensión dirigida contra un tercero u oponen su celebración a una pretensión de éste («oponibilidad»), o cuando ese tercero se sirve de la celebración de un contrato ajeno como fundamento de una pretensión dirigida contra quienes lo celebraron o como contestación de la pretensión que éstos invocan contra él («utilizabilidad»). Sin profundizar más por el momento en las consecuencias que esto entraña, el negocio de cobertura incide sobre el contrato incumplido merced a la primera manifestación de la eficacia provocada, vale decir, por vía de oponibilidad. En suma, todo el problema referido a su utilización reside en el alcance que se ha de reconocer a esta oponibilidad como medida de valoración del daño que se reclama del deudor que ha incumplido el contrato originario.

### III. EXCURSO: LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL REMEDIO INDEMNIZATORIO

---

<sup>470</sup> Por todos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad*, cit., pp. 156-160.



Para acabar, conviene cerrar correctamente el análisis del remedio indemnizatorio iniciado en el apartado anterior, cuya procedencia exige algunos elementos adicionales al mero incumplimiento del contrato. Su supuesto de hecho específico viene integrado además por la existencia de un daño cierto para el acreedor, que precisa establecer cuándo debe el deudor responder por él (*an respondetur*) y cuáles entre ellos han de ser efectivamente indemnizados (*quantum respondetur*). La primera cuestión se resuelve a través de la imputación subjetiva del incumplimiento (1), y la segunda merced a la imputación objetiva del daño sufrido por el acreedor (2). Una correcta conceptualización de la operación de reemplazo sólo es posible en la medida que se comprende adecuadamente la construcción dogmática de la indemnización de perjuicios como remedio del acreedor, y tal requiere prestar atención a estas dos formas de imputación, para acabar con algunas ideas de recapitulación respecto de la naturaleza objetiva de la responsabilidad por incumplimiento y la convergencia de la previsibilidad en torno al alcance de la regla contractual (3). Estos mimbres servirán posteriormente para urdir la explicación sobre el fundamento y estructura de la operación de reemplazo en derecho español<sup>471</sup>.

### **1. La imputación subjetiva: las esferas de riesgo**

La imputación subjetiva tiene por finalidad atribuir el resarcimiento del daño a partir de la responsabilidad que le cabe al deudor en el incumplimiento, vale decir, busca establecer que este último tiene su origen en un comportamiento que cabe poner de cargo del aquél. Si el contrato comporta un instrumento por el cual se reparte el riesgo relacionado con la consecución de una determinada prestación, la cuestión estriba en determinar qué

---

<sup>471</sup> Véase *infra*, §§ 5 y 6.

riesgos debe soportar cada parte en su propio patrimonio y, consiguientemente, cuándo una de ellas está legitimada, por el contrato o por la ley, para trasladar el riesgo efectivamente realizado al otro contratante. Estas preguntas obligan a definir el ámbito de riesgos que administra cada uno de los contratantes y los criterios de atribución que determinan que aquél sea redistribuido con posterioridad a su ocurrencia.

Ante todo, conviene reiterar que el riesgo contractual es un concepto objetivo que mienta la posibilidad de que el resultado del negocio no se logre por alguna circunstancia, y que incluye tanto la probabilidad de que exista incumplimiento como de que éste cause efectivamente daños en la esfera patrimonial o personal del acreedor. Desde el punto de vista del deudor, su administración supone evitar que se incurra en un incumplimiento, ordenando su comportamiento hacia una promoción razonable de las condiciones que permitan que éste no ocurra. Cuando no resulta posible, o si es más beneficioso incumplir que no hacerlo (que es teóricamente el supuesto del llamado «incumplimiento eficiente»<sup>472</sup>), la conducta del deudor se

---

<sup>472</sup> Se mienta con este nombre (*efficient breach*) aquel incumplimiento merced al cual el deudor obtiene de un tercero una contraprestación que excede el interés positivo del acreedor, obteniendo así una ganancia adicional. Para el análisis económico del derecho, tal incumplimiento es legítimo porque aumenta el bienestar social, sin que el acreedor se vea privado de la satisfacción de su derecho de crédito mediante una indemnización compensatoria. Fuera de que sus argumentos últimos (sistemáticos y económicos) son más que discutibles y que una solución así repugna a un sistema que debe estar asentado sobre la justicia, en los ordenamientos continentales su aceptación queda excluida por la propia articulación de los remedios a disposición del acreedor, que le permite: (i) reclamar siempre el cumplimiento específico hasta el límite de la imposibilidad de la prestación o de un cumplimiento excesivamente onerosos para el deudor; (ii) pretender la contraprestación que el deudor ha recibido o espera recibir por un contrato cuyo cumplimiento impide el debido para con el acreedor (*commodum ex negotiatione*); y (iii) ser indemnizado en caso de dolo «*de todos los [daños] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*» (artículo 1107 II CC). La doctrina española no se ha ocupado mayormente de la cuestión. Véase, con todo, BARRÓN ARNICHES, P., «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de *efficient breach of contract*?», *Diario La Ley*, núm. 6839

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

habrá de enderezar a procurar la minimización de los daños que de ello se sigan para el otro contratante, sea mediante una renegociación, sea merced de un subrogado del cumplimiento. Para el acreedor, en tanto, la gestión del riesgo contractual comporta la imposición de una carga de colaboración para que el propósito práctico perseguido efectivamente se consume<sup>473</sup>, y otras destinadas a morigerar las consecuencias que se sigan del incumplimiento tanto para él como para el deudor (cargas de comunicación del incumplimiento y del remedio elegido, y cargas materiales de mitigación y conservación<sup>474</sup>). El acreedor administra razonablemente el riesgo que el contrato pone de su cargo, entonces, cuando evita que el incumplimiento produzca una lesión de su derecho de crédito de tal magnitud que no sólo entrañe la desviación del programa de prestación, sino además la frustración final de su interés y un daño cierto en su esfera patrimonial o personal; y, también, cuando impide que ese incumplimiento genere una alteración de su propia capacidad económica, que ponga en peligro el cumplimiento de los compromisos contraídos para con sus propios acreedores («daño en cascada»<sup>475</sup>).

Por cierto, el modo en que más claramente se manifiesta la administración del riesgo contractual por parte del acreedor es en la elección del remedio idóneo para satisfacer su interés<sup>476</sup>. Así,

---

(2007), y MUÑOZ ARANGUREN, A., « Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de “efficient breach”», *InDret 2* (2012), especialmente pp. 30-34; así como las referencias de GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños*, cit., pp. 32-38; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1032-1034; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 55-56, y VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 49-63.

<sup>473</sup> Véase el artículo 58 I PACCom.

<sup>474</sup> VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable», cit., pp. 224-249.

<sup>475</sup> VINEY/JOURDAIN, *Les conditions*, cit., núm. 359, pp. 207-208.

<sup>476</sup> Cuestión de la que se ha ocupado exhaustivamente el análisis económico del derecho.

por ejemplo, si los precios han experimentado alzas, al acreedor le interesará resolver el contrato y reclamar una indemnización según el valor actual de la prestación antes que perseverar en el cumplimiento específico del contrato, o bien hacerlo con la finalidad de acudir al mercado para adquirir un bien sustitutivo, cuando tal sea una alternativa viable y subsista su interés en el contrato, cobrando posteriormente esa diferencia a título de resarcimiento; en cambio, cuando no existe para aquélla un mercado apropiado o éste es escaso, su interés se concretará en insistir en la cabal observancia del acuerdo hasta el límite impuesto por la imposibilidad o excesiva onerosidad de cumplir en naturaleza; mientras que, si conforme a la buena fe no cabe exigirle que siga vinculado por el contrato, el acreedor se decantará por ejercer la facultad resolutoria y obtener la restitución de la prestación ya enterada, cuando los precios han disminuido notablemente o se ha frustrado definitivamente su interés en el cumplimiento<sup>477</sup>. Si la prestación incumplida es de hacer, también la indemnización de perjuicios se presenta como el remedio más aconsejable, pues forzar al deudor al cumplimiento hace difícil controlar la calidad del servicio sobre el que se contrató, además de introducir el riesgo de que se incurra en un comportamiento contractual forzado cuyo coste sea superior al valor que el resultado de ese comportamiento le reporta al otro contratante<sup>478</sup>.

Resta definir cuál es el ámbito concreto de riesgo que gestiona cada parte contratante, con el cual se conectan los comportamientos exigibles recién descritos. En principio, todo riesgo se asigna de alguna forma, pues es imposible que, ocurrida una contingencia, uno o ambos contratantes no queden afectados

---

<sup>477</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 25-26; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 92; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico», cit., p. 287.

<sup>478</sup> SHAVELL, S., «Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis», *Texas Law Review* 84 (2006), p. 831.

negativamente por sus consecuencias<sup>479</sup>. Para estos efectos, el riesgo relevante es aquel que queda comprendido en los límites temporales del programa de prestación y en relación con su consecución, esto es, aquel cuya ocurrencia tiene lugar dentro del espectro que se inicia con la celebración del contrato y concluye con su consumación y agotamiento por la obtención del resultado querido<sup>480</sup>. Aparte de ciertos supuestos de responsabilidad postcontractual, todo riesgo acaecido fuera de ese ámbito es irrelevante para el derecho de contratos y lo sufre el sujeto sobre el que recae la contingencia, dado que la pérdida de una cosa revierte siempre sobre su dueño (*res perit domino*) y el riesgo de la imposibilidad sobre el que la padece. Lo mismo ocurre con aquellos comportamientos ajenos al desenvolvimiento del concreto programa de prestación, dado que el evento dañoso es en estos casos extraño a la materia y contenido del contrato<sup>481</sup>.

Efectuada esta segregación inicial entre los riesgos situados dentro de la esfera contractual y aquellos que son extravagantes a ella, el paso siguiente consistirá en delimitar hasta dónde se extiende el control que sobre ellos cabe exigir al deudor. La respuesta a esta cuestión se extrae del material que proporcionan los artículos 1101 y 1105, por una parte, y 1106 y 1107 CC, por otra, que no siempre han sido entendidos relacionamente.

El primero de ellos enumera los supuestos en que el deudor debe responder de la indemnización de daños y perjuicios, y ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina dada la inconsistencia dogmática que supone poner en paridad dos tipos de contravención del programa de prestación (morosidad y contravención de cualquier modo al tenor de la obligación) y dos

---

<sup>479</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 963.

<sup>480</sup> Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 86-91.

<sup>481</sup> En ciertos supuestos no será tan difícil trazar una línea divisoria entre el ámbito contractual y el extracontractual, y se producirá el conflicto normativo denominado de «conurrencia o cúmulo de responsabilidades», que se soluciona a favor del contrato y del ámbito de protección que éste envuelve.

clases de comportamiento imputable del deudor (dolo y negligencia)<sup>482</sup>. Por su parte, el artículo 1105 CC establece que «*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*», conceptualizando así el caso fortuito como supuesto general de exoneración de responsabilidad contractual (artículos 457, 484, 1488, 1575 I, 1602, 1625 I, 1744, 1745 y 17484 CC). Con el artículo que sigue se abre el tratamiento de la extensión de los daños resarcibles: por regla general, el deudor viene obligado a indemnizar la pérdida que haya sufrido (daño emergente) y la ganancia que haya dejado de obtener (lucro cesante) el acreedor como consecuencia del incumplimiento (artículo 1106 CC). Cierra la serie el artículo 1107 CC, que distingue entre el deudor que incumple con dolo y el deudor de buena fe a efectos de fijar la efectiva extensión del daño resarcible.

Esta conjunción de normas se interpretó tradicionalmente como la asunción de un sistema de responsabilidad contractual centrada en la culpabilidad, de manera que el deudor quedaba sujeto a la indemnización por los daños causados cuando éstos provenían de su culpa o dolo<sup>483</sup>. Pero tal no es la correcta inteligencia de las normas que el Código Civil dedica a la materia, y eso explica los diversos intentos de relectura que se han emprendido desde mediados del siglo XX<sup>484</sup>.

El artículo 1101 CC enumera cuatro situaciones por las que cabe imputar al deudor el incumplimiento que ha infligido daños al acreedor<sup>485</sup>. El propósito del código es adoptar un criterio de

---

<sup>482</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 932, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 713.

<sup>483</sup> Véase la nota 35.

<sup>484</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 712-715.

<sup>485</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 542, refiriéndose al artículo 1011 del Proyecto de 1851, sustancialmente coincidente con el actual artículo 1051 CC, señalaba: «Todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa o negligencia no debe perjudicar sino a su autor, y los números 3 y 4 envuelven por lo menos culpa».

---

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

construcción que pretende ser unitario, pues trata de señalar los distintos supuestos que dan origen a la obligación resarcitoria del deudor incumplidor<sup>486</sup>. Esto explica que, tras la enumeración, los artículos siguientes se dediquen a desarrollar cada uno de esos supuestos, comenzando por el dolo (artículo 1102 CC) y continuando por la negligencia (artículos 1103 y 1104 CC)<sup>487</sup>. Si se quiere, el error en el proceso final del itinerario codificador fue doble. Por una parte, no se sistematizó correctamente la morosidad, dado que el nacimiento de ese estado viene explicado en el artículo 1100 CC, que precede a su enumeración como supuesto de responsabilidad contractual (artículo 1101 CC)<sup>488</sup>. Este desorden es la causa de la incorrecta comprensión de la mora dentro de la responsabilidad por incumplimiento. Al mismo

---

<sup>486</sup> MOZOS TOUYÁ, «En torno a la idea de incumplimiento», cit., p. 153

<sup>487</sup> Véase la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007/388), que no exige que el incumplimiento causalmente imputable al deudor sea doloso o culposo, salvo previsión específica en este sentido, para que éste dé origen al deber de indemnizar, bastando para ello una situación de morosidad o contravención al tenor de la obligación que no traiga causa de la concurrencia de un supuesto de caso fortuito.

<sup>488</sup> El Código Civil realiza dos operaciones respecto de la morosidad. La primera es la refundición de las tres secciones que, en el Proyecto de 1851, componían la disciplina del efecto de las obligaciones contractuales (Libro III, Título V, Capítulo III), que en el código componen un solo e indiviso capítulo (Libro IV, Título I, Capítulo II). Merced a ella, la mora deja de estar referida al deudor que se ha obligado a entregar una cosa (artículo 1007 del Proyecto de 1851) y se generaliza para incluir también las obligaciones de hacer (artículo 1100 CC), como ocurría en el *Code Civil* francés (artículo 1146) y el *Codice Civile* italiano de 1865 (artículo 1223). Originalmente, la mora formaba parte del efecto de las obligaciones todavía posibles de cumplir como criterio de imputación de daños (artículo 1011 núm. 4º del Proyecto de 1851) y traslación de riesgos (artículo 1106 del Proyecto de 1851), atribuyendo al deudor el deber de resarcir la integridad de la pérdida experimentada y la ganancia que ha dejado de percibir el acreedor (artículo 1015 del Proyecto de 1851) cuando el perecimiento o extravío de la cosa debida se producida estando incurso en mora (artículo 1160 del Proyecto de 1851). En el código, en cambio, la mora queda situada como un elemento de transición entre los efectos de las obligaciones de dar (artículo 1094-1097), hacer (artículo 1098) y no hacer (artículo 1099), y la disciplina del resarcimiento (artículos 1101-1108), que alude a ella como un factor de imputación (artículo 1101).

tiempo, el concepto de culpa quedó difuminado en varias normas con significación equívoca. De ella se habla, entre otros, en los artículos 1104 y 1183 CC: en el primero se equipara este término y la negligencia, y se da una definición conjunta de ambos, mientras que en el segundo se contraponen al caso fortuito.

El artículo 1101 CC prevé una regla de cierre, según la cual quedan sujetos a la indemnización los que de cualquier modo contravinieren al tenor de una obligación (contractual). Sobre este último supuesto conviene detenerse brevemente. La responsabilidad que de ahí surge viene referida al deudor que no ha obrado con dolo, culpa o morosidad, que son los otros modos por los cuales se puede incumplir (o contravenir) una obligación contractual (y que el código desarrolla expresamente); pero que tampoco se beneficia de la exoneración que sigue del acaecimiento de un caso fortuito (artículo 1105 CC), porque entonces no habría secuencia lógica con el enunciado del artículo 1101 CC («[q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones [...]»). Si en el código promulgado se reformuló la redacción con que dicha partícula venía consignada en el Proyecto de 1851 (artículo 1011 núm. 3º), la razón no puede ser otra que la búsqueda de la adecuada correspondencia entre este supuesto residual y los otros tres de los que se trata expresamente. Si es así y la frase final dice algo con sentido, la mención de cierre del artículo 1101 CC está relacionada con una zona de dificultad por la que el deudor incumplidor responde en virtud del contrato y en la cual la comparecencia del dolo, la negligencia y la morosidad es en principio indiferente<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 102 (pp. 167-168) y 109 (p. 175); Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 726-727 y 746; MOZOS TOUYÁ, «En torno a la idea de incumplimiento», cit., pp. 153-154; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 6-7 y 12-13; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2449-2450 y 2462; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 52-53; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1068-1071, y «Las nuevas bases», cit., p.



Los problemas de comprensión surgen a partir de una errata no del todo advertida al acometer la revisión del Proyecto de 1851. En este último, la mención a la contravención aludía a cualquier comportamiento del deudor distinto del que estaba previsto en el título de la obligación, aunque fuese en el modo de ejecutarlo (artículo 1011 núm. 3º)<sup>490</sup>, modalidad de incumplimiento reservada preferentemente para las obligaciones de hacer<sup>491</sup>. Eso explica que en el mentado Proyecto (así como hoy en el artículo 1098 CC) se hiciese referencia a esa contravención con idéntica precisión (ausente empero en el código)<sup>492</sup>, y que García Goyena citase Dig. 50, 17, 121 como su fuente<sup>493</sup>. Con todo, este autor generalizaba la regla romana, de suerte que el sentido de la expresión quedaba fijado así: «el que contraviene al contrato, no lo cumple, antes bien lo infringe; y de consiguiente queda obligado al resarcimiento de daños e intereses, por el artículo

---

1740; ROJO AJURIA, L., «Dolo (en el cumplimiento de las obligaciones) (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), II, pp. 2584-2585.

<sup>490</sup> El artículo 1011 del Proyecto de 1851 decía: «*Quedan sujetos a la indemnización de perjuicios y abono de intereses los contrayentes: [...] 3º. Por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo.*»

<sup>491</sup> En el Proyecto de 1851, la mora sólo concurría respecto de las obligaciones de dar (artículo 1007). Para las obligaciones de hacer no cabían más que dos opciones de incumplimiento: no prestar el servicio que consista en ese hacer o hacerlo imperfectamente, contraviniendo en el modo lo pactado (artículo 1008). Propiamente, entonces, el artículo 1011 fijaba los criterios de imputación bajo un criterio de especialidad: del dolo y la culpa se respondía en todos los contratos (artículos 1012 y 1013), mientras que de la contravención a lo pactado y de la morosidad sólo en las algunas clases de obligaciones (artículos 1007 y 1008). Es García Goyena quien introduce en sus comentarios la confusión de criterios al equipar culpa y negligencia, y reconducir también a ella la morosidad y la contravención (véase la nota 488).

<sup>492</sup> El artículo 1008 del Proyecto de 1851 señalaba: «*Si el obligado a prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar a su costa./ Esto mismo se observará si lo hiciere contraviniendo en el modo a lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho.*»

<sup>493</sup> Dig. 50, 17, 121: «*Se considera que el que no hace lo que debe hacer obra contra esto, porque no lo hizo; y se considera que el que hace lo que no debe hacer no hace lo que se le mandó que hiciera.*»

1011 [hoy artículo 1101 CC]»<sup>494</sup>. En suma, el deudor es responsable porque su comportamiento es distinto del programado en la regla contractual<sup>495</sup>, vale decir, porque no ha observado una conducta destinada a satisfacer el interés del acreedor según el contrato<sup>496</sup>.

Por su parte, el análisis semántico del artículo 1101 CC lleva a concluir que la contravención al tenor de la obligación mienta un factor de imputación que autoriza al acreedor a reclamar una indemnización del deudor incumplidor, y que configura o un criterio distinto de la negligencia, el dolo y la mora o uno que permita su generalización<sup>497</sup>. De ambos sentidos, parece preferible el segundo, de manera que en el período final del citado artículo comparecen todos los supuestos de contravención del programa de prestación que conllevan daños para el acreedor y sean imputables al deudor<sup>498</sup>. El artículo 1183 CC alude a este criterio general todavía con el nombre de «culpa», dado que la pérdida de la cosa debida en poder del deudor sólo puede tener su origen en aquélla o en un caso fortuito (cfr. artículos 1122, 1135, 1136, 1147, 1563 y 1625 CC)<sup>499</sup>. Sin embargo, la expresión está tomada ahí en el sentido de imputación al deudor de una determinada

---

<sup>494</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 541.

<sup>495</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, V. «Contravenir».

<sup>496</sup> Señeramente, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2, cit., p. 429.

<sup>497</sup> Según la función semántica que se atribuya a la conjunción «y» que precede la frase de cierre del artículo 1101 CC.

<sup>498</sup> Así también CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 865-866, 889-890 y 932, e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 123, aunque para ellos la contravención al tenor de la obligación es una expresión comprensiva de cualquier supuesto de incumplimiento en sentido material (no cumplir, cumplir tarde o cumplir mal). En el sentido aquí sugerido, DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 102, p. 168, y JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 90 y 100-101.

<sup>499</sup> Esto se debe a que el artículo 1182 CC conserva una redacción sustancialmente idéntica al artículo 1161 del Proyecto de 1851.

acción dañosa como consecuencia de su conducta contractual<sup>500</sup>, por lo que con ella se quiere referir el concepto técnico que hoy se designa con el nombre de «imputación subjetiva» (*imputatio iuris*)<sup>501</sup>, y no la definición normativa del artículo 1104 CC (ausente en el Proyecto de 1851). Por eso, la pérdida fortuita es aquella que se produce «*sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*» (artículo 1182 CC), es decir, aquella que no le puede ser imputada subjetivamente y no origina responsabilidad contractual en el sentido del artículo 1101 CC<sup>502</sup>. Con esta lectura se descubre que la regla no tiene otro propósito que dar por establecido un hecho que se desconoce, como es la imputación de la pérdida al deudor, y que se infiere a partir de un indicio conocido: que esa pérdida hubiese ocurrido encontrándose la cosa en su poder (cfr. artículo 461 CC). El fundamento de esta presunción es, entonces, que el deudor responde siempre por el hecho de estar obligado (cfr. artículos 1563 y 1769 CC), con independencia de la diligencia que haya demostrado en el

---

<sup>500</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, V. «Culpa» (1ª acepción).

<sup>501</sup> Por todos, CUENA BOY, F., *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el Derecho romano clásico* (Santiago de Compostela, Andavira, 2010), pp. 187-188 y 194-222, con referencias bibliográficas en nota 381; PANTALEÓN PRIETO, «Culpa», cit., pp. 1863-1865, y «Responsabilidad contractual», cit., p. 5923.

<sup>502</sup> La cuestión era más clara en el Proyecto de 1851: ahí la culpa del deudor que impide que la obligación se extinga por pérdida de la cosa debida (artículo 1160), y la que impone el deber de responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (artículo 1011), eran una misma cosa y, coherentemente, la indemnización lo comprendía todo: el valor de la cosa no entregada y los demás daños (artículo 1015), vale decir, el completo *id quod interest* del acreedor (véase la nota 61). Claro es que en aquél la culpa era un concepto separado de la mora (artículo 1160), que contaba con un supuesto propio y un alcance limitado (artículo 1007), pero comprensivo de cualquier comportamiento contractual que no cupiera calificar de caso fortuito (artículos 1014 y 1161). Esto explicaba que la falta de diligencia debida fuese sólo negligencia (artículos 1011 núm. 2º y 1013), sin equiparación entre ella y la culpa (como hoy en el artículo 1104 CC).

cumplimiento de la obligación (artículo 1104 CC)<sup>503</sup>. Siendo así, la ley asume que es él quien debe controlar los riesgos propios del programa prestacional que pueden afectar el cumplimiento, por lo que la carga probatoria de la exoneración queda radicada en él (artículo 217 III LEC).

De lo anterior se sigue que la imputación subjetiva en el ámbito contractual no es igual a responsabilidad subjetiva, que es aquella que implica una valoración de la conducta del autor del daño según un estándar normalizado de comportamiento esperado, porque el incumplimiento del deudor bien puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia del artículo 1104 CC. La atribución de responsabilidad al deudor se efectúa a partir del criterio primario que proporciona la distribución de riesgos operada por el contrato, con independencia de que en el incumplimiento concurren también otros factores relevantes que incidan sobre la efectiva extensión del resarcimiento (artículos 1103 y 1107 CC). La idea de que el contrato implica siempre una asunción de riesgos para el deudor, aunque para ciertos efectos jueguen también otros factores de imputación, comenzó a clarificarse con Grocio (1583-1645), cuya obra *De jure belli ac pacis* (1625) marca un cambio fundamental en la construcción de la responsabilidad por incumplimiento. Según este autor, para que un daño sea indemnizable es necesario que la lesión recaiga sobre un bien o posición jurídica protegida, y entre estas últimas comparece el contrato<sup>504</sup>. La responsabilidad viene conectada así con el hecho que la genera, que no es otro que el daño a un bien jurídico digno de tutela.

Con más detalle, este nuevo planteamiento es recogido y desarrollado por Domat. Este autor distingue entre la

---

<sup>503</sup> Idea sobre sobre la que insistía PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., p. 157, y reiteraba después en sus *Fundamentos*, I-2, cit., p. 360. Así también, MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 173.

<sup>504</sup> GROTIJ, H., *De jure belli ac pacis* (Ámsterdam, Iohannem Blaev, editio nova, 1646), lib. II, cap. 17, núm. 2 (p. 289).

responsabilidad que se produce por una acción del deudor que causa un perjuicio visible sobre cosas debidas o ajenas y aquella que nace de la omisión de un deber asumido contractualmente<sup>505</sup>. Esta partición atraviesa la clasificación de las fuentes de las obligaciones, dado que la primera se puede calificar indistintamente de responsabilidad contractual o extracontractual, mientras que la segunda es propia del ámbito de protección creado por el contrato.

Sobre este segundo modo de incurrir en responsabilidad, Domat había tratado al analizar «*des engagements qui suivent naturellement des conventions*»<sup>506</sup>. Ahí señala que el primer efecto de un contrato es la posibilidad de cualquiera de las partes para obligar a la otra a cumplir su compromiso, ejecutando a su vez lo que le corresponde si ambas se han obligado recíprocamente<sup>507</sup>. El segundo efecto es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento: «*que celui que manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution, ou du retardement et les circonstances [...]*»<sup>508</sup>. En otras palabras, Domat reconoce al acreedor la pretensión de cumplimiento si todavía es posible la prestación, y la indemnización de perjuicios cuando el incumplimiento es definitivo o el deudor está incurso en mora. La culpa y la mora no se mencionan, porque hasta el momento el autor trata sólo de los efectos que naturalmente se siguen de la fuerza obligatoria del contrato<sup>509</sup>, y remite para fijar su extensión a los criterios formulados a propósito de la compraventa<sup>510</sup>, donde

---

<sup>505</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 3º, tít. V, pr.

<sup>506</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. I, secc. 3ª.

<sup>507</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. I, secc. 3ª, art. 2.

<sup>508</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. I, secc. 3ª, art. 4.

<sup>509</sup> Véase las notas 10-12.

<sup>510</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. II, secc. 2º, arts. 17-18.

recoge la regla de la previsibilidad (cfr. Cod. Iust. 7, 47). Más adelante, y siempre dentro del ámbito contractual, aborda la posibilidad de que se causen daños por alguna razón que exceda la mera inobservancia del deber de prestación, y es entonces donde comparecen la culpa (*négligence*) y el dolo (*mauvaise foi*) como fundamentos de la obligación resarcitoria<sup>511</sup>.

Pothier insistirá todavía en la construcción de un sistema unitario basado en la generalización del régimen de las obligaciones de buena fe y en una delimitación funcional del concepto de imposibilidad sobrevenida<sup>512</sup>. El único inconveniente de la formulación de Pothier es la doble localización de la culpa, que enturbia el sistema y conduce a una interpretación en clave subjetiva.

Ahora bien, dado que la imputación subjetiva persigue determinar cuándo un incumplimiento queda de cargo de cargo del deudor, su establecimiento se puede acometer de forma positiva o negativa. Del primer expediente hace uso el artículo 1101 CC, cuando define los supuestos por los que el deudor responde, mientras que del segundo se sirve el artículo 1105 CC para excluir los incumplimientos fortuitos. Combinando ambos cabe formular la regla de imputación subjetiva del siguiente modo: el deudor responde del incumplimiento por haber contravenido el contrato hasta el límite de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. De esto se sigue que la imputación del incumplimiento comporta una calificación jurídica de la conducta o situación del deudor incumplidor<sup>513</sup>, y queda referida a los riesgos que éste debió prever o controlar conforme al programa de prestación para el que el resultado esperado se concretase<sup>514</sup>.

---

<sup>511</sup> DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. I, secc. 3ª, art. 8.

<sup>512</sup> Respectivamente, POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 9 y 656.

<sup>513</sup> Véase, por ejemplo, la STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8439).

<sup>514</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 52.

## § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

---

El problema de la imputación subjetiva se reduce así a delimitar el ámbito de riesgos que el contrato pone de cargo del deudor, cuya materialización origina el deber de indemnizar. De un esfuerzo de clasificación a partir del material normativo existente, surge la siguiente tipología de riesgos cuya administración recae por el contrato o por la ley en el deudor: (i) riesgo típico, (ii) riesgo previsible, (iii) riesgo de colaboración y (iv) riesgo por resultado. De ellos, interesan ahora sólo los dos primeros<sup>515</sup>.

### (a) *El riesgo típico*

El ámbito de vinculación que con mayor evidencia se desprende del contrato es aquella esfera de riesgo que corresponde administrar a cada uno de los contratantes en virtud del contenido

---

<sup>515</sup> El riesgo de colaboración queda comprendido por la esfera intermedia situada entre la esfera típica y aquella que va más allá de ella, referida a la responsabilidad del deudor por los terceros que lo auxilian en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y por aquellos a quienes ha encargado la ejecución del contrato o que colaboran con él en su cumplimiento, sin que importe en principio la clase de relación que media entre ambos. La única excepción es la de aquellos terceros que, por su vínculo de subordinación y dependencia, se entienden incorporados a la empresa del deudor y, por tanto, a su esfera típica de riesgo. No existe actualmente una regla unitaria sobre este factor de imputación (aunque sí varias dispersas: artículos 1551, 1564, 1596, 1601, 1721, 1784 y 1890 CC; 262, 289, 587, 618 y 620 II CCom; 21 LAU; 6 y 47 III LCTTM; 6 LTM, y 79 II CISG), como ocurre en el artículo 1189 PMCC. Por su parte, la cuarta esfera está integrada por aquellos casos en que, por disposición de la ley, el deudor responde de todas formas, con una responsabilidad más o menos estricta según sea el caso. Todos estos supuestos comparten la característica común de tratarse de situaciones en que la responsabilidad viene atribuida normativamente en virtud de que el deudor se encuentra en un cierto estado de contradicción con la regla contractual o de vulneración de una prohibición legal (similar a aquellos que abarca el principio *in versari in re illicita* en materia penal). Los casos paradigmáticos son los de responsabilidad por mora (artículos 1096 III, 1182 y 1744 CC) y dolo (artículo 1107 CC). Sin embargo, este último riesgo no importa propiamente atribución de responsabilidad, y es más bien una cuestión de imputación objetiva relacionada con el fin de protección de la norma. Así, CAVANILLAS MUGICA, S., «Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad», CDJ 8 (1996), pp. 628-630.

típico de su propio deber de prestación (*Gefahrenbereich*)<sup>516</sup>. El tipo contractual elegido impone a los contratantes la obtención de un determinado resultado material relacionado con la satisfacción del interés del acreedor, de suerte que ellos asumen sobre sí los riesgos conectados con su promesa de prestación o, dicho de otra forma, responden de ella hasta el límite de los riesgos controlables según el contrato. Esta mayor o menor dificultad que entraña la obtención del resultado que debe procurar el deudor favorece que afloren al contrato las contingencias que ponen en peligro su ejecución, y que éstas se calculen y trasladen al precio o se distribuyan de otro modo mediante el campo de acción que permite la autonomía de la voluntad (artículos 1102, 1105, 1107 y 1255 CC, 79 CISG, y 80 y 82 TRLGDCU)<sup>517</sup>. Un precio superior al de mercado es indicio de que el deudor ha asumido un mayor riesgo

---

<sup>516</sup> La teoría de las esferas de control (*Sphärentheorie*) fue expuesta germinalmente por Exner (1841-1894) en relación con el círculo industrial del empresario (navieros, hosteleros y transportistas), y luego desarrollada por Rabel (1874-1955) a propósito de su estudio comparado del contrato de compraventa, que sirvió de base a la redacción de la CISG (artículo 79). Por la misma época, JOSSELAND, L., *Cours de droit civil positif français*, II (París, Sirey, 2ª ed., 1933), núm. 451 (pp. 241-242) y 614 (p. 336), acudía a una idea similar para delinear la causa liberatoria en materia contractual, que podía provenir de (i) un hecho del otro contratante («*la faute du cocontractant*») o de (ii) un caso de fuerza mayor («*le cas de forcé majeure*»). Definía esta última como «*l'événement d'origine externe, qui fait irruption, venant du dehors, dans le cercle contractuel*» (por ejemplo, una tormenta, una inundación, un temporal, una guerra, una invasión, una insurrección, una revolución, el bandolerismo, el hecho de terceros, el acto de autoridad, etcétera), y la contraponía al caso fortuito, sin eficacia liberatoria y distinto a su vez del accidente profesional, donde aparecían todos «*[les] événements [anonymes] d'ordre interne, qui surgissent à l'intérieur de l'entreprise, dans le cercle contractuel*» (por ejemplo, un incendio, el estallido de una caldera, la rotura de una biela o una llanta, las averías de material, un derrape, etcétera).

<sup>517</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1242-1243; CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 155-157; MORALES MORENO, «Autonomía de la voluntad», cit., p. 208; *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 103 y 171; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1027-1028, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 5923 y 5925; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 44-45 y 56.



a cambio de ese aumento en su contraprestación (artículo 1289 CC)<sup>518</sup>.

Esta esfera típica representa el ámbito definido y reconocible de dominio e influencia de cada contratante en relación con la prestación prometida y sobre la que funda su expectativa aquél que tiene derecho a pretenderla. Dicho ámbito viene circunscrito por (i) la cosa misma objeto de la obligación y el tipo contractual elegido (por ejemplo, artículos 1484 y 1485 CC, 116 y 118 TRLGDCU, y 35 y 36 CISG), y (ii) por la empresa o actividad económica usual que desarrolla el deudor<sup>519</sup>, que define las medidas de organización y control que se deben adoptar según el caso en el proceso productivo o de prestación de un servicio para que el propósito práctico perseguido por las partes efectivamente se consume (por ejemplo, artículo 1783 CC)<sup>520</sup>. Pero también quedan integrados en él las intenciones subjetivas del deudor en la medida que no supongan una nueva previsión de los riesgos involucrados en el desenvolvimiento del programa prestacional (artículo 1107 II CC), dado que ellas reflejan las verdaderas motivaciones de los contratantes (artículo 1238 PMCC) y quedan cubiertas por la buena fe con que se comprometen comportar durante la ejecución del programa prestacional (artículos 7 y 1258 CC, y 57 CCom)<sup>521</sup>.

De ahí que el artículo 1107 CC contraponga con una extensión de responsabilidad diferente al deudor doloso y aquel que incumple de buena fe<sup>522</sup>. En un sistema de responsabilidad basado

---

<sup>518</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 171.

<sup>519</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1069, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5929.

<sup>520</sup> Véase, para su desarrollo, RAMOS HERRANZ, I., «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», ADC LIX (2006) 1, pp. 195-225.

<sup>521</sup> VILLEY, «Esquisse historique», cit., p. 50.

<sup>522</sup> La expresión «deudor de buena fe» aparece por primera vez en el artículo 1124 del Proyecto de 1882-1883, que con seguridad fue tomada del artículo 1151 del *Avant-projet de révision du Code civil* belga preparado por François Laurent (1882). La misma idea venía expuesta con anterioridad en sus *Principes*

en la culpa, un precepto como éste es incomprensible, por cuanto el deudor de buena fe debería ser, en principio, un deudor diligente (artículo 1104 CC)<sup>523</sup>. Sin embargo, el sentido de la norma parece estar enderezado a señalar que es la fuerza vinculante del contrato en sí y por sí misma, sin necesidad de una ulterior causa (artículo 1101 CC), la que determina la responsabilidad del deudor por el incumplimiento<sup>524</sup>. Sólo así se explica que el incumplimiento y la buena fe no sean conceptos incompatibles. Esta último refiere la fidelidad del deudor hacia el programa prestacional, con independencia de la precisa valoración que merezca su comportamiento, y sólo se rompe cuando concurre dolo, vale decir, cuando hay una voluntad deliberada de incumplir para obtener un provecho al margen de la regla contractual y sin importar las consecuencias que de ahí se sigan (incluyendo los casos patológicos más bien ajenos al mercado donde comparece la intención positiva de dañar, y también aquellos en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo)<sup>525</sup>.

---

*de droit civil français*, XVI (Bruselas/París, Bruylant/Marescq, 3ª ed., 1878), núm. 256 (pp. 319-320) y 285-286 (p. 345), para explicar los artículos 1150 y 1151 del *Code Civil*, aunque hay ya un precedente en Domat (véase la nota 511). LEÓN GONZÁLEZ, J. M.ª, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en LLAMAS POMBO, E. (ed.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley, 2006), II, p. 144, sugiere que el origen de la expresión proviene probablemente de su origen: el saneamiento de vicios en la compraventa (Dig. 19, 1, 43). El deudor de buena fe, entonces, no es otro que el vendedor que ignora que la cosa vendida tiene un vicio que la hace impropia para su destino normal, o que es de propiedad ajena.

<sup>523</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 724.

<sup>524</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2427, 2441 y 2462.

<sup>525</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 933-935 y 1266-1267; COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil* (Granada, Comares, 2005), pp. 20 y 62; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 103, p. 168; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 748-752; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 10-11; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit.,

---

 § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO
 

---

Para el deudor, la buena fe implica el respecto de la confianza creada en el acreedor por el contrato, que se traduce en la asunción del riesgo de insatisfacción de su interés, conforme a la regla contractual y las concretas circunstancias que rodean la ejecución del programa de prestación<sup>526</sup>. El código ha querido, entonces, utilizar un concepto suficientemente amplio para comprender desde el caso del deudor diligente y desafortunado hasta aquel de quien no ha observado la diligencia contractualmente esperable (incluso cuando existe un apartamiento de gran entidad del modelo exigible) y que, no obstante, carece de consciencia sobre el perjuicio que causará su comportamiento<sup>527</sup>.

La responsabilidad del deudor queda establecida por la ocurrencia de cualquier suceso que quepa conectar con el ámbito de control relacionado con su deber de prestación y la forma en que éste ha de ser cumplido según el contrato, más allá del cual empieza el riesgo de frustración para el acreedor<sup>528</sup>. Para que el

---

pp. 175-177; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1032-1033; ROJO AJURIA, «Dolo», cit., pp. 2584-2585; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad*, cit., pp. 235-236.

<sup>526</sup> MOZOS TOUYÁ, «En torno a la idea de incumplimiento», cit., p. 156.

<sup>527</sup> ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Artículo 1107», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), II, pp. 54 y 56; BADOSA COLL, *La diligencia*, cit., pp. 711 ss.; CARRASCO PERERA, «Artículo 1107», cit., p. 724, y *Derecho de contratos*, cit., p. 934; CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 632; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, pp. 206-207; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 724-725; GARCÍA VICENTE, CCJC 86 (2011), § 2276, p. 779; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 236-237; LEÓN GONZÁLEZ, J. M.<sup>3</sup>, «Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil», en GARCÍA SÁNCHEZ, J. *et alii* (eds.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge* (Salamanca, Gráficas Varona, 2002), p. 579; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2440-2441; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 157 y 172-173; NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños», cit., pp. 1255-1257; PANTALEÓN PRIETO, «Culpa», p. 1865; «El sistema», cit., pp. 1025-1026, 1057 y 1076-1079, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5924; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 246-247.

<sup>528</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 943.

deudor contraiga responsabilidad, el primer requisito que concurre es la existencia de la obligación contractual, sin importar que aquél no tenga conocimiento de ella (arg. ex artículo 1778 CC)<sup>529</sup>. De ahí que al acreedor le baste justificar en principio la legitimidad de su crédito (artículo 217 II LEC), que es el fundamento de su pretensión resarcitoria (artículo 399 LEC)<sup>530</sup>.

El contrato crea un ámbito de protección que sitúa al deudor en posición de garante de las consecuencias que suponga cualquier comportamiento relacionado con la consumación de la regla contractual<sup>531</sup>. De esa garantía de satisfacción, y con apoyo en la fuerza obligatoria que el ordenamiento le reconoce, surge la tutela resarcitoria del acreedor: cuando ha existido un incumplimiento y de ahí se ha derivado un daño para el acreedor, el principio general es el de su reparación integral (artículo 1106 CC). Sin embargo, una aplicación estricta de este principio sería injusta, y por ello la ley determina que el resarcimiento se mida por el perjuicio causado, esto es, sobre la base de una valoración objetiva, independiente de cualquier consideración de reproche respecto del elemento psicológico del dolo o la negligencia (artículo 1101 CC)<sup>532</sup>. La indemnización se fija, entonces, a partir de un concepto de daño real-concreto, donde cada partida debe ser valorada de acuerdo con sus propias reglas y bases de cálculo, comenzando por el bien jurídico protegido.

La primera distinción que cabe efectuar es entre daño intrínseco y extrínseco. En lo que atañe a los daños concernientes a la prestación (daños intrínsecos o *in re ipsa*), la atribución de

---

<sup>529</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 734 y 745; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1056-1057, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5923; PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 152 y 156, y *Fundamentos*, I-II, cit., pp. 360 y 427; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., p. 86.

<sup>530</sup> Por todos, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 543.

<sup>531</sup> CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 159.

<sup>532</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2436.

responsabilidad pareciera producirse por el solo incumplimiento, dado que la ausencia de dicha prestación comporta una presunción de previsibilidad respecto de la pérdida de su valor en el patrimonio del acreedor que no admite prueba en contrario, correspondiendo al deudor acreditar que el daño es menor o no ha existido<sup>533</sup>. En tales casos no es necesario efectuar ningún otro análisis ulterior sobre la previsibilidad, adecuación o probabilidad de acaecimiento de ese daño: basta la circunstancia de no haberse realizado el programa de prestación en los términos establecidos en la regla contractual para que ese hecho se entienda conectado con la esfera típica de riesgo administrada por el deudor (artículo 217 II LEC). Esa falta de realización ocurrirá siempre que no se hayan cumplido las expectativas que el acreedor había depositado en el contrato en relación con el interés que deseaba satisfacer mediante una cierta prestación, sea respecto de la propia cosa que debía entregarse o servicio que debía efectuarse, sea en lo que atañe a la falta de observancia de los criterios cuantitativos, cualitativos o temporales que delimitaban el ámbito de vinculación contractual. La prueba que corresponde aportar al acreedor no debiera ir más allá de la demostración del incumplimiento y del valor de la prestación<sup>534</sup>. La responsabilidad

---

<sup>533</sup> ARANA DE LA FUENTE, I., «Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, pp. 1354 y 1370; CARRASCO PERERA, «Artículo 1107», cit., p. 722, y *Derecho de contratos*, cit., pp. 1192-1193; CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 625; CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 156-157; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 130, p. 205; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2433, 2441-2442 y 2449-2450; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 169-170; PANTALEÓN PRIETO, «Daño (D.º Civil)», cit., p. 1897, y «El sistema», cit., p. 1052; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2, cit., pp. 427 y 443.

<sup>534</sup> Así, al menos, desde la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403). Véase la aplicación de este criterio por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en ARANA DE LA FUENTE, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 1354-1361 y 1370-1374.

del deudor por esta clase de daño surge, en suma, por haberse contravenido de cualquier modo al tenor de la regla contractual, sin importar si ha mediado también dolo, negligencia o morosidad (artículo 1101 CC), de cuya concurrencia habrá que ocuparse con otras finalidades (por ejemplo, traslación del riesgo, atenuación de la responsabilidad por custodia, extensión del daño resarcible, etcétera). Sólo así se logra construir un sistema articulado que guarde coherencia con otras normas referidas a la satisfacción del interés de cumplimiento del acreedor (por ejemplo, artículos 1096 I, 1098 y 1181-1184 CC)<sup>535</sup>.

El origen de esta presunción de previsibilidad parece hallarse en Domat, quien expone las reglas sobre delimitación del daño resarcible sin mencionar el *Extrictio labyrinthi de eo quod interest* (o *Tractatus de eo quod interest*) de Charles Dumoulin (1500-1566), que ya recurría a ese mismo criterio<sup>536</sup>. En principio, esta omisión es inexplicable. La gran empresa de Domat consistió en poner en orden el derecho romano, y se inserta en el ideal humanista de búsqueda de una mejor sistematización del derecho propio, lo que explica la abundante utilización de las fuentes francesas en la composición de su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694)<sup>537</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, desde su publicación original en 1555<sup>538</sup>, la mentada obra de Dumoulin cayó prácticamente en el olvido<sup>539</sup>.

Varias son las razones que comparecen para explicar que este autor no sea citado hasta mediados del siglo XVIII, cuando Pothier

---

<sup>535</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2462.

<sup>536</sup> MOLINEO, C., *Extrictio labyrinthi de eo quod interest* (París, Vincetium Sertenas, 1555), núm. 57 (p. 64).

<sup>537</sup> GUZMÁN BRITO, *La fijación del Derecho*, cit., p. 109.

<sup>538</sup> Después le sucederían otras ediciones, algunas de ellas bajo seudónimo. Véase, por ejemplo, CABALLINUS, G., *De eo quod interest: tractatus ad theoricam* (Colonia, Joannes Gymnicus, 1576).

<sup>539</sup> LUPOI, M., *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese* (Milán, Guiffirè, 1969), núm. 7, p. 61.

vuelve a él como base de su exposición sobre los daños contractuales recogida en su *Traité des obligations* (1761)<sup>540</sup>. La primera de ellas, quizá la más improbable, es que Domat desconocía la existencia del *Extrictio labyrinthi de eo quod interest*<sup>541</sup>, lo que no se condice con su propio método de trabajo y con el mito de genialidad que rodeó a Dumoulin durante todo el siglo XVII, que impulsó varias ediciones de su *opera omnia*<sup>542</sup>. Una segunda razón, también poco plausible, podría ser el latín difícil y confuso con que esta obra venía compuesta como trasunto de cierta egolatría de que hacía gala su autor<sup>543</sup>, aunque ello no supondría un verdadero obstáculo por aquel entonces para alguien formado en la tradición cultural del humanismo. La mejor prueba de ello es que otra de sus obras, designada con un título parecido (*Extrictio labyrinthi dividui et individui*, de 1562), alcanzó una fama que ha trascendido los siglos, pese al método arduo de distinciones, divisiones y derivaciones, no carente de ironía, con que fue redactada. La tercera razón dice relación con los conflictos religiosos que asolaron Francia entre 1562 y 1598. Dumoulin, de carácter marcadamente crítico y abiertamente agresivo, abrazó primero el calvinismo y poco después el luteranismo, al punto de escribir un libro intitulado *Conseil sur le fait du Concile de Trente, réception ou rejet d'icelui* (1564) con el propósito de demostrar que éste era nulo, lo que le valió ser encarcelado en París; sólo recobrará la libertad a condición de no publicar nada sin permiso del rey<sup>544</sup>. Dado que Domat era

---

<sup>540</sup> Véase la nota 646.

<sup>541</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2431.

<sup>542</sup> La mejor de ellas data de 1681 y consta de cinco volúmenes.

<sup>543</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 308; LUPOLI, *Il dolo*, cit., núm. 7, p. 62.

<sup>544</sup> Algunos años antes ya había preparado una edición crítica del edicto de Graciano, cuyas apostillas no parecían tener otro fin que el ataque abierto a la Iglesia católica y, especialmente, a la autoridad del Romano Pontífice. Véase PAU,

jansenista, y pese que a que en su lecho de muerte Dumoulin había adjurado de la fe reformada y confesado para morir de nuevo en el seno de la Iglesia católica, ésta parece una razón bastante probable para explicar la ausencia de la citada obra en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*<sup>545</sup>. Una última razón atañe a la formación cultural de Dumoulin, a quien cabe calificar como un bartolista atrasado, que basó su plan de trabajo directa e inmediatamente en el derecho romano como herramienta para la crítica al sistema vigente, cuando ya la ciencia jurídica de su tiempo había desarrollado un método antibartolista y caracterizado por la preferencia nacionalista a la hora de determinar el derecho aplicable en territorio francés<sup>546</sup>.

Conociere o no lo dicho por Dumoulin, Domat recurre igualmente a la regla de la previsibilidad cuando aborda la responsabilidad del vendedor que no ha entregado oportunamente la cosa vendida. A su juicio: «*Le profit ou la perte qui entre dans les dommages et intérêts, doivent se restreindre à ce qui peut imputer au retardement, et qui en est une suite naturelle et ordinaire, où le on a pu attendre [...] Mais il ne doit pas entendre les dommages et intérêts aux suites plus éloignées et imprévues, qui sont plutôt un effet extraordinaire de quelque événement et de quelque conjoncture que faire naître l'ordre divin, que du retardement de la délivrance*»<sup>547</sup>. Dicha formulación no es más que una redacción alternativa para expresar que sólo son indemnizables aquellos daños causados por la mora del vendedor que sean una consecuencia directa del estado de las cosas y

---

A., «Charles Dumoulin», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), II, pp. 174-177.

<sup>545</sup> MATEUCCI, N., *Domat, un magistrato giansenista* (Boloña, Il Mulino, 1959).

<sup>546</sup> BARCELLONA, M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico: formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale* (Milán, Guiffirè, 1980), p. 78.

<sup>547</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., 1ª part., lib. 1º, tit. II, sec. 2º, art. 18 (I, p. 36).



circunstancias<sup>548</sup>. En su formulación, entonces, causalidad y previsibilidad se transforman en términos equivalentes<sup>549</sup>. Esta regla, desarrollada en sede de compraventa, es extendida por el propio autor a todos los contratos. Así, al tratar de las obligaciones que se siguen naturalmente de las convenciones y mencionar aquella de resarcir los daños por incumplimiento, agrega una nota en la que se remite para los daños y perjuicios a los artículos 17 y 18 de la sección 2ª del título dedicado al contrato de venta<sup>550</sup>.

El daño extrínseco presente, en cambio, más dificultades en su establecimiento, porque el interés lesionado excede el ámbito estrictamente prestacional. La mera ocurrencia del incumplimiento ya no es suficiente para dar por probado la existencia del daño, y será necesario buscar otros criterios que permiten imputar objetivamente su resarcimiento y valorar su montante. Sobre ello volveremos más adelante<sup>551</sup>.

De momento, la cuestión que resta por abordar es la extensión que comporta la posición de garante asumida por el deudor al contratar. En principio, todas las reglas de responsabilidad presentan una doble perspectiva, que constituyen dos caras del mismo fenómeno: la indagación de los criterios de imputación de responsabilidad a favor del acreedor significa pesquisar en qué condiciones un incumplimiento es susceptible de ser puesto de cargo del deudor y, simultáneamente, de parte de este último, en qué condiciones queda exonerado de toda responsabilidad no obstante la insatisfacción del interés del acreedor<sup>552</sup>. De donde la

---

<sup>548</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., 1ª part., lib. 1º, tit. II, sec. 2º, art. 17 (I, pp. 35-36).

<sup>549</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2431.

<sup>550</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., 1ª part., lib. 1º, tít. I, sec. 3º, art. 4 (I, p. 24).

<sup>551</sup> Véase *infra*, § 2, III, 2.

<sup>552</sup> Con especial énfasis, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 19, 37 y 69.

garantía de satisfacción del interés de acreedor que asumió el deudor por el contrato no es absoluta o ilimitada, y queda circunscrita a la ocurrencia de un riesgo previsible. La responsabilidad del deudor depende así de que el incumplimiento tenga su origen en algunos de los riesgos atribuidos a su esfera jurídica al momento de contratar, y se extiende sólo hasta donde le sea exigible su control<sup>553</sup>. Dicho de manera negativa, tal responsabilidad queda excluida cuando la imputación del incumplimiento a su esfera de control no pueda ser establecida por la ocurrencia de un caso fortuito de aquellos que el deudor incumplidor no está obligado a soportar por su carácter extraño y ajeno a su organización y control (artículo 1105 CC)<sup>554</sup>. Cuando el origen del daño se sitúa más allá de ese ámbito y la magnitud de su incidencia sobre el desarrollo causal del programa de prestación hace innecesaria la indagación de otras causas concurrentes, el incumplimiento no puede ser puesto de cargo del deudor y sus consecuencias deben ser soportadas por el acreedor

---

<sup>553</sup> El artículo 79 CISG construye la exoneración del deudor a partir del riesgo controlable por el deudor (cfr. UNCITRAL, *Comentario*, cit., p. 60; *CISG-AC Opinion No. 7*, cit., núm. 6 y 7). Sin embargo, esta idea queda oscurecida en las versiones española («*un impedimento ajeno a su voluntad*») y francesa («*un empêchement indépendant de sa volonté*»), a diferencia de lo que ocurre con el texto inglés («*an impediment beyond his control*»), o las traducciones no oficiales en alemán («*einem außerhalb ihres Einflßbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht*») o italiano («*un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo*»), y cuyo sentido debe ser preferido de acuerdo con las reglas hermenéuticas del derecho internacional (artículos 7 CISG y 33 núm. 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho de los tratados, de 23 de febrero de 1969). Por lo demás, así constaba en la traducción española del Proyecto de 1979 («*un impedimento que escapa a su control*»).

<sup>554</sup> El requisito de la exterioridad del caso fortuito, aunque no presente en la formulación del artículo 1105 CC (y sí ahora en el artículo 1209 PMCC), ha sido asumido sin problemas por la jurisprudencia en el sentido arriba indicado. Véase, entre otras, las SSTs de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999/1400), 14 de abril de 1999 (RJ 1999/2822), 8 de noviembre de 1999 (RJ 1999/913), 18 de abril de 2000 (RJ 2000/2976), 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5957), 11 de abril de 2001 (RJ 2001/3639) y 23 de mayo de 2008 (RJ 2008/3171).

(artículo 1105 CC)<sup>555</sup>. La liberación del deudor se produce, entonces, sólo cuando el caso fortuito es causa única, exclusiva o determinante del incumplimiento, de suerte que aquél no puede prever ni evitar sus efectos<sup>556</sup>.

(b) *El riesgo previsible*

Fijada esta primera esfera conectada con la propia prestación de cada contratante, corresponde determinar cuáles son los criterios que permiten asignar a uno de ellos los riesgos situados fuera de ese ámbito y cubiertos todavía por la regla contractual. Excedido el ámbito estrictamente prestacional, el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar radicada ahí donde caiga<sup>557</sup>. Claro es, esta regla sólo conserva su vigencia en la medida que no exista un criterio que justifique que, en justicia, el riesgo sea trasladado al otro contratante. Por razones de construcción sistemática conviene mentar estos criterios de imputación siguiendo el mismo patrón hasta ahora utilizado, y decir que ellos suponen el trazado de unas esferas que exceden el riesgo típico o propiamente prestacional y cuyo fundamento provendrá de la propia regla contractual o de la asignación dispositiva de la ley.

<sup>555</sup> Sobre lo que parece existir consenso: BADOSA COLL, *La diligencia*, cit., p. 415; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 981, 986-987 y 990-992; CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 171-172; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 108, p. 174; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 727 y 746; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1651-1653; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 11-12; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 51-53; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 179-219; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1067-1069; TORRALBA SORIANO, O., «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», ADC XXIV (1971) 4, pp. 1154-1156.

<sup>556</sup> Véase los artículos 1188 II y 1209 PMCC.

<sup>557</sup> Es conocida la afirmación de HOLMES, *The Common Law*, cit., p. 47: «*Sound policy lets losses lay where they fall, except where a special reason can be shown for interference*».

La primera de ellas (segunda dentro de la tipología propuesta precedentemente) es la que se halla más contigua a la esfera de prestación y comprende aquellos impedimentos que, pese a estar fuera de dicha esfera típica, pueden ser controlados por el deudor de acuerdo con un criterio de previsibilidad o de asunción voluntaria del riesgo según el contrato (artículo 1105 CC). En ambos casos, el resultado de la atribución es la imputación de los daños que se sitúan más allá de la prestación (daños extrínsecos), y en los que se comprende el restante valor de la pérdida sufrida (donde se incluyen los desembolsos efectivos, las pérdidas de valor y el daño material o de indemnidad) y el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (artículo 1106 CC).

La regla basal para construir los contornos de esta esfera de riesgo la proporciona el artículo 1105 CC, que establece el criterio general de exoneración y dos excepciones que retornan al régimen común de responsabilidad por haberse contravenido de cualquier forma al tenor de la regla contractual (artículo 1101 CC)<sup>558</sup>. El deudor viene así liberado de resarcir los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento cuando éste tenga su origen en un suceso que no hubiera podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable<sup>559</sup>. Por el contrario, será responsable de ese incumplimiento cuando (i) la ley expresamente lo mencione (verbigracia, artículos 457, 1575, 1744

---

<sup>558</sup> El artículo 1105 CC reproduce el artículo 1122 del Proyecto de 1882-1883, que formula la exclusión de responsabilidad de manera descriptiva y no conceptual, como ocurría en el Proyecto de 1851. Este último se limitaba a señalar: «*En ningún contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006 y en el 1160 [referidos a la mora]*» (artículo 1014). García Goyena desarrolla el concepto y lo define en un sentido similar al que hoy se recoge en el artículo 1105 CC (véase la nota 559), igual que hará poco después el artículo 514 del Código Civil argentino.

<sup>559</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 543: «Casos fortuitos son los que no pudieron preverse, o previstos no pudieron evitarse». Cita como fuentes: Cod. Iust. 4, 24, 6; Dig. 13, 6, 18; Part. 7, 33, 11.

y 1896 II CC) o (ii) tal responsabilidad estuviese declarada en el propio contrato.

Si la regla antedicha se lee de forma inversa, el resultado es una partición entre un riesgo que se previó y del que se responde, por un lado, y aquel que era imprevisible al momento de la celebración del contrato, por otro. La previsibilidad mencionada por el artículo 1105 CC alude sólo al evento dañoso y no a sus consecuencias sobre el acreedor (de las que trata el artículo 1107 CC), por lo que basta con que el deudor haya podido tener consciencia de que ese hecho podría ocurrir dentro del marco temporal de ejecución del contrato, para que quede incluido dentro del ámbito de control que le es exigible conforme a la regla contractual<sup>560</sup>.

Por esta razón, el deudor responde de aquellos riesgos que se conectan con (i) la razonable previsión del impedimento al momento de contratar, que despliega su eficacia con independencia de su real posibilidad de control y hace responsable al deudor por no haberlo excluido expresamente

---

<sup>560</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 42, sostiene que la PMCC «no señala directamente los criterios de imputación del incumplimiento al deudor», como sí lo hace hoy el artículo 1101 CC, que cita en nota a pie de página. La verdad es que no lo hace porque prefiere atribuir la responsabilidad de un modo más objetivo, utilizando el criterio de las esferas de control, ya recogido en la CISG (artículo 79) y aconsejado por PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1740. Esto significa que el deudor asume el deber de gestionar todo riesgo que quede dentro de su esfera de control o que sea previsible o evitable, a menos que se haya excluido expresamente (artículos 1209 y 1212 PMCC), y sin importar que él mismo provenga del hecho de un tercero de cuyo auxilio o colaboración se sirve el acreedor para el cumplimiento (artículo 1189 PMCC). Tal es la perturbación normal del programa de prestación que entraña el deber de indemnizar; si el deudor ha incumplido dolosamente su responsabilidad se extenderá a todos los daños que sean objetivamente imputables a su incumplimiento (artículo 1208 PMCC) y no valdrá la exclusión o limitación que al respecto se haya pactado (artículo 1212 II PMCC). Así parece entenderlo la autora en otro trabajo («Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1634-1647), y también: VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., pp. 295-296; ROCA I TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos», cit., pp. 11-12; XIOL RÍOS, J. A., «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», BMJ 2132 (2011).

(artículo 1105 CC primera parte); o con (ii) la razonable posibilidad de evitar o superar el impedimento previsible o sus consecuencias cuando éste se manifiesta durante el desenvolviendo del programa prestacional (artículo 1105 *in fine* CC)<sup>561</sup>. En el primer supuesto, el suceso es imprevisto, vale decir, los contratantes no han podido tener en cuenta su probable acaecimiento al contratar y, por consiguiente, queda fuera del reparto de riesgos que en tal momento efectuaron. Se trata de un riesgo extraño al contrato, del que el deudor no debe responder de ninguna forma. En el segundo supuesto, en cambio, las partes sí tuvieron en cuenta el suceso, de suerte que se representaron su ocurrencia como una probabilidad más o menos cierta o no muy lejana. Sin embargo, dicho suceso quedó igualmente fuera del reparto de riesgos al momento de contratar por su carácter inevitable. El suceso sigue siendo fortuito porque el deudor no tiene ninguna posibilidad de controlar su acaecimiento, impidiendo que ocurra; de lo contrario quedaría dentro de los riesgos posibles que aquél debe remover utilizando la diligencia promotora que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 1104 CC)<sup>562</sup>.

La clave para discriminar entre los sucesos previstos y aquellos que no lo son se halla en el artículo 1575 CC, que recoge la partición del caso fortuito en ordinario y extraordinario con el propósito de salvaguardar el carácter conmutativo del contrato<sup>563</sup>. El primero no tiene ningún efecto sobre el programa de

---

<sup>561</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 163-165 y 167-168; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», pp. 1029 y 1068; VIDAL OLIVARES, «Atribución y exoneración de responsabilidad», cit., p. 331.

<sup>562</sup> El modelo de diligencia con que el que se calibra la culpa civil es objetivo-típico, porque exige diferenciar grupos de actividades o profesiones y grupos de aptitudes físicas o intelectuales generalizables, y también el carácter oneroso o gratuito del contrato (PANTALEÓN PRIETO, «Culpa», cit., p. 1864).

<sup>563</sup> GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>º</sup> del C., «Artículo 1575», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), II, p. 1150.

prestación, de suerte que es el arrendatario del predio rústico quien debe soportar la pérdida de frutos provenientes de aquél, sin derecho a rebaja de la renta. El segundo, en cambio, sí da derecho a una rebaja en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, salvo siempre el pacto especial en contrario. El código mienta este último tipo de sucesos como «*casos fortuitos extraordinarios e imprevistos*», y enseguida los caracteriza por medio de ejemplos («*incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto*») y una cláusula residual («*otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever*»). De esa conceptualización resulta que los casos fortuitos ordinarios son los que frecuentemente acontecen y no han podido escapar de la previsión de las partes, quienes con seguridad los habrían incluido en la regulación del precio o no habrían contratado en esas condiciones<sup>564</sup>. Por el contrario, los casos fortuitos extraordinarios se presume que no se previeron por su misma rareza, ya que si lo hubiesen sido habrían quedado recogidos en la regla contractual en razón de su inusual ocurrencia<sup>565</sup>. Por cierto, tal previsibilidad se juzga de acuerdo al concreto programa contractual y sus particulares condiciones de materialización, porque un suceso puede ser extraordinario en un país y en ciertas circunstancias, y no serlo en otro país u otras circunstancias<sup>566</sup>.

La misma idea subyace en el artículo 1784 CC, que distingue entre caso fortuito y fuerza mayor según si el suceso impeditivo se produce dentro o fuera del ámbito de riesgo típico del contrato. Esta norma hace responder al mesonero por los daños ocasionados en los efectos de los viajeros, tanto por sus dependientes, como por extraños; pero no por los que provengan

---

<sup>564</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 793.

<sup>565</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 108, p. 175.

<sup>566</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 794.

de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor. En el primer caso, el mesonero responde porque el daño es la realización de un riesgo que entra en la esfera de su empresa, y de él no puede exonerarse alegando que no pudo preverlo o impedirlo. En el segundo caso, hay un suceso que se califica como fuerza mayor: el hecho se ubica fuera de la esfera de control del deudor y, por tanto, su probabilidad de ocurrencia era imposible de anticipar cuando se celebró el contrato.

Si se quiere normalizar la terminología, cabe afirmar que la exoneración de responsabilidad alcanza sólo aquellos casos fortuitos extraordinarios o que comportan fuerza mayor, considerando por tales aquellos sucesos extraños al círculo de actividad del deudor y, por consiguiente, imprevisibles e insuperables. En el resto de los casos, el deudor responde porque se trata de hechos que aunque normalmente no se producen, y así se presupone, pueden ocurrir en el desarrollo de la actividad del deudor, siendo en cierto modo connaturales a ella, pese a su rara ocurrencia<sup>567</sup>. De ellos, por comportar casos fortuitos ordinarios, se responde en la medida que la regla contractual no los haya excluido expresamente.

De esta construcción del caso fortuito sobre la idea de los riesgos distribuidos por el contrato se sigue que la diligencia promotora no cumple una función propia en la configuración del caso fortuito, y que son la concreta distribución de riesgos del contrato, así como el tipo contractual elegido y las circunstancias y el contexto socioeconómico en que se desarrolla la ejecución del programa prestacional, los criterios que comparecen para valorar la exclusión o atribución de responsabilidad al deudor<sup>568</sup>. Ella sólo comparece como módulo de comportamiento contractual, que obliga a remover los obstáculos normales que puedan presentarse

---

<sup>567</sup> GÓMEZ CALLE, E., «Caso fortuito (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), I, p. 949.

<sup>568</sup> CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 135.



en el cumplimiento del contrato, sin otro alcance que el ámbito de riesgos distribuido al momento de contratar, y también a remover las consecuencias de un suceso que, aunque fuera de su ámbito de control, pueda causar daño al acreedor<sup>569</sup>. Dicho de otro modo, la incompatibilidad de la negligencia con la noción de caso fortuito es exacta sólo cuando ella está en el origen causal de este último, por en ese caso cabe aislar una infracción del deudor a la regla de diligencia prestable (artículo 1104 CC)<sup>570</sup>. A su vez, es perfectamente posible que el incumplimiento del deudor sea negligente, porque no ha observado la diligencia contractualmente exigible (artículos 1101 y 1104 CC); pero que, como ésta no guarda conexión con el origen del daño sufrido por el acreedor, aquél pueda igualmente exonerarse de responsabilidad (artículo 1105 CC). El caso fortuito impide que el incumplimiento sea puesto de cargo del deudor, entonces, en cuanto rompe la relación de causalidad entre sus acciones u omisiones en el marco del programa de prestación y los daños experimentados por el acreedor, ruptura que se debe a la irrupción de un hecho impeditivo ajeno al control del deudor<sup>571</sup>.

Esto explica que García Goyena exceptuó la exoneración «cuando el caso, al parecer fortuito, va mezclado con culpa del deudor»<sup>572</sup>, haciendo referencia a los ejemplos citados por las fuentes romanas y las Partidas (cfr. artículos 1182 y 1183 CC). Uno de ellos puede servir aquí de ilustración. En derecho romano, el comodatario respondía por custodia (criterio que se generalizó después imponiendo al deudor el deber de prestar *exactissimam diligentiam*, que es propio de un *diligentissimus paterfamilias*) y,

---

<sup>569</sup> Por ejemplo, si la prestación es de objeto fungible, un comportamiento diligente obliga al deudor a cumplir con un sustituto comercialmente razonable para satisfacer el interés del acreedor, cuando hacerlo según los términos estrictos del contrato no pareciere posible (§ 2-614 UCC).

<sup>570</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., 746.

<sup>571</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 727.

<sup>572</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p.543.

por tanto, sólo quedaba exonerado cuando acaecía algún accidente que no pudiese resistir, como la acometida de ladrones o enemigo, la asechanza de piratas, un naufragio o un incendio (cfr. artículo 1575 II CC). Sin embargo, como el caso fortuito se interpreta a partir de los riesgos distribuidos en el contrato, no siempre tenía alcance liberatorio. Así pues, si el comodante había prestado una cubertería de plata para que una persona pudiese servir adecuadamente una cena a sus amigos, y ésta se lo llevaba consigo de viaje, el accidente proveniente de piratas, ladrones o naufragio era igualmente de su cargo (Dig. 13, 6, 18, pr.). Ese riesgo era imprevisible al momento de contratar, porque el comodante desconocía que la cosa prestada saldría de la casa del comodatario. Sin embargo, la exoneración quedaba excluida porque dicho riesgo había sido previsto unilateralmente, cuando aquél decidía llevarse consigo el servicio de plata en el viaje que emprendía, asumiendo así (consciente o inconsistentemente) un riesgo nuevo: el nacido de los peligros propios de ese viaje. El comodatario respondía, por tanto, porque bien podía evitar el suceso dejando el servicio de plata en casa, como lo habría hecho un buen padre de familia para ajustarse al contrato, de suerte que el caso fortuito avenía en verdad por su culpa. La misma razón explica hoy la regla del artículo 1744 CC y otras disposiciones similares (artículos 457, 1096 III, 1185 y 1896 II CC).

En esta segunda esfera de riesgo, las dos reglas enunciadas por el artículo 1105 CC explican que se admita la exoneración de responsabilidad si el deudor demuestra la ocurrencia de alguno de los supuestos excluidos de su campo de atracción, de suerte que aquél no responde de aquellos daños ocasionados por un incumplimiento que no fue o debió ser previsto al celebrar el contrato (cuestión aparte es la duda que sobre tal previsibilidad quepa plantear) o de aquellos que, previstos entonces, no podían

ser razonablemente evitados por ser extraños al ámbito de riesgos asumido por el deudor<sup>573</sup>.

Por su parte, el criterio de asunción voluntaria permite extender la responsabilidad del deudor a todos aquellos riesgos que éste ha tomado sobre sí, porque ha asumido la ocurrencia de cualesquier caso fortuito o de alguno en particular (artículos 1105 y 1255 CC), sin que importe que tales sucesos sean o no evitables<sup>574</sup>. El juicio retrospectivo de previsibilidad no es relevante para atribuir estos hechos al deudor, quien responde de ellos porque ha consentido en que ellos formen parte de la garantía de resultado prometida al acreedor<sup>575</sup>. Es su voluntad expresa, y no la previsibilidad reconstruida regresivamente según la regla contractual, la que determina que el deudor responda por aquellas circunstancias de las normalmente vendría exonerado por falta de causalidad. Hay, si se quiere, una previsibilidad efectiva o progresiva: el consentimiento del deudor se ha extendido no sólo a aquellos hechos que previsiblemente podrían ocurrir durante el desenvolvimiento del programa contractual, sino también a cualquiera que causalmente pueda intervenir y provocar el incumplimiento. Ante esto, el discernimiento basado en la previsibilidad resulta irrelevante y se ha de estar a la voluntad de las partes (artículos 1091, 1255 y 1278 CC).

---

<sup>573</sup> Parcialmente coincidente, y antes de recomendar su directa sustitución («Las nuevas bases», cit., p. 1740), PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1064, proponía que el artículo 1105 CC fuese leído de la siguiente manera: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubiera podido preverse *al tiempo de contratar* [y evitar, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables» (en cursivas en el original). Véase también PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 5922-5923.

<sup>574</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 988; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 757; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 329-330; OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 265-266.

<sup>575</sup> Véase el artículo 1212 PMCC.

En cualquiera de los dos casos precedentemente referidos existe una valoración previa que, con o sin una contrapartida económica, hace que el deudor asuma al contratar un riesgo por el que normalmente no debería responder y que, en consecuencia, recaería sobre el acreedor. De donde el modelo elegido por el ordenamiento español califica como «responsabilidad por impedimento previsible»<sup>576</sup>. El problema de la imputación subjetiva termina siendo así, con más propiedad, una cuestión de exclusión que compete al deudor. Todo incumplimiento, en función de la garantía de satisfacción del interés del acreedor que contrae el deudor al obligarse, convierte a éste en responsable de sus consecuencias, pues no es más que la realización de un riesgo que debió prever (artículo 1101 CC). Es el deudor a quien incumbe demostrar que ese incumplimiento no le es imputable por ser consecuencia de un suceso extraño a su esfera de control, vale decir, por ser la materialización de un riesgo cuyos efectos el contrato no ponía de su cargo (artículo 1105 CC). Pero esto no significa que el deudor deba responder efectivamente de todas las consecuencias dañosas que se sigan de un incumplimiento que no pueda demostrar sea de acaecimiento fortuito, pues el paso siguiente consistirá en aplicar los criterios de imputación objetiva

---

<sup>576</sup> Y no exactamente «responsabilidad por impedimento evitable» (cfr. artículo 1218 del *Codice Civile*), según la tipología de DI MAJO, A., *La responsabilità contrattuale* (Turín, Giappichelli, 1997), p. 38. De igual forma, tampoco cabe reconstruir la responsabilidad contractual en derecho español en conexión con la imposibilidad imputable, idea sobre la que insiste JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., *passim*, y todavía en tres trabajos posteriores: «La responsabilidad contractual (primer y último repaso)», ADC XLI-3 (1988), pp. 817-836; *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* (Madrid, Civitas, 1994), y «¿Unas bases de la responsabilidad contractual?», ADC XLVII-2 (1994), pp. 325-340. Sus planteamientos han sido contestados, no sin cierta polémica, por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual», ADC XLI-4 (1988), pp. 1283-1289, y, especialmente, por PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1019-1072, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1719-1745.

para delimitar el contenido efectivo de la obligación de resarcimiento<sup>577</sup>.

## 2. La imputación objetiva: necesidad y previsibilidad

Establecido que el deudor es responsable, el paso siguiente consistirá en determinar cuándo y bajo qué condiciones un resultado dañoso puede ser atribuido objetivamente a su incumplimiento<sup>578</sup>. De esta forma, el problema que ahora interesa es la extensión de las consecuencias lesivas que éste ha provocado sobre la persona o bienes del acreedor y cuyo resarcimiento corresponde al deudor<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1164 y 1241; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, p. 206; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 787; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1635; MORALES MORALES, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 24; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1023; «Las nuevas bases», cit., p. 1742; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 43-61.

<sup>578</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 190; LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 581.

<sup>579</sup> Al igual que el Código Civil, la PMCC no contiene ninguna mención al resarcimiento del daño moral (cfr. artículo 128 II TRLGDCU). La omisión parece claramente intencionada, habida cuenta de que los textos en que ella se inspira sí aluden al resarcimiento de los daños no pecuniarios (artículos 7.4.2 II PICC y 9:501 II PECL), y también la jurisprudencia reiterada [desde la STS de 9 de mayo de 1984, RJ 1984/2403, con comentario de Fernando IGARTUA ARREGUI en CCJC 5 (1984), § 136, pp. 1631-1644] y la PACCom (artículo 65 II). Un buen criterio de discriminación de los daños morales resarcibles en el ámbito contractual es el que proporciona el artículo 8:402 IV ACQP: ellos sólo pueden reclamarse en la medida que el contrato incluya el resguardo o satisfacción de intereses de indemnidad o protección relativos a la esfera personal del acreedor (artículo 1107 CC). Tal viene recogido en el fundamento de derecho 5º de la STS de 15 de julio de 2011 (RJ 2011/5123). Además, se requiere que el daño tenga un carácter significativo o grave, como señala la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), comentada por Santiago ESPIAU, CCJC 54 (2000), § 1481, pp. 1277-1287. Cuestión aparte es la de su «valoración», dada la dificultad de traducir en términos monetarios lesiones sobre bienes extrapatrimoniales de por sí inestimables y cuya prueba deriva típicamente de una conjetura (artículo 386 I LEC). Véase, por todos, BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa* (Salamanca, Ratio Legis, 2007), pp. 324-396, y SOLÉ FELIU, J., «El daño

Cabe comenzar el estudio de esta materia con una prevención. La imputación objetiva mienta aquí un aspecto relacionado con la efectiva extensión del daño resarcible en materia contractual, y no se debe confundir con el sentido que le ha asignado la dogmática penal y civil (*Objektive Zurechnung*)<sup>580</sup>, y tampoco con la idea de responsabilidad objetiva (*strict liability*). El término «objetivo» no es, entonces, más que otra forma de designar un problema de imputación física o fáctica de un resultado (*imputatio facti*)<sup>581</sup>. Cuestión aparte es que los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva sean de utilidad para delimitar el ámbito efectivo del resarcimiento, especialmente porque con ellos es posible valorar el daño de acuerdo con los singulares factores que influyen en su producción<sup>582</sup>.

La mentada teoría asume como postulado basal que no se debe confundir la existencia de un nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado dañoso con la decisión de si tal resultado, causalmente conectado con la conducta en cuestión, puede o no ser puesto de cargo de quien es responsable por ella.

Respecto de la primera cuestión, el acreedor no se habrá de limitar a demostrar que los daños que invoca efectivamente se produjeron, pues debe existir también un vínculo de causalidad que, según un criterio lógico-natural, permita conectar el daño que ha sufrido con la desviación del programa prestacional. En principio, atendido el carácter nomológico-funcional de la causalidad, las distintas condiciones empíricas intervinientes en la producción de un daño se reputan equivalentes de acuerdo con las

---

moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* 1 (2009), pp. 29-34.

<sup>580</sup> Con referencia al derecho civil, fue precursor el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), II, pp. pp. 1561-1591.

<sup>581</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 190.

<sup>582</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Daño (D.º Civil)», cit., p. 1897.

leyes de la experiencia científica y, consecuentemente, todas ellas operan como causa del mismo, sin posibilidad de jerarquización, porque cada una sirve por igual de antecedente que explica el resultado producido<sup>583</sup>. Queda así establecida de forma genérica la causalidad material entre el incumplimiento y su resultado lesivo, y excluidos los daños indirectos, vale decir, aquellos que se habrían producido igualmente si el contrato se hubiese cumplido correctamente<sup>584</sup>. La equivalencia de las condiciones en el plano de la causalidad se puede entender implícitamente contenida en la exigencia del artículo 1101 CC, que asume como un dato cierto la conexión entre los daños sufridos por el acreedor y el incumplimiento<sup>585</sup>.

Sin embargo, el mero nexo material entre el incumplimiento y el daño no es suficiente para que el deudor quede obligado al resarcimiento, pues la causalidad interesa al derecho preponderantemente como un factor de imputación<sup>586</sup>. En otras palabras, no se persigue constatar si un elemento es en realidad la causa de un resultado, sino que se intenta responder a la pregunta sobre si determinados hechos deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten su imputación al deudor bajo parámetros objetivos<sup>587</sup>. Siendo esto así, la

<sup>583</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 623; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, pp. 207-208; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 203-204; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), I, p. 973, y «Causalidad e imputación objetiva», cit., pp. 1561-1564; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 40.

<sup>584</sup> Por todos, PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, cit., núm. 41, p. 45.

<sup>585</sup> MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2449, precisa que «la relación de causalidad y la razón del incumplimiento, en el interior del hecho del incumplimiento, se suponen disciplinadas en otras normas», y no en el artículo 1107 CC.

<sup>586</sup> ROXIN, C., «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal» (1970), en *Problemas básicos del derecho penal* (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976), p. 128.

<sup>587</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, V (Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011), p. 366.

discriminación entre las distintas condiciones que materialmente convergen en un resultado lesivo se hará con posterioridad a partir de criterios normativos que permitan atribuir esos resultados al comportamiento del deudor. De esta forma, aun cuando el acreedor haya demostrado la efectiva ocurrencia de determinados daños, no todos ellos podrán ser trasladados al deudor, quien sólo soportará los que cumplan las exigencias jurídicas que autorizan su imputación en el plano subjetivo y objetivo. Habrá entonces daños ciertos que, empero, no podrán ser reclamados al deudor, por no existir una razón suficiente que autorice esa redistribución de riesgos.

Determinado que el deudor es responsable por el incumplimiento, el problema estriba en hallar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que, por provenir de una valoración social previa y de decisiones de política legislativa, sean de carácter puramente normativo<sup>588</sup>. Tales criterios, empero, no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo que proporcionan herramientas para constreñir la extensión de cursos causales materialmente establecidos a partir de juicios de valor que, en ocasiones, se muestran contradictorios entre sí o difíciles de aprehender<sup>589</sup>. A esto se añade que no todos los criterios elaborados con ese fin por la dogmática penal, que es donde la materia se ha desarrollado con especial profundidad, reciben exacta aplicación en el campo de la responsabilidad contractual, por lo cual habrá que seleccionar de cuáles se puede hacer uso (con las correcciones que sean del caso) y de cuáles no<sup>590</sup>.

Fuera de la especificidad propia de este ámbito de la responsabilidad, el principal argumento para esta selección es el

---

<sup>588</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, V, cit., p. 367.

<sup>589</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva», cit., p. 1591.

<sup>590</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 622.



carácter que comporta el incumplimiento contractual frente al ilícito penal. A diferencia de éste, fundado preferentemente en un comportamiento activo del autor, el incumplimiento es por lo general una omisión, porque supone la falta de realización del programa prestacional en alguno de los aspectos con que fue configurado<sup>591</sup>. En este ámbito, la doctrina penal reconoce que no todas las personas responden de la misma consecuencia lesiva que estén en condición de evitar, pues sólo viene obligado quien es titular de una posición de garante. Esto explica que los límites de los roles asignados por la norma de protección funcionan como límites de responsabilidad, de manera que quien se mantiene dentro de su rol no responde del curso lesivo conducente a un daño, aun en caso de que hubiese podido perfectamente evitarlo<sup>592</sup>. Lo propio ocurre en el ámbito del contrato, donde el deudor ha asumido una garantía de satisfacción del interés del acreedor. Su responsabilidad surge, entonces, del propio incumplimiento, concebido como infracción de su posición de garante, y su exoneración solamente es posible en la medida que se acredite la existencia de un suceso extraño que haya desembocado en un caso fortuito (artículo 1105 CC). Pero éste es un problema de imputación subjetiva, y ahora interesa determinar la efectiva extensión del daño resarcible a partir de los límites normativos con que se constriñe el curso causal impuesto por un anormal desenvolvimiento de la regla contractual y del cual resulta un deber de reparación integral (artículo 1106 CC).

En materia contractual, la imputación objetiva del daño resulta del artículo 1107 CC, que contiene dos reglas formuladas a partir

---

<sup>591</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 624; CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 159; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 784-785.

<sup>592</sup> Por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación subjetiva», en JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996), pp. 28-29.

de la valoración del incumplimiento: una general y otra particular. Según la primera, el contrato garantiza que el interés del acreedor sea satisfecho hasta la medida de los daños que se previeron o pudieron prever al momento de contratar y sean una consecuencia necesaria del incumplimiento (artículo 1107 I CC). La segunda entra en operación cuando el deudor se aparta voluntariamente de la regla contractual por un comportamiento doloso. Cuando eso ocurre, dicha garantía se extiende a todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento (artículo 1107 II CC).

En la construcción de estas dos reglas, el Código Civil ofrece tres criterios, distintos y parcialmente cumulativos, para excluir ciertos daños de los que material y subjetivamente debería responder el deudor<sup>593</sup>. Por regla general, el deudor de buena fe responde cuando los daños sufridos por el acreedor satisfagan al mismo tiempo los requisitos de (i) previsibilidad al tiempo del contrato y de (ii) ser una consecuencia necesaria del incumplimiento<sup>594</sup>. Por excepción, el deudor doloso responderá de todos aquellos daños que conocidamente se deriven del incumplimiento, hayan o no sido previstos al momento de contratar. Estos criterios permiten determinar la extensión final del resarcimiento acordado al acreedor, por lo que su consideración ayuda a encajar correctamente las últimas piezas

---

<sup>593</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1241.

<sup>594</sup> El artículo 1107 CC proviene de la reunión de los dos criterios con que se limitaba el resarcimiento a que podía ser condenado el deudor no doloso en los proyectos que lo precedieron. En el Proyecto de 1851, dicha responsabilidad se extendía a los daños «*que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato*» (artículo 1016 I). El Proyecto de 1882-1883 cambió de criterio, y tal quedó limitada por «*los daños y perjuicios cuya causa se previó o pudo prever al tiempo del contrato*» (artículo 1124 I), idea originalmente descartada por García Goyena (véase la nota 595). El artículo 1107 I CC recogió ambos, pero invirtiendo desafortunadamente su orden cronológico: primero la previsibilidad («*los [daños y perjuicios] previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*») y luego la necesidad («*que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*»); aunque corrigiendo de paso la formulación del Proyecto de 1851 para evitar equívocos.

del supuesto fáctico del remedio indemnizatorio. Queda fuera de la indagación sobre la extensión efectiva del resarcimiento aquella parte del daño emergente representada por el valor de la prestación incumplida, sobre la que no hay duda sobre su conexión causal o previsibilidad. Cuestión aparte es la de su concreta valoración, aspecto que de momento no interesa.

Ciertamente la formulación de la regla sobre los daños de que responde el deudor de buena fe es defectuosa<sup>595</sup>, pero de ahí no se sigue que la exigencia de esos dos requisitos no parezca justificada ni que ambos sean una misma cosa expresada de dos formas diferentes<sup>596</sup>. Por el contrario, cada uno de ellos se presenta como un límite dotado de un contenido diferente, que reducen la extensión de los daños materialmente conectados con el incumplimiento y que son imputables al ámbito de riesgo cuya administración corresponde al deudor<sup>597</sup>.

(a) *La necesidad del curso causal*

---

<sup>595</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 543, al comentar el artículo 1016 del Proyecto de 1851, hacía notar que la dificultad de estimar el cuánto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad. Señalaba a este respecto que las palabras del artículo 1150 del *Code Civil* («[l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat [...]») no permiten formarse una idea clara: «¿qué es lo que se previó o debió preverse? Cada contratante dirá que él previó los daños de diferente manera». De ahí que el mentado artículo 1016 excluyera cualquier mención a la previsibilidad y sólo se limitara a señalar: «En el resarcimiento de los daños o perjuicios, solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato [...]». A ella acude, en cambio, el artículo 1124 del Proyecto de 1882-1883, que es antecedente del actual artículo 1107 CC.

<sup>596</sup> En este sentido: GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables* (Granada, Comares, 2008), p. 147; LEÓN GONZÁLEZ, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil», cit., p. 147; LLAMAS POMBO, E., «Artículo 1107», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (ed.), *Comentarios al Código Civil* (Valladolid, Lex Nova, 2010), p. 1220; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 160.

<sup>597</sup> Señaladamente, MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2241-2450, y PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 5924-5925.

El error con que viene formulada la primera proposición del artículo 1107 CC reside, si se quiere, en que los dos criterios ahí mencionados deberían haber sido puestos en orden inverso, de modo que la previsibilidad sólo se predique de los daños que son una consecuencia necesaria del incumplimiento. La primera criba a la reparación integral del artículo 1106 CC vendrá impuesta así por la discriminación entre los daños que sean una consecuencia necesaria del incumplimiento y aquellos a los que no quepa reconocer ese carácter, con la consiguiente exclusión de la obligación resarcitoria que se impone al deudor<sup>598</sup>.

La cuestión a dilucidar es si el requisito de la «consecuencia necesaria» comporta un límite general a la extensión del resarcimiento, de modo que opera como una depuración previa del principio de reparación integral que se desprende del artículo 1106 CC con independencia de la valoración subjetiva del incumplimiento, o si ella sólo se predica respecto del deudor de buena fe, como sugiere a primera vista el artículo 1107 CC. Directamente relacionado con esta primera cuestión, también se debe precisar cuál es el verdadero carácter de este criterio y su función a la hora de establecer la imputación objetiva del incumplimiento.

La primera aproximación a este criterio es semántica: algo se dice necesario cuando forzosa o inevitablemente ha de suceder<sup>599</sup>. Trasladada esta idea al campo del resarcimiento, significa que el daño sólo es una consecuencia necesaria del incumplimiento cuando éste puede expresar su surgimiento<sup>600</sup>, excluyendo de paso aquellas que se encuentran en situación de contingencia, vale

---

<sup>598</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 784; LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 583; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 179; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 196.

<sup>599</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua*, V. «Necesario» (1ª acepción).

<sup>600</sup> VINEY/JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 164.

decir, que pueden o no derivarse del incumplimiento. Dada la evolución experimentada en la construcción del sistema de responsabilidad contractual desde el Proyecto de 1851, basta señalar que el término «consecuencia necesaria» no era desconocido para los epígonos que sirvieron de base a la codificación decimonónica<sup>601</sup>, y parece ser comprensivo del conjunto de efectos directos que genera el incumplimiento, sin importar que sean causalmente inmediatos o mediatos (cfr. artículos 1151 del *Code Civil* y 1223 del *Codice Civile*)<sup>602</sup>.

Son consecuencias inmediatas aquellas que se siguen a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que medie entre éste y el daño. Por el contrario, son mediatas aquellas que operan a distancia, aunque vengan conectadas con aquél de modo empírico, y sólo son resarcibles en la medida que guardan todavía una relación causal directa con el incumplimiento imputable al deudor. Tal existe cuando el daño es producido por dicho incumplimiento en unión con otro hecho, el cual, sin embargo, no tiene significación suficiente para transformarse en la causa única del daño ni para disminuir el carácter de causa preponderante atribuida al incumplimiento<sup>603</sup>. De ambas consecuencias se responde porque son conocidamente ocasionadas por el incumplimiento y sin él no habrían tenido lugar<sup>604</sup>. Por el contrario, quedan excluidos aquellos daños que no

---

<sup>601</sup> El origen de la expresión «consecuencia necesaria» se halla en Domat y de ella se sirve también Pothier (véase la nota 678). Véase LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., pp. 589-590, y «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil», cit., p. 133.

<sup>602</sup> PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, II (París, L.G.D.J., 7ª ed., 1917), núm. 249, p. 87.

<sup>603</sup> TERRE, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *Les obligations* (París, Dalloz, 7ª ed., 1999), núm. 567, pp 541-542.

<sup>604</sup> La expresión es de GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 544, y se refiere a la extensión de los daños que soporta el deudor doloso (hoy artículo 1107 II CC), pero bien se puede generalizar para cualquier incumplimiento.

han necesitado el incumplimiento como causa<sup>605</sup>. De ahí que el objetivo de este criterio sea, en verdad, establecer la regularidad causal entre el daño y el incumplimiento imputable al deudor<sup>606</sup>.

La regularidad causal supone un ajustamiento de la causalidad materialmente establecida, que viene presumida por el artículo 1106 CC. A este respecto, la teoría de la equivalencia de las condiciones (*Theorie der äquivalenten Kausalität*) es insuficiente por sí sola para imputar los daños sufridos por el acreedor al incumplimiento por el que debe responder el deudor. Tal teoría se presenta como una buena aproximación al fenómeno de causación del daño cuando el régimen de responsabilidad es subjetivo, como ocurre en sede aquiliana, porque entonces el origen del daño es a la vez la fuente del deber de indemnizar<sup>607</sup>. El principio del *neminem laedere* parte de la base de que las personas se comportan en sociedad de acuerdo según un parámetro de normalidad, de manera que, cuando eso no ocurre, han de responder de las consecuencias que de ahí se deriven (artículo 1902 CC). Si la responsabilidad se basa en un acto negligente, y si la negligencia consiste en no anticipar lo razonablemente previsible, el autor de dicho acto responderá hasta la medida en que debió haber previsto los resultados de su conducta<sup>608</sup>. La situación es diferente cuando la responsabilidad proviene del incumplimiento de un contrato, porque entonces la obligación resarcitoria nace de un hecho conectado con un dato normativo

---

<sup>605</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 635; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, pp. 207-208; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 784.

<sup>606</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 595; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», pp. 2447-2448 y 2460-2461.

<sup>607</sup> Véase BARROS BOURIE, E., «La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*», *Estudios Públicos* 112 (2008), pp. 309-338.

<sup>608</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., «Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno», RDUdC 209 (2001), p. 15.

previo, como es la falta de realización del programa de prestación dentro del ámbito de riesgo administrado por el deudor (artículos 1101 y 1105 CC). La responsabilidad que surge para éste tiene, por tanto, una naturaleza objetiva, y es la mal llamada teoría de la causalidad adecuada (*Adäquanztheorie*) la que mejor delimita hasta dónde se extiende el deber de reparación que cabe imponer al deudor en función del curso causal abierto con el incumplimiento<sup>609</sup>.

Como fuere, el resultado práctico es en ambos casos coincidente<sup>610</sup>. En la responsabilidad extracontractual, la previsibilidad de la culpa desempeña paralelamente una función de adecuación causal, porque las consecuencias dañosas se ponderan a partir del hecho que origina la obligación resarcitoria, que acaece cuando el agente deja de actuar conforme con el estándar de cuidado socialmente exigible y altera el orden normal de las cosas (artículo 1089, 1093 y 1902 CC)<sup>611</sup>. En el ámbito

<sup>609</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, «Aspectos de la relación de causalidad», cit., p. 18.

<sup>610</sup> Así parecen entenderlo también LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 583, y PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 974, y «El sistema», cit., p. 1037, cuando sugieren la aplicación analógica del requisito de la «consecuencia necesaria» del artículo 1107 I CC al ámbito de la responsabilidad extracontractual. De manera expresa, MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 179, señala la procedencia de la teoría de la adecuación en materia extracontractual y respecto del artículo 1107 II CC; y algo parecido se observa en CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1252-1253, quien equipara las locuciones «necesariamente» (artículo 1107 I CC) y «conocidamente» (artículo 1107 II CC) en torno a la idea de adecuación causal. Aunque más escuetamente, es también el criterio de DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, pp. 207-208. Cuestión distinta es si cabe distinguir en el ámbito extracontractual entre el hecho culposo y doloso a efectos de fijar la extensión de la responsabilidad. Al respecto, con referencia a las opiniones en uno y otro sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson-Civitas, 2003), II, pp. 1251-1274.

<sup>611</sup> Eso explica, por ejemplo, que el artículo 2056 del *Codice Civile* haga aplicable en sede aquiliana la regla de valoración del daño del artículo 1223, que limita el resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante a los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

contractual, la adecuación recibe cabida para delimitar el nuevo curso causal abierto por el incumplimiento, que se aparta de aquel previsto para el desenvolvimiento del programa de prestación. Es indiferente, a este respecto, que el incumplimiento sea o no doloso, porque no se trata de delimitar (todavía) los daños de acuerdo con el interés protegido por el contrato, sino sólo de circunscribir la causalidad dentro de un parámetro de verosimilitud o probabilidad del daño sufrido por el acreedor desde el momento en que tal pudo efectivamente producirse, o sea, desde el incumplimiento<sup>612</sup>.

De lo dicho cabe concluir que el requisito de «consecuencia necesaria» exigido por el artículo 1107 CC es un criterio autónomo y causal, previo al de previsibilidad, cuya función es excluir los daños que sólo de forma contingente tienen su origen en el incumplimiento, por concurrir otras causas contemporáneas que disminuyen su valoración objetiva de acuerdo con un criterio de adecuación<sup>613</sup> o, si se prefiere, de normalidad a partir de criterios objetivos derivados de la experiencia común<sup>614</sup>. Por consiguiente, el daño sólo puede ser atribuido al deudor cuando su ocurrencia se desprenda como una consecuencia forzosa o racionalmente conectada con el incumplimiento, vale decir, cuando en virtud de un juicio de probabilidad quepa establecer que tal habría sobrevenido en un marco descriptivo generalizador construido a partir de las circunstancias del caso y las

---

<sup>612</sup> La adecuación ha sido sugerida como criterio residual de imputación, para resolver problemas relacionados con cursos causales completamente anormales o residuales que no encuentran fácil solución mediante los otros criterios de imputación objetiva. En este sentido: CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 158; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 786; PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 976; «Causalidad e imputación objetiva», cit., pp. 1590-1591; «El sistema», cit., pp. 1036-1037, y «Las nuevas bases», cit., p. 1742; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 56-57.

<sup>613</sup> CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 166-168.

<sup>614</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil», cit., p. 147.



uniformidades naturales y sociales del tipo contractual<sup>615</sup>. El daño debe ser resarcido por el deudor, entonces, cuando el incumplimiento, en general, y no sólo bajo circunstancias particulares que, por ser extravagantes en un marco racional de probabilidades, quedan fuera de consideración, resulta idóneo para causarlo<sup>616</sup>. Así pues, no caben dentro de su espectro dos tipos de situaciones: (i) aquellas que de alguna forma hubiesen podido ser descartadas con anterioridad como extraordinariamente improbables por un observador experimentado que hubiese considerado la posibilidad de esa contingencia al momento del incumplimiento; y (ii) aquellas cuya ocurrencia o materialización pudieron ser evitadas por el acreedor obrando razonablemente a partir de entonces<sup>617</sup>.

La primera de estas situaciones envuelve un problema genérico de adecuación causal basado en la idea de normalidad (como criterio de discriminación de aquellas condiciones inicialmente consideradas equivalentes por el artículo 1101 CC), y alude a la delimitación del resarcimiento respecto de los daños más o menos cercanos según su grado de contingencia<sup>618</sup>. De este modo, el daño no se reputa una «consecuencia necesaria» del incumplimiento cuando en su producción han intervenido otras

---

<sup>615</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, V, cit., p. 364.

<sup>616</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 150.

<sup>617</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1248-1265, separa los daños no resarcibles por el deudor de buena fe según si la razón de la exclusión proviene en la falta de adecuación causal o en la omisión de la carga de mitigar las pérdidas. En sentido similar, LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 595, designa ambos criterios como «resultado anormal» y «evitabilidad» según un principio de autoresponsabilidad. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 783, prefiere hablar de limitaciones o paliativos al deber de reparación integral de los daños sufridos, y ahí menciona la carga de mitigación, la relación de causalidad y el especial régimen jurídico de los deudores no dolosos, que enseguida pasa a desarrollar (pp. 783-787).

<sup>618</sup> NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños», cit., p. 1255.

causas (ajenas) sin las cuales no se habría producido o, en todo caso, podría haberse evitado<sup>619</sup>.

La segunda situación, ya intuida por Pothier<sup>620</sup>, introduce la idea de evitación tanto del daño en sí como de sus consecuencias por parte del acreedor a guisa de factor de exclusión de ciertos daños directos (aunque no previsibles)<sup>621</sup>. Es en esta sede donde comparece la carga de mitigar las pérdidas como un criterio general de delimitación de la extensión del resarcimiento, dado que éste sólo se podrá reclamar hasta donde un comportamiento razonable del acreedor no haya podido concurrir para detener la causación misma del daño o su propagación, puesto que desde el incumplimiento es él quien está en mejor posición para administrar ese riesgo<sup>622</sup>. La imputación del daño se interrumpe aquí, no ya en razón de su eventual carácter contingente, sino por su posibilidad de evitación por parte de un acreedor diligente o razonable<sup>623</sup>. La mitigación que de éste se reclama se puede conseguir de forma mediata e inmediata, pues el acreedor detiene la producción del daño o su propagación tanto mediante la elección del remedio que de mejor manera satisface su interés como a través de medidas concretas enderezadas a ese fin. Sobre esta carga y sus consecuencias habremos de volver más adelante<sup>624</sup>.

Como fuere, la depuración del curso causal que se efectúa sobre la base de criterios de imputación objetiva no se agota en la utilización del criterio de adecuación, y depende igualmente de

---

<sup>619</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 591.

<sup>620</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 167.

<sup>621</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 121-122.

<sup>622</sup> La solución es compartida por la doctrina, aunque la postergación de la concurrencia de la carga de mitigar se extiende incluso hasta acabada la imputación objetiva, compareciendo ella como un elemento distinto de la misma (por ejemplo, SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 61-62).

<sup>623</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 592.

<sup>624</sup> Véase *infra*, § 5, I, 5.

otros criterios, como el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el incremento del riesgo, la conducta alternativa correcta y la competencia del acreedor<sup>625</sup>.

El criterio de riesgo general de la vida excluye la causalidad para aquellos casos en los que la conducta del demandado intervino en la producción del resultado, pero debe ser considerada inidónea como causa por cuanto aquel es la actualización de un riesgo general que se daría incluso sin su presencia, por estar ligado con la existencia natural del dañado o pertenecer a aquellos desencadena normalmente la vida o la forma de socialización y civilización correspondientes. En sede contractual, este criterio permite excluir como causas aquellas conductas del deudor donde éste opera sólo como autor mediato, porque el daño proviene de un riesgo que habitualmente soportan las partes como integrantes del tráfico comercial en que están insertos. Por ejemplo, no se puede imputar al deudor contractual que negó el uso de una tarjeta de crédito para la adquisición de un billete de avión el hecho de que el cliente tuviera que tomar otro y sufriera en él un accidente aéreo<sup>626</sup>, o al taller mecánico que retrasa la entrega del automóvil que le fue confiado para su reparación si su dueño, como consecuencia de tener que caminar a su trabajo por no contar con su medio habitual de transporte, es atropellado al cruzar la calle<sup>627</sup>. Tampoco cabe poner de cargo de los arrendadores el daño que la arrendataria reclama con ocasión de la demolición por ruina económica, cuando ésta es consecuencia de la vetustez y de las condiciones estructurales del edificio, y no del incumplimiento de su obligación de reparación y

---

<sup>625</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 623-630; CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 158-159; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 785-786; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 202-229; PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 974, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5925; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 40-61.

<sup>626</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 785.

<sup>627</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva», cit., p. 1567.

conservación de la propiedad<sup>628</sup>. En materia de daño moral, un riesgo típico que generalmente queda excluido de la vida profesional es el relacionado con las consecuencias dañosas del fracaso<sup>629</sup>, como también el tener que soportar el ejercicio de acciones judiciales<sup>630</sup>.

La prohibición de regreso impide que se imputen objetivamente los daños a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando ha intervenido sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero ajeno a la órbita del deudo contractual, salvo que ella se haya visto favorecida de forma decisiva por este último. De este modo, si el acreedor celebró un negocio de reemplazo con el objetivo de cubrirse del incumplimiento y éste tampoco se cumple por parte del tercero con quien contrató, los daños provenientes de ese nuevo incumplimiento no pueden ser puestos de cargo del primer deudor, quien responderá sólo hasta el límite impuesto por el fin de protección del contrato. La aplicación de este criterio requerirá examinar meticulosamente la regla contractual para comprobar si la adopción de medidas destinadas a evitar la intervención de terceros (o simplemente la asunción del riesgo de dicha intervención) forma parte del objeto del contrato, como ocurre en la mayoría de aquéllos con finalidad de seguridad (servicios de vigilancia o de mantenimiento de ascensores, alquiler de cajas de seguridad, etcétera)<sup>631</sup>.

El criterio de incremento del riesgo hace que no pueda imputarse a una determinada conducta un concreto resultado dañoso si ella no ha aumentado la posibilidad de que éste se produzca. Llevado al ámbito contractual, este criterio permite excluir como causas aquellas conductas del deudor que no

---

<sup>628</sup> STS de 5 de enero de 2006 (RJ 2006/131).

<sup>629</sup> GARCÍA VICENTE, CJCC 86 (2011), § 2276, p. 777.

<sup>630</sup> STS de 20 de mayo de 1988 (RJ 1988/4318).

<sup>631</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 627; PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 975.

umentan el riesgo que habitualmente soportan las partes como integrantes del tráfico comercial en que están insertos. Por ejemplo, el exportador no responde si hay riesgo de que la fruta transportada se malogre cuando se prueba que su defectuoso embalaje no incrementó el riesgo natural de descomposición<sup>632</sup>.

El criterio de conducta alternativa correcta es aplicable si la correcta ejecución del contrato no hubiese impedido el resultado dañoso, y tampoco contribuye a incrementar el riesgo de su producción. El ejemplo más clásico es el del caso fortuito que sobreviene durante la mora del deudor<sup>633</sup>. Tal no tiene la virtud de exonerarlo de responsabilidad, porque previamente ha quedado incurso en mora y con ella basta para imputarle los efectos de su incumplimiento. Sin embargo, y aunque el Código Civil no consagró la excepción con carácter general (tampoco el derecho romano: Dig. 16, 3, 14, 1), se admite que el deudor se pueda exonerar igualmente probando que, de haber sido entregada oportunamente, la cosa se hubiese perdido también en poder del acreedor por efecto del mismo caso fortuito, vale decir, de la misma forma y en iguales circunstancias de tiempo y lugar (arg. ex artículo 1896 III *in fine* CC)<sup>634</sup>. Este criterio es de utilidad asimismo en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de servicios profesionales (médicos, abogados, etcétera)<sup>635</sup>.

---

<sup>632</sup> CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 159.

<sup>633</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 629, y PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 975, incluyen este supuesto dentro del criterio de aumento del riesgo.

<sup>634</sup> Así lo reconocía expresamente el artículo 1160 IV del Proyecto de 1851: «Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta excepción no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1006 [el deudor que se ha comprometido sucesivamente a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas]». Véase asimismo la nota 461.

<sup>635</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 786.

La competencia de la víctima se relaciona con la distribución de los riesgos que el contrato reparte entre las partes. De esta forma, en aquellos casos en que, dada la particular configuración de la relación entre las partes, dentro de ella el control de una determinada situación correspondía al acreedor, es a él a quien deben imputarse las consecuencias lesivas que se deriven de la falta de adecuado control de dicho riesgo, y no al comportamiento del deudor aunque éste haya sido el autor mediato. El artículo 1484 CC comporta una aplicación de este criterio.

*(b) La previsibilidad del daño*

Dentro de los daños que necesariamente se siguen del incumplimiento, empero, el deudor de buena fe no responde más que de aquellos que previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación (artículo 1107 I CC). Este segundo criterio delimita, entre los daños causados necesariamente por el incumplimiento, aquellos que son indemnizables por su conexión con el fin de protección del contrato o, si se prefiere, con el interés del acreedor configurado y cubierto por la garantía de satisfacción asumida por el deudor al contratar<sup>636</sup>. El criterio dice relación ahora con el bien jurídico protegido, y no con un aspecto atingente a la causalidad<sup>637</sup>.

Antes se ha dicho que no todos los criterios de imputación objetiva acuñados por la dogmática penal sirven para delimitar el daño resarcible en el ámbito contractual. Pues bien, uno de los

---

<sup>636</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 93 y 95.

<sup>637</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, p. 207; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 726 y 787; GARCÍA VICENTE, CCJC 87 (2011), § 2321, p. 1787; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., pp. 2443 y 2449; LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., pp. 582-583; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 149; PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad (D.º Civil)», cit., p. 974, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5924; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 43-45.

criterios que sí presta utilidad en esta sede es el de fin de protección de la norma (*Schutzzweck der Haftungsbergründenen Norm*), según el cual no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito protector de aquella regla sobre la que se pretende fundamentar su responsabilidad<sup>638</sup>. Dada la especificidad de la responsabilidad contractual, y superado el ámbito meramente causal, el criterio basal de imputación será precisamente el fin de protección creado por el contrato, pues su sentido y finalidad domina todo el régimen jurídico del incumplimiento, tanto en lo que se refiere a la determinación de la lesión del derecho de crédito, como en lo que atañe a la medida en que el deudor responderá de ese incumplimiento, porque concreta el interés jurídicamente tutelado por ella<sup>639</sup>.

La decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes y beneficios más o menos consciente de cada una de las partes, siendo uno de los costes a tener en consideración el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento<sup>640</sup>. No sería lógico que el contratante incumplidor hubiera de responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como de posible ocurrencia al tiempo de contratar, ni una persona razonable, en ese momento y contando con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían ocasionarse a consecuencia de tal incumplimiento. De ahí que el deudor sólo debe responder de los daños que causalmente son una consecuencia necesaria de su incumplimiento y que caen dentro del fin de protección del contrato, que se identifica con los posibles resultados dañosos

---

<sup>638</sup> Corresponde a Rabel el mérito de haber desarrollado el fin de protección del contrato como el criterio fundamental de imputación objetiva en materia de responsabilidad por incumplimiento.

<sup>639</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, cit., p. 151.

<sup>640</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 5924-5925.

explícita o implícitamente asumidos por el deudor al momento de contratar<sup>641</sup>.

La formulación de este criterio de imputación objetiva se encuentra en casi todos los sistemas latinos bajo la limitación de responsabilidad del deudor no doloso a los daños previsibles al tiempo de celebración del contrato (artículo 1107 CC), dando origen así a la llamada «regla de la previsibilidad», de formulación poco afortunada por la confusión que este último término introduce<sup>642</sup>. Por extensión, también en los sistemas del *Common Law* se acude a esta idea (*foreseeability*) mediante una particularización de la regla general de delimitación del resarcimiento (*remoteness rule*), que en el ámbito contractual se transforma en la concreta apreciación de las partes respecto de un cierto daño como consecuencia previsible del incumplimiento (*contemplation of the parties rules*)<sup>643</sup>. Tal convergencia explica su

---

<sup>641</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 631-632; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, p. 207; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., II, pp. 726 y 785; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1635 y 1640; GARCÍA VICENTE, CCJC 86 (2011), § 2276, p. 780, y CCJC 87 (2011), § 2321, pp. 1787 y 1792-1793; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 93-96 y 164; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier Libros, 2011), p. 467; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1019-1020 y 1029-1032, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 524-525; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 22 y 43-44. Véase: STS de 17 de marzo de 2001 (RJ 2011/2811), con comentario de José Ramón GARCÍA VICENTE, CCJC 87 (2011), § 2322, pp. 1775-1794.

<sup>642</sup> Véase la nota 695, así como las prevenciones de Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 787; GARCÍA VICENTE, CCJC 87 (2011), § 2321, pp. 1793-1794; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 167, y PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1029, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5925.

<sup>643</sup> Véase, por ejemplo, CORRAL TALCIANI, H., «Influencia de Pothier en la consagración de la regla de la previsibilidad de los daños contractuales en las tradiciones de derecho civil y de *Common Law*» (2009), ahora en *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 212-222; FERNÁNDEZ GREGORACI, I., «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la “remoteness rule”», ADC LXIV (2011) 1, pp. 125-156, y «*The Achilles*: la



recepción en los textos de unificación del derecho privado (artículos 74 CISG, 7.4.4 PICC, 9:503 PECL, 88 y 162 VI ECC, 8:402 ACQP, III-3:703 DCFR y 10:503 PCCR)<sup>644</sup>.

Leída literalmente, la regla del artículo 1107 I CC da a entender que el deudor es responsable de todos aquellos daños que realmente haya previsto, pero no asumido, al tiempo de contratar; mientras que se exonera de aquéllos generalmente imprevisibles que efectivamente haya asumido<sup>645</sup>. Sin embargo, los orígenes de la regla<sup>646</sup> y el fundamento económico que la explica llevan al convencimiento de que su finalidad es predicar la distribución de resultados dañosos conforme al contrato como criterio objetivo de atribución de la responsabilidad por incumplimiento<sup>647</sup>. La regla no expresa, por consiguiente, los límites del ajustamiento de la causalidad material en la responsabilidad contractual, establecida a partir de la idea de «consecuencia necesaria», sino que delimita el deber de reparar los daños causalmente conectados con el incumplimiento según un criterio normativo fundado en el interés protegido por la regla contractual<sup>648</sup>. De todos los daños que se

---

*remoteness rule* sometida a debate en la *House of Lords*», CAJDP VII (2011), pp. 295-311; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 129-144.

<sup>644</sup> Por todos, GORDLEY, J., «The Foreseeability Limitation on Liability in Contract», en HARTKAMP, A. *et alii* (ed), *Towards an European Civil Code* (WoltersKluwer/ArsAequi, Aphen aan de Rijn, 4ª ed., 2011), pp. 699-714.

<sup>645</sup> SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 44.

<sup>646</sup> La regla es fruto de una refundición de las explicaciones de Pothier sobre los diversos criterios de delimitación del daño de la tradición romanista (cfr. *Traité des obligations*, núm. 160-168), partiendo de la interpretación que de ellas había hecho Charles Dumoulin (1560-1566), a quien cita profusamente (véase la nota 666). Véase, entre otros, CANNATA, C. A., «Dai giuristi ai codici, dei codici ai giuristi (Le regole della responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)», RTDPC 35 (1981), pp. 993-1013; CORRAL TALCIANI, «Influencia de Pothier», cit., pp. 205-211; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión*, cit., pp. 316-332; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 112-122; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1073-1079.

<sup>647</sup> Treitel, Remedies, 128, 131 y 134. McCormick, Damages, 137-141; Stoll, artículo 74, 4, 34, 36.

<sup>648</sup> CORRAL TALCIANI, «La extensión del resarcimiento», cit., p. 177.

pueden imputar al deudor porque su ocurrencia es consecuencia necesaria del incumplimiento, aquél sólo indemnizará aquellos comprendidos dentro de la medida de su garantía de satisfacción del interés del acreedor, la que se determina al momento de celebración del contrato. Para definir los verdaderos contornos de este criterio de imputación, no basta entonces con atender al tipo de contrato celebrado (interés típico protegido), sino que la indagación se ha de extender a los propósitos prácticos que movieron a las partes a vincularse y que perfilan el completo ámbito de vinculación del programa prestacional (interés concreto protegido)<sup>649</sup>. No se trata, en suma, de descubrir la voluntad presunta de los contratantes, sino de delimitar los daños de acuerdo con un criterio legal y objetivo que parte de la verdadera intención de éstos al obligarse y distribuir entre sí los riesgos asociaciones con esa operación económica (artículos 1258 y 1281 CC)<sup>650</sup>.

Un buen indicador de la extensión del ámbito de protección del contrato es la relación de proporcionalidad que existe entre el precio cobrado y el coste de administración de un determinado riesgo, de manera que cabe entender que éste no fue previsto por las partes cuando lo que habría supuesto al deudor gestionarlo es una cuantía sensiblemente superior al del beneficio que esperada obtener del contrato incumplido<sup>651</sup>. Sin embargo, la cuestión no es siempre de fácil solución y muchas veces terminan mezclándose los problemas de causalidad («consecuencia necesaria») e imputación (previsibilidad). Un ejemplo tomado de Pothier puede ayudar a comprender mejor este solapamiento<sup>652</sup>. Una persona compra unas vigas defectuosas a un carpintero con el objetivo de apuntalar un edificio en ruinas. Hecha la obra, el edificio se

---

<sup>649</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 169-170.

<sup>650</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil», cit., p. 146.

<sup>651</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5925.

<sup>652</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 163.

derrumba y el propietario demanda al carpintero por la totalidad de los daños ocasionados por la ruina. Para Pothier, su responsabilidad no puede comprender los daños sufridos en los muebles que el propietario mantenía dentro del edificio, porque no era razonable que, amenazando éste ruina, ellos no hubiesen sido puestos a buen resguardo en otro lugar, como ocurre normalmente en las casas apuntaladas. De tales daños sólo responderá el carpintero cuando haya asumido expresamente ese riesgo. En realidad, el problema parece ser aquí de causalidad y no de previsión según el contrato. El propietario compró las vigas con el deseo de detener la ruina de su casa, y confiaba en que con ellas el problema quedaría solucionado. El derrumbe que finalmente se produce tiene su origen en la ruina que ya amenazaba el edificio, y la instalación de las vigas defectuosas es sólo un hecho añadido que, si se quiere, contribuye a ella pero no la causa de forma exclusiva. La cuestión refiere, entonces, a la alteración del curso causal entre el incumplimiento (la entrega de unas vigas defectuosas) y el daño ocasionado por la ruina sobre los bienes muebles que guarnecían la casa apuntalada al no conseguirse con ellas el propósito práctico perseguido (la conservación del edificio). El daño que éstas sufren no queda justificado por el solo incumplimiento, porque el propietario no ha tomado las medidas que una persona razonable habría adoptado en su lugar, como es retirar los muebles y llevarlos a un lugar seguro. Ordinariamente, ante un edificio que amenaza ruina, el comportamiento razonable es éste.

Dicho de otra forma, un daño puede ser una consecuencia necesaria del incumplimiento y no ser resarcible dada su imprevisibilidad al tiempo de contratar. Así ocurre, por ejemplo, cuando un paquete que contiene valores no declarados se extravía por un hecho imputable al deudor<sup>653</sup>.

---

<sup>653</sup> MALAURIE, P./AYNES, L./STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations* (París, Defrénois, 2003), núm. 964, p. 488, nota 125.

Resta referir el tercer criterio de delimitación del daño resarcible contenido en el artículo 1107 CC, cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito al deudor doloso<sup>654</sup>. En materia contractual, el dolo representa la voluntad de no dar cumplimiento al contrato por razones estratégicas relacionadas con la economía del propio deudor, al que le resulta más barato incumplir, o bien más difícil o antieconómico no hacerlo<sup>655</sup>. El deudor que actúa de esta forma realiza un segundo cálculo de los costes y beneficios asociados al contrato, relativos ahora a su decisión de incumplir. Si la regla de previsibilidad habitual tuviese aquí aplicación y el deudor hubiere de responder sólo de los daños previstos al momento de contratar, significaría que el deudor doloso se podría beneficiar de la limitación del resarcimiento al daño que era previsible cuando se celebró el contrato, que hizo que la regla contractual equilibrase las prestaciones y riesgos de las partes de acuerdo con una particular disciplina, y que además aquél pudiese aplicar directamente a su patrimonio las consecuencias favorables de ese segundo cálculo de costes y beneficios en perjuicio del acreedor<sup>656</sup>.

La controversia ha surgido de la interpretación que cabe asignar al adverbio «conocidamente» con que se complementa la significación del verbo «derivar» que articula la regla del artículo 1107 II CC. A diferencia del *Code Civil* (artículo 1150) y el *Codice Civile* de 1865 (artículo 1228), el código español hace responder al deudor doloso de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven del incumplimiento. La redacción con que viene formulada la regla parece indicar que se responde no sólo de los daños inmediatos imprevisibles, sino también de los mediatos,

---

<sup>654</sup> La regla proviene del artículo 1124 II del Proyecto de 1882-1883, que con un pequeño cambio de giro encuentra su origen en el artículo 1016 II del Proyecto de 1851.

<sup>655</sup> Véase la nota 525.

<sup>656</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1032-1033, y «Las nuevas bases», cit., p. 1742.

dado que basta que el daño haya sido claramente ocasionado por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea consecuencia directa, inmediata e inevitable (cfr. artículos 1476 y 1486 II CC), para que surja la responsabilidad del deudor<sup>657</sup>.

Sin embargo, la extensión de la regla parece ser otro, y para aclarar su sentido es necesario indagar en el aparato conceptual que manejaba García Goyena, y también reconstruir su propia formulación semántica en el Código Civil<sup>658</sup>.

Para la extensión de responsabilidad del deudor no doloso, García Goyena justificaba el cambio de redacción respecto del modelo francés haciendo equivalentes la frases «*consecuencia inmediata y necesaria*» (artículo 1016 I del Proyecto de 1853) y «*utilitas quae circa ipsam rem consistit*» (Dig. 19, 1, 21, 3)<sup>659</sup>. Esta equiparación es indicio de una confusión entre los daños intrínsecos y los inmediatos, que son aquellos que presentan un nexo causal no interrumpido con el incumplimiento<sup>660</sup>, y sobre la que mucho se había discutido en el derecho intermedio<sup>661</sup>. De hecho, así lo demuestran los tres ejemplos romanos que García Goyena cita para ilustrar su explicación<sup>662</sup>. En principio, el deudor

<sup>657</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 544.

<sup>658</sup> Véase, con perspectiva histórica, LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., pp. 584-595.

<sup>659</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 543.

<sup>660</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 184-185; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 162; NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños», cit., p. 1259; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1089; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 149-150.

<sup>661</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., pp. 585-586.

<sup>662</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., ofrece tres ejemplos en respaldo de su explicación. Primero, presenta traducidos los dos casos recogidos en Dig. 19, 1, 21, 3: (i) «compré vino y no se me entregó; no se reputará daño o lucro cesante, que yo habría podido venderlo y negociar con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta pude dejar de negociar» (p. 543); (ii) «[c]ompré trigo, y por no haberseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos sino el precio mayor que tuvo el trigo o el vino desde que debió serme entregado, porque esta mayor utilidad inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa extrínseca, accidental, ajena al

que no ha incurrido en dolo responde de los daños intrínsecos (o *propter rem ipsam habitant*), vale decir, de aquellos que inciden sobre la cosa que era objeto de la obligación incumplida<sup>663</sup>, y es a ellos a que se refiere la limitación contenida en Dig. 19, 1, 21, 3<sup>664</sup>, probablemente fundada en la omisión de una conducta mitigadora por parte del acreedor<sup>665</sup>. Pero aunque esto será muchas veces lo normal, y de ahí quepa extraer un cierto parámetro típico, la responsabilidad del deudor no puede quedar reducida sólo a esos daños intrínsecos y debe cubrir también aquellos que se ocasionan en otros bienes del acreedor (daños extrínsecos o *extra rem*), para procurar una satisfacción integral modulada de acuerdo con su interés lesionado por el incumplimiento, con tal de fuesen previsibles<sup>666</sup>. Cuando el incumplimiento es doloso, en

---

contrato, y que además puede evitar» (p. 544). Enseguida agrega, como cierre, (iii) un caso que aparece en Dig. 18, 6, 19: «Por los mismos motivos que se dice en la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto [la cita es equivocada, porque en realidad se refiere al texto antes individualizado], que, siendo moroso el comprador en pagar el precio, sólo podrá pagar la usura e intereses, *no [omne] omnino quod, mora, non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerte et precio soluto ex mecibus, plus quam ex usuris quaerere potuit* [no absolutamente de todo lo que el vendedor pudo conseguir no habiéndose causado la mora, como si fue negociante, y pagado el precio pudo obtener más de las mercancías, que de los intereses]» (p. 544).

<sup>663</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 161, conecta estos daños con la previsibilidad ordinaria de las partes al momento de contratar, que queda recogida en el tipo contractual elegido. El daño comprende así todo el interés del acreedor en conservar o mantener la cosa en que consistía la prestación incumplida.

<sup>664</sup> Por todos, JÖRS, P./KUNKEL, W., *Derecho privado romano* (trad. de Luis Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1937), § 106, p. 245.

<sup>665</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 185; LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 585.

<sup>666</sup> La idea de previsibilidad es introducida por MOLINEO, *Extrictio labyrinthi de eo quod interest*, cit., núm. 21-31 (pp. 35 vta.-43 vta.) y 56-65 (pp. 62 vta.-70), con el propósito de explicar por qué el daño extrínseco (*interesse intrinsecum* o *circa rem*) no debe exceder el doble del daño intrínseco (*interesse intrinsecum* o *extra rem*), vale decir, el valor de la prestación tenido en cuenta al contratar, respecto de los *casus certi* de que hablaba el texto de la Constitución justiniana de 531 recogida en Cod. Iust. 7, 47. El autor francés enumera ocho motivos que justifican la decisión imperial, uno de las cuales es que el daño no puede superar la

cambio, la responsabilidad del deudor se extenderá a todos los daños causados, sin distinción entre intrínsecos o extrínsecos, y el único límite será que ellos no sean remotos<sup>667</sup>. Esto explica hoy la precedencia de la *summa divisio* de daños resarcibles bajo el principio de reparación integral (artículo 1106 CC) respecto de la regla sobre su delimitación objetiva a partir de los criterios de necesidad y previsibilidad (artículo 1107 CC).

Pues bien, de la inteligencia que daba García Goyena a la primera proposición del artículo 1016 del Proyecto de 1851 se sigue que la agravación de responsabilidad del deudor doloso venía referida a los daños extrínsecos, que aquél concebía como aquellos que no eran una consecuencia directa, inmediata o evitable del incumplimiento<sup>668</sup>, y no según la reinterpretación que de ellos había hecho Pothier sobre la base de los textos romanos y la doctrina precedente<sup>669</sup>. Su objetivo era, por tanto, evitar que en derecho español se sostuviera una interpretación restrictiva como aquella con que Bigot de Prémeneu (1747-1825) ilustraba el artículo 1551 del *Code Civil* (entonces artículo 51 del Proyecto de

---

previsión del deudor al tiempo de contratar («*quidquid praevideri potuit trascendere*»), casi con seguridad tomado de un texto también romano sobre el esclavo evicto (Dig. 19, 1, 43-44). Tratándose de los *causae incerti*, Dumoulin vuelve a utilizar el criterio de la previsibilidad, de suerte que el resarcimiento no puede sobrepasar los límites del riesgo que el deudor ha previsto poner de su cargo, sea de forma explícita o implícita («*qui verisimiliter apparebant tempore contractus, siue limites periculi, vel casus praevisi, & tacite suscepti non debent excendi*»). Unos y otros terminan así convergiendo en cuanto a la extensión del daño resarcible, aunque todavía persista la partición entre *casus certi e incerti* basada en la posibilidad de estimación común (*interesse comune*) o particular (*interesse singulare*), que desaparecerá cuando Pothier acometa la explicación de la disciplina de la indemnización de perjuicios en su *Traité des obligations* (véase la nota 646).

<sup>667</sup> Véase, entre otros, MOLINEO, *Extrictio labyrinthi de eo quod interest*, cit., núm. 5 (p. 15 vta.), 12 (p. 24) y 179 (p. 156); DOMAT, *Les lois civiles*, cit., lib. III, tít. V, sec. 2<sup>a</sup>, art. 6; POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 167, y *Contrat de vente*, núm. 168; LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVI, cit., núm. 295-296, pp. 354-356.

<sup>668</sup> GARCIA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 544.

<sup>669</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 161.

Libro III, Título II sobre los contratos y las obligaciones convencionales en general), que limitaba el resarcimiento a los daños intrínsecos sin importar si el deudor era o no doloso<sup>670</sup>.

Para García Goyena, pues, la diferencia entre el deudor doloso y el que no lo es estribaba en la extensión de su obligación resarcitoria más allá de la previsibilidad al tiempo de contratar, que era lo que el citado comisionado proponía para el código francés<sup>671</sup>, porque la extensión del resarcimiento debía quedar fijada según el bien jurídico efectivamente protegido<sup>672</sup>. Por eso, la distinción entre daños intrínsecos y extrínsecos carece de una función limitadora del daño indemnizable en su sistema conceptual, porque unos y otros son o pueden ser previsibles y deben ser resarcidos por el deudor<sup>673</sup>. Con todo, García Goyena no entendía que el curso causal abierto por un incumplimiento doloso fuera ilimitado y el deudor quedase obligado sin límite alguno, pues siempre «será preciso convenir en que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas u ocasión del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto más fino y mayor sagacidad que para lo segundo»<sup>674</sup>.

Dado que la regla pasó con pequeñas variaciones al código de 1889, nada impide que se aplique a él igual conclusión. Se llega así a la formulación con que se norma la agravación de responsabilidad del deudor doloso en el artículo 1107 II CC, quien responde de «*todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se*

---

<sup>670</sup> BIGOT DE PREAMENEU, F. J., «Exposition des motifs sur le projet de loi, titre II livre III, du Code Civil, concernant les contrats et les obligations conventionnelles en général», en MAVIDAL, J./LAURENT, E., *Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860*, V (París, Paul Dupont, 1865), p. 264.

<sup>671</sup> En el mismo sentido se pronunciaba LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVI, cit., núm. 286 (p. 346), 289 (p. 348) y 296 (p. 355), aunque al mismo tiempo equiparaba daños intrínsecos y daños previstos.

<sup>672</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 161-163.

<sup>673</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 161-162.

<sup>674</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., p. 544.



*deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*». Ahí no parece existir una exención a la exigencia de causalidad, de modo que quepa imponer al deudor el resarcimiento de cualesquier daño, sea inmediato o mediato, como literalmente sugería García Goyena para el Proyecto de 1851<sup>675</sup>. Antes bien, dicha relación causal se sobreentiende del requisito de que los daños deriven conocidamente del incumplimiento, esto es, de que claramente tengan su origen en el comportamiento doloso del deudor<sup>676</sup>, que es una de las varias causas que engendra responsabilidad por incumplimiento según el artículo 1101 CC<sup>677</sup>. De esta manera, aunque con una redacción diferente, las dos partículas del artículo 1107 CC, referidas una al deudor de buena fe («*consecuencia necesaria*») y la otra al deudor doloso («*conocidamente se derivan*»), terminan coincidiendo en su significación causal: ambas delimitan los daños resarcibles a aquellos que normalmente se sigan del incumplimiento, porque sólo entonces éste es causa adecuada de aquéllos (cfr. artículo 1208 PMCC)<sup>678</sup>. Sobre ellos

---

<sup>675</sup> Véase ESCRICHE Y MARTÍN, *Diccionario razonado*, cit., V. «Daños y perjuicios», p. 529.

<sup>676</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, V. «Conocidamente» y «Derivar» (1ª acepción).

<sup>677</sup> BADOSA COLL, *La diligencia*, cit., p. 247.

<sup>678</sup> La idea está ya presente en Pothier. Después de reconocer que el incumplimiento doloso obliga al deudor a indemnizar todos los daños ocasionados al acreedor, sin importar si son intrínsecos o extrínsecos (POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 166), este autor se preguntaba qué ocurría con aquellos que son «*une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur*», y respondía que éste no venía obligado al resarcimiento en tales casos porque «*il n'y a pas une relation nécessaire*» entre el incumplimiento y los daños (POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 167). LEÓN GONZÁLEZ, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil», cit., p. 144, sugiere que la expresión «conocidamente» del artículo 1107 II CC es una traducción defectuosa y descontextualizada del término «*scienter*» con que desde el derecho romano se ha calificado, precisamente, a quien obra con dolo. Como la regla proviene del saneamiento de vicios en la compraventa (véase la nota 685), el vendedor obra con dolo porque sabe (es consciente de que) la cosa que entrega es ajena y, no obstante, oculta estas circunstancias (cfr. artículos 1476, 1478 núm. 5, 1486 II, 1487, 1488 II y 1529 III CC).

incidirá la previsibilidad como criterio de imputación para el deudor no doloso, dado que se presume que éste no ha entendido ni querido obligarse más que a la suma que razonablemente ha podido prever que podrían ascender los daños ocasionados por su incumplimiento<sup>679</sup>. Cuando ha habido dolo, en cambio, el deudor responde de todos los daños que racionalmente puedan conectarse con su incumplimiento, y esos daños no pueden ser otros que aquellos que sean consecuencia necesaria de la falta de realización de la regla contractual<sup>680</sup>. El dolo opera, entonces, como un criterio de medida del incumplimiento: el resarcimiento se extiende y se vuelve de nuevo integral<sup>681</sup>, pero siempre dentro de los límites impuestos por la regularidad causal<sup>682</sup>.

La función de la regla del artículo 1107 II CC es desplazar el momento relevante para juzgar la previsibilidad del daño desde la celebración del contrato al incumplimiento, porque sólo así se asegura que el contrato garantice efectivamente al acreedor la satisfacción de su interés de acuerdo al concreto desenvolvimiento que ha tenido el programa de prestación. Pero esa responsabilidad no puede sobrepasar el límite impuesto al resarcimiento por la exigencia de causalidad (artículo 1101 CC), y debe quedar referida sólo a los daños directos que quepa conectar causalmente con el incumplimiento como una consecuencia necesaria, operando la agravación en el sentido de incluir los daños imprevistos, que son ajenos por su naturaleza al fin de protección del contrato<sup>683</sup>. De ahí que el deudor doloso siga

---

<sup>679</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 164.

<sup>680</sup> LLAMAS POMBO, «Artículo 1107», p. 1221.

<sup>681</sup> ROJO AJURIA, «Dolo», cit., p. 2585.

<sup>682</sup> LARROUMET, C., *Droit civil*, III (París, Economica, 2ª ed., 1990), núm. 683, p. 697, refiere que tal es el criterio de la jurisprudencia francesa.

<sup>683</sup> ÁNGEL YAGÜEZ, «Artículo 1107», cit., p. 54; CARRASCO PERERA, «Artículo 1107», cit., p. 751 (un criterio distinto, más estricto, en: *Derecho de contratos*, cit., pp. 1265-1268 y 1277); CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., p. 636; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, pp. 207-208; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 784; GARCÍA VICENTE, CCJC 86 (2011),

---

 § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO
 

---

respondiendo conforme con los criterios propios de la imputación objetiva (por ejemplo, riesgo general de la vida, prohibición de regreso, provocación, incremento del riesgo, confianza), igual como sucede con aquel que, sin previa relación contractual con el dañado, le ocasiona deliberadamente un perjuicio (artículo 1902 CC), con la sola particularidad de que la previsibilidad (fin de protección de la norma) se juzga ahora según la época del incumplimiento (artículo 1107 II CC)<sup>684</sup>. Por el hecho de querer incumplir para obtener de ello un beneficio, el deudor aumenta unilateralmente la garantía de resultado por la que se ha obligado para con el acreedor, fijada originalmente al contratar, y le asegura la indemnización de cualquier daño que de manera racional pueda ser causalmente conectado con aquel comportamiento suyo que ha prescindido de la regla contractual como finalidad de conducta esperada<sup>685</sup>. Esto explica, por ejemplo,

---

§ 2276, p. 781; LLAMAS POMBO, «Artículo 1107», pp. 1220-1221; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 172-174 y 176-179; NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños», cit., pp. 1261-1262; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1036-1037 y 1090-1091, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5926; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación de la indemnización de daños», cit., p. 468; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, cit., pp. 148-150 y 245.

<sup>684</sup> Señaladamente, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1036; «Las nuevas bases», cit., p. 1742, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5926.

<sup>685</sup> Al respecto, es interesante observar el giro con que Pothier describe la responsabilidad del deudor doloso: «*celui qui commet un dol s'oblige, velit, nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera*» (*Traité des obligations*, núm. 166). La expresión «*tort*» es común a los autores de la época y alude a un concepto más amplio que el de simple daño, que deriva de él por extensión. Mienta todo acto contrario a derecho o a la razón y la responsabilidad así incurrida, de manera que quien incurre en dolo responde de todas las consecuencias originadas por esa situación de contradicción deliberada en que se encuentra con la regla contractual dentro de los límites de la regularidad causal (POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 167). Véase HATZFELD, A./DARMESTETER, A., *Dictionnaire général de la langue française du commencement du XVIIe siècle jusqu'à nos jours* (París, Delagrave, reimp., 1964), II, V. «Tort», p. 2163. Etimológicamente, entonces, la expresión tiene el mismo origen que la palabra inglesa de igual grafía con que se designa el ilícito extracontractual: ambas provienen del latín *tortum* (como *torto* en italiano o *tuerto* en español). A mayor abundamiento, el caso de que se sirve Pothier para ilustrar esta clase de responsabilidad está tomado de Dig. 19, 1, 13,

que la jurisprudencia recurra a la regla del artículo 1107 II CC para dar cabida a daños morales difícilmente encuadrables en el fin de protección del contrato incumplido<sup>686</sup>.

La distinción entre la responsabilidad común y aquella proveniente de un incumplimiento es igualmente importante a la hora de moderar judicialmente la responsabilidad, porque ella viene excluida en este último caso (artículo 1103 *in fine* CC)<sup>687</sup>. La propia formulación de esta facultad de moderación acordada el juez, quien puede acudir a ella de oficio, refiere a una cuestión de extensión de la obligación de resarcimiento (*quantum respondatur*), porque se parte de la premisa que el deudor ha incumplido el contrato con negligencia<sup>688</sup>. Distinto es el caso del artículo 1726 CC, donde la existencia de retribución por parte del mandatario es un criterio que sirve para determinar el grado de diligencia prestable y, por consiguiente, el propio contenido de su obligación (cfr. artículo 1289 CC). Si esto es así, la tal facultad ha de ser puesta en relación con el artículo 1107 CC, que determina la

---

pr. (venta de un animal enfermo), y se refiere al dolo *in contrahendo* (cfr. artículos 1270 II, 1478 núm. 5, 1486 II, 1487 y 1529 III CC). Sobre la autonomía de su indemnización, STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/529), con comentario de José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, CCJC 75 (2007), § 2003, pp. 1319-1328.

<sup>686</sup> Por ejemplo, SSTS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/6787) y de 15 de junio de 2010 (2010/5151).

<sup>687</sup> La PMCC no contiene una norma equivalente, probablemente para evitar que tal facultad de morigeración sea entendida como una potestad judicial de carácter general para moderar equitativamente la cuantía indemnizatoria, como ya temía PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1742 (FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1647). Tampoco existe referencia a ella en los textos de derecho uniforme, con la salvedad del ECC (artículo 168 II).

<sup>688</sup> BADOSA COLL, La diligencia, cit., pp. 74-75; DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 104, p. 171; DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil», ADC XLI (1988) 4, pp. 1147 y 1175; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 471-472 y 487; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrinal y jurisprudencial)* (Valladolid, Lex Nova, 1999), p. 98; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 132-133; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», pp. 1037-1038, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., pp. 5925-5926.

extensión de la indemnización en razón de la clase de incumplimiento.

Esto impone un primer problema interpretativo, porque ambas reglas contienen supuestos no del todo coincidentes: mientras el primero habla de negligencia (que el artículo 1104 CC equipara a la culpa y define como omisión de la diligencia prestable), el segundo recurre al concepto de deudor de buena fe, que es todo aquel no ha incurrido en dolo. La aparente antinomia se soluciona al indagar en el origen histórico de la mentada regla. El actual artículo 1103 ingresa al sistema del Código Civil con el Proyecto de 1882-1883 (artículo 1120), y parece estar enderezado a solucionar la controversia existente entre los exégetas franceses respecto de si la previsibilidad al tiempo de contratar de que habla el artículo 1150 del *Code Civil* se refiere sólo a la causa de los daños, o también alcanza a su cuantía<sup>689</sup>.

De esta cuestión se ocupaba ya Pothier, quien partía de la base del deudor que ha incumplido sin que pudiese reprochársele dolo<sup>690</sup>. La responsabilidad de éste se extendía a los daños intrínsecos y aquellos extrínsecos de los que el deudor expresa o tácitamente se hubiese hecho cargo al contratar<sup>691</sup>. Podía ocurrir, empero, que la extensión de los daños y perjuicios así fijados fuese considerable, en cuyo caso hacía presente la conveniencia de que ellos no fueran liquidados con rigor, sino con cierta moderación, como ya ordenaba respecto de los daños intrínsecos la regla justiniana recogida en Cod. Iust. 7, 47 (el doble de la cosa que era objeto de la obligación primitiva)<sup>692</sup>. Dado que la razón y la equidad natural indican que el deudor no puede ser condenado a una indemnización que supere el montante más alto que él podría haber pensado llevarían los daños derivados de su

---

<sup>689</sup> PANTALEON PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1037-1038.

<sup>690</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 164.

<sup>691</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 161-162.

<sup>692</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 164.

incumplimiento, dejando al arbitrio judicial su concreta determinación<sup>693</sup>. Pothier extiende esta misma facultad de moderación respecto de los daños extrínsecos si expresa o tácitamente hubiesen quedado incluidos por el contrato, cuando resultasen excesivos<sup>694</sup>.

La discusión prosiguió por un tiempo en la dogmática francesa, y hoy la opinión mayoritaria se decanta por una solución ecléctica: no basta la previsibilidad al tiempo de contratar respecto del tipo o clase de daño, pues la cuantía de la indemnización de cargo del deudor no doloso no debe exceder aquélla de los daños previsibles al contratar, con la prevención de que esta regla no se aplica si valor del perjuicio causado es mayor del que podía razonablemente esperarse como consecuencia de un alza anormal de los precios<sup>695</sup>. En Italia, a partir del artículo 1225 del *Codice Civile*, también se ha generado un debate similar y todavía parece no existir una posición suficientemente asentada<sup>696</sup>.

En derecho español, un problema como éste no se produce en razón de la decisión de política legislativa finalmente adoptada en torno a la responsabilidad contractual, que exige la previsibilidad solamente respecto de las causas de daño o, con mayor precisión, de las clases de eventos dañosos de cuya indemnización se trata

---

<sup>693</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 164.

<sup>694</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 165.

<sup>695</sup> BENABENT, A., *Les obligations* (París, Montchrestien, 8ª ed., 2001), núm. 415, p. 274; CHANTIER, Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (París, Dalloz, 1983), núm. 63, pp. 87-89; FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, I (París, PUF, 2ª ed., 2010), p. 654; LARROUMET, *Droit civil*, III, cit., núm. 657-658, pp. 665-669; MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., núm. 964, p. 588; MAZEAUD/CHABAS, *Leçons*, II-1, cit., núm. 629, p. 751; PINNA, *La mesure*, cit., núm. 27, pp. 30-31; STARCK, B., *Droit civil. Obligations* (París, Librairies Techniques, 1972), núm. 2055, p. 609; TERRE/SIMLER/LEQUETTE, *Les obligations*, cit., núm. 539, pp. 506-507.

<sup>696</sup> Véase, por ejemplo, PINORI, A., «La regola della c.d. causalità giuridica. Le conseguenze immediate e dirette e i danni prevedibili», en VISINTINI, G. (ed.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, III (Milán, CEDAM, 2009), pp. 352-356.

(artículo 1107 CC)<sup>697</sup>. Esto explica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parezca conformarse con una previsibilidad de tipo genérico y cuyo objeto es la probabilidad o, incluso, la mera posibilidad de ocurrencia de ciertos daños<sup>698</sup>. Con todo, puede ocurrir que los daños previsibles al momento de contratar, llegada la hora de su efectiva valoración, alcancen una cuantía considerablemente superior a la que la parecía probable por entonces. Ahí comparece el artículo 1103 *in fine* CC, para permitir que el juez modere la cuantía del resarcimiento.

De la función asignada a la facultad de moderación se siguen dos consecuencias. La primera es que su aplicación es errónea cuando se trata de limitar el alcance de los daños imputables al deudor, y no de moderar la indemnización. El artículo 1103 *in fine* CC opera respecto de unos daños que, aunque imputables objetivamente al deudor, tienen una cuantía desproporcionada en relación con aquella que podía preverse al tiempo de contratar. Cuestión aparte es el propio cometido judicial en cuanto a cuantificar el daño y determinar su alcance, que debe partir de las pruebas y antecedentes suministrados por las partes (artículos 218 y 219 LEC)<sup>699</sup>. La segunda consecuencia es la improcedencia de tal moderación cuando en la producción del daño concurre también el hecho del acreedor («conurrencia de culpas») o de un tercero, porque entonces se trata de un problema de imputación objetiva, y no de moderación de una responsabilidad ya establecida<sup>700</sup>.

Otro problema de interpretación que genera el artículo 1103 *in fine* CC es su aplicación analógica en materia extracontractual.

---

<sup>697</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 131, p. 207; MONTÉS PENADÉS, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe», cit., p. 2446; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1038, y «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», cit., p. 5925.

<sup>698</sup> CAVANILLAS MUGICA, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 633-634.

<sup>699</sup> LLAMAS POMBO, «Artículo 1103», p. 1212.

<sup>700</sup> Por todos, DÍAZ ALABART, «La facultad de moderación», cit., pp. 1169-1172.

Pese a las reticencias que derivan de su sentido, lo cierto es que la jurisprudencia ha extendido la mentada facultad también a ese ámbito<sup>701</sup>.

De lo dicho hasta aquí se concluye que el establecimiento de la imputación objetiva descansa en el Código Civil sobre distintos criterios que operan de forma ordenada. A partir de la equivalencia de condiciones en torno a la producción del daño asumida como premisa implícita de imputación, la regla general es la reparación integral del daño sufrido por el acreedor y, por consiguiente, el deudor responde tanto del valor de la pérdida que haya sufrido como de la ganancia que éste haya dejado de obtener (artículo 1106 CC). Sin embargo, esa responsabilidad admite ciertas limitaciones; de ahí que el artículo 1106 CC establezca la regla con la prevención de «*las disposiciones de los artículos siguientes*»<sup>702</sup>. El primer elemento para discriminar entre los daños que efectivamente deberán indemnizarse será la adecuación causal, de suerte que el resarcimiento únicamente abarcará los daños que fueron consecuencia necesaria del incumplimiento, vale decir, aquellos que son un claro efecto de la falta de realización de las exigencias del contrato (artículo 1107 CC), sin importar si esa conexión es inmediata o simplemente mediata<sup>703</sup>. De éstos todavía cabe separar aquellos de los que se

---

<sup>701</sup> Véase, en uno y otro sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre si la moderación del artículo 1103 del CC es o no aplicable a la culpa extracontractual», AC 1 (2005), pp. 5-24; DÍAZ ALABART, «La facultad de moderación», cit., pp. 1149-1166; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La moderación de la culpa*, cit., pp. 111-121.

<sup>702</sup> Esta ordenación de factores es más clara en el *Codice Civile*. Ahí el deudor responde del daño emergente y el lucro cesante en la medida que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (artículo 1223). Por esa razón, la indemnización se disminuye proporcionalmente cuando el acreedor ha concurrido a la producción del daño o no ha mitigado aquel ya producido (artículo 1227). De no mediar dolo, el resarcimiento se extiende sólo a aquellos daños que podían preverse al tiempo de contratar (artículo 1225), quedando siempre a salvo la valoración equitativa del juez cuando el daño no pueda ser probado en cuanto su montante efectivo (artículo 1226).

<sup>703</sup> En la PMCC tiene igualmente cabida el criterio de adecuación. Dado que éste es uno más de los que integran la imputación objetiva, porque permite excluir



responderá por su conexión con el fin de protección del contrato o, si se prefiere, por haber sido real o presuntivamente previstos dada su relación con el contenido y función de la concreta regla contractual. La responsabilidad del deudor no doloso se extenderá solamente a esta clase de daños, porque el contrato funciona todavía como punto de referencia para ambos contratantes (artículo 1107 I CC). Por el contrario, cuando ha mediado dolo, el deudor habrá de responder de cualesquier daño causado por el incumplimiento, con el solo límite de aquellos que no sean causa adecuada del mismo, porque su comportamiento se ha apartado de la regla contractual y ha ponderado con parámetros nuevos los riesgos inherentes al programa prestacional (artículo 1107 II CC). La previsibilidad opera así como una norma de remisión al fin de protección del contrato, como bien jurídico protegido por el sistema de responsabilidad contractual, que deja de ser de utilidad cuando el deudor efectúa un nuevo cálculo de las ventajas y desventajas que importa aquél y decide incumplir<sup>704</sup>.

### **3. Recapitulación sobre el carácter objetivo de la responsabilidad contractual y sus consecuencias**

El sistema de responsabilidad contractual en derecho español es de naturaleza objetiva, porque se produce con independencia de la culpa del deudor. Esto no significa, empero, que éste quede obligado al resarcimiento como consecuencia de una pura

---

determinados cursos causales en función de un juicio de probabilidad, su aplicación procede respecto del deudor doloso merced a la exigencia de que los daños «*sean objetivamente imputables a su incumplimiento*», y en los demás casos por requerirse que éstos sean «*consecuencia probable de la falta de cumplimiento*» (artículo 1208 PMCC), de suerte que el fin de protección del contrato no opera como el único criterio para atribuir al deudor el deber de indemnizar. Véase PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., pp. 1036-1037 y 1085-1091, y «Las nuevas bases», cit., p. 1742.

<sup>704</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 166.

atribución causal del resultado dañoso<sup>705</sup>, pues su responsabilidad no es absoluta y viene establecida a partir de la confluencia de tres elementos: imputación subjetiva, causalidad material e imputación objetiva. Respecto de ellos, el ordenamiento interviene facilitando al acreedor la acreditación de su existencia mediante presunciones. Todo el problema que gira en torno a la atribución y exoneración de responsabilidad es, en suma, una cuestión de reparto de la carga de la prueba<sup>706</sup>.

Por regla general, al acreedor corresponde acreditar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (artículo 217 II LEC). En materia contractual, esto supone demostrar que existe un contrato que no se ha cumplido de la forma convenida y que ese incumplimiento ha infligido daños a la persona o bienes del acreedor. Demostrada la existencia del contrato y su incumplimiento, éste queda radicado en el deudor en razón de la garantía de satisfacción que ha asumido al contratar (artículo 1101 CC)<sup>707</sup>. Dicho de otro modo, el criterio del cual parte la imputación subjetiva es la propia regla contractual, que ha distribuido los riesgos de insatisfacción entre ambas partes, de suerte que la responsabilidad del deudor no es más que un efecto de la fuerza obligatoria del contrato<sup>708</sup>. El segundo extremo que incumbe acreditar el acreedor es la existencia de los daños que reclama, que debe comprender al menos la clase de aquellos que dice fueron causados por el incumplimiento y las bases con arreglo a las cuales se habrá de efectuar su liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética (artículo 219 LEC). Esa prueba recaerá, entonces, sobre todo los daños que se

---

<sup>705</sup> SALVADOR CODERCH, P./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad (tercera edición)», *Indret* 1 (2006), p. 19.

<sup>706</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 124 y 155.

<sup>707</sup> LEÓN GONZÁLEZ, «Acotaciones históricas», cit., p. 582.

<sup>708</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1739.

han seguido de la falta de realización de las exigencias del contrato y que vienen incluidos en el concepto genérico del artículo 1106 CC, que asume como presupuesto la equivalencia de las condiciones en cuanto al origen causal de esos daños implícitamente contenida en el artículo 1101 CC. A facilitar esa prueba, al menos respecto de los daños típicos, se enderezan los métodos abstracto y concreto de valoración del resarcimiento<sup>709</sup>.

Por su parte, sobre el deudor pesa la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos sobre los que se funda la pretensión del actor (artículo 217 III LEC). A él compete acreditar que el incumplimiento no es tal (artículo 1124 CC) o no le es subjetivamente imputable (artículo 1105 CC), así como que la extensión del resarcimiento es menor, por concurrir algunos de los criterios de imputación objetiva que delimitan el daño efectivamente indemnizable (artículo 1107 CC). La prueba se desplaza al deudor en razón de que es él quien está en mejores condiciones de aclarar lo sucedido, demostrando que efectivamente cumplió con lo que le imponía el contrato (artículos 1157 CC, y 35 y 53 CISG), que el daño no le es imputable porque el suceso que ocasionó el incumplimiento estaba fuera del ámbito de riesgos puesto de su cargo al contratar (artículos 1183, 1563, 1602 y 1769 II CC; 48 y 49 LCTTM, y 79 CISG), o bien que el daño que se le reclama no es una consecuencia racionalmente conectada con su comportamiento o no afecta uno de los bienes jurídicos protegidos por el contrato (artículos 1107 CC y 74 CISG)<sup>710</sup>.

Esta configuración del remedio indemnizatorio trae consigo algunas consecuencias interesantes, sobre las que conviene detenerse siquiera brevemente.

---

<sup>709</sup> Véase *infra*, § 3, II, 1, (d).

<sup>710</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Culpa», cit., p. 1866.

La primera de ellas se refiere al doble establecimiento de los cursos causales abiertos por el incumplimiento<sup>711</sup>. Primeramente ha de existir una relación causal entre ese incumplimiento y la esfera de riesgos administrada por el deudor (contenido de su obligación contractual), nexo que se rompe cuando un suceso extraño interfiere en el desarrollo del programa de prestación, tornando imposible la atribución de dicho incumplimiento al deudor (artículo 1105 CC). Pero a la vez es necesario que exista un vínculo entre dicho incumplimiento y el daño sufrido por el acreedor, lo que hace que sólo deban ser indemnizados aquéllos que no se habrían originado si tal no hubiese sucedido, a menos que exista pacto en contrario. Una vez establecida esta causalidad material, que permite discriminar entre daños directos e indirectos, la extensión de la reparación se modula atendiendo a la clase de incumplimiento de que se trata: cuando existe dolo, la reparación comprende todos los daños que se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación, vale decir, tanto los daños previstos como los imprevistos al tiempo de contratar, con tal de que estén inmediata o mediatamente conectados con el incumplimiento por ser su causación conocida (cuando no querida) por el deudor (artículo 1107 II CC); mientras que, en la generalidad de los casos, el resarcimiento se limita a aquellos daños que se previeron o pudieron prever al momento de celebración del contrato, y siempre que ellos sean consecuencia necesaria del incumplimiento (artículo 1107 I CC). En ambos supuestos, el criterio de adecuación opera una nueva depuración respecto de la causalidad, porque sólo se responde de aquellos daños directos que puedan ser considerados como de probable ocurrencia de acuerdo con la concreta relación contractual en la que indican.

La segunda consecuencia sobre la que cabe insistir es la doble función que desempeña la previsibilidad en la responsabilidad por

---

<sup>711</sup> Por todos, MAZEAUD/CHABAS, *Leçons*, II-1, cit., núm. 562, p. 649.

incumplimiento. Hay una primera aplicación de ella a propósito de la delimitación de las esferas de riesgo administradas por el deudor, donde comparecen todos aquellos eventos (o «sucesos» según la terminología del artículo 1105 CC) que inciden sobre el programa de prestación y que fueron conjeturados como de probable ocurrencia por los contratantes. La segunda función atañe a la extensión del daño indemnizable de acuerdo con la anticipación efectiva o presunta que de éste hicieron las partes (artículo 1107 CC). Así, mientras en su primera faceta la previsibilidad busca conectar con la regla contractual el incumplimiento en cuanto hecho generador de daños, esta segunda se aboca a resolver la cuestión de cuáles son los daños que deben ser indemnizados según el contrato, centrando la atención sobre las consecuencias del incumplimiento ya producido sobre la persona o bienes del acreedor. Este último aspecto es especialmente importante en materia de lucro cesante, porque ahí la aplicación de esta regla presenta una mayor complejidad<sup>712</sup>, al punto de que es usual que su resarcimiento se rechace sin mayor fundamentación o con argumentaciones equivocadas (por ejemplo, arguyendo la omisión de una operación de reemplazo)<sup>713</sup>. En ambas funciones, empero, la previsibilidad se pondera con referencia a un único momento, como es el de celebración del contrato. Esto viene señalado expresamente para la previsibilidad del daño en el artículo 1107 I CC («*al tiempo de constituirse la obligación*»), y se infiere para la previsibilidad del suceso extraño de la posibilidad de pactar que algunos de ellos queden comprendidos dentro de los riesgos que soporta el deudor

---

<sup>712</sup> Por todos, MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 26-27.

<sup>713</sup> La PMCC establece una regla destinada a normalizar la acreditación del lucro cesante y evitar que esta partida sea rechazada por el tribunal: para su estimación «*se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*» (artículo 1207 II). Se recoge así cierta doctrina judicial. Véase: SSTS de 22 de julio de 1967 (RJ 1967/2926) y 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550).

según el artículo 1105 CC («[f]uera de los casos [...] en que así lo declare la obligación»), cuando naturalmente no lo estarían.

Esta convergencia tiene su explicación en la propia especificidad de la responsabilidad contractual. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito extracontractual, donde es necesario encontrar un fundamento que permita atribuir en justicia las consecuencias de un accidente a una persona distinta de la que lo padece, aquí ya existe una obligación constituida y que tiene por causa lo convenido por las partes (artículos 1258 CC)<sup>714</sup>. Dicha obligación importa para el deudor la realización de su normal contenido, que se consume con el cumplimiento (artículo 1157 CC). Con este acto se cierra el programa iniciado con el contrato, por el que se ha descrito una prestación ideal de cargo del deudor, cuyos riesgos de consecución han sido oportunamente distribuidos y compensados entre las partes. Para el acreedor, estos riesgos suponen tanto que el cumplimiento no se produzca como que, si esto ocurre, se causen daños sobre su persona o bienes. De ahí que el contrato recoja un juicio de previsibilidad de uno y otro elemento con referencia al momento de su celebración, porque es en él donde se ponderan los elementos que llevan a decidir si contrata o no, y de hacerlo bajo tales y cuales condiciones y no por otras. Sólo así cabe configurar en torno al contrato determinados sucesos como de acaecimiento probable y, a la vez, representarse ciertos daños como una consecuencia necesaria de la insatisfacción del acreedor, distribuyendo los riesgos mediante un correcto equilibrio entre las posiciones contractuales de deudor y acreedor.

Por eso, es el contrato o, mejor, el ámbito de protección que éste crea, el que sirve de fundamento para atribuir al deudor el deber de indemnizar los daños causados al acreedor por el incumplimiento. Su responsabilidad viene demarcada así por el riesgo inmanente al contrato asumido al momento de contratar,

---

<sup>714</sup> Particularmente, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2, cit., p. 427.

de manera que la imputación del incumplimiento hasta el límite del artículo 1105 CC, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la primera proposición del artículo 1107 CC, no son más que dos facetas correlativas de un mismo principio unitario<sup>715</sup>. En otras palabras, si el remedio resarcitorio forma parte de un sistema articulado de mecanismos de tutela de la posición contractual del acreedor que gira en torno a la idea de satisfacción de su interés, su propia construcción dogmática tiene que responder a la función compensatoria que se le asigna y permitir que se satisfaga a través de un valor pecuniario que complemente o sustituya el completo interés protegido por la regla contractual<sup>716</sup>. Este interés no es de carácter «objetivo-típico»; por el contrario, es el interés «subjetivo-histórico» del contratante afectado en la existencia o integridad de la cosa destruida o deteriorada, o en la realización de la actividad impedida, o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta de la parte incumplidora, que queda comprendido por el ámbito de protección del contrato<sup>717</sup>. Sólo entonces el acreedor podrá quedar en una situación equivalente a la que le habría supuesto el cumplimiento del contrato, a la que se debe llegar a partir de una visión de daño concreta, subjetiva o real-histórica, en la que comparezca todo aquel ámbito de interés con miras al cual aceptó contratar (su efectivo *id quod interest*). Todo esto, por cierto, con fundamento en la fuerza obligatoria que al mismo se reconoce.

La tercera consecuencia incide sobre la propia construcción del contenido de la prestación, del que antes se ha tratado con cierto detenimiento<sup>718</sup>. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado es una cuestión relacionada con la determinación del comportamiento exigible al deudor, que en un caso refiere a un

---

<sup>715</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1066.

<sup>716</sup> LAITHIER, *Étude comparative*, cit., núm. 106, p. 157.

<sup>717</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Daño (D.º Civil)», cit., p. 1898.

<sup>718</sup> Véase *supra*, § 1, I, 2 y 3.

resultado materialmente apreciable y en el otro atañe a un deber de conducta bajo un determinado estándar de diligencia. Tal división es útil para discernir cuándo existe cumplimiento y cuándo incumplimiento, según el curso normal o anormal del programa de prestación, pero no condiciona un particular régimen probatorio ni menos la concurrencia de la culpa como centro de gravedad del remedio resarcitorio. En ambas clases de obligaciones, la prueba sigue los mismos parámetros ya señalados: el acreedor debe demostrar la existencia del contrato, e incumplimiento en sentido material y los daños sufridos, mientras que al deudor le corresponderá acreditar que no ha existido incumplimiento o que éste no ha originado los daños que se le reclaman o sólo lo ha hecho en una cuantía inferior.

Como fuere, alguna dificultad puede surgir a propósito del cumplimiento defectuoso de las obligaciones de medios, porque cuando ellas no se cumplen en absoluto o el deudor incurre en mora el panorama no difiere del existente en relación con las obligaciones de resultado. En principio, al acreedor corresponde la prueba del carácter defectuoso del cumplimiento, de suerte que, si la prestación consiste en un hacer diligente, aquella prueba se solapará con la prueba de la culpa. Pero cabe aclarar que esta culpa corresponde a la falta de la diligencia integradora, y no a la ausencia de aquella diligencia que debía promover el cumplimiento mediante la remoción de los obstáculos que impidiesen un normal desenlace del programa contractual. El solapamiento antes observado no ha de conducir, en consecuencia, a que se confunda la prueba del incumplimiento (donde la diligencia aparece como criterio de determinación de la prestación debida) con la prueba de la culpa (donde la diligencia aparece ahora como criterio de imputación subjetiva del incumplimiento), porque esta segunda no determina de forma exclusiva el deber de resarcimiento<sup>719</sup>. Por lo demás, la carga de la

---

<sup>719</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Culpa», cit., p. 1866.



prueba recaerá sobre el deudor cuando los hechos (y no ya la mera producción de un mal resultado) hagan sospechar un cumplimiento defectuoso de su parte, y sea él quien esté en mejores condiciones de aclarar lo sucedido y demostrar que cumplió correctamente con su prestación.

#### IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El contrato expresa, ante todo, un propósito práctico que se desea satisfacer y que es posible alcanzar de distintas formas, una de las cuales es la ejecución forzosa de la propia prestación incumplida. Pero, en paralelo, existe un amplio mercado de bienes y servicios que el acreedor excluyó en su oportunidad al decantarse por determinada persona como el deudor de la prestación deseada y al que, por consiguiente, puede volver cuando por esa vía no ha logrado conseguir el resultado esperado. De esa realidad se hace cargo el fenómeno de la sustitución, que el ordenamiento enfrenta merced a distintos remedios que trasladan el riesgo desde el acreedor que lo ha soportado originalmente al deudor que debe asumirlo por haber incumplido. Como este último ha comprometido todos sus bienes en garantía de su deuda, será sobre su patrimonio que revertirá finalmente la satisfacción del interés del acreedor, sea que la misma ya se haya producido, sea que se espere contar con los fondos para procurarla.

La sustitución admite tres concreciones según el grado de abstracción que presente respecto del contrato incumplido, que se han denominado, respectivamente, económica, jurídica y negocial. En la primera existe un fuerte grado de dependencia material con la regla contractual, pues el acreedor pretende que la obligación sea cumplida coactivamente mediante una prestación de características similares a aquella que le correspondía según el contrato, o bien a través de la misma, pero purgada de los defectos que la hacían inepta para el objeto que se tuvo en cuenta al

contratar. La segunda modalidad avanza en desmaterialización y permite que la prestación incumplida sea reemplaza por su valor de cambio. Bajo una construcción articulada del remedio resarcitorio, el equivalente pecuniario queda incorporado como una partida más de la indemnización que se acuerda al acreedor, aunque eso no impide que, en ciertos supuestos, pueda reclamarse a través de mecanismos procesales dispuestos para facilitar la satisfacción de su interés. La tercera forma de sustitución es la que más se aparta de la materialidad sobre la que se asentaba el contrato incumplido, dado que la reacción ante el incumplimiento conduce a celebrar un nuevo negocio con miras a obtener el concreto resultado esperado por el acreedor.

En sede de incumplimiento, la sustitución encuentra acomodo en distintos mecanismos y con un alcance particular en cada uno de ellos. Particular atención se ha prestado a la pretensión de cumplimiento y la indemnización de perjuicios, porque es a ellos donde se termina reconduciendo la operación de reemplazo, que es la que aquí interesa (§ 4). Este expediente permite a la parte afectada por un incumplimiento consumir provisionalmente la relación contractual, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias perjudiciales que se siguen de aquél. Produce así, si se admite un parangón con la Ley de Enjuiciamiento Civil, una «satisfacción extraobligacional» del interés del acreedor, que habrá que engarzar con alguno de los remedios que el ordenamiento le ofrece para decidir la suerte del contrato incumplido y poner de cargo del deudor todo lo que le ha interesado la realización del programa prestacional.

Tras haber expuesto el fenómeno de la sustitución por causa de incumplimiento, se ha añadido un excursus referido a la construcción del remedio indemnizatorio, que en apariencia podría no tener que ver con la secuela lógica trazada para la exposición del tema objeto de esta investigación. Sin embargo, esta brecha se endereza a reforzar la concepción objetiva de la

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

La indemnización de perjuicios se presenta como un remedio complementario, que se dirige a colmar aquellos vacíos dejados por los remedios primarios y asegurar que el interés del acreedor quede compensado hasta donde sea posible. Para reclamar aquélla, el acreedor debe probar la existencia del contrato, la materialidad del incumplimiento y los daños que reclama. De cargo del deudor quedará demostrar que el incumplimiento no es tal, que su acaecimiento no le es imputable o que los daños cobrados no son indemnizables de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva. Particular importancia reviste la distinción entre daños intrínsecos y extrínsecos, y entre daños previsibles e imprevisibles, porque sobre ellas se habrá de volver al valorar comparativamente las teorías ofrecidas para explicar el encuadre dogmático de la operación de reemplazo (§ 5). De momento, sólo cabe anticipar que el completo valor de la prestación es un daño siempre previsible, porque se contrata con miras a su obtención.



**§ 3.**  
**DELIMITACIÓN DEL REEMPLAZO EN**  
**DERECHO ESPAÑOL: CONCEPTO, RECEPCIÓN Y**  
**DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS REGLAS DE COBERTURA.  
II. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL. 1. El derecho mercantil. (a) Los contratos bursátiles. (b) La compraventa mercantil. 2. El derecho civil. 3. Las propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación. (a) La Propuesta de anteproyecto de ley sobre modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006). (b) La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009). III. ALGUNAS DISTINCIONES DE FIGURAS AFINES. 1. La ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo. 2. La ejecución por el acreedor con autorización judicial. 3. La ejecución con finalidad conservativa. 4. Los contratos de necesidad. 5. El contrato celebrado por el deudor para liberarse de una obligación de custodia. 6. El contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de la diligencia promotora. 7. Los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño. 8. El cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor. 9. El derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

En el § 2 ha quedado esbozada una definición preliminar de la operación de reemplazo dentro del marco del fenómeno de la sustitución por causa de incumplimiento. Corresponde ahora profundizar en ella y precisar sus contornos. Esta tarea supone asumir la existencia de unas reglas de cobertura en cuya virtud un acreedor, ante un incumplimiento, puede procurarse por sí mismo la prestación que el deudor no ha enterado en la oportunidad convenida. En ocasiones, la construcción de esta regla es de origen legal, como sucede en los textos del nuevo derecho de contratos (con excepción del ECC y los ACQP) y en otros ordenamientos. Cuando la ley no se ha ocupado de disciplinar la posibilidad de que el acreedor acuda al mercado para satisfacer su interés, o

incluso cuando se quiere una vía todavía más expedita que la dispuesta por ella, la construcción de una regla de cobertura vendrá dado por los propios usos del tráfico, que asentarán su utilización y predispondrán a la jurisprudencia para reconocer su valor cuando el acreedor, después de celebrado el negocio de reemplazo, recurra judicialmente con el propósito de demandar la diferencia de precios como indemnización de perjuicios. Con esas decisiones deberá trabajar la doctrina para elaborar una sistematización que permita insertar la regla de cobertura y su particular configuración dentro del sistema de remedios ante el incumplimiento, buscando los engarces y remisiones que hagan falta.

Esas reglas de cobertura, construidas a veces de forma regresiva, permiten identificar dos concreciones diversas en atención a su forma de actuación, las que terminan convergiendo sustancialmente en sus efectos: celebración de un negocio de cobertura, obtención de la prestación esperada o, al menos, de una semejante, y traslación de la diferenciación desfavorable que esto haya supuesto al deudor. Por cierto, esta tarea de conceptualización obliga a preguntarse por la naturaleza jurídica de las reglas de cobertura, esto es, por el encuadre concreto que tiene la operación de reemplazo dentro del derecho del incumplimiento. Esta cuestión puede acometerse de forma directa o indirecta o, si prefiere, por afirmación o por negación. La primera de ellas se basa en describir los rasgos característicos de la figura y buscar su correspondencia con otras instituciones, para determinar su dependencia o autonomía. A la inversa, cuando se prefiere la vía indirecta, la labor estriba en señalar qué no es la operación de reemplazo, para acabar con una afirmación de su carácter fundada en la exclusión de otras figuras semejantes. El método aquí elegido contempla ambos caminos, porque cada uno de ellos proporciona datos valiosos para sistematizar adecuadamente la operación de reemplazo con referencia al derecho español.

Conseguir una definición real de la operación de reemplazo es un proceso complejo, cuya primera etapa consiste en efectuar una división de géneros. En parte esa tarea ya ha sido realizada en los §§ 1 y 2, donde se ha delimitado el ámbito propio en que se ejercita la facultad de reemplazo: el derecho del incumplimiento. Ahora corresponde ahondar un poco más mediante la inquisición inductiva y comparativa de sus diferencias específicas con otras instituciones semejantes, que también comparecen cuando el contrato ha sido incumplido o hay riesgo de que lo sea, y con la que suele ser identificada o en las que cabe reconocer alguno de sus elementos propios. Este desbroce permitirá que en los §§ 4 y 5 se pueda abordar el problema de la fundamentación dogmática de la figura de forma directa o por afirmación, primero exponiendo las teorías que se han elaborado en torno a ella y después valorando sus argumentaciones para allanar el camino de una síntesis final (§ 6).

De momento, el cometido es delimitar negativamente la operación de reemplazo (III). Sin embargo, previamente será necesario aproximarse a las reglas de cobertura a través de un concepto mínimo que sirva de punto de referencia (I), y presentar el desarrollo que en torno a la figura ha existido en derecho español (II). Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones provisionales (IV).

#### I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS REGLAS DE COBERTURA

Un sistema jurídico admite o incorpora reglas de cobertura cuando permite que la pérdida sufrida como consecuencia de un incumplimiento se estime atendiendo al coste que, de hecho, ha supuesto para el acreedor la celebración de un negocio con esa función<sup>720</sup>. En principio, tal forma de sustitución resulta posible en todos los ordenamientos, aunque en algunos de ellos se encuentra

---

<sup>720</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 111.

sujeta a restricciones<sup>721</sup>. Conviene, entonces, determinar cuál es el contenido de estas reglas y, particularmente, el medio que utilizan para trasladar el coste de sustitución desde el acreedor que lo ha soportado al deudor que debe asumir las consecuencias de su incumplimiento. Para este propósito, el dato esencial consiste en retener que las reglas de cobertura actúan de forma distinta según la forma en que venga configurada la operación de reemplazo.

Esta última puede adoptar dos concreciones diversas en atención a su forma de actuación, y que cabe denominar, respectivamente, «reemplazo coactivo» y «negocio de reemplazo». El primero de ellos consiste en la facultad que tiene uno de los contratantes para hacer ejecutar la prestación incumplida por cuenta y riesgo de la otra parte y, generalmente, a través de un oficial público u otro intermediario calificado. Modelos paradigmáticos de esta modalidad de reemplazo son el § 376 HGB y los artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile*. Por su parte, el negocio de reemplazo se caracteriza por la celebración de un contrato mediante el cual la parte afectada por el incumplimiento suple la conducta esperada del otro contratante, el que queda obligado a satisfacer, por concepto de daños, la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el contrato de cobertura. Esta última es la forma de reemplazo que ha concitado una mayor adhesión en los países donde no existe una norma expresa referida a la figura, y en la actualidad se halla recogida en los textos de derecho uniforme (artículos 85 ULIS, 75 CISG y 7.4.5 PICC) y de armonización del derecho europeo (artículos 9:506 PECL, III-3:706 DCFR y 10:506 PCCR), por influencia del *Common Law* (§39 y 48 SGA-UK, y 2:706, 2-712 y 2A-518 UCC) y de algunos ordenamientos precursores dentro del derecho continental, como el suizo (artículos 191 y 215 OR) y el neerlandés (artículo 7:37 NBW).

---

<sup>721</sup> BAR/CLIVE, *Principles*, I, cit., notas al artículo III-3:706, p. 942; LANDO/BEALE, *Principios*, II, cit., notas al artículo 9:506, p. 663.



## II. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

Expuesto ya el concepto de regla de cobertura, corresponde tratar ahora sobre su recepción en derecho privado español. Es sabido que, en los países que mantienen una división más o menos rígida entre derecho civil y derecho mercantil, la ordenación de la actividad económica queda distribuida en tres sistemas diferentes. El primero de ellos, al menos en los códigos decimonónicos, denota la existencia de un sistema normativo complejo difusamente delimitado por una base objetiva (el acto de comercio) y un predicado personal (el comerciante), unas veces con preponderancia del primero y otras del segundo. En términos más generales, tal es la rama que se ocupa de la actividad propia de la empresa y lo que se relaciona con su actividad de generación de riqueza, desde la organización de los factores productivos bajo un determinado modelo jurídico hasta su puesta a disposición en el mercado, así como todo lo relativo a la financiación de esas actividades en situaciones normales y de crisis. El segundo de esos sistemas, en tanto, crea una ordenación particular basada en la idea de un contrato dirigido y de un orden público de protección que abarca todo aquello que se refiera a la empresa en su interacción con dicho factor productivo, así como el ejercicio de aquellos derechos básicos reconocidos a toda persona capaz de comprometerse voluntariamente en la prestación de servicios por cuenta ajena (trabajo y libre elección de profesión u oficio, libre sindicación, negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo, huelga, reunión, información, consulta y participación en la empresa). El último sistema comporta el cierre del ámbito regido por el derecho privado, pues a través de él se regulan las relaciones de derecho universalmente accesibles, esto es, aquellas sobre las que no actúa una razón objetiva o subjetiva de especialización, como acaece con las dos parcelas recién mencionadas. Queda reservado, pues, a las actividades referidas al

proceso de socialización del ser humano (aunque sólo por su utilidad funcional) y con la asignación de bienes entre sujetos de derecho a partir de titularidades socialmente reconocidas, en los distintos ámbitos en que esta operación incide: grados de tenencia y aprovechamiento de esos bienes, contratación, restituciones y daños extracontractuales.

En la Introducción se ha dicho que el derecho mercantil es el ámbito donde la operación fue redescubierta y se ha desarrollado con especial profusión, mientras que en el derecho del trabajo no cumple ningún papel relevante más allá de la posibilidad teórica que, bajo un marco legal diferente, podría desempeñar para asegurar la continuidad productiva de la empresa frente a una huelga, y que viene excluida por la formulación como derecho fundamental que ésta tiene [artículos 28 II CE, 4.1 e) ET y 1 RDLRT] y por los concretos efectos que el ordenamiento le atribuye (artículos 6 y 7 RDLRT). Esta particular recepción de la figura justifica que la exposición sobre el estado de la cuestión para el derecho español que aquí se emprende comience por el derecho mercantil (1) y continúe con el derecho civil (2), para concluir con las propuestas de modernización que ha preparado la Comisión General de Codificación en ambas materias (3) y con una referencia marginal al derecho del trabajo (4).

## 1. El derecho mercantil

Originalmente, la facultad de acudir a un contrato de reemplazo para conseguir la prestación deseada estuvo contemplada en el Código de Comercio sólo para el caso de demora del agente mediador en las transacciones bursátiles (artículo 77)<sup>722</sup>, que fue derogado en su día por la Ley 24/1988, de

---

<sup>722</sup> FERRARA, F., *L'esecuzione coattiva della compra-vendita commerciale* (Milán, Guiffre Editore, 1937), núm. 8, pp. 33-34; GARRIGUES DÍAZ DE CAÑABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, II (Madrid, S. Aguirre, 1940), § 24, p. 152, y *Tratado de Derecho mercantil*, III-1: *Obligaciones y contratos mercantiles* (Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1963), núm. 1125, p. 321; LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de*

28 de julio, de mercado de valores (a). A poco andar, empero la penetración del derecho comparado como elemento de desarrollo de las exposiciones sistemáticas sobre el código de 1985 dio cabida a la figura dentro de los remedios para subsanar el incumplimiento de una compraventa mercantil (b).

(a) *Los contratos bursátiles*

El régimen del incumplimiento de las operaciones bursátiles estaba regulado con detalle en el Código de Comercio, pero distaba de tener la claridad que hubiese sido deseable<sup>723</sup>. A propósito de la mora en los contratos de esta clase, el código establecía dos reglas formuladas a partir de una distinción fundada en la naturaleza de los efectos sobre los que se había contratado<sup>724</sup>. Ambos supuestos estaban recogidos en el artículo 77 CCom<sup>725</sup>, hoy derogado, sin que exista correspondencia de dicha norma en la Ley de Mercado de Valores.

El primer supuesto decía relación con las transacciones bursátiles sobre efectos públicos, bien fueran efectuadas por mediación de un agente de cambio colegiado y en las que éste callara el nombre del comitente, bien entre agentes que revistiesen tal condición (artículo 77 I CCom). En cualquiera de estos casos, si el agente, fuese comprador o vendedor, demoraba el cumplimiento de lo convenido, el perjudicado por la demora podía optar en la Bolsa inmediata por el abandono del contrato,

---

*compraventa mercantil* (Barcelona, Bosch, 1958), p. 110, y *Manual de Derecho mercantil español*, III, (Barcelona, Bosch, 1959), § 106, p. 172; URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VÉRGEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil*, II (Madrid, Thomson-Civitas, 2ª ed., 2007), p. 120.

<sup>723</sup> LANGLE Y RUBIO, *Manual*, III, cit., § 108, p. 224.

<sup>724</sup> LANGLE Y RUBIO, *Manual*, III, cit., § 108, p. 224.

<sup>725</sup> Este artículo era reproducido con igual tenor y numeración en el Código de Comercio peruano (1902), el que fue derogado por el artículo 10 del Decreto Ley 18.353, de 5 de agosto de 1970, que contiene disposiciones que norman y amplían las atribuciones de la Comisión Nacional de Valores.

denunciándolo a la Junta sindical, o por su cumplimiento forzoso (artículo 77 I CCom). La primera alternativa suponía la resolución del contrato bursátil incumplido (que el código mentaba con el término «abandono»), con la particularidad de que dicha facultad se ejercía extrajudicialmente ante la Junta sindical<sup>726</sup>. El segundo derecho del acreedor también tenía un régimen distinto del previsto en el derecho común: el cumplimiento se había de consumir con la intervención de uno de los individuos de la Junta sindical comprando o vendiendo los efectos públicos convenidos por cuenta y riesgo del agente moroso, sin perjuicio de la repetición posterior contra el comitente oculto (artículo 77 II CCom)<sup>727</sup>. Con este efecto, la Junta sindical debía ordenar la realización de la parte de la fianza rendida por el agente moroso que fuera necesaria para satisfacer inmediatamente dichas diferencias (artículo 77 III CCom.)

El segundo supuesto atañía a las negociaciones sobre valores industriales y mercantiles, metales o mercaderías (artículo 77 IV CCom). Si en ellas se demoraba o rehusaba el cumplimiento del contrato, se podía compeler al incumplidor a ejecutarlo por las acciones que naciesen según las prescripciones del Código de Comercio, incluido el expediente a la venta coactiva (artículo 77 IV Com)<sup>728</sup>, quedando siempre a salvo la responsabilidad del agente de Bolsa cuando había intervenido (artículo 101 CCom)<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> ESCRICHE, *Diccionario razonado*, cit., V. «abandono», p. 4.

<sup>727</sup> Dicho mecanismo venía complementado por el artículo 43 del Reglamento para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio, que señalaba: «*La Junta sindical proveerá al agente moroso de la correspondiente certificación, cuando resulte por las pólizas presentadas que su descubierto procede falta de cumplimiento de su comitente, a fin de que a su vez pueda repetir contra éste, según lo prescrito en los artículos 77 y 103 del Código*».

<sup>728</sup> VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho mercantil comparado* (Zaragoza, La Académica, 4ª ed., 1960), núm. 200, pp. 479-480.

<sup>729</sup> El artículo 101 CCom establecía que los agentes de Bolsa que interviniesen en contratos de compraventa o en otras operaciones al contado o a plazos, habían de responder al comprador de la entrega de los efectos o valores sobre que versaran dichas operaciones, y al vendedor del pago del precio o indemnización convenida. Tal responsabilidad se aceptaba también en el

Como fuere, y pese a la extensión general que se predicaba respecto de la regla del artículo 77 II<sup>730</sup>, en la práctica raramente ocurría la situación descrita por el Código de Comercio, por cuanto los agentes que operaban en interés de clientes que deseaban permanecer ocultos, solían exigir la cobertura por la entrega de los valores vendibles, por la cantidad del importe de la compra, y aun en el primer caso, si se trataba de valores industriales, no era imprevisión la de reclamar una garantía por las posibles pérdidas que pudiesen sobrevenir al agente durante la ejecución del contrato<sup>731</sup>. Así venía demostrado por la inexistencia de jurisprudencia al respecto<sup>732</sup> y, en particular, por el hecho de que la doctrina creía conveniente que el mentado artículo 77 CCom fuera rehecho, a fin de mejorar su redacción, sistematización y claridad, ya que en él se contenían de modo algo confuso múltiples efectos y elementos relacionados con el incumplimiento de una operación bursátil<sup>733</sup>.

No parece existir duda de que el Código de Comercio establecía un sistema riguroso de ejecución enderezado a asegurar la efectividad de los contratos de Bolsa<sup>734</sup>. Sin embargo, el tenor literal de la regla del artículo 77 suscitaba alguna duda sobre lo que debía resolverse cuando, por ejemplo, el comprador de unos valores, llegado el día en que éstos habían de ser entregados, no hacía manifestación alguna respecto a si optaba por el

---

derecho italiano a partir de los artículos 21 y 27 de la Ley 272/1913: FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 58, p. 176; VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, I (Milán, Francesco Vallardi, 5ª ed., 1922), núm. 215, p. 228; CAPUTO, A., *La liquidazione coattiva dei contratti di borsa* (Roma, Il Foro Italiano, 1933), p. 83.

<sup>730</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 480.

<sup>731</sup> GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de comercio español comentado (legislación, jurisprudencia y derecho comparado)*, III (Barcelona, Bosch, 1936), p. 339.

<sup>732</sup> PECES-BARBA DEL BRÍO, G./BARRIOS NAVARRO, I., *Leyes mercantiles (conforme a los textos oficiales) concordadas, anotadas y con índices completísimos* (Madrid, Lex, 1948), artículo 77 CCom, pp. 1-53 y 1-54.

<sup>733</sup> LANGLE Y RUBIO, *Manual*, III, cit., § 108, p. 224.

<sup>734</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 480.

cumplimiento o la resolución del contrato<sup>735</sup>. En otras palabras, no había claridad sobre el hecho de que dicho comprador pudiese solicitar del otro contratante la entrega de los efectos negociados pasados algunos meses o si, por el contrario, tal posibilidad le debía ser negada.

Para dilucidar estas dudas, la doctrina sostenía que el artículo 77 CCom, aunque sin la precisión y claridad que hubiesen sido deseables, recogía y esbozaba el sistema de los negocios a vencimiento fijo o a término absoluto (*Absolute Fixgeschäfte*)<sup>736</sup>. En esta clase de negocios, el plazo estipulado para el cumplimiento no sólo marca el momento desde el cual comienza la exigibilidad del contrato, sin oportunidad y que todo cumplimiento tardío equivale a un incumplimiento absoluto, pues la prestación ya ha dejado de interesar al acreedor. De ahí que si el acreedor no declaraba de manera expresa al llegar el vencimiento del plazo que el cumplimiento todavía satisfacía su interés, se entendía que el contrato quedaba sin efecto, esto es, que aquél optaba por su resolución<sup>737</sup>.

En este sentido, el artículo 77 CCom se interpretaba en consonancia con el § 376 I HGB, que exige al contratante que desea cubrirse mediante un nuevo contrato que comunique inmediatamente esta circunstancia a la parte incumplidora. Así, la expresión «podrá optar en la Bolsa inmediata» del artículo 77 II se entendía que quería significar el reconocimiento efectivo de tal facultad al contratante afectado, pero siempre que la utilizase en aquel momento<sup>738</sup>. Transcurrida la sesión de Bolsa del día en que el contrato debió ser cumplido, el contrato se consideraba abandonado (*rectius*, resuelto de pleno derecho). También reforzaba esta interpretación la aplicación por analogía del

---

<sup>735</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 480.

<sup>736</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 322; VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 480.

<sup>737</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 480.

<sup>738</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 481.

artículo 83 II CCom, según el cual los contratos de compraventa celebrados en ferias y al contado han de ser cumplidos en el mismo día de su celebración o, a lo más, en las veinticuatro horas siguientes, considerándose que, pasadas éstas sin que ninguno de los contratantes hubiera reclamado su cumplimiento, tales son reputados nulos, y los gajes, señal o arras que hubiesen mediado quedan a favor del que los hubiera recibido<sup>739</sup>.

Con todo, resultaba curioso que después de asignar esta radicalidad a la regla del artículo 77 II CCom se dijese que ésta no se oponía a «la concesión expresa o por costumbre de una ligera tolerancia para la realización material de las operaciones de entrega, y mucho menos a la consumación efectiva que aun transcurrido el término pudiera tener el negocio por voluntad de las partes, cuando el vendedor pusiera los títulos a disposición del comprador, y éste sin protesta se hiciera cargo de los mismos abonando su importe»<sup>740</sup>. Para admitir la eficacia de este cumplimiento tardío no quedaba más alternativa que admitir o bien la pendencia del contrato en el tiempo intermedio, solución que claramente contradecía el tenor literal del artículo 77 II CCom, que exigía al contratante afectado decantarse por alguno de los dos cursos de acción ahí ofrecidos, o bien considerar que el contrato, por efecto del cumplimiento posterior admitido por el acreedor, resucitaba pese a haber sido resuelto de pleno derecho, con la contradicción lógica y dogmática que esto suponía.

*(b) La compraventa mercantil*

La carencia de un dato normativo cierto sobre el negocio de reemplazo no fue obstáculo para que la doctrina admitiera su aplicación en la compraventa mercantil, por considerar que su

---

<sup>739</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 481.

<sup>740</sup> VICENTE Y GELLA, *Curso*, cit., núm. 200, p. 481.

reconocimiento no planteaba problemas especiales<sup>741</sup>, y que paulatinamente los usos comerciales fueran acudiendo a ella como un medio sencillo y de fácil ejecución para solucionar la situación de insatisfacción del interés del acreedor que supone el incumplimiento de un contrato<sup>742</sup>, como lo demuestran los distintos casos que han sido sometidos al conocimiento de los tribunales<sup>743</sup>.

A partir de la promulgación del Código de Comercio de 1885 y hasta el primer tercio del siglo XX cabe hablar de dos momentos diferenciados dentro de la dogmática mercantil<sup>744</sup>. El primero de ellos corresponde a la literatura producida en los años siguientes

---

<sup>741</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1537 y 1632; GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, pp. 151-152, y *Tratado*, III-1, núm. 1125, p. 321; LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 110, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 172; MOXICA ROMÁN, J., *La compraventa mercantil e instituciones afines. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios* (con la colaboración de Gloria Moxica Pruneda, Elcano, Aranzadi, 2000), pp. 154 y 237-238; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ, «El contrato de compraventa mercantil», cit., p. 120; VERGÉZ, M., «Compraventa mercantil y contrato de permuta», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Contratos mercantiles* (Aranzadi Thomson-Reuters, 4ª ed., 2009), I, p. 153; VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., pp. 107-110.

<sup>742</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 321, se pregunta si el principio establecido en el entonces vigente artículo 77 CCom se podía extender a todas las compraventas mercantiles. A su juicio, no existiría ningún problema en responder favorablemente en el caso de que existiera el correspondiente uso mercantil, sobre cuya existencia dudaba en la época que escribió el tomo III de esta obra (1963). Así parece demostrarlo el hecho de que en la *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidos en España*, preparada por Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, y editada sólo un año después de la aparición del tomo III del *Tratado* de Garrigues, no haya ninguna mención a la figura, como sí la había por aquel entonces en sus equivalentes franceses (LE GALL, «Le retard», cit., p. 271).

<sup>743</sup> Véase: SSTS 24 de mayo de 1956 (RJ 1956/2436); 10 de octubre de 1959 (RJ 1959/3667); 14 de febrero de 1964 (RJ 1964/748); 24 de marzo de 1975 (RJ 1975/1332); 16 de marzo de 1979 (RJ 1979/851); 17 de enero de 1985 (RJ 1985/179); 31 de enero de 1985 (RJ 1985/225); 15 de julio de 1991 (RJ 1991/5572); 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8363); 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9765); 28 de enero de 2000 (RJ 2000/454); 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749); 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/6364).

<sup>744</sup> VARGAS VASSEROT, C., *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez: dos mercantilistas almerienses* (Almería, Universidad de Almería, 1997), p. 23.



a la aparición del nuevo código, y se caracteriza por la comprensión del antiguo derecho bajo la nueva forma textual que presentaba el código isabelino, con ausencia de cualquier intento de reelaboración dogmática de sus instituciones, reglas y principios, de interpretación o de presentación de problemas. No es extraño, entonces, que la mayoría de las obras producidas en esa época fueran nuevas ediciones revisadas de aquella literatura producida bajo el código de 1829. En su mayoría, ellas pertenecían al género de las «Instituciones» o «Lecciones», vale decir, escritos de carácter elemental con vistas a la enseñanza a la sazón muy breve de la disciplina<sup>745</sup>. Además, este período se solapa en parte con el siguiente, que presenta una renovación en la forma de sistematizar la exposición del derecho codificado. Dado esas características, no existe en esta temprana literatura referencias a la operación de reemplazo.

El segundo período comienza casi inmediatamente después de promulgado el nuevo código, comprende hasta el primer cuarto del siglo XX y se conoce con el nombre de «doctrina tradicional» del derecho mercantil. La característica particular de este período es la adhesión a un modelo de análisis de derecho vigente de cariz doctrinario antes que positivo<sup>746</sup>, y la aparición de los primeros «comentarios» de derecho mercantil español, disciplina que viene considerada ahora como una parcela excepcional y complementaria del derecho civil<sup>747</sup> en razón de su estrecha vinculación con la ciencia económica<sup>748</sup>. Se trataba de una clase de

---

<sup>745</sup> RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil* (Barcelona, Nauta, 1969), núm. 135, p. 343.

<sup>746</sup> MENÉNDEZ, A., *Sobre la moderna Escuela española de Derecho mercantil* (Madrid, Civitas, 1990), pp. 23-25.

<sup>747</sup> BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*, I (Madrid, Victoriano Suárez, 3ª ed., 1924), núm. 28-29, pp. 23-24; BLANCO CONSTANS, F., *Estudios de derecho mercantil según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, I (Madrid, Reus, 4ª ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, 1936), p. 131.

<sup>748</sup> BENITO Y ENDARA, *Manual de Derecho mercantil*, I, cit., núm. 45-46, pp. 29-30; BLANCO CONSTANS, *Estudios, de derecho mercantil*, I, cit., pp. 12, 14 y 22.

obra jurídico-literaria orientada a la práctica del derecho y consistente en la exposición de las materias propias de la disciplina siguiendo el orden del código, a las que se añadía una explicación del autor para comentar e ilustrar cada artículo con miras a obtener decisiones concretas a partir de los textos, aunque con ausencia de cualquier aspiración constructiva<sup>749</sup>. La glosa explicativa estaba escrita con la grandiosidad y ampulosidad de un estilo expositivo que se correspondía con el gusto recargado de la época e iba acompañada de un aparato bibliográfico que hacía gala de una irrefrenable erudición, pero cuyo aprovechamiento para el estudio efectivo del derecho positivo vigente resultaba más bien escaso<sup>750</sup>. Los trabajos pertenecientes a este género tienen una estructura esencial común, aunque difieren en la forma de ordenar la exposición, y es en ellos donde es posible encontrar las primeras referencias al negocio de reemplazo, aunque sea con un ámbito de aplicación circunscrito exclusivamente a la compraventa mercantil.

Precursor en esta materia fueron los *Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a toda la legislación comercial extranjera* (publicados por primera vez entre 1914 y 1922), de José María González de Echávarri y Vivanco (1875-1950), que siguen una partición de materias compuesta de tres apartados: uno dedicado al estudio racional de la institución, otro al examen histórico-interno y un tercero que contiene «las reglas doctrinales y de carácter positivo para resolver los conflictos con legislaciones extranjeras». La mención al negocio de reemplazo, aunque sin utilizar este nombre ni ningún otro similar, se ofrece a propósito del derecho comparado atinente a los artículos 329-332 CCom. Ahí se dice: «En cuanto al cumplimiento o ejecución coactiva que puede pedirse

---

<sup>749</sup> GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «El pensamiento de Joaquín Garriges en relación con el método en la ciencia del derecho», en SÁNCHEZ CALERO, F. (ed.), *Joaquín Garriges. Jurista y universitario ejemplar* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996), p. 133.

<sup>750</sup> GONDRA, «El pensamiento de Joaquín Garriges», cit., p. 133.

facultativamente con la rescisión, sobre todo en el caso del vendedor si el comprador no la recibe en el término señalado, la legislación húngara, italiana, austriaca y alemana conceden facultad de depósito y de venta con grandes facilidades sobre todo si tiene cotización en Bolsa o mercado»<sup>751</sup>. La mención alude, pues, a los artículos 356 del *Kereskedelmi törvény* [Código de Comercio húngaro] (1876) y 68 y 69 del *Codice di Commercio* (1868) y a los §§ 357 AHGB y 376 HGB, donde se reconocía al vendedor la posibilidad de celebrar una nueva venta por otros cauces con el propósito de satisfacer su interés frustrado por el incumplimiento del comprador.

La obra de Echévarri tiene además otro aspecto digno de elogio. Hasta entonces, la tendencia imperante era que las referencias comparadas no pasasen de la mera noticia en la parte introductoria de las obras, sin que se tradujese, en lo referido a las instituciones jurídicas concretas, en una efectiva utilización contrastada de las aportaciones extranjeras a fin de lograr un mejor entendimiento del propio derecho<sup>752</sup>. Su *Comentario*, en cambio, da un paso más e introduce las referencias al derecho comparado dentro del análisis de cada institución, de suerte que el lector puede formarse una idea del modo en que un determinado problema ha sido abordado en tales sistemas. Si es cierto que la referencia no pasa de ser ilustrativa, sin que integre una exposición articulada del derecho en vigor enderezada a su efectiva aplicación.

El *Tratado de la legislación comercial española a base del Código de Comercio* (1930) de Rafael Gay de Montellá (1882-1969) tiene el mérito, en tanto, de ser la primera obra en la que existe una referencia a la operación de reemplazo utilizando una nomenclatura técnica para designarla. Al tratar de la ejecución

---

<sup>751</sup> GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, J. M.<sup>a</sup>, *Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a todo la legislación comercial extranjera*, III (Valladolid, Imprenta Zapatero, s.d.), p. 196.

<sup>752</sup> GONDRA, «El pensamiento de Joaquín Garriges», cit., p. 133.

coactiva de la entrega y del recibo, este autor reproduce el artículo 332 CCom y enseguida explica los remedios que ahí se conceden al vendedor. Si el acreedor opta por el cumplimiento coactivo del contrato, el primer paso es el depósito de las mercaderías conforme al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cuyo acto el vendedor se libera del cuidado de la cosa vendida. Y añade: «Pero así como en otras legislaciones, la solución es la venta coactiva en el caso de que continúe la resistencia del comprador, en nuestra legislación no cabe la venta coactiva en Bolsa o mercado. Si el vendedor [...] opta por el cumplimiento de la sentencia, se condenará al comprador a hacerse cargo de la mercadería comprada y depositada y al pago del precio y gastos efectuados por el depósito»<sup>753</sup>. Cuando el incumplimiento es del vendedor que no ha entregado los efectos comprados en el plazo estipulado, el comprador sólo puede pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización en uno y otro caso de los perjuicios que se le haya irrogado la tardanza (artículo 329 CCom). Para ilustrar los mecanismos de protección del comprador, Gay de Montellá señala que «[l]as legislaciones extranjeras frente a este caso autorizan al comprador para hacer comprar por medio de un corredor o mediador de comercio, la mercancía no entregada, ya en Bolsa[,] ya sea en mercado, por cuenta y riesgo del vendedor, el cual viene igualmente obligado a los daños y perjuicios que haya ocasionado»<sup>754</sup>. No hay, empero, ninguna referencia concreta a dichas legislaciones, como sí ocurría en el *Comentario* de Echévarri.

Seis años después, ahora en su *Código de Comercio español comentado* (1936), Gay de Montellá vuelve a referirse a la figura y lo hace de un modo más extenso. El esquema seguido en esta nueva obra parte con la transcripción del artículo que se analiza,

---

<sup>753</sup> GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de la legislación comercial española a base del Código de Comercio*, IV (Barcelona, Bosch, 1930), p. 242.

<sup>754</sup> GAY DE MONTELLÁ, *Tratado de la legislación comercial*, IV, cit., p. 243.

continúa con la exposición de la jurisprudencia relevante existente y la referencia al derecho comparado, para concluir con un comentario personal. Al comentar el artículo 329 CCom, menciona la forma en que el derecho francés ha tratado ese supuesto de incumplimiento, y es ahí donde mienta el negocio de reemplazo por primera vez con ese nombre en el derecho español: «Francia conoce la rescisión de la venta comercial, especial, con el nombre de *remplacement*, o sea[,] el derecho para el comprador de hacer pagar al vendedor el exceso de precio que ha pagado para conseguir la mercancía equivalente a la mercancía vendida, sobre el precio que él debía pagar al vendedor»<sup>755</sup>. La referencia al derecho francés como paradigma de comparación no sorprende. Pese al declive que la literatura mercantil experimentaba en ese país hacia fines del siglo XIX, las referencias habituales en las obras de este período tiende a ser preferentemente francesas<sup>756</sup>, por lo que no es extraño que Gay de Montellá también acudiera a ella para ilustrar los mecanismos alternativos propuestos en otros ordenamientos para remediar el incumplimiento en un contrato de compraventa mercantil.

Con todo, Gay de Montellá da un paso más y alude también a la posibilidad de efectuar una compraventa de reemplazo en el derecho alemán e italiano a propósito del artículo 332 CCom<sup>757</sup>, indicando que en esto hay diferencia entre el derecho español y las legislaciones extranjeras, dado que en estas últimas, si el vendedor no entrega los efectos vendidos en el plazo estipulado (artículo 329 CCom), se autoriza «al comprador para hacer comprar por medio de un corredor o mediador de comercio, la mercancía no entregada, ya sea en Bolsa[,] ya sea en mercado, por cuenta y riesgo del vendedor, el cual viene igualmente obligado a

---

<sup>755</sup> GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, III, cit., p. 182.

<sup>756</sup> GONDRA, «El pensamiento de Joaquín Garriges», p. 133.

<sup>757</sup> GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, III, cit., p. 189.

los daños y perjuicios que ha ocasionado»<sup>758</sup>. Reproduce así, como se ve, el texto escrito en su día para el *Tratado*.

La obra de Gay de Montellá comporta una transición entre el segundo y el tercer período de la dogmática mercantil española. Desde la década de 1930 se percibe una línea de renovación en el estudio dogmático del derecho mercantil<sup>759</sup>, debida a la penetración directa de la bibliografía alemana, hasta entonces prácticamente ignorada, el florecimiento del mercantilismo italiano y las repercusiones del desarrollo científico del derecho civil<sup>760</sup>. Esta tercera etapa del desarrollo expositivo y sistemático del derecho mercantil se caracteriza por la aparición de los primeros tratados y manuales de la disciplina en los que se aprecia un sistema expositivo y una elaboración conceptual y dogmática que evidencia la independencia constructiva en relación con la exposición del código, lo que permitió incluso la crítica y el ofrecimiento de soluciones que se consideraban las más adecuadas para los distintos intereses en conflicto, armonizando así la interpretación del deficiente código isabelino con la que naturalmente se derivaba de otros códigos más modernos o de mayor perfección técnica, como ocurría con el italiano y, sobre todo, el alemán<sup>761</sup>.

Por la ruptura que suponen con la matriz disciplinaria de la época anterior, en este período destaca especialmente el trabajo desarrollado por dos autores: Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate (1899-1983) y Emilio Langle y Rubio (1886-1967), que publicaron sus primeros trabajos sobre derecho mercantil coincidentemente en 1928 (ambos se habían iniciado en el

---

<sup>758</sup> GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, III, cit., p. 190.

<sup>759</sup> POLO DíEZ, A., «Hacia la renovación de los estudios jurídico-mercantiles», RDP (1941), p. 219.

<sup>760</sup> RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., núm. 136, p. 346.

<sup>761</sup> ROJO, A., «El *Curso de Derecho mercantil* de Joaquín Garrigues», en SÁNCHEZ CALERO, F. (ed.), *Joaquín Garrigues. Jurista y universitario ejemplar* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996), p. 240.

derecho penal)<sup>762</sup>. El primero de ellos produjo un cambio radical en la orientación del derecho mercantil español, y merece una mención particular por su contribución a la fundamentación teórica de la aceptación de la doctrina del daño abstracto y de la compraventa de reemplazo en el país<sup>763</sup>. Aunque no es posible comparar en un plano de cabal igualdad la obra de Garrigues y Langle, no se puede desconocer que la producción del segundo alcanzó un altísimo nivel, no común para la época en la que escribía<sup>764</sup>. En palabras de Menéndez, la de Langle fue «una obra paralela o complementaria a la de Garrigues, y con un pulso técnico muy superior a la mayoría de las publicadas en el primer tercio de siglo»<sup>765</sup>. Sobre este autor, sin embargo, se tratará cuando se aborde el encuadramiento dogmático que hace de la figura<sup>766</sup>.

La primera noticia que da Garrigues sobre las dos materias recién mencionadas se contiene en el tomo II de su *Curso de derecho mercantil* (1940)<sup>767</sup>, cuya primera parte había aparecido pocos días antes del comienzo de la Guerra Civil<sup>768</sup>. Ella está influenciada ciertamente por la doctrina alemana<sup>769</sup> y por su

<sup>762</sup> VARGAS VASSEROT, *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez*, cit., p. 78.

<sup>763</sup> Véase: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Biobibliografía del profesor Joaquín Garrigues», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* (Madrid, Editorial Tecnos, 1971), I, pp. xiii-lxxi; GARRIGES LÓPEZ-CHICHERI, L. J., *Imágenes de una vida: Joaquín Garrigues* (Madrid, ed. del autor, 1994); GONZÁLEZ DE CARDENAL, O., *Alfonso Querejazu-Joaquín Garrigues. Correspondencia y escritos (1954-1974)* (Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 2005), pp. 23-28 y 59-82; MENÉNDEZ, A., «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate» (1983), ahora en *Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil* (Madrid, Editorial Civitas, 1993), pp. 59-76; SÁNCHEZ CALERO, F., «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas universales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), IV, pp. 337-344.

<sup>764</sup> VARGAS VASSEROT, *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez*, cit., pp. 27-52 y 77-81.

<sup>765</sup> MENÉNDEZ, *Sobre la moderna Escuela española*, cit., p. 33.

<sup>766</sup> Véase *infra*, § 4, III, 2.

<sup>767</sup> POLO DÍEZ, «Hacia la renovación», cit., pp. 217 ss.

<sup>768</sup> ROJO, «El *Curso de Derecho mercantil*», cit., pp. 231-243.

<sup>769</sup> Garrigues se mantuvo siempre en contacto con la doctrina del derecho mercantil europeo, tanto a través de sus publicaciones como personalmente con

propia concepción sobre el derecho basada en la idea de que la razón de ser de una regla jurídica se encuentra en su realización en la vida social y en su aplicación a casos concretos, que han de ser resueltos intentando lograr una adecuada composición del conflicto de intereses que comportan a partir de la aspiración permanente de defensa de la justicia<sup>770</sup>. Cualquier explicación doctrinal de una materia, por tanto, tiene que «huir de la tendencia de muchos libros jurídicos a tratar temas que no interesan para la aplicación de la ley a la vida real y que, además, conducen al lector a un laberinto de opiniones y doctrinas, cuyo conocimiento tampoco reporta utilidad alguna»<sup>771</sup>. De ahí que, en su obra, Garrigues intentara eliminar «los problemas constructivos que absorbían en el siglo pasado la atención de los más egregios juristas»<sup>772</sup>. El mencionado *Curso* es sin duda su obra cardinal, tanto por su alta significación en la evolución de la ciencia jurídica española<sup>773</sup>, como por el relieve en la formación de la comunidad científica de lo que habría de constituir la moderna Escuela española del derecho mercantil<sup>774</sup>.

---

los más destacados estudiosos de la materia en otros países. Un lugar destacado tuvo en estas relaciones el derecho alemán, que se inició con los estudios que Garrigues realizó entre los años 1927 y 1928 en la Universidad de Berlín con los profesores Arthur Nussbaum (1877-1964) y Martín Wolff (1872-1953), y en la Universidad de Múnich con Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959) (SÁNCHEZ CALERO, «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate», cit., p. 339).

<sup>770</sup> GONDRA, «El pensamiento de Joaquín Garrigues», cit., pp. 137-139; SÁNCHEZ CALERO, «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate», cit., pp. 339-340.

<sup>771</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., p. viii.

<sup>772</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, I (Madrid, S. Aguirre, 1936), p. xvii.

<sup>773</sup> En palabras de su autor, el *Curso* aspiraba «sólo a ser un punto de partida para la interpretación del Derecho positivo y para la renovación de nuestra disciplina» (GARRIGUES, *Curso*, II, cit., p. 10). Aquél se daba por satisfecho, entonces, si su primera obra de conjunto servía «de guía para el conocimiento elemental del Derecho mercantil español y de punto de partida para la renovación de nuestros estudios jurídicos mercantiles, hoy casi sustituidos por el esfuerzo de los traductores» (*Curso*, I, cit., pp. xvii-xviii).

<sup>774</sup> Al respecto, MENÉNDEZ, *Sobre la moderna Escuela española*, cit., pp. 22-58.



Pero, al igual que cualquier obra humana, aquél no es del todo perfecto. Con relativa frecuencia se encuentran en el *Curso* interpretaciones que no resisten el análisis de los antecedentes de la norma o que pugnan con la misma literalidad de los preceptos, incluso haciendo decir al código más de lo que en realidad dice o, incluso, no dice<sup>775</sup>.

En el *Curso*, Garrigues comienza su exposición sobre los efectos de la mora en la compraventa mercantil con la siguiente afirmación: «Los supuestos y consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del comprador y el vendedor se rigen por las reglas del Derecho civil»<sup>776</sup>. Pero enseguida aclara que «el Derecho mercantil contiene preceptos especiales que protegen al vendedor contra el retardo del comprador en recibir la cosa»; que «las consecuencias de la mora *solvendi* son distintas de la mora *accipendi*», y que «en la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a la falta de ejecución»<sup>777</sup>.

Cuando se ocupa de la facultad resolutoria concedida al comprador en el artículo 329 CCom, el mentado autor señala que éste no resuelve un punto esencial para la rapidez del tráfico mercantil, como es la forma de hacer uso de tal derecho<sup>778</sup>. A su juicio, la tramitación demasiado lenta y costosa del ejercicio judicial de dicha facultad aconseja seguir el ejemplo del derecho alemán (§ 376 III HGB) y, en consecuencia, «debería bastar la simple declaración unilateral, y sin sujeción a formalidad alguna, de que el comprador da por rescindido el contrato»<sup>779</sup>. El efecto resolutorio de esta declaración «sería cabalmente el contrario del efecto vinculativo [sic] del contrato: el vendedor queda liberado de entregar la cosa y el comprador liberado de pagar el precio»<sup>780</sup>,

---

<sup>775</sup> ROJO, «El *Curso de Derecho mercantil*», cit., p. 240.

<sup>776</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 149.

<sup>777</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 149.

<sup>778</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>779</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>780</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

sin que se vea afectada la indemnización de perjuicios que también pueda concurrir.

Seguidamente, el autor constata que la cuestión relativa a la indemnización de perjuicios en los supuestos de incumplimiento de que trata el artículo 329 CCom tampoco está debidamente aclarada en el código<sup>781</sup>. Al efecto, es preciso distinguir entre la indemnización que puede pedirse cuando el comprador acepta el cumplimiento tardío y aquella a la que hay derecho en caso de que falte de forma absoluta la prestación. En el primer supuesto vale la regla general sobre el resarcimiento del daño del Código Civil: la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, calculados subjetiva y concretamente (artículos 1106 y 1107)<sup>782</sup>. La solución es distinta en la segunda situación, pues en ella se ha de recurrir a un cálculo objetivo y abstracto del daño sobre la base de la diferencia entre el precio del contrato y el corriente a la fecha de la resolución, tal y como hacían los entonces vigentes artículos 363 y 371 CCom para el contrato de transporte<sup>783</sup>. Pero puede ocurrir también, y de hecho tal es lo corriente en el tráfico, que «el comprador acuda a otro vendedor para adquirir la misma mercancía (*compra de reemplazo*)», en cuyo caso «la indemnización se fijará sobre la base del precio pagado en este segundo contrato»<sup>784</sup>.

Si es el comprador el que incumple su obligación de pagar el precio, en el Código de Comercio no existe derecho expreso a resolver el contrato. Para Garrigues<sup>785</sup>, dicho objetivo puede ser alcanzado igualmente por el vendedor, pues subsiste la facultad resolutoria que concede con carácter general el artículo 1124 CC, lo que iguala los efectos del incumplimiento de una y otra parte.

---

<sup>781</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>782</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>783</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>784</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

<sup>785</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

---

§ 3. DELIMITACIÓN DEL REEMPLAZO EN DERECHO ESPAÑOL

---

El citado autor se ocupa finalmente de una situación no prevista por el Código de Comercio: «la posibilidad de que la parte cumplidora del contrato, acreedora de la cosa o del precio, se procure una u otra por medio de otra compraventa, que se realizará por cuenta de la parte morosa, es decir, a riesgo suyo»<sup>786</sup>; de la que sólo existía una particular aplicación a propósito de las operaciones bursátiles en el artículo 77 CCom, hoy derogado<sup>787</sup>. Los principios que ahí sienta son los mismos que después ha repetido la doctrina y que han sido aplicados por la jurisprudencia<sup>788</sup>, al punto que no extraña que todavía siga siendo punto de referencia obligada<sup>789</sup>: «si es el vendedor el que recurre a la nueva venta, su obligación frente al primitivo comprador de entregar la cosa se sustituye por la obligación de entregarle el precio de la nueva venta. Pero esta deuda suya se compensará con su antiguo crédito, y será el acreedor si el precio obtenido es menor que el adeudado, y deudor en el caso contrario. El comprador sólo podrá proceder a la ejecución coactiva cuando el objeto del contrato fuese una cosa fungible»<sup>790</sup>.

Poco después de la primera edición del *Curso*, Garrigues se propuso preparar una segunda en respuesta a la rapidez inesperada con que se había agotado aquella. Constatando que la citada obra, «que había nacido en la Universidad y había sido escrita para volver a ella»<sup>791</sup>, había ido a parar antes a las manos

---

<sup>786</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152.

<sup>787</sup> Posteriormente, GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 322, señalará que el hecho de que el Código de Comercio español haya limitado la compra de reemplazo a un supuesto particular de mercancías con un precio de mercado, como es el de la Bolsa, requiriendo además la intervención de un agente que pertenezca a la Junta Sindical, era una demostración del deseo del legislador de evitar toda posibilidad de abuso por parte del comprador que no recibió la mercancía en el tiempo pactado.

<sup>788</sup> Véase *infra*, § 6, II y III.

<sup>789</sup> Véase, por ejemplo, FENOY PICÓN, CCJC 80 (2009), pp. 571-590.

<sup>790</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152.

<sup>791</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., «Prólogo a la primera edición», en *Instituciones de Derecho mercantil* (Madrid, Silverio Aguirre Torre, 5ª ed., 1953), p. ix.

de los operadores jurídicos que a la de los estudiantes, a quienes en principio estaba dirigida, se propuso componer dos obras distintas, cada una de ellas adaptada a las exigencias particulares de los dos grupos de lectores antes mencionados.

La primera obra fue pensada como «un breviario de Derecho mercantil para uso de estudiantes»<sup>792</sup> y comportaba tan sólo «una refundición abreviada del Curso»<sup>793</sup>. Con el nombre de *Instituciones de derecho mercantil* vio la luz en 1943 y en ella aparece suprimido tanto «lo puramente accidental, informativo y complementario, que en el Curso iba impreso en letra más pequeña»<sup>794</sup>, como «todo aquello que no sirva para una exposición sucinta y sistemática del Derecho vigente»<sup>795</sup>. En estas *Instituciones*, el contrato de compraventa mercantil quedó situado en el Capítulo XXIX<sup>796</sup> y en él desapareció cualquier mención al negocio de reemplazo, cuyo tratamiento venía compuesto en el *Curso* en tipografía pequeña. Esta última tuvo cinco ediciones, la última en 1953<sup>797</sup>.

La segunda obra proyectada por Garrigues tenía la pretensión de ser «un Tratado para uso de quienes, en una u otra forma, colaboran en la aplicación diaria del Derecho mercantil»<sup>798</sup>, que

---

<sup>792</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. ix.

<sup>793</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., pp. ix-x.

<sup>794</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. x.

<sup>795</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. x.

<sup>796</sup> Garrigues, *Instituciones*, cit., pp. 378-387.

<sup>797</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Biobibliografía», cit., p. lx.

<sup>798</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. ix. El *Tratado* tuvo una elaboración bastante extendida en el tiempo. Su primer tomo, compuesto de tres volúmenes, fue publicado entre los años 1947 y 1949 y trata sobre las cuestiones generales relacionadas con el derecho mercantil y sobre derecho de sociedades. Fue seguido, en 1955, por la publicación del tomo II dedicado a los «títulos-valores»; y en 1963 por el volumen 1º del tomo III, que trata sobre la teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles y sobre los contratos de cuentas de participación, compraventa, comisión, agencia y corretaje. Con posterioridad, Garrigues publicó de forma aislada dos obras monográficas: *Contratos bancarios* (1ª ed., 1958; 2ª ed., 1974) y *Contrato de seguro terrestre* (1ª ed., 1973; 2ª ed., 1982, con referencia expresa a la Ley 50/1980, de 8 de octubre,

acabaron siendo los destinatarios efectivos del *Curso*<sup>799</sup>. Esta última obra había de constituir «la verdadera segunda edición del Curso, bien considerablemente ampliada con notas, doctrina y jurisprudencia, como conviene a las exigencias de un jurista profesional»<sup>800</sup>, y compuesta en «la línea de las obras francesas denominadas “Tratados teórico-prácticos”»<sup>801</sup>. Con todo, en la década de 1950, Garrigues cambia de criterio y decide reeditar el *Curso* en sustitución de sus *Instituciones*<sup>802</sup>. Pese a esta decisión, las siguientes ediciones españolas de esta obra fueran revisadas, corregidas y puestas al día por alguno de sus discípulos y no por el propio autor<sup>803</sup>.

En el *Tratado*, el incumplimiento del contrato de compraventa se divide en dos apartados que integran el Capítulo XXXVIII que se dedica a este negocio mercantil, uno referido al incumplimiento de las obligaciones del vendedor (IX)<sup>804</sup> y otro al incumplimiento de aquellas que corresponden al comprador (X)<sup>805</sup>. Las ideas sustanciales de esta disciplina son las mismas que ya aparecen

---

de contrato de seguro), que siempre consideró parte integrante de su *Tratado*, aunque fueran distintos en formato y tipo tipografía.

<sup>799</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. ix.

<sup>800</sup> ROJO, «El *Curso de Derecho mercantil*», cit., p. 242.

<sup>801</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. vii.

<sup>802</sup> GARRIGUES, «Prólogo a la primera edición», cit., p. ix-x.

<sup>803</sup> La segunda (1955-1956) y la tercera edición (1958), sin duda las más cuidadas, estuvieron a cargo de Emilio Verdera y Tuells. A partir de la quinta edición, el encargo se divide y corresponde cada tomo a un autor distinto. Así, la quinta (1968-1969) fue revisada por Alberto Bercovitz Rodríguez Cano (tomo I) y Rafael Jiménez de Parga (tomo II); mientras que la sexta (1972-1974) y la séptima (1976-1979) fueron confiadas nuevamente a Alberto Bercovitz (tomo I) y Fernando Sánchez Calero (tomo II). De la octava (1983), en cambio, se ocupó íntegramente Alberto Bercovitz. Sólo la cuarta edición (1962) no lleva indicación de aquel que acometió el encargo de actualización. Hasta donde se tiene conocimiento, hay también una edición colombiana (Temis) y otra mexicana (Porrúa).

<sup>804</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1123-1125, pp. 310-324.

<sup>805</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, núm. 1126-1127, pp. 324-329.

expuestas en el *Curso*, por lo que sólo se hará referencia a aquellas en que el *Tratado* profundiza.

Garrigues<sup>806</sup> señala que la *sedes materiae* de los derechos del comprador ante el incumplimiento del vendedor es el artículo 329 CCom, que concede a aquél la facultad de instar por el cumplimiento forzoso del contrato o de resolverlo, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Esta indemnización se determina, empero, de forma distinta según el remedio por el que se opte. Si se ha solicitado el cumplimiento del contrato, la indemnización se rige por los principios de la mora y cabe aplicar en régimen complementario los artículos 1106 y 1107 CC<sup>807</sup>. En cambio, si se ha optado por la resolución, la indemnización es la que corresponde a un incumplimiento total y se hace preciso dar solución a dos problemas principales: la forma de hacer uso del derecho y el cálculo del daño<sup>808</sup>.

Del primer problema no hay mayor variación con lo dicho en el *Curso*, salvo que en el *Tratado* se agrega que la interpretación dada al artículo 329 CCom armonizaba con la que paulatinamente el Tribunal Supremo había dado respecto del artículo 1124 CC, para facilitar el ejercicio de este remedio<sup>809</sup>.

Distinto es lo que acaece con relación al cálculo del daño, materia en la que el *Tratado* sí presenta una exposición más desarrollada y completa. Aunque la idea central es la misma, esto es, que la forma de valorar el daño es distinta según se trate de la prestación tardía o de la falta de entrega, aquí Garrigues introduce expresamente la mención al «sistema mercantil del “daño abstracto”» (en el *Curso* hablaba sólo de un «cálculo objetivo y abstracto»<sup>810</sup>, sin propósito de sistematización), que caracteriza como una forma de «cálculo [que] se hace en forma rápida sobre

---

<sup>806</sup> GARRIGUES, *Tratado*, cit., núm. 1125, p. 318.

<sup>807</sup> GARRIGUES, *Tratado*, cit., núm. 1125, pp. 318-319.

<sup>808</sup> GARRIGUES, *Tratado*, cit., núm. 1125, pp. 318-319.

<sup>809</sup> GARRIGUES, *Tratado*, cit., núm. 1125, p. 319.

<sup>810</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151.

la base de una simple diferencia de precios: el del contrato incumplido y el corriente en el mercado en el que la mercancía debió ser entregada»<sup>811</sup>. Separadamente, y también dentro del catálogo de derechos del comprador ante la falta de entrega, Garrigues<sup>812</sup> incluye la compra de reemplazo y dispensa a ella el tratamiento más completo hasta entonces existente en la literatura mercantil española, con referencia al reconocimiento de esta figura en el derecho alemán (§ 376 III HGB), italiano (artículo 1516 del *Codice Civile* de 1942), suizo (artículo 191 II OR) y uniforme (artículos 28 y 91 del Proyecto de 1956 que precedió a la ULIS). Se ocupa también de la descripción de la figura, de su recepción parcial en el artículo 77 CCom, de su naturaleza jurídica, de sus requisitos de procedencia y de sus efectos.

Garrigues sentó así las bases de la explicación que suele darse en los manuales y tratados al uso sobre la operación de reemplazo<sup>813</sup>. Con posterioridad, la ratificación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías por parte de España, obrada por el Instrumento de adhesión de 17 de junio de 1990, ha dado a la doctrina un soporte dogmático más seguro en el que engarzar la figura, aunque sin mayores consideraciones ulteriores sobre su fundamentación<sup>814</sup>. Incluso, la regla que ahí se contiene (artículo 75 CISG) ha sido utilizada como

---

<sup>811</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 319.

<sup>812</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 320-324.

<sup>813</sup> BROSETA PONS/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, II, cit., p. 72; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., pp. 154 y 237-238; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 76, p. 180; SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, *Instituciones de derecho mercantil*, II, cit., p. 283; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ, «El contrato de compraventa mercantil», cit., p. 120; VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 154; VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, II, cit., p. 1261.

<sup>814</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 41-42; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., pp. 154 y 237-238; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 76, p. 180; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ, «El contrato de compraventa mercantil», cit., p. 120; VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 154.

criterio de solución en casos donde la mentada Convención era inaplicable en razón de su objeto.

Ahora bien, aunque la sede en que más propiamente se puede plantear la procedencia de un contrato de cobertura es a propósito del incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar las mercaderías convenidas, nada impide su generalización a toda la compraventa, de suerte que se pueda acudir a él en caso de incumplimiento del contrato por una u otra parte<sup>815</sup>. De ahí que los requisitos anteriores, con las adecuaciones que fuese menester efectuar, puedan extrapolarse a los demás supuestos en que el incumplimiento es solucionado a través de un contrato de reemplazo.

Sin embargo, en la literatura jurídica española no ha existido un debate demasiado profundo respecto de la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo, quizá debido a la ausencia de una norma expresa que acuerde su procedencia. La referencia a esta cuestión suele ser más bien un aspecto que se aborda referencialmente o, incluso, que se da por supuesto. Sólo el mencionado Garrigues<sup>816</sup> ahonda en mayor grado sobre este particular, y lo hace con referencia a las soluciones propuestas en el derecho comparado a propósito de la compraventa de reemplazo. Sobre ellas se volverá más adelante<sup>817</sup>.

## 2. El derecho civil

El Código Civil no ofrece un sistema unitario de responsabilidad contractual. Junto con el sistema general establecido bajo el título de *De la naturaleza y efecto de las obligaciones* (Libro IV, Título I, Capítulo II), existen diversos

---

<sup>815</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125 (pp. 320-321) y 1126 (pp. 326-327); LANGLE RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 110, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 172.

<sup>816</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323.

<sup>817</sup> Véase *infra*, § 4, I, 1 y II, 1, especialmente notas 992 y 1191.



sistemas especiales, entre los que destaca particularmente aquel denominado de saneamiento dentro de la disciplina del contrato de compraventa, aunque extensible a otros contratos<sup>818</sup>. No hay, por consiguiente, un concepto unitario de incumplimiento, y tampoco una ordenación coherente de los remedios con que cuenta el acreedor para reaccionar contra él. El concepto de tal que se utiliza es aplicable sólo al sistema general de responsabilidad contractual, por lo que no resulta extraño que la doctrina construyera el mismo en conexión con la culpabilidad del deudor (artículo 1001 CC). Este mismo diseño ha hecho que la exposición de los remedios se haga siguiendo un orden casi reflejo al del código, con la consiguiente exclusión de aquellos mecanismos no mencionado en él.

Esto explica que el tratamiento que el derecho civil le ha dispensado a la operación de reemplazo sea bastante diferente del observado en materia mercantil. En él no sólo no ha recibido reconocimiento alguno, ni siquiera en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada en 2009, sino que la dogmática ha prescindido tradicionalmente de ella en las explicaciones sobre el derecho del incumplimiento. Incluso en un trabajo tan señero para el derrotero que seguiría en las dos décadas siguientes esta parcela del derecho de obligaciones, como son las «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» de Fernando Pantaleón Prieto<sup>819</sup>, se excluye de ellas a la operación de reemplazo, porque se considera que ella sólo es razonable en cuanto regla probatoria, que no suponga una excepción sustantiva de los principios

---

<sup>818</sup> Sobre este particular, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 715-726, por ejemplo, propone una revisión de los distintos regímenes especiales de responsabilidad contractual como punto de partida de cualquier intento de reconstrucción en la materia. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 425, en cambio, opta por el camino inverso: después de haber explicado las reglas generales sobre responsabilidad contractual, aborda las especiales con el propósito de demostrar que las pretendidas excepciones que ellas comportan no son más que una consecuencia de la aplicación normal de las primeras.

<sup>819</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743.

generales sobre determinación del daño. Precisamente por este carácter y por el hecho de no resulta razonable que las consecuencias de que el perjudicado haya conseguido cubrirse a un precio más favorable que el de mercado vengan a recaer en beneficio del incumplidor, el citado autor no creía aconsejable la incorporación de una regla de cobertura al Código Civil, como sí lo es el de aquellas normas relativas a la contribución al incumplimiento o a sus efectos del acreedor dañado (artículo PMCC) y a la carga de mitigar el daño (artículo PMCC). Además, temía Pantaleón que el reconocimiento de la posibilidad del acreedor de celebrar un negocio de cobertura para satisfacer el interés que el contrato incumplido no le ha procurado pudiese provocar la confusión de que se está autorizando una facultad general de autotutela de su derecho de crédito, con las distorsiones que eso puede provocar en todo el sistema de remedios.

Pero esa exclusión comienza a cambiar por diversas razones. La primera de ellas es la utilización que se hace de la operación de reemplazo en la contratación inmobiliaria cuando el incumplimiento proviene del comprador, especialmente en un contexto de crisis deflacionaria<sup>820</sup>. Este ámbito siempre ha estado reservado al derecho civil, pero en él demuestra ser igualmente eficaz una sustitución negocial que evita que el descenso de los precios repercuta completamente sobre el comprador incumplidor, haciendo así necesario que el vendedor observe una conducta enderezada a la mitigación de sus propias pérdidas.

Enseguida, comparece la influencia que el nuevo derecho de la contratación está teniendo en los procesos de modernización de los respectivos ordenamientos internos. Es sabido que los esfuerzos de unificación y armonización tienen un cariz marcadamente mercantil, aunque la disciplina que proponen sea

---

<sup>820</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo», *Diario La Ley* 7322 (2010), p. 8.

unitaria para todo el ámbito de la contratación privada<sup>821</sup>. Esto explica que con la generalización y el modelo que proponen ingresen figuras originalmente nacidas como consecuencia de las exigencias del tráfico comercial y que reciben ahora, fruto de esa sistematización indiferenciada, reconocimiento como instituciones comunes al acervo privatista, de cuyo desarrollo y exposición se ha ocupado sobre todo la literatura producida desde el derecho civil.

Por último, existe una razón fundada en la tendencia a la unificación del derecho privado que se ha observado en las obras de conjunto escritas en los últimos años. Concretamente, y sin desmerecer otras referidas a temas más específicos, cabrían citar aquí los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* de Luis Díez-Picazo (desde la edición de 1993) y el *Derecho de contratos* de Ángel Carrasco Perera (2010), así como el precedente de José Puig Brutau (1899-2003) y del propio Carrasco en su comentario al artículo 1106 CC. También, aunque con otro enfoque, es destacable el aporte que hace Antonio Morales Moreno en su obra *Incumplimiento contractual y lucro cesante* (2010).

La primera mención a la operación de reemplazo aparece en el «Comentario final del traductor» con que José Puig Brutau cierra la versión española de *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, de Lon F. Fuller (1902-1978) y William R. Perdue (1913-1998), y que lleva por subtítulo «[a]lgunas reflexiones sobre la jurisprudencia española»<sup>822</sup>. Ahí afirma que la prestación debida «representa para el acreedor un interés que no se puede identificar con el valor de dicha prestación

---

<sup>821</sup> Por todos, ESPINA, D., «El carácter mercantil de la unificación internacional del derecho contractual», RCDI 710 (2008), pp. 2431-2484 = FERRER VANDRELL, M.<sup>ª</sup> P./MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales* (Madrid, Dykinson, 2009), pp. 102-153.

<sup>822</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 143-182. El trabajo original se intitula «The Reliance Interest in Contract Damages» y fue publicado en *The Yale Law Journal* 46 (1936-1937), pp. 52-96 y 373-420.

considerada aisladamente», y eso explica «la dificultad de que, al sobrevenir el incumplimiento, pueda señalarse en todos los casos el interés del acreedor en la prestación esperada»<sup>823</sup>. Para razonar sobre una base concreta propone un ejemplo: «A compra determinada mercancía a B, que paga el precio por anticipado, que ha de hacerse cargo de la mercancía en los almacenes del vendedor y que espera realizar determinado beneficio con su reventa si dispone de la misma en tiempo oportuno»<sup>824</sup>. Ante el incumplimiento del vendedor B, A tiene una serie de cursos de acción posible. Uno de ellos es el «derecho a la prestación debida, esto es, a la mercancía comprada, pero con la particularidad de que, tratándose de bienes de consumo de libre adquisición en el mercado, casi nunca pedirá el cumplimiento en forma específica de la prestación debida, sino la resolución del contrato y la indemnización de daños»<sup>825</sup>. En este último caso, la valoración del daño no presenta mayores problemas, porque «suelen coincidir el interés del acreedor en la prestación y los beneficios que el incumplimiento deja frustrados»<sup>826</sup>. De ahí se sigue que el comprador de mercaderías, puede satisfacer su interés, mediante la resolución y consiguiente indemnización, reclamando «la suma equivalente al beneficio que le reportaría la completa operación económica que pensaba realizar»<sup>827</sup>.

Puig Brutau también se ocupa de la figura en sus *Fundamentos de derecho civil*, y lo hace al abordar los «[c]asos en que el interés en la prestación debida está confundido con la indemnización de daños y perjuicios»<sup>828</sup>. En esa sede menciona el caso de la compraventa mercantil de mercaderías para revenderlas, especialmente tratándose de aceite y vino, donde el comprador no

---

<sup>823</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 158-159.

<sup>824</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., p. 159.

<sup>825</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., p. 160.

<sup>826</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., p. 160.

<sup>827</sup> PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., p. 161.

<sup>828</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-II, cit., pp. 444-446.

tiene generalmente ningún interés en insistir en el cumplimiento en forma específica, sino que las adquirirá de otro vendedor y reclamará del anterior que dejó de cumplir lo convenido la indemnización consistente en la diferencia de valor que pudo resultar en su perjuicio en virtud de la segunda operación<sup>829</sup>. Cita en su apoyo las STS de 3 de mayo de 1949 (RJ 1949/710) y 24 de abril de 1956 (RJ 1956/1945), que analiza brevemente.

Ángel Carrasco Perera aborda la operación de reemplazo por primera vez en su comentario al artículo 1106 CC. Después de definir el concepto de daño que articula la disciplina del Código Civil, el autor aborda la composición de las tres partidas más importantes: el daño emergente, el lucro cesante y el daño extrapatrimonial. Es respecto del primero que viene tratada la operación de reemplazo. El daño emergente comporta (artículo 1106 CC), de manera que es indemnizable bajo ese concepto «el *negocio de cobertura* que el acreedor se haya visto obligado a realizar para cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento del deudor»<sup>830</sup>. Expone a continuación las reglas básicas que disciplinan el reemplazo, que son principalmente dos: (i) «[d]el coste de cobertura se deduce, en su caso, lo que el acreedor se ahorra al quedar liberado de su obligación»; y (ii) «[n]o entra nunca como daño indemnizable por negocio de cobertura el daño que el acreedor sufre en *este nuevo contrato* que celebró para paliar el incumplimiento del deudor, daños de los que responderá el nuevo contratante»<sup>831</sup>. Tales explicaciones vienen apoyadas por una amplia jurisprudencia<sup>832</sup>.

Las ideas precedentes, bajo una nueva sistematización, vienen recogidas en la obra *Derecho de contratos* publicada por Carrasco

---

<sup>829</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-II, cit., p. 445.

<sup>830</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., p. 677 (cursivas en el original).

<sup>831</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., p. 677 (cursivas en el original).

<sup>832</sup> SSTs de 20 de octubre de 1890; 3 de noviembre de 1892; 30 de mayo de 1925; 16 de mayo de 1946 (RJ 1946/564); 9 de febrero de 1960 (RJ 1960/470); 28 de junio de 1968 (RJ 1968/3845); 7 de octubre de 1986 (RJ 1986/5332).

Perera en 2010. Se ocupa ahí primeramente de la valoración del daño contractual según la regla de mercado, que corresponde a una forma de liquidación abstracta<sup>833</sup>, y de la que antes trataba después de exponer las partidas del daño indemnizable y sus deducciones<sup>834</sup>. Más adelante, al referir el daño emergente como partida resarcible, aborda los costes de cobertura, y lo hace con un desarrollo más completo y un mayor respaldo jurisprudencial, pero manteniendo la sustancia de las explicaciones sostenidas por entonces<sup>835</sup>.

Luis Díez Picazo no incluyó ninguna referencia a la operación de reemplazo en la primera edición de sus *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (1970). La primera mención a ella aparece en la cuarta edición del volumen referido las relaciones obligatorias (1993), que se mantiene en las dos ediciones siguientes (quinta edición, 1996; sexta edición, 2008)<sup>836</sup>. Ahí aborda la valoración del daño resarcible mediante una secuencia que se inicia con la determinación del interés protegido, continúa con los criterios de cálculo de la indemnización y el problema del lucro cesante, y concluye con el daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones de carácter contractual.

Después de señalar que «el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, se comprende en lo que la doctrina ha denominado el “interés positivo”»<sup>837</sup>, Díez-Picazo se pregunta por los criterios normativos a seguir para el cálculo de los daños que el Código Civil cifra en el valor de la pérdida sufrida y en la ganancia dejada de obtener (artículo 1106). En primer lugar, se ocupa del sistema de «cálculo abstracto del daño», que procede cuando, dada la naturaleza del negocio y las condiciones económicas generales, se puede

---

<sup>833</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1194-1196.

<sup>834</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., pp. 694-699.

<sup>835</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1201-1202.

<sup>836</sup> DÍEZ-PICAZO, *FUNDAMENTOS*, II, cit., pp. 787-793.

<sup>837</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 787.

considerar que existe un daño mínimo, de manera que la regla legal exonera al demandante de toda carga probatoria de un cálculo posterior<sup>838</sup>. Cita como ejemplos los artículos 1108 CC y las normas referidas por Carrasco Perera (artículos 66, 80, 81, 88 y 116 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, hoy derogados)<sup>839</sup>, con reparos respecto de los artículos 125 [hoy, 140] LPI y 63 Ley de Patentes, que más bien parecen formas de calcular el enriquecimiento del infractor<sup>840</sup>. Por el contrario, Díez-Picazo manifiesta su reticencia sobre el postulado de la doctrina mercantilista española que, recogiendo la regla formulada por la dogmática alemana sobre la base del § 376 HGB, considera como una vía del cálculo abstracto el daño sufrido por el comprador y que puede valorarse según el mayor coste que le supusiera la adquisición de las mercaderías que hubiesen de sustituir a las contratadas<sup>841</sup>. Refiere enseguida que este criterio hoy se halla recogido en el artículo 75 CISG, que constituye Derecho interno español<sup>842</sup>.

En contraposición al cálculo abstracto, señala Díez-Picazo que «el cálculo concreto debe buscarse en lo que el art. 1106 CC llama la pérdida real sufrida por el acreedor y la ganancia frustrada o dejada de obtener»<sup>843</sup>. Tras reconocer que no es fácil establecer, en el momento actual, un elenco complementario de los criterios que

<sup>838</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 788.

<sup>839</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., p. 698.

<sup>840</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 788-789.

<sup>841</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 788: «Aun cuando este criterio fue recibido por la jurisprudencia, en nuestro Derecho era muy difícil considerarlo como un cálculo abstracto».

<sup>842</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 798, vuelve a insistir en ese carácter en el apartado siguiente: «Este criterio [se refiere a la celebración de un negocio de cobertura] aparece como módulo de un cálculo abstracto en el Convenio de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías y puede ser generalizado a la totalidad de las relaciones contractuales incumplidas, con la diferencia de que, así como allí se trataba de un cálculo abstracto, en el punto que ahora nos encontramos situados debe tratarse de un negocio efectivamente celebrado y no de un negocio teórico o hipotético».

<sup>843</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 789.

pueden ser tomados en consideración para llevar a cabo una valoración concreta de los daños, ofrece con carácter general un elenco los que juzga más representativos, donde comparece preferentemente «el mayor o menor costo del negocio de reemplazo celebrado por la parte que sufre la lesión n o el incumplimiento con un tercero para cubrirse de las consecuencias negativas que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso le produce»<sup>844</sup>. Esta forma de valoración del daño contractual recibe aplicación en cualquier contrato, con la particularidad de que en aquellos con obligaciones de carácter sinalagmático el valor de la prestación que la parte incumplidora evita ejecutar debe ser detraído, por lo que el daño sólo consistirá en la diferencia que haya supuesto al acreedor su obtención. En ningún caso pueden ser puestas de cargo del deudor las consecuencias perjudiciales del contrato de reemplazo<sup>845</sup>.

En un trabajo anterior sobre la evolución del concepto de obligación en derecho español, Morales Moreno había analizado la doble fundamentación de la facultad resolutoria<sup>846</sup>. En el plazo jurídico, ésta es un remedio más frente al incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, idea que no es extraña al propio Código Civil que subordina su ejercicio al hecho de «*que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*» (artículo 1124). Sin embargo, dentro del elenco de ellos puestos a disposición del acreedor su especificidad viene dada por la función económica que reviste: permite al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino. El remedio resolutorio se endereza, entonces, a recuperar los recursos envueltos en un contrato frustrado por el incumplimiento y satisfacer con ellos el interés del acreedor. La vía más idónea para cumplir ese objetivo es la operación de reemplazo, que permite al acreedor asumir la gestión de su propia

---

<sup>844</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 789.

<sup>845</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 789-790.

<sup>846</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 43.



satisfacción, y sobre la que Morales Moreno vuelve a propósito de su estudio sobre el incumplimiento contractual y el lucro cesante, que constituyó en su día el discurso leído en el acto de recepción pública como académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia<sup>847</sup>. La operación de reemplazo viene tratada ahí como (i) una medida de mitigación caracterizada por el ejercicio de (ii) un poder de autotutela reconocido al acreedor, que opera como (iii) una vía de satisfacción de su interés que facilita la prueba y determinación del daño al permitirle obtener la ventaja del intercambio<sup>848</sup>. Por ser una carga del contratante afectado, éste «queda privado de la indemnización del lucro cesante que así hubiera podido evitar»<sup>849</sup>.

Además, la operación de reemplazo ha sido abordada de forma contingente en algunos comentarios de sentencia por Nieves Fenoy Picón (STS de 5 de julio de 2008, RJ 2008/3210)<sup>850</sup> y Marian Gili Saldaña (STS de 3 de septiembre de 2010, RJ 2010/6950)<sup>851</sup>, y en el trabajo de Rodríguez-Palmero referido a los incumplimientos de contratos inmobiliarios<sup>852</sup>.

---

<sup>847</sup> MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010). Posteriormente, este trabajo fue editado por Civitas/ThomsonReuters (2010), con la única diferencia que él se eliminó la contestación de Luis Díez-Picazo (mencionada todavía en el índice), y ésta es la versión que aquí se ha utilizado.

<sup>848</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 43 y 183.

<sup>849</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 183.

<sup>850</sup> FENOY PICÓN, CCJC 80 (2009), pp. 571-590.

<sup>851</sup> GILI SALDAÑA, CCJC 86 (2011), § 2288, pp. 1075-1096.

<sup>852</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO, «Crisis inmobiliaria e indemnización», cit., especialmente pp. 7-19.

### **3. Las propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación**

Originalmente, la idea de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación era aproximar la legislación civil y mercantil en materia de derecho contractual. Para cumplir ese propósito, todo el ámbito de las obligaciones y contratos pasaría a ser objeto del Código Civil y el Código de Comercio, si alguna vez se rehacía, contendría sólo la regulación del derecho de sociedades, el estatuto jurídico del comerciante o empresario, el derecho de los títulos valores y el derecho concursal. Concretamente, se buscaba iniciar esta aproximación mediante una regulación unitaria del contrato de compraventa que se correspondiese con el modelo de la CISG, ratificada por España a través del Instrumento de adhesión de 17 de junio de 1990, y verdadero paradigma del nuevo derecho de la contratación<sup>853</sup>.

La Sección Civil prefirió seguir otro camino, y fue así como desde 1995 comenzó a trabajar en una modernización general del derecho de obligaciones, pero empezando por el régimen general de éstas (artículos 1088 y siguientes CC) y no por la compraventa<sup>854</sup>. Esta elección supuso abandonar la línea de trabajo antes adoptada, a la que adscribía el Anteproyecto de ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicio y de obra, de 24 de noviembre de 1993, que finalmente no se convirtió en ley<sup>855</sup>. Con todo, la idea de reformar la disciplina del contrato de compraventa fue posteriormente retomada, y en 2005 se publicó la Propuesta de Anteproyecto de

---

<sup>853</sup> Véase la nota 146.

<sup>854</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Reforma de los códigos y Derecho europeo", ADC LVI (2003) 4, pp. 1567-1568.

<sup>855</sup> Este Anteproyecto modificaba los artículos 1542-1544, 1593-1600 y 1603 del Código Civil, además de derogar los artículos 1545 y 1546 de ese mismo código y de introducir una nueva distribución de materias para sistematizar los contratos de obra y de servicio.

Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa<sup>856</sup>, inspirada en la CISG; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>857</sup>, y los PECL<sup>858</sup>.

Por su parte, la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación retomó su iniciativa original de aproximar la legislación civil y mercantil, pero no lo hizo a través de una unificación del derecho de obligaciones. La matriz utilizada para tal cometido consistió en remozar la disciplina de la parte general del contrato mercantil a partir de las instituciones, reglas y principios del nuevo derecho de la contratación, además de regular de forma sistemática dos instituciones fundamentales para dar seguridad al tráfico comercial, como son la prescripción y la caducidad.

El fruto de estos trabajos se plasmó en dos esfuerzos distintos de modernización del derecho español de obligaciones, cada uno de ellos dedicado a una de las parcelas en las que tradicionalmente se divide el derecho privado: el derecho mercantil (a) y el derecho civil (b). Tal proceder no sólo se aleja de la idea de unificación en materia contractual a la que se endereza la tendencia comparada y comunitaria, sino que, además, ahonda la separación entre los contratos civiles y mercantiles, como si se tratase de dos universos dogmáticos distintos<sup>859</sup>.

---

<sup>856</sup> Publicado en BMJ 1988 (2005), pp. 2076-2092.

<sup>857</sup> Traspuesta primero a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo; y después por el Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>858</sup> Véase MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa» (2003), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Thompson-Civitas, 2006), pp. 93-144.

<sup>859</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil-Código de comercio?», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona, Bosch, 2009), p. 519.

*(a) La Propuesta de anteproyecto de ley sobre modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006)*

El 1 de febrero de 2006 se hizo pública, en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, la Propuesta de Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (PACCom)<sup>860</sup>, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y que se corresponde exactamente con el borrador elaborado por la Ponencia especial constituida por Orden de 4 de marzo de 2003 y aprobado el 16 de marzo de 2004<sup>861</sup>. Su propósito era dar una nueva redacción a los artículos 1 y 50-63 del Código de Comercio, además de utilizar el sitio dejado por sus derogados artículos 64-80<sup>862</sup>, con normas enderezadas a crear una disciplina general de los contratos mercantiles más elaborada que la actualmente existente<sup>863</sup>. También se proponía la modificación de los artículos 942-955 del mentado código, que con la nueva redacción se reparten entre los referidos a la regulación de la prescripción

---

<sup>860</sup> Publicada en BMJ 2006 (2006), pp. 605-618.

<sup>861</sup> Es más, en el texto de la PACCom se observan las mismas erratas existentes en los artículos 53.4 ("aún cuando") y 948.2 ("aquellas prestaciones") de dicho borrador.

<sup>862</sup> Estos artículos trataban sobre los lugares y casas de contratación mercantil, y fueron derogados en su día por la Ley de Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio).

<sup>863</sup> El § 7 de su Preámbulo reconoce expresamente que algunos de los principios recogidos en ella se hallan también expuestos en la legislación civil. La razón de esta reiteración es que la disciplina ofrecida para los contratos mercantiles ha de tener una coherencia sistemática que permita su fácil aplicación. Además, todas las normas establecidas en el Código de Comercio aparecen indubitadamente como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad formal de que tales normas son aplicables, como parte de dicha legislación especial, en todo el territorio español. En esta elección de técnica legislativa existe una clara opción a favor de la seguridad jurídica por sobre la eficiencia.

(artículos 942-950) y aquellos que tratan sobre la caducidad (artículo 953-955).

De momento, sin embargo, esta Propuesta no se ha convertido en ley, pese a la importancia que tienen sus disposiciones en la modernización del derecho privado que se está emprendiendo, desde distintos frentes, en la Unión Europea. Concretamente, porque las disposiciones contenidas en ella permiten remozar la disciplina de los contratos mercantiles contenida en el Código de Comercio de 1885, a la cual la doctrina ha criticado su carácter fragmentario, incompleto y, sobre todo, obsoleto<sup>864</sup>. El obstáculo que impide que esta iniciativa llegue a buen puerto es el ambicioso proyecto alternativo en que se ha embarcado la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, consistente en la elaboración de una Propuesta de un nuevo Código Mercantil<sup>865</sup>, que fue aprobada en la sesión de 28 de junio de 2005, y que viene a subsumir en su regulación las materias contenidas en la PMCCom<sup>866</sup>.

---

<sup>864</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», RDBB 102 (2006), p. 304; JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA, «La Comisión General de Legislación», cit., 169; OLIVENCIA RUIZ, M., «Un Código Mercantil del siglo XXI», en GÓMEZ SEGADÉ, J. A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños* (Madrid, Marcial Pons, 2010), pp. 59-60.

<sup>865</sup> Aunque el nombre del futuro texto es también una cuestión sobre la que se debe tomar alguna decisión. Además de la ya clásica nomenclatura de “Código de Comercio”, se puede nominar el nuevo esfuerzo de fijación con el nombre de «Código Mercantil», como lo hace la Orden ministerial de 7 de noviembre de 2006 y la propia Comisión General en sus Memorias anuales, o bien con el de “Código empresarial”, término este último que presenta una mayor coherencia dogmática (artículo 1 PACCom).

<sup>866</sup> Tal cometido fue formalizado a través de la Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que el Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación «*la elaboración de un nuevo Código Mercantil que sustituya al Código de Comercio de 1885, [...] en el que se integrará y delimitará la legislación mercantil existente y se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas con la exigencias de la unidad de mercado*». La mayor novedad que comporta esta tarea es que para «*la sistematización del nuevo texto legal [se ha propuesto la utilización de] la numeración de los libros, capítulos y artículos*

Del derecho del incumplimiento se ocupa la sección octava que se proponía introducir en el Título IV del Libro I del Código de Comercio, la que trata sobre el factor de imputación del incumplimiento de un contrato mercantil (artículos 62 I y 62 II PACCom), la garantía de cumplimiento y la resolución anticipada (artículo 62 III PACCom), la subsanación del cumplimiento defectuoso (artículo 63 PACCom), la facultad resolutoria (artículo 64 PACCom) y la indemnización de perjuicios (artículo 65 PACCom). Quedan fuera de su disciplina, entonces, las pretensiones de cumplimiento, de reducción del precio y de restitución de beneficios, que habrían de regirse por el derecho común.

La PACCom tiene presentes las consecuencias que la demora en la determinación de los efectos de la resolución puede provocar sobre la satisfacción del interés del contratante afectado por un incumplimiento esencial, quien optará generalmente por realizar una operación de reemplazo que le permita continuar con el ejercicio normal de su actividad económica (artículo 66 I). En efecto, si bien la facultad resolutoria se ejerce mediante una notificación dirigida a la otra parte dentro de un plazo razonable a contar del momento en que la parte perjudicada tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso (artículo 64 II PACCom), lo cierto es que la tutela restitutoria e indemnizatoria derivada de la resolución requerirá, salvo casos calificados (verbigracia, que la pena acordada por las partes sea pagada voluntariamente por el deudor), de intervención judicial o arbitral. Se asume como premisa, pues, que las relaciones contractuales generalmente tienen fines a largo plazo, los que pueden ser alcanzados no solamente con el contrato incumplido, sino también acudiendo a otros agentes del mercado. Por eso, ante un incumplimiento esencial, la parte afectada puede recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en

---

*características de la nueva codificación francesa* [o codificación a derecho constante]».

forma y plazo razonables después de la resolución del contrato; y en tal caso podrá exigir del contratante incumplidor la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier daño adicional (artículo 66 I PACCom). En caso contrario, la indemnización será equivalente a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, quedando comprendido también en ella el resarcimiento de los demás daños (artículo 65 III PACCom)<sup>867</sup>. El acreedor es libre, entonces, de satisfacer su interés específico optando por la alternativa implícita de la pretensión de cumplimiento (remedio del que, según se ha dicho, no trató la PACCom) o por aquella expresa de resolver el contrato y celebrar una operación de reemplazo<sup>868</sup>. Cálculo abstracto, demás daños son concretos<sup>869</sup>.

El principio general establecido por la PACCom es que la parte perjudicada por el incumplimiento de un contrato mercantil tiene derecho a la reparación integral de los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento, salvo que éste sea excusable (artículo 65 I). Se recoge así una idea esencial a todo el sistema de protección del crédito, como es la posibilidad siempre presente de solicitar el resarcimiento del daño causado, con independencia del ejercicio de otro remedio<sup>870</sup>. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en el artículo 1209 PMCC, en la Propuesta en comento sólo se señala que el incumplimiento no autoriza a exigir una indemnización por los daños causados cuando aquél ha sido excusable, sin indicar cuándo se produce tal exoneración. Pese a esa preterición, no parece existir obstáculo para utilizar el mismo

---

<sup>867</sup> Para estos efectos, se considera como precio corriente en el mercado aquel generalmente cobrado por las mercancías o servicios contratados en circunstancias semejantes en el lugar en el que se debió haber cumplido el contrato o, de no existir precio corriente en esa plaza, el de otro lugar que parezca razonable tomar como referencia (artículo 65.3 PACCom).

<sup>868</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1542.

<sup>869</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1632.

<sup>870</sup> Véase los artículos 1190 y 1205 PMCC.

criterio, y entender que el incumplimiento es excusable cuando se sitúa fuera de la esfera de riesgo que el deudor puede administrar<sup>871</sup>.

El artículo 65.2 PACCom señala que la indemnización por incumplimiento de un contrato mercantil comprenderá cualquier pérdida sufrida (daño emergente) y cualquier ganancia de la que se haya visto privada la parte perjudicada (lucro cesante), así como los daños no pecuniarios irrogados (daño moral en sus distintas manifestaciones)<sup>872</sup>.

Si bien la protección del interés contractual positivo se debe garantizar con independencia del remedio escogido por el acreedor que padece el incumplimiento, ello no significa que en la determinación de su cuantía no deba influir el hecho de que éste retenga o recupere el valor de su propia prestación o resulte beneficiado de otra forma. Por eso, el artículo 65 II PACCom establece que para la determinación del *quantum* indemnizatorio se han de descontar las ventajas que la parte perjudicada haya obtenido y los gastos que haya evitado como consecuencia del incumplimiento.

*(b) La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009)*

Al recién mencionado esfuerzo de actualización del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad se ha sumado, en enero de 2009, la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMCC)<sup>873</sup>, también preparada por la Comisión General de Codificación, y que a diferencia de su símil

---

<sup>871</sup> Por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 727; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 51-53; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», pp. 1064-1065.

<sup>872</sup> La PMCC no hace mención del resarcimiento del daño moral (véase la nota 579).

<sup>873</sup> Publicada como suplemento del BMJ LXIII (2009).



mercantil ha despertado una mayor atención en la literatura especializada<sup>874</sup>. Tal Propuesta comprende la modificación de los artículos 1088-1314 y de los Títulos I y II del Libro IV; así como la derogación de los artículos 1526-1530, 1535, 1536 y 1911, y la nueva redacción de los artículos 1452, 1460, 1501, 1503, 1568, 1574, 1621, 1684, 1754, 1772, 1817, 1822 y 1974<sup>875</sup>. Por primera vez, entonces, una reforma no sólo cambia el contenido del Código Civil español, sino que además altera la numeración de las disposiciones reformadas<sup>876</sup>.

En el ámbito del incumplimiento, la PMCC dota al acreedor de los instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico, tales como la suspensión cautelar de su propia prestación, las acciones de cumplimiento, reducción del precio, resolución y, finalmente, la de resarcimiento de daños y perjuicios<sup>877</sup>, respecto de los cuales no se observa la jerarquía que la Propuesta de

<sup>874</sup> Circunscritos sólo al incumplimiento y sus remedios, véase: ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier Libros, 2011); ARANA DE LA FUENTE, I., "Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *InDret* 4 (2010); FENOY PICÓN, «El incumplimiento», cit., pp. 47-136; «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., pp. 27-46; «Los remedios por incumplimiento», pp. 1481-1685; MARÍN GARCÍA, I., «La cláusula penal en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* 4/2009; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimientos en los ordenamientos español y chileno», en DE LA MAZA GAZMURI, Í. (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho privado, VII: El incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2011), pp. 107-170; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., pp. 243-302.

<sup>875</sup> Con posterioridad, el Ministerio de Justicia preparó una segunda edición, publicada en un folleto independiente que lleva por título *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (2009), donde se añaden en la Exposición de motivos originarios aquellos previstos en la Propuesta del contrato de compraventa y, enseguida, los respectivos artículos que se modifican en el régimen de este contrato.

<sup>876</sup> Sobre otras propuestas destinadas a modernizar el derecho español de obligaciones, véase JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA, «La Comisión General de Legislación», cit., pp. 166-168.

<sup>877</sup> Exposición de motivos, V, y su desarrollo en los artículos 1188-1212 PMCC.

Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (2005) había adoptado tomando como referencia la Directiva 1999/44/CE<sup>878</sup>. Una regulación especial merece la alteración extraordinaria de la base del contrato (artículo 1213 PMCC)<sup>879</sup>. Se positivaron, en consecuencia, una serie de reglas que la jurisprudencia había venido construyendo y que la doctrina había desarrollado en relación con la nueva matriz disciplinaria del derecho de contratos<sup>880</sup>.

La resolución por incumplimiento y la indemnización de perjuicios son tratada respectivamente en el Libro IV, Título I, Capítulo VII, Secciones 4ª y 5ª (artículos 1199-1204 y 1205-1212). De la resolución del contrato surge una acción indemnizatoria para el contratante afectado, que se sujeta a los requisitos propios de la responsabilidad contractual (artículos 1202 II y 1205 PMCC). A estos efectos, se presume que el daño causado es como mínimo equivalente al interés contractual negativo, esto es, a los gastos realizados y al detrimento que sufra el acreedor por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto (artículo 1202 III PMCC). Sin embargo, y a diferencia de su símil mercantil, no hay ninguna referencia expresa a la determinación de la indemnización de perjuicios en atención a la operación de remplazo que haya podido realizado el acreedor, y tampoco se menciona la valoración del daño según la regla de mercado.

Los autores que han analizado el sistema de responsabilidad contractual ofrecido por la PMCC han intentado subsanar de

---

<sup>878</sup> JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA, «La Comisión General de Legislación», cit., p. 177.

<sup>879</sup> Exposición de Motivos, V. Al respecto, SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* 4 (2009) = BMJ 2130 (2011).

<sup>880</sup> Véase, como exposición de conjunto del derecho vigente, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 863-1277; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 647-879; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», pp. 6-38; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 35-53; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1719-1746.

distintas formas la omisión de la Comisión General de Codificación.

Inmaculada Sánchez<sup>881</sup> echa en falta la ausencia de una mención a la operación de reemplazo, respecto de la cual cree conveniente un posicionamiento claro de la PMCC en una revisión futura añadiendo una norma expresa en su articulado. Sin embargo, como «la típica medida mitigadora es realizar una razonable transacción de reemplazo», y dado que el artículo 1211 PMCC recoge esta regla delimitadora de la causalidad (aunque no formulada propiamente como una carga), es dable suponer que, para la citada autora, la regla de cobertura se podría perfectamente de dicho principio sí positivado.

Álvaro Vidal<sup>882</sup>, por su parte, lamenta la ausencia de la regla de cobertura, porque su inclusión hubiese sido deseable como debido complemento de las normas sobre resolución contractual o indemnización de perjuicios. De cualquier forma, si finalmente no se incorpora esta regla en el texto definitivo, nada impide que el juez fije la indemnización utilizando este criterio en los casos de resolución por incumplimiento.

Nieves Fenoy<sup>883</sup>, en fin, considera la cuestión desde el punto de vista de la pretensión de cumplimiento. Con ocasión del comentario de las excepciones que el artículo 1192 PMCC establece respecto del cumplimiento forzoso de una obligación distinta de la de pagar una suma de dinero, la citada autora opina que aquella recogida en el núm. 3º debe ser suprimida en una futura revisión del texto de la Propuesta<sup>884</sup>. En ésta se dice que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento forzoso si su pretensión es contraria a la buena fe, exclusión que igualmente cabe obtener a partir de la regla general del artículo 7 I CC, según el cual los

---

<sup>881</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., pp. 473-474.

<sup>882</sup> VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., p. 289.

<sup>883</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1537-1542.

<sup>884</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., pp. 35-36, y «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1530-1531

derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe, lo que convierte a la excepción en superflua<sup>885</sup>. La conservación de esta excepción supone además la sustracción de un importante campo de actuación al que es propio de la pretensión de cumplimiento. En efecto, ya no basta con tener en cuenta sólo la imposibilidad física o jurídica de la prestación (artículo 1192 II núm. 1º PMCC), o el carácter excesivamente oneroso del cumplimiento o de la ejecución forzosa (artículos 1192 II núm. 2º y 1213 PMCC), sino que hay que atender igualmente a la razonabilidad de celebrar, cuando así lo aconsejan las circunstancias, una operación de reemplazo en lugar de perseverar en el cumplimiento, porque hacerlo supondría ejercer tal remedio de mala fe (artículo 1192 núm. 3º PMCC)<sup>886</sup>.

Dicho esto, Fenoy prefiere solucionar la dicotomía entre la reclamación del cumplimiento forzoso y específico, por una parte, y la resolución del vínculo contractual y la posterior celebración de un negocio de reemplazo, por otra, acudiendo a la regla de mitigación del daño del artículo 1212 PMCC<sup>887</sup>. Dado el campo de acción de esta última, el acreedor puede optar libremente por exigir el cumplimiento forzoso o resolver el contrato y celebrar una operación de reemplazo (artículo 1190 PMCC); pero si se decanta por la primera vía siendo razonable, según las concretas circunstancias, elegir la segunda, el daño no evitado o el

---

<sup>885</sup> Fenoy (véase la nota anterior) sugiere que la particularidad de esta excepción, que no proviene de los textos de derecho uniforme que sirvieron de base a la PMCC (artículos 7.2.2 PICC y 9:102 PECL), probablemente tiene su origen en las consideraciones de PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1046, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1728 y 1730.

<sup>886</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1540, alude en cuatro ocasiones a la excepción del artículo 1192 II núm. 4º PMCC (que «[l]a prestación sea personal del deudor»), pero del contexto de su argumentación se deduce que se refiere al artículo 1192 II núm. 3º PMCC y sólo hay una errata en la cita.

<sup>887</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1540-1541.

incremento del daño no evitado no puede repercutir sobre el deudor y aquél debe asumirlo íntegramente<sup>888</sup>.

Como fuere, ninguna de estas soluciones parece coincidir con el espíritu de la Sección Civil presidida por Luis Díez-Picazo. No obstante la diversidad de su composición, la disposición de las reglas sobre el incumplimiento y sus remedios en la PMCC sigue de cerca el esquema propuesto en 1993 por Fernando Pantaleón Prieto, quien no veía conveniente una generalización de la operación de reemplazo por los riesgos que podía entrañar. Todo indica, entonces, que la PMCC no incluyó la regla cobertura porque no creía oportuna su generalización. Pero eso no obsta a que ella se invoque como método presuntivo de valoración del daño sufrido por el acreedor, tal y como ha venido sucediendo hasta ahora.

#### **4. El derecho del trabajo**

La propia ordenación sistemática del derecho del trabajo, ciertamente basada en las particularidades de la relación laboral, excluye una cobertura en el mercado frente a un incumplimiento del empleador o del trabajador. El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural (trabajador) voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (empleador o empresario). Su contenido obligatorio se reduce así a la prestación de unos determinados servicios personales bajo dependencia y subordinación de otro a cambio de una retribución determinada, de donde se sigue que el incumplimiento puede

---

<sup>888</sup> Adhiere así a la que estima la opinión común en la materia: PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743; SOLER PRESAS, A., «Artículo 77», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Thomson-Civitas, 1997), pp. 623-624; «El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1<sup>a</sup>. de 15-11-94)», ADC XLVIII (1995) 2, pp. 965-966; *La valoración del daño*, cit., pp. 65-68; VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable», cit., pp. 246-247.

provenir (i) de no prestar el trabajador dichos servicios o (ii) de no percibir por ellos la remuneración acordada (artículos 1, 4 y 5 ET). Para ambos supuestos, la ley contempla procedimientos especiales que difieren de los comunes establecidos en el derecho civil.

En el primer caso, el trabajador que no ha recibido el pago de su remuneración puede reclamar ésta por las vías que el ordenamiento le acuerda. Cubrirse en el mercado prestando sus servicios bajo subordinación y dependencia de otro supondría la exteriorización de su deseo de no perseverar en la relación anterior, con la consiguiente extinción de dicho contrato (artículo 52 ET). No es, pues, una alternativa viable para el trabajador, a menos que efectivamente quiera comenzar otro trabajo, pues supone un cambio de estado personal que va más allá del simple intercambio de prestaciones. De igual forma, cuando el empleador no ha ofrecido al trabajador la plaza convenida, no hay propiamente un daño que se deba remediar, ya que el primero sigue obligado a pagar la remuneración acordada (artículo 30 ET). Dicho incumplimiento, si bien impide que el trabajador ponga su fuerza productiva al servicio de la actividad económica del empleador, no redundará en un perjuicio económico para él; antes bien, revierte exclusivamente sobre este último. En tal caso, el trabajador no presta ningún servicio efectivo al empleador, pero sigue cobrando su remuneración, de donde sigue que el único perjudicado es aquél debido a que debe desembolsar la suma acordada a cambio de un servicio que (aunque por su causa) no se presta, sin que pueda hacer compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo (artículo 30 ET).

Tampoco el incumplimiento del trabajador exige que el trabajador se cubra en el mercado o, más propiamente, cuando lo hace, ya no está vinculado con aquél y goza de plena libertad para elegir con quien contratar. Si el trabajador deja de concurrir al lugar asignado para la prestación de los servicios, aun cuando sus faltas sean justificadas pero intermitentes, y éstas alcanzan el 20%

de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, el contrato de trabajo se extingue por una causa objetiva [artículo 52 d) ET], con lo cual el empleador puede acudir al mercado sin ninguna condicionante, no ya para subsanar el incumplimiento, sino para contratar un nuevo trabajador para su empresa en reemplazo de aquel que no sigue vinculado a ella de ninguna forma por haberse extinguido su contrato.

Donde la operación de reemplazo reporta una efectiva utilidad al empleador desde el punto de vista de la eficiencia en la organización de los factores productivos es a propósito de la huelga, dado que con ella el empleador deja de recibir la prestación de los servicios que ha contratado de sus trabajadores y sigue interesado en la marcha normal de su empresa. Sin embargo, aquí no existe propiamente un incumplimiento que remediar, porque el trabajador en huelga está ejerciendo un derecho constitucional [artículos 28 II CE, 4.1 e) ET y 1 RDLRT], con lo cual la situación termina asemejándose a aquella eximente de responsabilidad penal consistente en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20 núm. 7 CP). Además, mientras dure la huelga, el contrato de trabajo permanece en suspenso (artículo 6 II RDLRT), lo que significa que la relación laboral no se extingue (artículo 6 I RDLRT) y, para aquello que ahora interesa, el empresario no puede sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo que el comité de huelga no garantice durante la misma la prestación de los servicios mínimos necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (artículo 6 V RDLRT).

### III. ALGUNAS DISTINCIONES DE FIGURAS AFINES

Tras la delimitación conceptual precedente, cumple intentar una diferenciación de la operación de reemplazo de otras figuras que comparten alguno de sus elementos característicos, como ocurre con la ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo (1); la ejecución por el acreedor con autorización judicial (2); la ejecución con finalidad conservativa (3); los contratos de necesidad (4); el contrato celebrado por el deudor para liberarse de la obligación de custodia (5); el contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de la diligencia promotora (6); los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño (7); el cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor (8); y el derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos (9).

#### **1. La ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo**

La configuración de la pretensión de cumplimiento en el derecho español ya ha sido revisada en sus rasgos esenciales<sup>889</sup>. Si bien su ejercicio no es eminentemente judicial, será en dicha sede donde este remedio cobrará su cabal operatividad y desplegará todo su alcance para satisfacer el interés del acreedor. En tal caso, la caracterización del cumplimiento forzoso se realiza a partir de tres criterios: (i) su autor (un tercero o el juez, para contraponer esta figura al llamado «cumplimiento procesal voluntario»); (ii) su objeto (la obtención de la prestación debida, para diferenciarlo del resarcimiento del daño); y (iii) la necesidad de intervención de un órgano jurisdiccional (para distinguirlo de ciertas hipótesis de pago por un tercero)<sup>890</sup>.

---

<sup>889</sup> Véase *supra*, § 2, II, 1.

<sup>890</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 3-4, pp. 10-21; VERDERA SEVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 34.



Hay, entonces, propiamente cumplimiento forzoso de un contrato cuando el acreedor reclama: (i) una suma de dinero, dado que el embargo (artículos 584, 585 y 592 LEC) y la posterior realización de bienes (artículos 634-636 LEC) no son más que el medio de obtener recursos líquidos para hacer pago al acreedor (artículos 571 y 572 LEC); (ii) un bien raíz, sin importar quiénes sean sus actuales ocupantes (artículo 703 LEC); (iii) una cosa determinada mueble, con tal de que se conozca su paradero (artículo 701 LEC); (iv) una o varias cosas fungibles, sea que se hallen en el patrimonio del deudor o se puedan procurar en el mercado (artículo 702 LEC); (v) una obra o servicio que pueda ser prestado indiferentemente por un tercero (artículo 706 LEC).

En estos dos últimos casos, cuando la pretensión de cumplimiento se consuma a través de un tercero, cabe hablar de una ejecución sustitutiva indirecta de la prestación propiamente debida, para diferenciarla de aquella que corresponde al deudor (ejecución voluntaria) y de la que se obtiene directamente sobre su patrimonio sin su concurrencia (ejecución directa)<sup>891</sup>. En ambos, el interés de cumplimiento del acreedor se satisface todavía en naturaleza, porque éste se mide por la disponibilidad de la cosa o servicio en el mercado y, por ende, se conseguirá toda vez que se ejecute una prestación idónea para ese fin. Por el contrario, si la cosa no existe en el patrimonio del deudor o se trata de una prestación no fungible, el acreedor ha de servirse de la pretensión por el equivalente pecuniario, que la ley le permite ejercer dentro del procedimiento de ejecución. Por aquél no recibe ya la misma prestación debida, sino un sustituto económico que la subroga a todos los efectos legales e impide que se frustre la función de satisfacción del juicio ejecutivo (artículo 570 LEC).

La operación de reemplazo coincide con la pretensión de cumplimiento cuando la prestación debida se procura merced de la intervención de un tercero. Ambos mecanismos se enderezan a

---

<sup>891</sup> REDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, I: *Dei contratti in generale* (Padua, CEDAM, 1931), núm. 90, p. 122.

obtener de este último, a través de la celebración de un negocio de cobertura, aquel bien o servicio que el contrato garantizaba al acreedor<sup>892</sup>, aunque con una importante diferencia: la operación de reemplazo supone la ausencia de cualquier autorización judicial previa que legitime al acreedor a procurarse por sí mismo la prestación debida. La concurrencia de esta autorización determina que la oportunidad en que se decide el negocio de cobertura sea diferente en uno y otro caso: en la pretensión de cumplimiento, el tribunal ha de permitir que la ejecución de la prestación se realice por esa vía, y siempre será necesario obtener fondos suficientes desde el patrimonio del deudor para dar comienzo a la sustitución (artículos 702 I y 706 II LEC); en las operaciones de reemplazo, es el acreedor quien toma las providencias exigidas por el incumplimiento producido y contrata una prestación que reemplaza la que debió ejecutar al deudor, el precio de la cual se cobra luego a título de indemnización en un juicio que habrá de iniciarse al efecto.

La característica común de la sustitución obrada por el órgano judicial es que el encargo de la obra o la adquisición de la cosa sólo se producen después de la autorización concedida por éste y siempre a expensas del deudor, dando origen a una deuda que éste deberá soportar<sup>893</sup>. El acreedor que paga se limita a anticipar una suma que le debe ser restituida por el deudor en el marco del proceso de ejecución, de suerte que la autorización judicial es necesaria para crear la deuda a cargo del contratante incumplidor, que tiene una función de satisfacción del interés del acreedor. El reemplazo realizado por este último no es, por tanto, un acto irrelevante para el deudor, porque tiene consecuencias sobre su patrimonio: lo libera de cumplir en naturaleza con la prestación incumplida y lo obliga a pagar una deuda pecuniaria equivalente a la suma que fue necesaria para que aquél pudiera procurarse tal objeto. La autorización del órgano judicial constituye el título de

---

<sup>892</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1080.

<sup>893</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 24, p. 84.

esta forma especial de ejecución, como acaece con la condena en el procedimiento normal<sup>894</sup>. De este modo, si falta la autorización judicial, el reemplazo es irrelevante para el deudor, que permanece obligado en los mismos términos en que se convino la prestación y puede, por ende, liberarse todavía ejecutando aquélla, quedando a salvo el resarcimiento de los daños moratorios<sup>895</sup>.

Esta diferencia se relativiza cuando se sostiene que la adquisición de la cosa o la realización del hecho debido se puede efectuar igualmente sin autorización del juez en tanto no haya intervención en la esfera jurídica del deudor, o cuando la sustitución sea necesaria por existir un término esencial<sup>896</sup>, porque entonces no hay ningún elemento que diferencie el cumplimiento procurado de un tercero sustitutivo en sede judicial y aquel obtenido sin una intervención jurisdiccional. Tal matiz no debe llevar, empero, a confundir la naturaleza jurídica de ambas situaciones, como si la desaparición del juez (o secretario judicial) como órgano ejecutor no afectase la calificación de la acción emprendida por el acreedor para satisfacer su interés.

Producido el incumplimiento, el acreedor es libre de administrar el riesgo de frustración de la manera que estime más conveniente. Puede, entonces, reclamar judicialmente el cumplimiento del contrato del propio deudor o, cuando la naturaleza de la prestación lo admita, obtenerlo de un tercero que

---

<sup>894</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 23, p. 84.

<sup>895</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 24, pp. 84-85.

<sup>896</sup> Véase, entre otros, BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III (Milán, Giuffrè, 1946), núm. 293, p. 1007; DEMOGUE, *Traité des obligations*, VI, cit., núm. 37 (p. 52) y 146 bis (p. 156); DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, XXIV (París, Auguste Duchand/L. Hachette et Cie., 1868), núm. 500, pp. 498-499; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 24, p. 85; GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, II (trad. española, Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1909), núm. 105, pp. 155-156; LAROMBIÈRE, L., *Théorie & pratique des obligations*, I (París, A. Durand, 1857), comentario al artículo 1144, núm. 4, p. 513; LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVI, cit., núm. 200, pp. 261-262; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 158-159.

sea capaz de procurarle una prestación similar. Asimismo, puede evitar la vía judicial, siempre más lenta y costosa, y celebrar el contrato de cobertura sin las formalidades del procedimiento de ejecución. En ambos casos hay un contrato de cobertura distinto e independiente de aquel sobre el que incide el incumplimiento. El tercero contrata con el acreedor y sufre el riesgo normal de este contrato, que es la insolvencia del acreedor, sin que tenga acción directa o indirecta contra el deudor<sup>897</sup>. Pero la suerte del contrato incumplido es distinta, porque en el primer caso su propósito práctico se consuma con la propia actuación de aquél, mientras que en el segundo hay una satisfacción alternativa, cuyo coste se traslada al deudor con posterioridad. En este segundo supuesto, el destino final del contrato no se ve afectado por la sustitución y depende del ejercicio de la facultad resolutoria, que será expresa o tácitamente deducida según los casos.

Por esa razón, tampoco es relevante que en la operación de reemplazo exista una cierta participación judicial. Bajo el *Codice di Commercio* de 1882, la venta o compra de reemplazo usualmente se llevaba a cabo mediante una solicitud al Presidente del tribunal de comercio para que delegase un mediador inscrito o un notario con la eventual asistencia de un perito, de un experto o de un técnico que, previo juramento, determinase la calidad y el valor de las mercancías que habían de comprarse o venderse<sup>898</sup>. Aun cuando el contratante afectado procediera sin el concurso del tribunal de comercio, el órgano jurisdiccional era competente para pronunciarse con posterioridad sobre la legitimidad del procedimiento seguido y para regular la liquidación de la situación patrimonial pendiente entre los contratantes por efecto del negocio de cobertura celebrado<sup>899</sup>. En ambos supuestos, la

---

<sup>897</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1080-1081.

<sup>898</sup> SCHEGGI, R., *Diritto commerciale. Parte generale. Lezioni universitarie* (Nápoles, Jovene, 1936), núm. 72, p. 294.

<sup>899</sup> ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto commerciale*, I (Roma, Il «Foro Italiano», 1931), p. 201, y *Appunti di diritto commerciale*, III (Roma, Il «Foro Italiano», 1932), p. 73; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 1 (p. 4), 9 (pp. 35-36) y 29

intervención judicial no determina la ejecutoriedad del contrato, sino que controla la aplicación del mecanismo por el que se opera la sustitución.

## 2. La ejecución por el acreedor con autorización judicial

Una situación parcialmente distinta es la de aquellos casos en que la ley prevé una cierta intervención del órgano jurisdiccional bajo la forma de una autorización de venta y que, a juicio de Ferrara (1908-1974)<sup>900</sup>, pueden ser considerados contratos de reemplazo en sentido técnico, porque concurren sus elementos propios: incumplimiento del deudor y ejecución por parte del acreedor sin la intervención de un órgano estatal, la que recae sobre una cosa vinculada en cierta forma con la relación contractual incumplida. En su opinión, lo verdaderamente relevante es el carácter esencialmente privado que tiene la venta, que se concluye al margen de cualquier órgano público, sin importar que deba mediar una autorización previa para proceder a su celebración. Esta autorización no tiene otro valor que el de un presupuesto de legitimidad del ulterior negocio sustitutivo<sup>901</sup>.

A este grupo pertenece la facultad del porteador, el capitán y el transportista aéreo para vender, previa autorización judicial, las mercaderías transportadas en cantidad equivalente al precio del transporte cuando el destinatario no cumpla con esta obligación, debiendo hacer el depósito de las restantes (artículos 40 LCTTM,

---

(p. 91); LORDI, L., *Le obbligazioni commerciali*, I, Milán, Libreria/«Athenaeum», 2ª ed., 1936), núm. 204-205, pp. 295-297.

<sup>900</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9 (p. 37) y 10 (pp. 39-42).

<sup>901</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 10, p. 40, señala que la regla general es que la ley repunte ilegítimo la disposición de cosas ajenas de una forma distinta a aquella expresamente señalada. En el supuesto ahora analizado, la dispensa de esta interdicción viene hecha, caso a caso, por el juez, previo control de los antecedentes invocados. Se trata, pues, sólo de una cuestión formal que no quita mérito al hecho de que la venta de las mercancías se haga por autoridad del acreedor.

666 y 667 CCom y 109 LNA)<sup>902</sup>. Ciertamente es que las leyes respectivas distinguen entre el supuesto de incumplimiento de la obligación de pago del transporte (artículos 40 LCCTM, 666 y 667 CCom y 109 LNA) y el de rechazo a recibir las mercaderías (artículos 44 LCCTM, 668 CCom y 109 LNA). Pero en realidad la facultad de venta surge no tanto por la *mora accipendi*, cuanto por la *mora debidendi*, como se demuestra del hecho de que las normas pertinentes permiten tal venta sólo en la medida necesaria para cubrir el precio del transporte<sup>903</sup>.

El propósito de la ley es que el porteador, cualquiera sea su modalidad, obtenga la contraprestación esperada al concluir el

---

<sup>902</sup> Algo distinto sucedía con el artículo 413 del *Codice di Commercio* de 1882. Esta norma contenía dos supuestos de ejercicio de la facultad de venta en el contrato de transporte terrestre. El primero de ellos decía relación con el rechazo de las mercaderías transportadas producido por no encontrarse el destinatario en el lugar indicado o por surgir controversias en torno a su recepción (artículo 413 I). Cuando así ocurría, el porteador podía solicitar al presidente del Tribunal o al Pretor que ordenase (i) el depósito o el secuestro de las mercaderías en cuestión, sin audiencia del consignatario; o bien que (ii) se verificase su estado y dispusiese su venta hasta la concurrencia de la suma debida al porteador, observado los requisitos del artículo 71 del *Codice di Commercio*, vale decir, previa valoración pericial, aunque sin emplazamiento del afectado (artículo 413 I). El segundo caso se verificaba cuando no existía controversia sobre las mercaderías y el destinatario rechazaba recibir las. Para obtener el pago debido del transporte, el porteador podía proceder conforme con el artículo 363, que regulaba la facultad de venta del mandatario (artículo 413 II). Por ejemplo, para ASQUINI, A., *Del contratto di trasporto* (Turín, UTET, 1935), núm. 216, pp. 527-530, y FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 10, pp. 41-42, sólo en este último caso existía propiamente una venta hecha por autoridad del acreedor. En la primera hipótesis del artículo 413 del *Codice di Commercio*, por el contrario, la intervención del juez era demasiado penetrante, porque no se limitaba a autorizar la venta, sino a examinar los fundamentos aducidos por el porteador en respaldo de su pretensión y a ordenar que aquella fuese realizada con observancia de las reglas previstas en el propio código. Se está en presencia, pues, de una ejecución coactiva llevada a efecto por los órganos del Estado, y no ante un supuesto de venta realizada por autoridad privada. Un supuesto semejante existía en el artículo 507 del mismo código.

<sup>903</sup> Así ocurría también con la antigua normativa del contrato de transporte terrestre sobre la base del artículo 369 CCom. Cfr. BADA DE COMINGES, M.<sup>a</sup>, «Artículo 40», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J./MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de transporte terrestre* (Cizur Menor, Aranzadi/Thomson-Reuters, 2010), p. 496.

viaje, sin importar que el destinatario rechace las mercaderías. Para ello basta considerar que el objeto del contrato no está representando por las mercaderías en sí (como ocurre en la compraventa), sino por el servicio que presta el porteador de trasladarlas de un lugar a otro a cambio de una determinada remuneración (artículo 2 LCTTM). Esto explica que las cosas sean relevantes sólo como materia transportada y no en cuanto tales, por la utilidad que pueden prestar a quien las pretende. Por esta razón, si el destinatario pagase el precio, pero por cualquier razón rechazase las mercancías, el porteador no podría recurrir a la facultad de venta y, si lo hiciese, el juez debería negar la autorización para la enajenación y ordenar su depósito. Cuando ha lugar a ella, la venta se realiza por intermedio de la autoridad competente (órganos judiciales o las Juntas Arbitrales de Transporte) y tiene por objeto las cosas vinculadas por ley al pago del precio del transporte (artículo 1922 núm. 4 CC y 665 y 667 CCom)<sup>904</sup>.

Sin embargo, esta venta con autorización judicial difiere de la operación de reemplazo, incluso de su modalidad coactiva<sup>905</sup>. Entre estas dos situaciones hay una zona de convergencia, pues en uno y otro caso el acreedor celebra un nuevo negocio con la finalidad de procurarse la prestación incumplida por el deudor. La diferencia estriba en que ambos contratos son de diferente naturaleza, y es ahí donde reside la particularidad de uno y otro. La operación de reemplazo supone un contrato de la misma

---

<sup>904</sup> En la nueva Ley de transporte terrestre, las mercaderías no están afectas con carácter general al pago del precio y gastos del transporte, como ocurría anteriormente de acuerdo con el artículo 375 CCom. Para que queden gravadas por estas deudas es necesario que el porteador ejerza previamente su derecho de retención; una vez entregadas al destinatario, aquél sólo podrá hacer efectiva la deuda como un acreedor ordinario. Cfr. BADA DE COMINGES, «Artículo 40», cit., p. 498.

<sup>905</sup> En el código español, la legitimación concedida a capitán sólo lo autoriza para solicitar la venta judicial de la carga, y no para proceder a ella por su cuenta. Cfr. PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la navegación marítima* (Madrid, Tecnos, 2009), p. 390.

naturaleza del incumplido, que el acreedor celebra o bien bajo la modalidad dirigida que le propone el ordenamiento (donde haya regla expresa al respecto) o libremente en ejercicio de la autonomía privada que éste le reconoce (exista o no una regla sobre el particular). Este contrato está destinado, por tanto, a sustituir completa y cabalmente la prestación incumplida, y no a procurar al acreedor una mitigación de las consecuencias adversas de dicho incumplimiento. Por eso, los supuestos en que el acreedor se procura un bien semejante al debido mediante arrendamiento u otro contrato de mera tenencia no son propiamente una modalidad de reemplazo, ni siquiera de reemplazo temporal, sino la actuación de la carga de mitigar los daños o, más genéricamente, el resultado de una gestión razonable de los riesgos inherentes al incumplimiento<sup>906</sup>.

Si se quiere, esta forma de actuar el contenido de un derecho de crédito tiende a asemejarse más a la realización de los bienes prendados por el vínculo de conexión que existe entre una cosa y una deuda en estado de incumplimiento<sup>907</sup>. Sin embargo, como enseguida se verá, su particular configuración demuestra que el derecho de venta del acreedor pignoraticio no es equivalente a la facultad del acreedor de concluir una operación de reemplazo y, por consiguiente, no cabe confundir la finalidad de ambas figuras con la forma práctica en que un determinado ordenamiento ha dispuesto que ambas se cumplan<sup>908</sup>. En el derecho italiano, la operación de reemplazo se introdujo por primera vez en el *Codice di Commercio* de 1882 y con supuestos diferenciados según se tratase del incumplimiento del comprador o del vendedor (artículo 68). Este procedimiento era aplicable también en la

---

<sup>906</sup> VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 251. Aunque hay quien admite tal reemplazo temporal. Así, por ejemplo, FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño resarcible*, cit., p. 251; ROSELLO, C., «Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza», en VISINTINI, G. (ed.), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (Milán, Guiffè, 1984), p. 56.

<sup>907</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9, pp. 36-37.

<sup>908</sup> Véase *infra*, § 2, IV, 9.



venta de (i) las acciones del accionista que no enteraba su aporte dentro del término estipulado en el acto constitutivo (artículo 168); de (ii) aquellas cosas que el mandatario o el comisionista tenían en su poder para la ejecución del contrato o que se hallaban a su disposición por no haber sido todavía entregadas al mandante o al comitente (artículos 363 IV y 380 II)<sup>909</sup>; de (iii) las especies transportadas cuando el destinatario no era habido o existían controversias sobre ellas (artículo 413 II)<sup>910</sup>; y de (iv) las que habían sido dadas en prenda, si el cumplimiento de la obligación garantizada no se verificaba en la fecha pactada y nada se había estipulado en cuanto al procedimiento de realización de la garantía (artículos 458 y 477)<sup>911</sup>.

La doctrina sostenía que el nuevo *Codice di Commercio* no había creado una trama u homologación artificial de disposiciones pensadas para casos diversos<sup>912</sup>. Por el contrario, el procedimiento de ordenación llevado a cabo por el legislador de 1882 estaba enderezado a subsumir en un régimen único una serie de fenómenos esencialmente idénticos, con evidentes ventajas en relación con su utilidad práctica y la claridad del

---

<sup>909</sup> Esta forma de ejecución buscaba suplir una laguna observada en el código de 1865, otorgando una mayor protección al mandatario o comisionista en el ejercicio de su privilegio («Relazione della Commissione della Camera dei deputati», XLIV, en *Lavori*, cit., II-1, p. 216). Para acudir a él, previamente era necesario notificar judicialmente al deudor el monto de la suma debida, con intimación de efectuar el pago dentro de tercero día, y bajo el apercibimiento de que si así no lo hacía se procedería a la venta de las cosas sujetas a privilegio (artículo 363 I del *Codice di Commercio*). El mismo procedimiento debía observar el porteador (artículo 413 II del *Codice di Commercio*) y el acreedor prendario (artículo 458 del *Codice di Commercio*).

<sup>910</sup> El artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1585/1921, de 12 de noviembre, extendió esta facultad al porteador ferroviario.

<sup>911</sup> Con excepción del artículo 413, que es una regla que aparece por primera vez en el código de 1882, los demás supuestos particulares de ventas de reemplazo estaban recogidos ya en el *Codice di Commercio* de 1865 (artículo 73, 153, 154, 192, 193 y 196).

<sup>912</sup> Como hacía, por ejemplo, VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, V (Milán, Ulrico Hoepli, 4ª ed., 1896), núm. 4197, p. 85.

sistema<sup>913</sup>. De ahí que la regla del artículo 68 referida a la compraventa mercantil perfectamente pudiera ser aplicada por analogía y, consecuencialmente, ser extendida también a otros contratos referidos a prestaciones de cosas muebles o de servicios fungibles, como los de obra o de suministro<sup>914</sup>.

Sin embargo, una equiparación cabal sólo es posible si con ella se pretende sistematizar una modalidad de realización de bienes que presenta una disciplina no tan exhaustiva como la existente para la ejecución forzosa, y no igualar la finalidad que subyace detrás de cada uno de sus supuestos. En lo que aquí atañe, la diferencia entre las figuras antes mencionadas estriba en que la facultad de venta reconocida al acreedor pignoraticio, cuya actual configuración es fruto de una larga evolución histórica, entraña la forma de ejercicio de la propia garantía prendaria y no del crédito directamente incumplido. El acreedor no ha obtenido el cumplimiento de la prestación a que el deudor se había obligado y, en vez de agredir indeterminadamente el patrimonio de éste para satisfacer su derecho, se dirige contra un bien concreto y afecta a la seguridad de que esa obligación sería cumplida. Algo similar acaece en el supuesto de venta por el porteador, dado que ahí tal facultad de realización surge precisamente de la preferencia que éste tiene respecto de los bienes transportados (artículos 1922 núm. 4 CC y 665 y 667 CCom) en virtud de un derecho de retención posesoria.

Esta retención existe a favor de determinados acreedores, sin que ellos revistan a la vez la calidad de acreedores pignoraticios, como ocurre con el poseedor de buena fe (artículos 453 y 464 II y III CC), el usufructuario (artículos 502 y 522 CC), el contratista de obra mueble (artículo 1600 CC), el mandatario (artículo 1730 CC)

---

<sup>913</sup> ARE, G., *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva* (Roma, Asconia, 1928), núm. 23, pp. 85-86; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 2, p. 13; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 204, p. 295; ROCCO, A., *Principii di Diritto commerciale. Parte generale* (Turín, UTET, 1928), núm. 117, p. 419.

<sup>914</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 30 (p. 94) y 54 (p. 148); SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 294.

y el depositario (artículo 1780 CC). Aunque en algunos de estos casos el Código Civil indique que el acreedor retiene «en prenda» aquellos bienes del deudor que se encuentran en su poder (artículos 1600, 1730 y 1780 CC), esa expresión no denota más que la finalidad de garantía con que dichos bienes permanecen en su poder. Tal retención es consecuencia de una excepción a la restitución normal vinculada a la posesión que se ostenta en virtud del mismo contrato, accesoria al crédito y oponible *erga omnes* mientras la cosa no haya sido adquirida por un tercero, sin que ella comporte un carácter técnico<sup>915</sup>. El porteador, entonces, vende en virtud de este derecho de retención sobre los efectos transportados, que le asegura que el precio por sus servicios será efectivamente pagado.

### 3. La ejecución con finalidad conservativa

La operación de reemplazo se distingue asimismo de aquellos contratos celebrados con la finalidad de conservar el valor económico de una cosa donde no existe razón suficiente para imponer su custodia. Así sucede señaladamente a propósito del hallazgo de cosas perdidas<sup>916</sup>.

Según el artículo 615 CC, el que encontrare una cosa mueble debe restituirla a su anterior poseedor o, si éste no fuere conocido, consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo, quien hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos. La regla general es que la cosa debe ser conservada durante dos años a contar del día de la segunda publicación y, vencido este término sin haberse presentado el dueño, adjudicarse al que la hubiese

---

<sup>915</sup> CARRASCO PERERA, *Tratado de derecho de garantías*, cit., pp. 158-159; SALVADOR CODERCH, P., «Artículo 1600», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario del Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), p. 1212.

<sup>916</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 11, p. 42, menciona también el artículo 71 del *Codice di Commercio* de 1882 (actual artículo 1513 del *Codice Civile*), sin correspondencia en el derecho español.

hallado. Sin embargo, si la cosa no pudiere conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta tan pronto hubiesen transcurrido ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio, el que será asignado al cabo de dos años al que hubiere encontrado la cosa, a menos que comparezca el dueño en el tiempo intermedio.

En la ejecución con finalidad conservativa, quien vende tiene el propósito de conservar al menos patrimonialmente el valor de las especies debidas y todavía no entregadas a la persona que tiene derecho a reclamarlas y, por consiguiente, no pretende realizar su propio derecho de crédito. El presupuesto de esta venta estriba en la inexistencia de una razón suficiente para imponer a alguien la custodia de determinados bienes. Esto hace que ella no vaya necesariamente en beneficio de quien la promueve, dado que es el dueño o el acreedor de dominio quien finalmente resulta favorecido con la pronta acción de realización, y esa calidad no es ostentada por quien insta la venta. De ahí que el fundamento de esta facultad sea una verdadera gestión de negocios a favor del propietario final de las mercaderías susceptibles de pronto deterioro, las que reciben un tratamiento de excepción en razón de su particular naturaleza, pero sin relevar de cierta formalidad en la realización (generalmente, la intervención judicial)<sup>917</sup>.

#### **4. Los contratos de necesidad**

El negocio de cobertura se distingue también de los contratos de necesidad, esto es, de aquellos concluidos para evitar una circunstancia de la que es imposible sustraerse o cuya resistencia genera costes desproporcionados en consideración con la economía del contrato. Los ordenamientos suelen admitir este tipo de contratos cuando los bienes envueltos en la relación jurídica, en razón de su aptitud para corromperse o deteriorarse

---

<sup>917</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 11, p. 43.

en un tiempo más o menos próximo, no son susceptibles de conservación o ella se convierte en excesivamente dispendiosa. Otras veces el impulso que lleva a celebrarlos provendrá de la urgencia de contar con fondos líquidos con los que afrontar gastos de los que es imposible sustraerse.

Un ejemplo de esta clase de contratos se halla en el artículo 611 CCom, que establece un orden de prelación respecto de las fuentes desde las cuales el capitán se puede procurar el dinero necesario para hacer frente a sus obligaciones (aquellas mencionadas en el artículo 610 CCom), cuando no tuviere fondos ni esperase recibirlos del naviero. Después de privilegiar otros expedientes que aseguran una más pronta liquidez, como la petición de fondos a los consignatarios del buque o corresponsales del naviero (núm. 1) o la toma de la cantidad precisa por medio de un préstamo a la gruesa (núm. 3), el código autoriza a vender la cantidad de carga que bastare a cubrir la suma absolutamente indispensable para reparar el buque y habilitarle para seguir su viaje (núm. 5). Se trata, pues, de una medida subsidiaria de las otras ahí mencionadas y que tiene como objetivo que el capitán pueda cumplir con sus obligaciones relativas a la conservación de la embarcación, que aseguran que su actividad se continúe desarrollando normalmente y el viaje no quede interrumpido. Es explícita la estricta formulación del límite de cargamento que puede ser realizado.

Otra aplicación de los contratos de necesidad ofrece el artículo 659 CCom, que disciplina la suerte de las mercaderías vendidas por el capitán para atender a la reparación indispensable del casco, maquinaria, aparejo, o para necesidades imprescindibles y urgentes. En este caso se produce un conflicto entre el interés del fletador relativo a que las mercaderías sean entregadas a quién y dónde corresponda, y aquel del capitán de conservar la embarcación en condiciones adecuadas para proseguir el viaje, el que la ley soluciona mediante una fórmula transaccional. Pese a que ya no existen como objeto transportado, las mercaderías

siguen devengando flete y han de ser entregadas al destinatario a través de la prestación de su equivalente pecuniario. Sin embargo, este último se fijará según el éxito de la expedición, de suerte que: (i) si el buque llegare a salvo al puerto del destino, el capitán abonará las mercaderías al precio que obtengan las de la misma clase que en él se vendan; (ii) si el buque se perdiere, al que hubieran obtenido en venta las mercaderías.

En ambos supuestos, la venta de los efectos embarcados es judicial<sup>918</sup>, de manera que el capitán habrá de acudir a la Autoridad judicial del puerto, si todavía navega en aguas españolas, o al Cónsul respectivo, hallándose en el extranjero; y en donde no lo hubiere, a la Autoridad local, procediendo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 583 CCom y lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 611 II CCom).

También se hace aplicación de esta figura en el transporte terrestre. Durante éste puede ocurrir que, a pesar de las medidas adoptadas, las mercancías corran el riesgo de perderse o sufrir daños graves. En tal caso, el artículo 32 LCTTM ordena que el porteador comunique de inmediato este evento al titular del derecho de disposición solicitándole instrucciones, y que sea éste quien asuma los gastos que se deriven de su solicitud y ejecución, a no ser que haya habido culpa del porteador. Excepcionalmente, cuando así lo justifique la naturaleza o el estado de las mercaderías, el porteador podrá solicitar ante el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte competente la venta de la mercancía sin esperar instrucciones. El producto de tal venta quedará a disposición de quien corresponda, previa deducción del precio del transporte y de los gastos ocasionados.

En sentido similar, el artículo 44 II LCTTM prevé que, si el transporte no se puede llevar a cabo en las condiciones pactadas en el contrato por razones debidamente justificadas (artículo 31), o concurre algún impedimento que hace imposible la entrega de las mercaderías en el lugar de destino (artículo 36), el porteador

---

<sup>918</sup> PULIDO BEGINES, *Instituciones*, cit., p. 390.

podrá solicitar al órgano judicial o a la Junta Arbitral de Transporte correspondiente la enajenación de las mercaderías objeto del contrato sin esperar instrucciones del que tiene derecho sobre ellas, cuando así lo justifican su naturaleza perecedera o el estado en que se encuentran, o si los gastos de custodia son excesivos en relación con su valor. De no concurrir tales circunstancias, el porteador sólo podrá solicitar la enajenación de las mercancías si, en un plazo razonable, no ha recibido de quien tiene el poder de disposición sobre aquéllas instrucciones en otro sentido cuya ejecución resulte proporcionada a las circunstancias del caso<sup>919</sup>.

Fuera del ámbito del transporte, el artículo 2124 LEC/1881 proporciona otra aplicación de esta categoría de contratos. El supuesto de esta norma es una incidencia relacionada con el depósito de los efectos mercantiles prevista en el artículo 2119 LEC/1881. Dicho depósito puede generar gastos relacionados con el recibo de tales efectos o con su misma conservación, los que deben ser naturalmente soportados por quien ha dado lugar él. Si así no ocurre, el juez mandará vender alguno de esos efectos para cubrir esos gastos. Esta venta se hará en subasta pública, previa tasación de un perito nombrado por el dueño de aquéllos, si se presentare (a menos que se conforme con que el juez nombre un solo perito), o por el Ministerio Fiscal, si se hallare ausente, y otro por el Juez, anunciándose la subasta con plazo de ocho a quince días, por edictos que se fijarán en los estrados del Juzgado y podrán insertarse en el *Boletín Oficial* de la provincia y periódicos de la localidad, a prudente arbitrio del Juez, según el valor de dichos efectos. Si en la primera subasta no hay postores o ninguno de ellos ofrece al menos los dos tercios del precio pedido, se procederá a una segunda subasta, y a una tercera si todavía fuere

---

<sup>919</sup> Ambas normas tienen su antecedente en el artículo 362 CCom, que permitía la venta siempre que los efectos transportados corrieran riesgo de perderse por su naturaleza o accidente inevitable sin que hubiera tiempo para que los dueños dispusieran de ellos.

necesario, con disminución en cada caso de un 20% del precio que haya servido de tipo para la anterior (artículo 2125 LEC/1881).

Sin embargo, quizá la aplicación más importante de los contratos de necesidad sea el artículo 88 II CISG<sup>920</sup>, cuyo antecedente se halla en el § 379 HGB (que reenvía en cuanto a su procedimiento a la venta coactiva por cuenta del comprador moroso del § 373 HGB). Dicha norma señala que la parte obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 y 86 CISG, debe adoptar necesariamente las medidas razonables para venderlas cuando ellas están expuestas a un rápido deterioro, o si su conservación entraña gastos excesivos, y hacerlo por el mejor precio que pueda recabar<sup>921</sup>. La carga de comunicar a la otra parte la intención de vender sólo permanece en la medida que sea posible dar tal aviso.

Entre la operación de reemplazo y los contratos de necesidad hay diferencias de orden funcional y estructural<sup>922</sup>. Funcionalmente, en la primera se protege el interés de cumplimiento del acreedor, de suerte que éste obtiene de todas formas la prestación debida con cargo al deudor; mientras que en los segundos se prefiere tutelar un interés general prevalente, admitiendo el sacrificio de determinados bienes a favor de otros y distribuyendo los costes de manera que ambas partes queden patrimonialmente equilibradas. Siempre la causa que induce a la celebración de esta última clase de contratos consistirá, por tanto,

---

<sup>920</sup> AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980* (París, L.G.D.J., 1990), núm. 201, pp. 190-191; HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales* (The Hague, Kluwer Law International, 3ª ed., 1999), núm. 457, pp. 527-528.

<sup>921</sup> Aunque el texto final quedó redactado de forma restringida, aludiendo sólo a las mercaderías que están expuestas a deterioro rápido o cuya conservación entraña gastos excesivos, el Comentario de la Secretaría sobre el Proyecto precisa que «el concepto de "pérdida" no se limita al deterioro físico o a la pérdida en sí, sino que incluye situaciones en que exista la amenaza de que la mercadería pierda rápidamente valor debido a los cambios en el mercado» (UNCITRAL, *Comentario*, cit., artículo 77, núm. 6, p. 68).

<sup>922</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 12, p. 43.



en la imposibilidad de sustraerse de su celebración por existir una razón urgente que induce a ello, y no en el deseo de remediar el incumplimiento del deudor. La mayoría de las veces esa necesidad provendrá del próximo deterioro o corrupción al que están expuestas las mercaderías, que hace imposible o encarece sustancialmente su conservación por un tiempo indefinido. En otras ocasiones, ella tendrá su origen en ciertos gastos que urge afrontar y para los cuales se hace preciso contar con fondos líquidos cuya consecución es más dispendiosa de acudir a un mecanismo alternativo. En cualquier caso, el incumplimiento del deudor es un elemento ajeno o, cuando más, meramente contingente.

En lo que atañe a su estructura, la divergencia entre ambas figuras se evidencia en el interés a cuyo beneficio se halla dispuesta la facultad de celebrar un nuevo contrato cuando lo exigen circunstancias imperiosas. En la operación de reemplazo, la facultad de acudir al mercado y cubrirse en él de un incumplimiento se concede al acreedor por su propio interés, para permitirle que consiga una prestación de las mismas características que aquella a la que tenía derecho conforme al contrato. Eso explica que la facultad de venta sea siempre un derecho potestativo del acreedor, quien sigue amparado respecto de la prestación debida por otros medios (por ejemplo, mediante el resarcimiento según la regla de mercado), sin que se precise de un determinado deber jurídico de parte del deudor como contrapartida. En los contratos de necesidad, por el contrario, el poder de disposición no es conferido en beneficio propio de quien acude a ellos, sino para proteger intereses ajenos<sup>923</sup> y, por eso, viene configurado a la vez como un deber («derecho-función»),

---

<sup>923</sup> SCHMIDT, K., *Derecho comercial* (trad. de Federico Werner, Buenos Aires, Astrea, 1997), § 28, pp. 861-862.

cuyo carácter termina confiriendo especificidad al contenido del propio derecho y limitando su contenido típico<sup>924</sup>.

##### **5. El contrato celebrado por el deudor para liberarse de una obligación de custodia**

Otra clase de contrato de la cual la operación de reemplazo debe ser diferenciada es la de aquellos celebrados con la finalidad de liberar a una de las partes de su obligación de custodia. Cualquiera sea el régimen que se siga para la transferencia de propiedad, los ordenamientos suelen prescribir que toda obligación de dar supone también la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia hasta su entrega efectiva (artículo 1094 CC). El cumplimiento de tal obligación supone, ciertamente, un elemento jurídico y otro material. En el plano jurídico, el cumplimiento de esta obligación se realiza mediante la transferencia del dominio de la cosa sobre la que ella versaba de acuerdo con la particular disciplina por la que ha optado cada ordenamiento (artículo 609 CC). Sin embargo, tal transferencia no satisface completamente el propósito práctico del acreedor, por lo que es necesario que la cosa sea también realmente entregada, esto es, puesta en poder y posesión del aquél para que pueda ocuparla materialmente (artículos 438, 1095 y 1462 CC); y mientras ello no ocurra, el deudor ha de conservarla con la diligencia debida para garantizar que aquélla mantendrá las cualidades y características bajo las cuales se contrató (artículo 1094 CC). Sobre el deudor pesa además el riesgo de caso fortuito desde que se ha constituido en mora (artículos 1096 III y 1182CC), o desde la propia celebración del contrato si se ha obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones diversas (artículo 1096 III CC).

---

<sup>924</sup> Sobre estas ideas, véase BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), núm. 436 (p. 617) y 437 (p. 620).

Bien puede ocurrir que el deudor haga todo aquello que está de su parte para que la entrega física se consume oportunamente, y sea el acreedor el que demore hacerse cargo de ellas, ya por no estar dispuesto a pagar el precio, ya por rechazar infundadamente las cosas prometidas, alegando defectos o disconformidad con las muestras o no presentándose a recibirlas. La primera situación comporta propiamente un incumplimiento de la obligación recíproca de pagar el precio, y recibe un tratamiento diferenciado de parte del ordenamiento, porque ahí quien debía entregar es el acreedor de una suma de dinero y se ha de garantizar que ésta pueda ser cobrada. Distinto es el supuesto en que el acreedor rehúsa prestar la cooperación necesaria para que la obligación de entrega se consume, pues en tal caso hay dos intereses a proteger: el del acreedor de recibir la cosa adquirida y el del deudor de descargarse de la obligación de custodia que tiene sobre aquélla.

Con el fin de precaver los inconvenientes que se siguen para el deudor de la *mora creditoris*, la ley permite que la obligación de entrega pueda ser cumplida igualmente mediante un depósito liberatorio (artículo 1176 CC) y, en ocasiones, también que el deudor pueda vender la cosa debida, permaneciendo obligado para con el acreedor sólo hasta el límite del precio recibido. Así ocurre en el contrato de transporte, donde la facultad de venta de los efectos transportados por parte del porteador tiene una finalidad tanto de satisfacción del precio como de descarga de la obligación de custodia que éste ha asumido sobre ellos (artículos 1601 CC, 28 LCTTM, 663 y 664 CCom, y 108 LNA). Con algunas particularidades, dicha facultad es reconocida también al porteador terrestre (artículo 44 LCTTM), al capitán (artículo 666 CCom) y al transportista aéreo (artículo 109 LNA)<sup>925</sup>.

Esta facultad de venta de finalidad liberatoria es admitida de forma general en el derecho alemán con el nombre de «venta por

---

<sup>925</sup> ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., núm. 153, pp. 424-425, señala que el porteador actúa en nombre propio, pero por cuenta del interesado, de manera similar a como lo hace un gestor oficioso. Por eso, debe restituir el excedente.

cuenta del comprador moroso» (*Selbsthilfeverkauf*)<sup>926</sup>, pero con una diversa fisonomía y extensión según se trate del ámbito civil o mercantil<sup>927</sup>.

El presupuesto que permite el ejercicio de este mecanismo de defensa es la mora del comprador en la recepción de las mercaderías, bien por no estar dispuesto a pagar el precio, bien por rechazar infundadamente los efectos ofrecidos, alegando defectos o disconformidad con las muestras (§§ 293-304 BGB)<sup>928</sup>. Tal situación no tiene un tratamiento particular en el BGB, y los remedios a disposición del vendedor para descargarse de su obligación de entrega se han de buscar en el régimen general del incumplimiento. Sin embargo, en esta materia no existe una disciplina unitaria, debido a que, por influencia de la pandectística, la mora del acreedor y la consignación quedaron configuradas con un régimen independiente y dispuestas sistemáticamente como instituciones distintas<sup>929</sup>.

En el BGB, los efectos generales de la mora del acreedor son dos: (i) el deudor sólo es responsable del dolo y negligencia grave mientras ésta dure; y (ii) tratándose de obligaciones genéricas, el riesgo pasa inmediatamente al acreedor si rechaza aceptar la cosa ofrecida (§ 300). En ciertos casos, el deudor puede acudir también a la consignación como medio de extinguir su obligación (§§ 372-

---

<sup>926</sup> La expresión ha sido traducida de diversas formas: «derecho a la venta de oficio por cuenta del comprador» (SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811); «venta de auto-ayuda» (CANO HURTADO, M.<sup>ª</sup> D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 106); «venta en defensa del vendedor» (GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1127, p. 329); «venta por cuenta del comprador moroso» (GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, trad. de Juan M. Semon, Buenos Aires, Editora Argentina, 1957, II, § 60, p. 76); «venta a costa del comprador» (SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 212).

<sup>927</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 13, p. 44.

<sup>928</sup> HEINSHEIMER, K., *Derecho mercantil*, trad. de Agustín Vicente y Gella, Barcelona, Labor, 1933), § 71, p. 221.

<sup>929</sup> CATTANEO, G., *Della mora del creditore* (Boloña/Roma, Nicola Zanichelli/Il Foro Italiano, 1973), p. 7, refiere que ya el ALR de 1794 (§§ 98, 102, 103, 111, 112, 939 y 940) y el ABGB de 1811 (§ 1419) regulaban la *mora accipendi* con efectos distintos de los que se seguían del depósito liberatorio.

386 BGB), y tiene derecho a solicitar el resarcimiento de los gastos adicionales en que debe incurrir por el ofrecimiento infructuoso y la custodia y conservación del bien debido (§ 304 BGB).

En materia mercantil, el HGB mantiene expresamente sin modificación los derechos del vendedor tal como resultan del BGB (§ 374), pero los amplía en un doble sentido con el propósito de fortalecer su posición contractual (§ 373)<sup>930</sup>. Ante todo, le concede la facultad de depositar las mercancías de cualquier género que sean, por cuenta y riesgo del comprador, y lo mismo en un almacén público que en uno privado, bastando que sea adecuado para tal efecto y ofrezca suficientes garantías de seriedad (§ 373 I HGB). En el BGB sólo se reconoce al deudor esta posibilidad cuando se trata de dinero, valores y otros documentos y objetos valiosos, y únicamente si se hace a través de un establecimiento público designado para ese propósito (§ 372)<sup>931</sup>. De esto se sigue que la diferencia entre uno y otro es que el depósito mercantil no comporta una cancelación de la deuda, como sí lo hace el obrado de conformidad a la ley civil (§ 378 BGB)<sup>932</sup>.

Pero además, en materia mercantil, el vendedor está autorizado para realizar por sí mismo y a su elección la venta de las cosas de que se trate, con cargo al comprador moroso (§ 373 II HGB). Esta venta por cuenta del deudor moroso (*Selbsthilgeverkauf*) está recogida también en el BGB, pero existen algunas diferencias entre el tratamiento civil y mercantil que se dispensa a los aspectos prácticos de la figura<sup>933</sup>. En aquél, la venta por cuenta del deudor moroso comporta una suerte de

---

<sup>930</sup> Ya así en el § 343 ADHGB.

<sup>931</sup> Originalmente, la determinación de los establecimientos públicos habilitados para recibir consignaciones era una competencia reservada a los reglamentos de cada estado federado. Con la entrada en vigor de la *Hinterlegungsordnung*, de 10 de marzo de 1937, dicha función pasó a corresponder a los juzgados (§ 1 II).

<sup>932</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 13, p. 46; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>933</sup> Con especial detalle sobre ellas, véase todavía SOHM, R., «Der Selbsthilgeverkauf nach dem BGB und dem HGB», ZHR 53 (1909), pp. 76 ss.

compensación a favor del acreedor por la limitación existente en el § 372 BGB respecto de los bienes susceptibles de consignación, y consiste en la posibilidad de vender la cosa mueble que no esté comprendida dentro de aquel catálogo, para poder consignar así el producto obtenido (§§ 383-386 BGB)<sup>934</sup>. La venta carece así de autonomía, porque viene señalada como un estadio preparatorio para la consignación del producido, cuya concurrencia es necesaria para la consumación del proceso liberatorio del deudor<sup>935</sup>. En materia mercantil, por el contrario, el derecho de venta es independiente del hecho de que dichas cosas sean o no susceptibles de ser conservadas, pues el vendedor puede acudir indistintamente a esta venta coactiva o al depósito de las mercaderías según el mecanismo que satisfaga en mejor forma su interés (§ 373 HGB). Esta disposición alternativa imprime a ambos mecanismos un carácter autónomo y hace que el deudor pueda acudir a la venta con el fin de recabar por esa vía aquellas cantidades que le son debidas por concepto de precio o gastos de conservación, sin que sea necesario depositar posteriormente la suma que por ella se obtiene.

Otra diferencia es que el HGB contiene normas propias para proceder a la venta de las mercaderías, las cuales difieren de las contenidas en el BGB. Para que la nueva venta pueda llevarse a cabo, es necesario que se haga previo requerimiento al comprador (salvo en los casos en que por su naturaleza la mercancía esté expuesta a rápido deterioro o cuando, por otras causas, el requerimiento no fuere posible), mediante subasta pública, en Bolsa o mercado, al precio corriente, y con intervención de un agente mercantil colegiado (§ 373 II-V HGB)<sup>936</sup>. Mediante esta venta, el comprador cumple también con su obligación de

---

<sup>934</sup> CANO HURTADO, *La consignación*, cit., p. 106.

<sup>935</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 13, p. 45.

<sup>936</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1127, p. 329, considera que la solución alemana (§ 373 HGB) es la que mejor responde a las exigencias del tráfico, y que no hay inconveniente para que sea admitida en el derecho español, pese a no estar recogida en el Código Civil ni en el de Comercio.

entregar la cosa al comprador y puede, además, reclamar el reembolso de los gastos realizados (arg. ex § 670 BGB). Debe, con todo, entregar el producto de la venta (arg. ex § 667 BGB), aunque puede compensar tal con su derecho al cobro del precio y al reembolso de los gastos. De quedar un importe pendiente, puede reclamarlo al comprador a título de pago del precio<sup>937</sup>.

En materia civil, la subasta sólo procede respecto de aquellas cosas muebles que no son idóneas para la consignación o cuando conlleva gastos desproporcionados evitar su deterioro o custodiarlas, con el fin de proceder después a consignar el producto obtenido (§ 383 I BGB). Esta subasta se ha de realizar en el lugar de la prestación, salvo que en otro igualmente apropiado pueda obtenerse un mayor valor (§ 383 II BGB). Dicha subasta será celebrada públicamente por un ejecutor judicial competente en el lugar en que ella haya de verificarse, por otro funcionario autorizado para tal clase de actos o por un empleado público subastador (§ 383 III BGB).

Con todo, quizá el mejor ejemplo de este derecho de venta con finalidad conservativa se encuentra en el artículo 88 I CISG, que generaliza tal facultad respecto de la calidad con que comparece cada una de las partes<sup>938</sup>. El titular de dicho derecho es ahí el contratante obligado a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 y 86 CISG, con independencia de si es vendedor o comprador, y el supuesto de hecho que permite su ejercicio consiste en que la otra parte se haya demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación. Para concretar la venta sólo se exige que se realice por cualquier medio apropiado (por ejemplo, acudiendo a los mecanismos señalados para las ventas efectuadas en circunstancias análogas en virtud de la ley aplicable al contrato), y que quien desea acudir a ella comunique con

---

<sup>937</sup> SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>938</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 200, pp. 189-190; HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, cit., núm. 457, pp. 527-528.

antelación razonable a la otra parte su intención de vender de acuerdo con la regla del artículo 27 CISG. El contratante que haya vendido las mercaderías tiene derecho a retener del precio obtenido una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta, y la carga de abonar el saldo a la otra parte (artículo 88 III CISG).

Los casos recién revisados permiten constatar que la operación de reemplazo y los contratos celebrados con el propósito de descargarse de la custodia de un bien difieren en los sujetos, presupuestos, funciones y estructuras<sup>939</sup>. La primera es celebrada por el acreedor ante el incumplimiento del deudor de proporcionarle la prestación esperada, de suerte que aquél persigue satisfacer materialmente ésta acudiendo al mercado. En los segundos quien toma la iniciativa es el deudor ante la mora del acreedor, de donde el nuevo negocio incide sobre la prestación que uno de los contratantes efectivamente se dispone a ejecutar, la que no ha sido recibida o pagada por aquel a quien le interesaba. Aunque este último haya sido el ámbito donde históricamente nació la facultad de reemplazo (a partir del texto contenido en Dig. 18, 3, 6), debido especialmente a la ausencia de un mecanismo de consignación como el que hoy establecen los códigos civiles, conviene prestar atención a esta dispar finalidad del negocio sustitutivo en uno y otro caso, porque el objetivo final con que el acreedor se cubre determinará la calificación que haya de darse al contrato celebrado con un tercero. Esta finalidad condiciona que la estructura sea también distinta. En la operación de reemplazo, el acreedor ejerce una facultad con miras a la satisfacción de su interés por una vía alternativa al contrato; mientras que, en los contratos enderezados a liberar a una de las partes de la custodia que pesa sobre ella, ésta transforma el propio contenido de lo debido, ya sustituyendo la cosa debida por una suma de dinero, ya liberándose del contrato a través de la consignación del producido.

---

<sup>939</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 13, p. 46.



Con todo, no se puede desconocer que el derecho alemán concibe el contrato celebrado por el vendedor para liberarse de su obligación de custodia igualmente con una finalidad de satisfacción de su interés<sup>940</sup>.

#### **6. El contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de la diligencia promotora**

A través de una obligación contractual, con independencia de la forma en que haya sido configurada la prestación, el deudor compromete una cierta diligencia enderezada a su correcta ejecución. Esta diligencia se ordena a la promoción del cumplimiento y, aunque es intrínseca a la prestación debida, desempeña respecto de ella una función meramente instrumental. Tal consiste en toda aquella actividad que el deudor ha de desplegar para que la prestación inicialmente programada se concrete, y se materializa en el deber de prever, evitar y superar todos los obstáculos que impidan alcanzar el resultado esperado, de acuerdo con la diligencia que le corresponde según la economía del contrato y las circunstancias personales, temporales y locales que concurren en el desenvolvimiento del programa de prestación (artículo 1104 CC).

El contrato define un ámbito de protección a favor del acreedor que viene garantizado por el deudor, dentro del cual este último ha de administrar cualquier riesgo que impida que el cumplimiento se produzca en la época y en la forma acordada (artículo 1107 CC), y responder de cualquier daño que haya sido previsto o que, sin serlo inicialmente, pudiese ser evitado con posterioridad (artículo 1105 CC)<sup>941</sup>. Tal administración obliga al deudor a mantener inalteradas ciertas situaciones que fueron consideradas parte de las presuposiciones con que el acreedor

---

<sup>940</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 14, p. 46.

<sup>941</sup> OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit., pp. 195-204; PANTALEÓN Prieto, «El sistema», cit., p. 1064.

contaba al contratar y a adoptar las medidas necesarias para sustituirlas por otras equivalentes si, por alguna razón que puede conectarse con el curso causal de los acontecimientos, aquéllas faltan.

Para evitar que el incumplimiento se produzca, el deudor habrá de adoptar entonces todas medidas que sean razonables, y entre ellas bien puede estar el celebrar un contrato destinado a procurarse los bienes necesarios para cumplir con su obligación.

Un ejemplo histórico ayuda a ilustrar esta clase de contratos celebrados como una concreción de la diligencia promotora. En un registro notarial que todavía se conserva en el Archivo estatal de Florencia figura un acta en latín suscrita el 4 de septiembre de 1312, cuya traducción reza así: «Giotto[,] pintor del barrio de Santa Maria Novella[,] alquila a Bartolo di Rinuccio[,] del barrio de Santa Trinità[,] para él y sus herederos[,] un telar francés valorado de común acuerdo en 10 liras de florines *piccioli*[,] para los seis próximos meses[,] con un alquiler mensual de 20 sueldos de florines *piccioli*»<sup>942</sup>.

Dejando fuera las particularidades de la industria textil de aquel entonces, que se basaba en el trabajo a domicilio, interesan aquí los elementos jurídicos de esta operación. Giotto di Bondone (1267-1337), conocido pintor, escultor y arquitecto del temprano Renacimiento, alquiló a un artesano, por un período de seis meses, un telar francés en el que había invertido seguramente parte de los ahorros conseguidos con los buenos precios recabados por sus obras, dado que poco o nada tenía que ver con su propia actividad cotidiana relacionada con el mundo del arte. El año en que se concretó el contrato ahora en referencia coincidía con la época de máxima expansión de la industria lanera en particular y de la economía florentina en general, que después se resentiría por la crisis de los años 1340-1348. No es extraño, entonces, que una persona instruida y con deseos crematísticos como era Giotto

---

<sup>942</sup> CIPOLLA, C. M., «Cuando messer Giotto alquilaba los telares», ahora en *Pequeñas crónicas* (trad. de María Pons, Madrid, Crítica, 2011), p. 23.

decidiera invertir sus ahorros en un medio de producción para el que existía una fuerte demanda en una ciudad reconocida internacionalmente en aquel período por la confección de paños finos y de ricos acabados. Por eso, no sorprende que, con sus conocimientos sobre el mercado de la lana, quisiera rentabilizar esa adquisición dándola posteriormente en arrendamiento a un artesano que tenía necesidad de hacer marchar su taller y estaba dispuesto a pagar por un telar una contraprestación que variaría según los casos<sup>943</sup>.

Si se presta atención a las cifras involucradas en la operación, cabe extraer algunas conclusiones interesantes. Las partes valoraron de común acuerdo el telar francés en 10 liras, estimación necesaria porque en caso de daño, robo o incendio el

---

<sup>943</sup> Después de varios trabajos menores, Giotto recibe el encargo de pintar algunos frescos en la Basílica superior de San Francisco (Asís) durante la última década del siglo XIII. La maestría con que acomete esa obra hace que se le confíe la decoración de la Capilla de los Scrovegni (Padua), en la que trabaja entre 1305 y 1306. Adquiere así un gran renombre en toda la península (del que da testimonio su mención en *la Divina Comedia*, el *Decamerón* y el *Libro del arte* de Cennino Cennini) y se convierte en director de una verdadera «empresa artística», para la que trabajan decenas de pintores. La mayoría de ellos eran reclutados en Florencia, donde el pintor pasa buena parte del primer tercio del siglo XIV, y colaboran intensamente con él desde la ejecución de los frescos de Asís. No tardarán en sucederse los encargos de la Santa Sede (Roma y Aviñón), los Visconti (Milán), los Anjou (Nápoles) y su propia ciudad adoptiva. Los buenos precios obtenidos por sus obras, sumado a su rechazo a los dispendios y gastos inútiles, le permitieron ahorrar una suma de dinero nada despreciable (a diferencia del resto de los pintores de aquella época) y morir como un hombre rico. Hacia 1311 parece ya asentado en Florencia, como lo atestiguan diversos documentos todavía conservados. Ellos nos permiten saber que, por entonces, se presenta como fiador de un préstamo dada su buena situación financiera; compra y revende tierras en la región de Múgelo, convirtiéndose en un importante terrateniente de la Toscana; alquila telares como un método de invertir sus ahorros sin caer en usura; asigna una pingüe dote a su hija Caterina, así como una casa y tierras en Colle di Vespignano; toma en arriendo una casa en Roma, cuyo ajuar posteriormente encarga sea trasladado a Florencia; y demanda a los deudores que no le pagan a tiempo y con los interés permitidos. No extraña, pues, que Giotto viviese conforme con ese elogio de la riqueza económica del que hacía gala en un poema que se atribuye, no sin razón, a su autoría, cuyos versos aconsejan basar en ella la estructura de una sociedad para evitar los errores a que puede conducir la pobreza.

arrendatario debía indemnizar al arrendador según el precio que tuviese la cosa<sup>944</sup>. La renta se fijó en 20 sueldos al mes, cantidad que en la contabilidad de aquella época era equivalente a una lira. Bajo una estimación anual, la renta aplicada por Giotto al artesano tejedor arroja como resultado un monto ascendente a 240 sueldos o 12 liras, esto es, una suma que correspondía al 120% del valor del bien de producción dado en alquiler. Aplicado al período de vigencia del contrato, el arrendador obtenía con él el 60% del precio asignado al telar, y con la posibilidad todavía de darlo en arrendamiento por el otro medio año. Ciertamente, el contrato era una operación económicamente ventajosa para el artista inversor.

Cabe preguntarse, entonces, por qué esta desproporción y, también, cuál fue la razón de que el alquiler fuese sólo por seis meses. Para ambas preguntas no existe más que una respuesta hipotética, dado que no hay mayores antecedentes que permitan explicar las particulares condiciones de este contrato del que sólo nos ha llegado su texto notarial. Lo más probable es que al maestro tejedor se le estropease su propio telar y ante la urgencia, en espera de que la máquina fuese reparada o pudiese construirse una nueva, recurriese a Giotto, conocido habitante de la ciudad, quien no desaprovechó la oportunidad de hacer un buen negocio en un campo que no le era del todo desconocido<sup>945</sup>. Dicho de otra forma, mientras el plazo del contrato viene explicado por el tiempo que tardaría la reparación o la construcción del nuevo telar, la renta (desproporcionada en relación con el valor asignado al bien) es una consecuencia de la necesidad que tenía el artesano textil de contar con un taller en funciones que le permitiese continuar con el ejercicio de su giro y no incurrir en incumplimientos respecto de los pedidos todavía pendientes.

---

<sup>944</sup> BESTA, E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano* (Padua, CEDAM, 1936), núm. 815, p. 283, explica que el arrendamiento de cosas no sufrió mayores alteraciones durante el derecho intermedio, pues los estatutos sólo se limitaron a disciplinar alguna reglas particulares relativas al objeto sobre el cual se contrataba.

<sup>945</sup> CIPOLLA, «Cuando messer Giotto alquilaba los telares», cit., p. 26.

Este ejemplo sirve de punto de partida para identificar algunas diferencias importantes existentes entre esta clase de contratos y la operación de reemplazo.

La primera de ellas estriba en la parte que celebra el contrato y soporta el mayor coste. En ambos casos, el contrato celebrado con finalidad sustitutiva representará un desembolso adicional para quien lo concluye, por la celeridad con que se quiere obtener la prestación en un mercado que probablemente tendrá fuerte demanda alternativa. Sin embargo, cuando el contrato se concluye con la previsión de evitar incumplimientos futuros, éste es celebrado por el deudor y el mayor coste que de ello se siga no puede ser transferido al acreedor, salvo en los casos en que el contrato así lo admita (por ejemplo, cuando se haya contratado bajo administración delegada y no por ajuste o precio alzado). Tal coste de oportunidad forma parte del riesgo administrado por el deudor y de aquella de satisfacción que éste asegura al acreedor, de suerte que es él quien debe soportarlo sin mayores compensaciones que las comprendidas en el precio ya estipulado. Además, tratándose de un contrato celebrado para asegurar la continuidad del giro del deudor, la celebración del contrato sustitutivo no necesariamente se puede conectar con una obligación determinada, y más bien comportará una medida de prudencia enderezada a que su actividad económica no se vea afectada cuando sus obligaciones se hagan exigibles y deba efectivamente cumplir para con sus acreedores. Por su parte, la operación de reemplazo siempre es concluida a iniciativa del acreedor, sin importar que su concreción ocurra merced a la intervención de un tercero calificado, y permite desplazar el coste de sustitución al deudor, quien asume sobre sí los riesgos que incidan sobre la prestación por encontrarse en mora.

La segunda diferencia reside en la concordancia entre el primer contrato y aquel celebrado en actuación de la diligencia promotora. La operación de reemplazo exige que entre ambos contratos exista una perfecta congruencia típica, de suerte que el

segundo contrato pase a ocupar económicamente el lugar que le correspondía a aquel incumplido por el deudor, sin perjuicio de que existan algunas diferencias concretas en las condiciones particulares de uno y otro. En el supuesto ahora en referencia, en cambio, tal exigencia no es necesaria, porque el nuevo contrato no se dirige a solucionar definitivamente la insatisfacción del interés del acreedor, sino sólo a evitar que un posible incumplimiento se produzca.

La posibilidad de que el contrato se incumpla efectivamente puede seguir dos derroteros distintos, según el comportamiento que demuestre el deudor. Cuando existe la probabilidad de que la insatisfacción del interés del acreedor llegue a ser cierta en un futuro más o menos inmediato, cabe hablar de «incumplimiento intentado»<sup>946</sup>. Antes de la época en que la prestación debe ser cumplida, el deudor empieza a marchar por la senda del incumplimiento, realizando actos que le desvían del programa de prestación trazado y hacen temer que, en definitiva, la expectativa del acreedor no llegue a ser satisfecha. Como el acreedor no puede reaccionar con los remedios propios del incumplimiento consumado, dado que todavía no se ha producido la exigibilidad de su derecho de crédito, el ordenamiento le otorga ciertos medios de tutela para evitar que la expectativa de su crédito sea finalmente defraudada si aquél se presenta. El primer modo de reacción que contempla el ordenamiento, y que permite al acreedor tomar una posición defensiva frente a una lesión en ciernes de su crédito, es la llamada «pérdida de beneficios del deudor»<sup>947</sup>. El camino opuesto es aquel por el que opta el deudor

---

<sup>946</sup> PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho civil español*, IV-1 (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951), p. 256.

<sup>947</sup> Los beneficios de que se ve privado el deudor como consecuencia del incumplimiento intentado son de diversa índole, destacando los siguientes: (i) el vencimiento anticipado de la deuda por la pérdida del beneficio del plazo (artículo 1129 CC); (ii) la ficción de cumplimiento de la condición (artículos 798 y 1119 CC); (iii) las consecuencias atribuidas a la pérdida de la cosa debida por culpa del deudor pendiente la condición suspensiva (artículo 1122 CC); (iv) la excepción de incumplimiento preventivo (artículos 1467 y 1502 CC); (v) el

diligente o razonable. Previendo la posibilidad de que alguna de las obligaciones que ha contraído se incumpla efectivamente, adopta las medidas idóneas para remover la causa que, de mantenerse, conduciría invariablemente a ese incumplimiento. El ordenamiento, entonces, no reacciona y deja que el programa de prestación siga su curso normal.

Pero la diferencia de mayor relevancia es, sin duda, la relacionada con el incumplimiento. La operación de reemplazo persigue remediar un incumplimiento cierto, que ha causado la insatisfacción del interés del acreedor, el que todavía puede empero ser satisfecho mediante una prestación equivalente. Cualquiera sea la forma en que el reemplazo se concrete, es el deudor quien asume finalmente los costes de una tal sustitución, que se halla causalmente conectada con su propio incumplimiento. Por el contrario, si el deudor celebra un contrato sustitutivo movido por la diligencia promotora que debe observar en el cumplimiento de sus obligaciones, no hay propiamente un incumplimiento contra el que reaccionar, ni siquiera en su fase germinal de incumplimiento intentado, y tal acción responde más bien al deseo de remover cualquier obstáculo que impida que los contratos que ha celebrado acaben normalmente con un efectivo cumplimiento.

### **7. Los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño**

La administración del riesgo contractual no es un aspecto estático dentro del desenvolvimiento del programa de prestación.

---

secuestro conservativo (artículos 1785 y 1788 CC y 42 núm. 4º LH); (vi) la llamada acción de deterioro o conservación de la hipoteca (artículo 117 LH); (vii) el derecho de retención posesoria (artículos 453 y 464 II y III, 502, 522, 1600, 1730, 1780 CC); (viii) la prenda gordiana (artículo 1866 II CC); (ix) la condena de futuro (artículo 220 LEC); (x) la pérdida de libertad del deudor en la administración de ciertos bienes por el establecimiento de medidas conservativas (artículos 801, 1023 y 1121 CC y 411 del *Codi Civil de Catalunya*) o cautelares (artículo 727 LEC) sobre ellos.

Por principio, entre la celebración del contrato y el incumplimiento, es el deudor quien asume todos aquellos riesgos que queden comprendidos dentro de su esfera de control y, después de ocurrido éste, responde de las consecuencias adversas que de ello se han seguido para el acreedor. Sin embargo, producido tal incumplimiento, este último habrá de adoptar un comportamiento activo, de suerte que no sólo tiene derecho a conseguir la satisfacción de su interés por otros cauces mediante alguno de los remedios que el ordenamiento le reconoce, sino que soporta además la carga realizar todo lo que esté a su alcance para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido<sup>948</sup>. En virtud de este deber de mitigar el daño se exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado o, incluso, para evitar que éste llegue a producirse<sup>949</sup>.

Estas medidas pueden ser de diversa índole tanto en lo que atañe a su destino como en cuanto a su naturaleza. El contenido de la carga de mitigar impone al acreedor la observancia de un comportamiento generalmente activo, dentro de los parámetros de la diligencia exigida a un contratante razonable, destinado a evitar un perjuicio que aún no se ha producido o bien a morigerar o reducir los que ya se hayan causado. Este comportamiento se habrá de traducir en la adopción de medidas conservativas, de reparación, de sustitución o en la aceptación de una prestación inexacta o incompleta<sup>950</sup>.

Estas medidas de sustitución son distintas de la operación de reemplazo, pese a la identificación que generalmente se hace

---

<sup>948</sup> BURROW, Remedies, p. 64.

<sup>949</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 180; SOLER PRESAS, «La carga de mitigar», cit., p. 960, y *La valoración*, cit., p. 64.

<sup>950</sup> Sobre ellas, FUENTES GUIÑEZ, *La extensión del daño*, cit., pp. 245-262; REIFEGERSTE, S., *Pour une obligation de minimiser le dommage* (Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002), pp. 194-209.



entre ambas<sup>951</sup>, como se concluye de su propia configuración y efectos. Sobre tales diferencias se habrá de volver en su oportunidad<sup>952</sup>.

### **8. El cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor**

Por regla general, el acreedor no está obligado a recibir una prestación distinta a la convenida y el deudor carece de facultades para obligarlo a ello, aunque la prestación sustitutiva fuere de igual o superior valor (artículo 1166 CC). Sin embargo, nada impide que las partes, al momento de contratar o con posterioridad, convengan que una prestación diversa posea igual fuerza liberatoria que aquella directamente querida por el acreedor, como sucede en las obligaciones alternativas (artículos 1131 y 1132 CC), la novación (artículos 1203 y 1204 CC) y la dación en pago (artículos 1337, 1521, 1636 y 1849 CC). Una situación distinta se da en el cumplimiento sustitutivo o equivalente<sup>953</sup>, término con que se pueden agrupar aquellos casos excepcionales en que la ley concede al deudor la posibilidad de liberarse de su cumplimiento ofreciendo al acreedor un prestación distinta de la pactada, pero dotada de igual poder satisfactorio y extintivo<sup>954</sup>. Tal ocurre, por ejemplo, en los contratos de mandato y de transporte terrestre y marítimo.

El mandato es un contrato por el cual una persona confía la gestión de uno o varios asuntos a otra, quien se obliga a llevar adelante éstos por cuenta o encargo de la primera (artículos 1709, 1718, 1719, 1721, 1735 y 1888 CC). En lo que atañe al

---

<sup>951</sup> Véase las notas 1255 y 1256.

<sup>952</sup> Véase *infra*, § 5, VI.

<sup>953</sup> Una expresión similar (*substituted performance*) aparece en § 279 del *Restatement (2nd) of Contracts* para mentar dos situaciones diversas: (i) la dación en pago y (ii) el cumplimiento de un tercero.

<sup>954</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1068.

cumplimiento de este servicio de gestión, la regla básica es que el mandatario habrá de arreglarse a las instrucciones del mandante o, a falta de ellas, obrar con la prudencia con que lo haría un buen padre de familia (artículo 1719 CC). En principio, pues, el mandatario debe ejecutar el mismo asunto gestionado que le fue encomendado (artículos 1714, 1718 y 1719 CC) y cumplirlo personalmente (artículo 1721 CC)<sup>955</sup>. El Código Civil nada dice respecto de la posibilidad del mandatario de reemplazar el modo de ejecución trazado para el encargo cuando de esa forma se obtuviese igualmente el propósito práctico querido por el mandante para la gestión, como ocurre en otros ordenamientos (por ejemplo, artículos 307 OR, 1711 del *Codice Civile* y 1162 del *Código Civil Português*, y §§ 1107 ABGB y 665 BGB)<sup>956</sup>, incluso con

---

<sup>955</sup> SANPONS SALGADO, M., *El mandato* (Barcelona, Ánfora, 1964), p. 281, refiere que es habitual efectuar una clasificación de las instrucciones dadas por el mandante, de manera de distinguir entre aquéllas: (i) imperativas, que obligan estrictamente al mandatario a no salirse de ellas, aun cuando esté convencido que el interés del mandante exigiría que aportase alguna modificación; (ii) demostrativas, que imponen al mandatario ciertas reglas, pero le reservan expresa o tácitamente la facultad de separarse de ellas si las circunstancias cambian o si se justifica un cambio en el modo de obrar; (iii) facultativas, que dejan al mandatario una laxitud bastante para permitirle obrar, según su apreciación como le aconseje la mejor defensa de los intereses del mandante. De esta tipología se sirve la jurisprudencia desde la STS de 26 de mayo de 1964 (RJ 1964/2772).

<sup>956</sup> Por su antigüedad sirve de ilustración la formulación que de esta facultad de sustitución ofrece el Código Civil chileno (1855). Su artículo 2134 señala que la recta ejecución del mandato comprende tanto la substancia del negocio encomendado como los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Sin embargo, la norma agrega enseguida que el mandatario puede emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato (idea que repiten en sustancia los textos arriba citados). Según indican las notas con que Andrés Bello (1781-1865), su principal redactor, glosó marginalmente el Proyecto de 1853, la primera parte de esta regla está inspirada en las explicaciones de Troplong (1795-1869) sobre el *Code Civil*, que carece de una norma similar y sólo prohíbe al mandatario obrar más allá de los términos del encargo (artículo 1989). Al tratar del contenido de la procuración, este autor distinguía entre elementos extrínsecos e intrínsecos del encargo, los que unidos dan su forma al mandato. Por forma cabe entender aquí la orden misma, que expresa la voluntad del mandante con las cualidades que le asignan concreción (núm. 255). Pero a diferencia de Troplong, que consideraba que el mandatario debía cumplir el

## § 3. DELIMITACIÓN DEL REEMPLAZO EN DERECHO ESPAÑOL

consecuencias particulares (§ 401 HGB), y sólo admite que nombre un sustituto cuando el mandante no se lo ha prohibido, quedando él obligado por la gestión de aquél si no se le dio facultad para nombrarlo o, dándosele tal facultad, sin indicación de persona, el elegido era notoriamente incapaz o insolvente (artículo 1721 CC). Pero nada impide tal sustitución, puesto que el objeto del mandato es propiamente el servicio jurídico prometido por el mandatario a favor del mandante (diferenciado de aquel sobre el que se contrata en el arrendamiento de servicios<sup>957</sup>), por el cual éste le confiere la gestión de cierto negocio o asunto, y no un hecho personal determinado<sup>958</sup>. Si esto es así, para que exista cumplimiento del contrato basta la presencia de un interés del mandante que resulte tutelado por la actividad de gestión confiada al mandatario (artículo 1709 CC), quien la acometerá con cierto grado de autonomía aunque obrando conforme a los parámetros impuestos por la buena fe (artículos 7 y 1258 CC) y la prudencia (artículo 1719 CC), con el solo resguardo de no traspasar los límites de la regla contractual (artículos 1714 y 1729 CC) que quepa deducir de las instrucciones del mandante (artículo

---

encargo por los medios indicados y con las cualidades intrínsecas señaladas por el mandante (núm. 260), Bello permitió que aquél pudiese ser ejecutado de otra forma siempre que se obtuviese igualmente el propósito del contrato, vale decir, privilegiando la naturaleza del servicio prometido (artículos 1546 y 1563), delineada a partir del motivo por el que se contrató (artículo 1467), antes que su literalidad (artículo 1560), de modo semejante a lo que ocurre con las condiciones (artículos 1483 y 1484), aunque formulando la facultad de sustitución como una regla excepcional (artículo 2184 II). Cfr. TROPLONG, R. T., *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, XVI (París, Charles Hingray, 1846), núm. 255 (pp. 271-272) y 260 (pp. 277-278).

<sup>957</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El mandato y la comisión mercantil* (Granada, Comares, 1997), p. 29, refiere que la jurisprudencia española utiliza tres criterios para distinguir ambos contratos: el *intuitu personae* del mandato, la no profesionalidad de la actividad y la inexistencia de un precio cierto o retribución objetiva de la actividad contratada.

<sup>958</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato*, cit., pp. 10-12 y 41-42; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV (Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2010), pp. 467-471; SÉRIAUX, A., *Contrats civils* (París, PUF, 2001), núm. 132, pp. 329-330.

1719 CC) y de la naturaleza del propio contrato (artículo 1283 y 1286 CC).

Cuestión aparte es si esa sustitución procede siempre o sólo en casos excepcionales, como ocurre en los sistemas que codifican una regla del estilo. En el primer caso cabría hablar de un cumplimiento sustitutivo del propio deudor, que satisfaría el interés del acreedor y desencadenaría los efectos extintivo y liberatorio propios de todo cumplimiento; mientras que en el segundo la situación se asemejaría más bien al supuesto de los contratos de necesidad, dado que el mandatario obraría sustituyendo la forma de cumplimiento del encargo al encontrarse en la imposibilidad de requerir instrucciones o apremiado por lo imperioso de las circunstancias. En el derecho español no existe una regla que permita la sustitución en caso de necesidad, y sólo se alude a la posibilidad de que el mandatario pueda traspasar los límites del encargo si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por el contrato (artículo 1715 CC)<sup>959</sup>. Esto significa que el cumplimiento equivalente del encargo conferido siempre es posible en la medida que ello reporte una ventaja para el mandante, quien acaba aprovechándose de ella (artículo 1727 CC), de manera que tal facultad no es conferida sólo bajo un supuesto de necesidad<sup>960</sup>. Esta última habilitación viene dispuesta expresamente para la comisión mercantil (artículo 255 II CCom), y se entiende igualmente comprendida en el artículo 1719 II CC, pues el cambio de circunstancias hace desaparecer la razón de ser de las

---

<sup>959</sup> Esta norma que tiene su origen en un texto de Paulo (Dig. 17, 1, 5, 5), de donde pasó a las Partidas y al Proyecto de 1851 (artículo 1607). Idéntica regla existe en el Código Civil argentino (artículo 1906). El hecho de que sustitución venga subordinada a la utilidad del mandante justifica igualmente la posibilidad de suspender el cumplimiento del encargo cuando un accidente no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas (artículo 255 II CCom).

<sup>960</sup> LEÓN ALONSO, J., «Artículo 1515», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), pp. 1538-1540; SANPONS SALGADO, *El mandato*, cit., pp. 195-196.

instrucciones originales del mandante y, en consecuencia, el mandatario queda obligado a obrar como lo haría un buen padre de familia, vale decir, de la forma que le dicte su prudencia y sea más conforme con los usos del tráfico (artículo 255 II CCom)<sup>961</sup>.

Con todo, es en el contrato de transporte terrestre de mercaderías donde se haya quizá el caso más claro de cumplimiento sustitutivo autorizado por el ordenamiento. El cargador cumple entregando los efectos transportados al porteador en el lugar y en el tiempo pactados. En caso de incumplimiento, el cargador le indemnizará en cuantía equivalente al precio del transporte previsto, o bien le ofrecerá la realización de un transporte de similares características que se encuentre inmediatamente disponible; y lo mismo ocurrirá, con las variaciones del caso, cuando sólo haya entregado una parte de las mercancías (artículo 19 LCTTM).

Para el transporte marítimo, el cumplimiento sustitutivo viene reconocido respecto de los fletadores y cargadores. En principio, éstos sólo pueden reclamar el pago del flete y los demás gastos (artículo 686 CCom), sin posibilidad de abandonar las mercaderías averiadas por vicio propio o caso fortuito (artículo 687 I CCom). Sin embargo, procederá este abandono si el cargamento consistiere en líquidos y se hubieren derramado, no quedando en los envases sino una cuarta parte de su contenido (artículo 688 II CCom). Tal abandono se considera un cumplimiento equivalente de la obligación de pago del flete.

En todos estos casos, es el deudor quien posee la facultad de cumplir mediante una prestación sustitutiva, la que en ocasiones implicará un contrato que reemplaza al primero o que sirve de cumplimiento de aquella prestación a la que se había obligado el deudor. De esta manera, la diferencia con la operación de reemplazo reside precisamente en la parte legitimada para efectuar tal sustitución y en la función que ella desempeña. Aun

---

<sup>961</sup> LEÓN ALONSO, «Artículo 1515», cit., pp. 1539; SANPONS SALGADO, *El mandato*, cit., pp. 284-285.

cuando a veces cabe aceptar que sea directamente el acreedor quien se procure la prestación sustitutiva, ella se entiende siempre efectuada a título de cumplimiento y por cuenta del deudor. El acreedor sólo puede realizar una acción destinada a sustituir la prestación incumplida dentro de los márgenes expresamente definidos por el ordenamiento, y que generalmente sólo se endereza a procurar una satisfacción indirecta de su interés. Incluso más, tratándose del transporte terrestre, el cumplimiento sustitutivo supone solamente una oferta que el cargador propone al porteador, quedando en manos de éste aceptar el nuevo transporte en la medida que la alternativa no le suponga ningún cambio en el riesgo, responsabilidad, itinerario y costes, de suerte que sólo en situaciones muy extremas cabrá invocar la buena fe objetiva para forzar a que el porteador acepte el nuevo transporte<sup>962</sup>.

#### **9. El derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos**

Francesco Ferrara jr. , que es quien con mayor detenimiento se ha ocupado de la operación de reemplazo, pone en un plano de paridad el derecho de venta reconocido al acreedor en el contrato de compraventa y aquellos que se acuerdan al acreedor pignoraticio para la realización del bien prendado y a la sociedad por las participaciones del socio moroso. Según su parecer, el derecho del acreedor a obtener en el mercado aquella prestación que esperaba del deudor (*ius vendendi*) tiene su origen en un pacto añadido a los contratos de prenda, compraventa y sociedad anónima, primero de forma expresa, después como cláusula de estilo y finalmente como un elemento sobreentendido<sup>963</sup>. De

---

<sup>962</sup> ZURIMEDI ISLA, A., «Artículo 19», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J./MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de transporte terrestre* (Cizur Menor, Aranzadi/ThomsonReuters, 2010), p. 249.

<sup>963</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 2, p. 7.

momento, dejaremos pendiente el tratamiento del derecho de venta que se acuerda al acreedor en el contrato de compraventa, sobre el que se volverá con detalle en el § 2, para centrar la atención en las diferencias que existen entre la operación de reemplazo y los derechos reconocidos al acreedor pignoraticio y la sociedad anónima.

El Código de Comercio de 1829 no trató la prenda, y el de 1885 sólo lo hace para el supuesto marginal de los préstamos mercantiles con garantía de valores (artículos 320-324). Por su parte, el Código Civil de 1889 regula sólo la prenda posesoria o manual que recae sobre bienes muebles (artículos 1863 y 1864), cuyo régimen es de general aplicación a todas las garantías mobiliarias en la medida que su disciplina no haya sido absorbida por la legislación especial o no se oponga a su configuración típica.

El principal efecto de la constitución de una prenda es la afectación pignoratícia a la que ésta queda sujeta. Aunque no existe un equivalente al artículo 1876 CC entre las normas referidas a esta garantía, su constitución supone igualmente que la cosa gravada se destine potencialmente al cumplimiento de la obligación asegurada (artículo 1857 núm. 1). Esta afectación es una atribución patrimonial de alcance limitado, porque no determina, ni puede pactarse que así sea, una privación del dominio (artículos 1859 y 1869 I CC) ni de las facultades dominicales que sigue ostentando el constituyente (artículo 1870 CC), salvo ciertamente la propia detentación del bien (artículo 1863 CC). No hace excepción a este principio el hecho de que se permita al acreedor compensar los intereses que produzca la prenda con aquellos que, en su caso, devengue el crédito asegurado y, en lo que exceda, con el capital del crédito (artículo 1868 CC), porque esta regla protege también al constituyente, dado que permite que los frutos obtenidos como acto de conservación de la cosa pignorada fructífera y la ganancia resultante de su negociación vayan destinados a reducir el montante del crédito garantizado, por efecto de la compensación

entre las obligaciones recíprocas existentes entre el acreedor y el constituyente (artículo 1186 CC)<sup>964</sup>.

Para que esta afectación pignoraticia exista, por tanto, no se requiere un desplazamiento posesorio del bien dado en garantía, aunque ésa sea la única modalidad reconocida por el Código Civil. Tal exigencia se explica por la tendencia imperante en las codificaciones decimonónicas, que sólo concebían la prenda como un derecho real sobre bienes muebles y con retención posesoria por parte de su titular (por ejemplo, artículos 2071 y 2072 del *Code Civil*). Pero esta retención posesoria también existe a favor de determinados acreedores sin que ellos revistan a la vez la calidad de acreedores pignoraticios, dado que entonces dicha retención cumple una finalidad de garantía de que dichos bienes permanecerán en poder del acreedor<sup>965</sup>.

Esta circunstancia, unida al origen histórico de la prenda y a la existencia de un cuerpo creciente de legislación extravagante sobre ellas que no implican un desplazamiento posesorio desde el constituyente al acreedor pignoraticio, lleva a concluir que este elemento no puede comportar el rasgo caracterizador del derecho real de prenda. Este derecho, cualquiera sea su modalidad de constitución o la suerte que tenga la detentación posesoria de la cosa, ha de tener un contenido mínimo esencial que permita dar coherencia dogmática a una serie de figuras aparentemente diversas. Pues bien, dicho contenido esencial viene delimitado por la función de garantía que cumple el derecho real de prenda, y que consiste en la facultad de realización de valor de la cosa gravada que es oponible *erga omnes*<sup>966</sup>.

---

<sup>964</sup> Sobre la discusión de si en el artículo 1868 CC están incluidos sólo los intereses o todo tipo de frutos, véase MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La prenda de cosa fructífera y el artículo 1868 del Código Civil», RCDI 593 (1989), pp. 1049-1112 y, más recientemente, CARRASCO PERERA, Tratado, pp. 197-199.

<sup>965</sup> Véase *supra*, § 3, III, 2.

<sup>966</sup> CARRASCO PERERA, Tratado, p. 158; VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., p. 417.



Que el alcance de la afectación pignoraticia sea *erga omnes* significa que ella se puede hacer valer frente a cualquier tercero que posteriormente adquiriera alguna titularidad sobre la cosa gravada, siempre que la prenda conste en un instrumento público que dé certeza de su fecha (artículo 1865 CC). No sucede lo mismo, empero, en lo que atañe a los restantes acreedores del constituyente, pues el acreedor pignoraticio sólo tiene reconocido un derecho de preferencia para cobrarse con el producto de la venta de la cosa antes que otros acreedores, aun posteriores, del constituyente (artículos 1922 núm. 2 y 1926 núm. 1 CC, y 90 I núm. 6º LC).

Cumple entonces determinar en qué consiste la función de garantía que desempeña la prenda, y que hace que la afectación pignoraticia tenga consecuencias tanto en la fase preventiva o propiamente de garantía como en aquella de realización o satisfacción del acreedor.

En el período comprendido entre la constitución del derecho real de prenda y el incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio del Código Civil goza de un derecho de retención posesoria, que puede ejercer por sí mismo o por medio de un tercero elegido de común acuerdo con el constituyente (artículos 1863 y 1866 I). Dicho derecho le confiere asimismo la garantía de que será mantenido en posesión de la prenda (artículo 1869 II CC), incluso después de haberse satisfecho el crédito garantizado (artículo 1866 II CC), y le permite desconocer cualquier división que afecte la cosa gravada (artículo 1860 CC). Mejora además su posición contractual derivada de la obligación a la que accede la prenda (artículos 1857 I núm. 1, 1861 y 1863 CC), porque adquiere una causa de preferencia que refuerza la tutela ordinaria del crédito ante un incumplimiento y lo aventaja respecto de otros acreedores (artículos 1922 núm. 2 y 1926 núm. 1 CC). Como contrapartida, el acreedor debe cuidar de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, que es la medida exigida a todo obligado a entregar una cosa determinada (artículos 1094 y

1867 CC), y responde de su pérdida o deterioro conforme a las reglas generales (artículo 1867 CC). De los gastos en que haya incurrido para procurar la conservación de la cosa pignorada tiene derecho a ser reembolsado por el constituyente (artículo 1867 CC), crédito que le otorga un derecho de retención sobre aquélla (artículo 1871 CC) y una preferencia para su pago (artículos 1922 núm. 1 CC y 90 I núm. 3º LC). Pagada la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso, el acreedor ha de devolver el bien (artículo 1871 CC), con la salvedad del supuesto de prenda gordiana del artículo 1866 II CC. De ahí, entonces, que la función de la prenda no sea otra que satisfacer el interés del acreedor en relación con un determinado crédito, fomentado el cumplimiento y remediando las consecuencias de su ausencia mediante la realización de valor de la garantía<sup>967</sup>.

Vencida e incumplida la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio está facultado para instar la enajenación de la cosa dada en prenda con el fin de obtener la satisfacción de su crédito (artículo 1858 CC). Dicha regla entraña tres consecuencias importantes. La primera es que, si el acreedor pone en marcha tal ejecución antes del vencimiento del crédito asegurado, ejerce incorrectamente su derecho e incurre en responsabilidad contractual<sup>968</sup>. La segunda es que el acreedor ha de observar rigurosamente algunos de los procedimientos establecidos por el ordenamiento para la realización de la prenda según su clase y el bien sobre que recae, a saber: (i) el procedimiento notarial para la prenda posesoria común (artículo 1872 CC); (ii) aquel de realización de los valores dados en garantía de un préstamo mercantil (artículo 322 CCom); (iii) aquel propio de la prenda sin desplazamiento (artículos 94 y 95 LHM); (iv) aquel de ejecución procesal ordinaria descrito en los Títulos III y IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil; (v) aquel de ejecución procesal especial de bienes hipotecados o pignorados previsto en el Título

<sup>967</sup> VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., pp. 1265 y 1267.

<sup>968</sup> SAP Barcelona de 12 de enero de 1998 (AC 1998/42).

V del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea admisible una venta directa; y (vi) aquel previsto para la ejecución de las garantías financieras pignoraticias (artículo 12 RDLGF). En tercer lugar, y en directa conexión con esta última consecuencia, el acreedor está impedido de apropiarse de las cosas recibidas en prenda y disponer de ellas de otra forma y en otra oportunidad que la legalmente autorizada (artículo 1859 CC)<sup>969</sup>, prohibición fundada en el principio de proporcionalidad que rige la responsabilidad patrimonial y que alcanza a todos los pactos que importan una apropiación causalizada en la concesión del crédito (por ejemplo, artículos 1869 y 1884 CC)<sup>970</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con la prenda, el derecho de venta de la sociedad anónima no es una constante en el derecho comparado. Todos los ordenamientos afrontan el incumplimiento de la obligación de un accionista de enterar el aporte prometido en la oportunidad convenida, pero sin que haya coincidencia sobre la forma de solucionar este problema. Dado que, en las sociedades anónimas, la persona de los accionistas no es esencialmente relevante mientras se mantenga la garantía constitutiva del capital y la correspondencia entre éste y el patrimonio, el incumplimiento de su obligación de aportar no afecta necesariamente la pertenencia de ese accionista a la sociedad ni la continuación de ésta. De ahí que las soluciones para

---

<sup>969</sup> La regla impide la apropiación directa del bien pignorado, pero no su atribución a través de un procedimiento formalizado que asegure la proporcionalidad entre el crédito incumplido y el valor efectivo que se atribuye al acreedor. Es el caso de una prenda sobre dinero o títulos representativos de dinero, respecto de la cual el *Codi Civil de Catalunya* permite que el acreedor pueda hacerlos suyos, sin necesidad de subasta previa, pero sólo hasta el límite del importe del crédito garantizado, con el único requisito de notificarlo fehacientemente a los deudores antes de hacerlo (artículo 569-20 V). Algo parecido ocurre en el régimen de los acuerdos de compensación contractual y de las garantías financieras, donde se admite la apropiación de los efectos dados en garantía con tal de que se haya previsto en el acuerdo una modalidad de valoración de ellos (artículo 11 RDLGF).

<sup>970</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 205-208; CARRASCO PERERA, Tratado, p. 208; VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., pp. 1318-1322.

remediar dicho impago puedan ser de diversa índole, desde el cumplimiento forzado de la aportación por parte de la sociedad hasta la reducción de pleno derecho del capital social si aquélla no ha sido enterada dentro de un plazo máximo establecido por la ley, incluyendo la venta extrajudicial de las acciones. Cualquiera de ellas es un remedio idóneo si por su intermedio se consigue una efectiva defensa del capital.

El derecho español disciplina la mora del accionista de un modo complejo. Después de señalar el modo en que se exige el pago de los desembolsos pendientes (artículo 81 LSC) y definir el momento desde el cual el accionista se haya incurrido en mora (artículo 82 LSC), la ley establece los efectos que se siguen de tal estado. Por una parte, el accionista moroso queda impedido de ejercitar el derecho de voto, de manera que el importe de sus acciones impagas se reduce del capital social para el cómputo del quórum (artículo 83 I LSC). Tampoco tiene derecho a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles (artículo 83 II LSC). A este respecto, el accionista puede reclamar el pago de los dividendos no prescritos tan pronto haya abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados, pero no podrá exigir la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido (artículo 83 II LSC). Sin embargo, estos mecanismos sólo operan como una suerte de apremio sobre el accionista moroso, sin que la sociedad vea efectivamente subsanado el incumplimiento en el pago de su aportación. Para remediar esa situación se reconoce a la sociedad el derecho alternativo de (i) reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad, o bien de (ii) enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (artículo 84 I LSC).

La Ley de sociedades de capital afronta el problema de morosidad en el pago de los desembolsos pendientes desde una

perspectiva activa. En vez de ordenar una disminución de capital en la proporción de las acciones no pagadas oportunamente, acuerda a la sociedad el derecho de exigir forzosamente el cumplimiento de tales desembolsos, y dispone al efecto dos procedimientos diversos. El primero de ellos no guarda mayor diferencia con los mecanismos de ejecución forzosa que regula el derecho común, y de ahí que la ley haga depender su ejercicio de las condiciones particulares de la aportación no efectuada, que condicionará el procedimiento ejecutivo a seguir. El segundo, en cambio, comporta un supuesto de ejecución coactiva por autoridad de la propia sociedad, sin intervención de la justicia, y con observancia de las reglas dadas por la propia Ley de sociedades de capital<sup>971</sup>, el que ha sido calificado como una forma de operación de reemplazo en derecho español<sup>972</sup>. En ella se dispone que, cuando la sociedad haya optado por esta segunda vía para el reintegro de las aportaciones pendientes, la enajenación de las acciones se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título originario por un duplicado (artículo 84 II LSC). Sólo si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada (ahora sí con la consiguiente reducción del capital), quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya

---

<sup>971</sup> Así, ya para el artículo 165 del *Codice di Commercio* de 1882 (correspondiente a los artículos 153 y 154 del código de 1865, y al actual artículo 2344 del *Codice Civile*): ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto commerciale*, II (Roma, Il «Foro Italiano», 3ª ed., 1937), pp. 238-239; *Appunti*, III, cit., p. 72; *Istituzioni di diritto commerciale* (Milán, Giuffè, reed., 1938.), p. 187; DE GREGORIO, A., *Delle società e delle associazioni commerciali* (Turín, UTET, 1938), núm. 379, pp. 517-518; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 1 (p. 3), 7 (pp. 29-31) y 10 (pp. 38-39); LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 204, p. 295; TARTUFARI, L./SOPRANO, E., *Della vendita e del riporto* (Turín, UTET, 6ª ed., 1936), núm. 448 bis, p. 527; VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, II (Milán, Francesco Vallardi, 5ª ed., 1923), núm. 475, p. 474.

<sup>972</sup> MORÁN BOVIO, D., «Incumplimiento», en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2003), p. 364.

desembolsadas (artículo 84 II LSC). La ley opta así por un mecanismo de sanción diverso al contemplado con carácter general para las compañías mercantiles en el Código de Comercio, donde la exclusión del socio (artículo 218) supone liquidarle su participación, aunque sea con el correspondiente retraso, hasta la finalización de los asuntos pendientes al tiempo de la exclusión (artículo 219), originando una situación muy similar a aquella que produce la cláusula penal que sanciona con la pérdida de lo ya entregado el incumplimiento de alguno de los plazos sucesivos<sup>973</sup>.

Con alguna amplitud de análisis cabe aceptar que el origen histórico remoto de la operación de cobertura se encuentra en el derecho reconocido al acreedor prendario, al vendedor y a la sociedad anónima para hacer vender la cosa pignorada o vendida o las acciones no liberadas suscritas por el accionista moroso. Estos tres supuestos tienen en común el ser mecanismos de reacción contra el incumplimiento del otro contratante y estar enderezados a obtener una satisfacción rápida y directa del crédito. Los tres surgen en la práctica comercial como descubrimientos ingeniosos para forzar el cumplimiento en naturaleza de la prestación no ejecutada, se transforman después en costumbres, son reconocidos por diversos estatutos mercantiles y, finalmente, quedan reducidos al ámbito bursátil, de donde son nuevamente rescatados y extendidos de conformidad a una antigua tradición del derecho mercantil<sup>974</sup>.

Sin embargo, respecto de los tres derechos de venta identificados cabe efectuar algunas precisiones, porque no existe entre ellos una coincidencia exacta.

El derecho de prenda es una garantía real y, por consiguiente, el derecho de venta de que goza el acreedor pignoraticio es una consecuencia de la afectación de la cosa gravada al cumplimiento del crédito al que accede, por el que se le concede una posibilidad

---

<sup>973</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 241.

<sup>974</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 7, p. 31.

añadida de satisfacción de su derecho de crédito<sup>975</sup>. Para que la seguridad del acreedor sea completa, no basta con que el bien quede afecto al cumplimiento con carácter potencial y en grado preferente; es menester que se disponga de algún mecanismo que permita que el importe de la prestación incumplida sea efectivamente recibido por el acreedor como forma paliativa de cumplimiento en equivalente, pues sólo así logra satisfacer su interés (aunque a veces sólo de forma refleja) y esquiva de paso los derechos de preferencia atribuidos a los acreedores privilegiados. A ese fin se endereza el derecho de venta del acreedor (*ius distrahendi*), considerado por la ley un elemento esencial del contrato prendario (artículo 1858 CC), por el que se sustrae definitivamente la cosa prendada del patrimonio del deudor y se la pone en venta para que con el producido aquél se pague del valor de su crédito con preferencia sobre otros acreedores, incluso privilegiados (artículos 1922 núm. 2 y 1926 núm. 1 CC, y 90 I núm. 3º LC).

Como fuere, la prenda no es el objeto del contrato, y tampoco el producido se corresponderá necesariamente con él, como ocurre en la operación de reemplazo, donde el acreedor acude al mercado para obtener una prestación de las características de aquella que el deudor no le procuró en la oportunidad convenida, porque sobre ella recae un derecho real conectado con el contrato principal como un accesorio en función de garantía. Cabe afirmar por eso que el derecho real tiene una función eminentemente instrumental: es el medio del que se sirve el ordenamiento para proteger el otro derecho conferido al acreedor, como es aquel para ser pagado con preferencia a otros acreedores<sup>976</sup>. De donde la larga evolución del derecho de prenda aboca en su configuración como una garantía de valor, de manera que el

---

<sup>975</sup> VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., p. 1259.

<sup>976</sup> GARRIDO, J. M.<sup>ª</sup>, «Teoría general de la preferencia», ADC LI (1998) 4, p. 1806; LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia* (Murcia, Universidad de Murcia, 1960), núm. 23, pp. 67-68; VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., p. 1265.

acreedor no tiene derecho al bien, sino a su representación económica (obtenida por alguno de los procedimientos admitidos por el ordenamiento), aunque tal derecho efectivamente recaiga sobre un bien y confiera, cuando así lo condicione el título, la detentación material durante el período de pendencia<sup>977</sup>.

En esta diversidad entre la relación de crédito y la relación de garantía estriba la principal diferencia con la operación de reemplazo, que guarda una continuidad con el contrato incumplido y permite al acreedor cobrar el daño mínimo sufrido a consecuencia del incumplimiento sin sacrificar la obtención efectiva de la prestación. En la prenda, en cambio, hay dos relaciones jurídicas distintas y con un contenido: la de crédito y la pignoraticia, una principal y otra accesoria. Este vínculo de subordinación entre ambas explica que la segunda se enderece a asegurar la satisfacción del interés del acreedor, ya incentivando un cumplimiento en naturaleza, ya proporcionándole el valor que dicha prestación supondría según resulte del procedimiento de realización por el que se decante el acreedor, con preferencia a otros acreedores. Es más, la prenda incluso puede ser constituida por un tercero, de suerte que el derecho real nace con mayor independencia todavía de la relación crediticia que garantiza (artículos 1857 y 1863 CC).

El derecho de venta reconocido a las partes en un contrato de la compraventa puede cumplir distintas finalidades. Una de ellas es la de descargar al vendedor de la obligación de custodia que tiene sobre las cosas objeto del contrato, que comporta el primer reconocimiento de este derecho (Dig. 18, 6, 1, 3) y que no atañe propiamente al incumplimiento del contrato<sup>978</sup>. Otra es el recurso al mercado para proveerse de la prestación no obtenida del otro contratante, sea comprador o vendedor. En este caso sí se está ante la aplicación de una regla de cobertura, pues el acreedor busca remediar el incumplimiento mediante una prestación

---

<sup>977</sup> VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., p. 1266.

<sup>978</sup> Véase *supra*, § 3, III, 3.



equivalente a aquella que no fue ejecutada por el deudor, conservando su derecho a ser resarcido de los costes que esto le haya supuesto. Habrá que distinguir, por tanto, con que finalidad se cubre el acreedor para determinar cuál es el expediente utilizado.

En estricto rigor, el derecho de venta de la sociedad anónima no puede ser considerado sin más como una operación de reemplazo. En primer lugar, porque detrás hay un interés superior que se busca proteger, distinto de la sola satisfacción del acreedor. Cierto es que la sociedad desea que cada accionista entere los desembolsos pendientes, pero la finalidad de esa aportación es completar el capital. Enseguida, el contrato de sociedad presenta algunas características peculiares. Propiamente, no es un contrato bilateral, ámbito al cual pertenece la operación de reemplazo<sup>979</sup>, sino que pertenece a la categoría de los contratos plurilaterales o asociativos, cuya peculiar estructura exige una disciplina propia. Esta tipicidad lo incardina dentro de los llamados contratos de reparto, donde los contratantes actúan con un interés convergente y no contrapuesto, como ocurre en los contratos de intercambio<sup>980</sup>. Ellos se rigen por un principio de justicia distributiva, dado que las partes ponen algo en común con miras a repartirse los beneficios que de ello provengan (artículo 116 CCom), siendo el tipo elegido el medio para limitar la responsabilidad por las deudas sociales (artículo 1 LSC) y descargarse de la administración (artículo 209 LSC)<sup>981</sup>. Pero quizá el elemento más característico de la sociedad anónima sea que ella viene configurada por la ley como una corporación, de suerte que

---

<sup>979</sup> CARNELUTTI, F., *Processo di esecuzione*, I (Milán, CEDAM, 1929), núm. 5, pp. 11-12.

<sup>980</sup> CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, cit., núm. 40-47, pp. 47-56.

<sup>981</sup> Con GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades* (Madrid, ed. propia, 1976), p. 40, cabe afirmar que en la sociedad el fin de cada socio es su aprovechamiento individual, el que se obtiene mediante una fórmula económico-jurídica consistente en la comunidad de objeto y actividad. Cada tipo social particularizará esta fórmula de un modo concreto.

los fines institucionalizados por su magnitud y proyección en el tiempo, que inspiran la ordenación de este tipo social, originan el que su estructura esté construida tomando en consideración el posible cambio de sus miembros o la incorporación de otros nuevos, así como otras particularidades (la función del estatuto y su posibilidad de reforma, el régimen de gobierno, etcétera)<sup>982</sup>. Eso explica que el primer efecto de la mora en el pago de los desembolsos pendientes sea la suspensión del derecho a cobrar los dividendos producidos por la sociedad, y también el de acceder a la suscripción de nuevas acciones o a participar políticamente en la marcha de la entidad, o que los desembolsos ya pagados queden en beneficio de la sociedad cuando no pudiere efectuarse la venta de las acciones morosas.

#### IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

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

Dependiendo de su materialización, es posible identificar dos modalidades de la aquí llamada «sustitución negocial» (§ 2): el «reemplazo coactivo» y el «negocio de reemplazo». El primero de ellos consiste en la facultad que tiene uno de los contratantes para hacer ejecutar la prestación incumplida por cuenta y riesgo de la otra parte y, generalmente, a través de un oficial público u otro intermediario calificado. El negocio de reemplazo se caracteriza, en tanto, por la celebración de un contrato mediante el cual la

---

<sup>982</sup> Por todos, GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., p. 74.

parte afectada por un incumplimiento suple la conducta esperada del otro contratante, el que queda obligado a satisfacer, por concepto de daños y perjuicios, la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el contrato de cobertura.

El derecho español no hace excepción a este panorama comparatista, aunque la recepción de la regla fuese sólo marginal (y hoy inexistente, salvo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías) y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial esté circunscrito principalmente al ámbito de la compraventa mercantil. Aunque algún atisbo de generalización cabe esperar si se sigue adelante con la elaboración del proyectado Código Mercantil, donde quedarían recogidas las normas ya propuestas en 2006 para modernizar el derecho mercantil de la contratación, de momento la reconstrucción de una regla de cobertura sólo es posible a partir de los desarrollos que la literatura científica y los tribunales han hecho de ella. Donde no hay duda de la improcedencia de este mecanismo es en materia laboral, por la propia configuración del núcleo dogmático de esta disciplina.

El derecho privado como ámbito de estudio queda reducido así a sus dos parcelas más clásicas: el derecho civil y el derecho mercantil. En tales, empero, la operación de reemplazo ha tenido una recepción muy distinta, y ella se ha perpetuado en los textos de modernización preparados por la Comisión General de Codificación. La tendencia histórica ha consolidado el derecho mercantil como el ámbito propio de esta figura, por ser ésta la sede donde convergen las relaciones jurídicas sobre bienes muebles caracterizadas por la habitualidad y el ánimo de lucro. Ella desempeña allí una función insustituible, porque permite que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés a través de una prestación equivalente a aquella incumplida, sin las dilaciones propias del proceso de ejecución y sin tener que soportar sobre su patrimonio la diferencia económica que conllevará esa cobertura

en la mayoría de los casos. No es extraño, entonces, que fuese el Código de Comercio de 1885 el que recogiera una aplicación particular de la figura respecto de los contratos bursátiles (artículo 77, hoy derogado), y que la literatura y la jurisprudencia habida sobre él le dieran cabida para remediar el incumplimiento de los contratos de compraventa mercantil. Por igual razón, no sorprende que fuese en la Propuesta de modernización del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad donde la figura haya adquirido por primera vez reconocimiento positivo (artículo 66), aunque éste no trascendiese más allá del ámbito de *lege ferenda* que revestía ese texto.

La diversa fisonomía que pueden adoptar todavía sus modalidades de concreción, sobre todo ahí donde no existe regla positivada que sienta las bases de su aplicación, justifica un intento de delimitación conceptual enderezado a diferenciar la operación de reemplazo de otras figuras relacionadas en cierta forma con el ámbito del incumplimiento contractual y con la idea de sustitución. Emprendido este esfuerzo, se devela que aquélla se caracteriza por provenir de la iniciativa del acreedor, estar orientada a satisfacer directamente su interés de prestación y gestionar el riesgo derivado del incumplimiento, y no requerir necesariamente de intervención judicial. De esta manera, con independencia del procedimiento previsto para la celebración del nuevo contrato, la operación de reemplazo comporta para el acreedor la sustitución de la relación incumplida, dado que ahora es un tercero quien le proveerá de la prestación deseada. Esta consecuencia lleva a preguntarse por la suerte del primer contrato, cuyo contenido obligacional carece ya de sentido por haber sido desplazado mediante la prestación obtenida en el mercado. Queda así planteado el primer efecto de una operación de reemplazo, que cabe calificar de jurídico por incidir en el régimen de desenvolvimiento del programa de prestación.

En la generalidad de los casos, la premura con que el acreedor acude al mercado determinará que el precio de sustitución supere al precio inicialmente pactado por la prestación incumplida o, viceversa, que la prestación que aquél quiere colocar no tenga salida más que por un precio inferior, produciéndose una diferencia que legítimamente cabe trasladar al deudor en virtud de la fuerza obligatoria del contrato por el que éste se comprometió para con el acreedor. Este efecto contingente es de carácter material, porque implica valorar el daño mínimo que el acreedor tiene derecho a cobrar como consecuencia del incumplimiento. La operación de reemplazo opera aquí como un instrumento de medida del daño contractual, y obliga a indagar sobre la clase de daño que delimita y las reglas que determinan o excluyen su aplicación, cuyas bases ya han sido establecidas en el § 2.

Presentada la figura y sus efectos, corresponde abordar aquella cuestión subyacente en las explicaciones precedentes y que, de momento, se ha soslayado, como es la fundamentación dogmática de la operación de reemplazo (§ 4). Será en esa sede, después de recapitular y ofrecer una síntesis analítica de las distintas teorías (§ 5), donde se habrá de resolver la primera de las preguntas recién formuladas, vale decir, cuál es el encuadre de la operación de reemplazo en el elenco de modos a los que el ordenamiento atribuye fuerza extintiva de una obligación, dado que por su aplicación el deudor queda liberado de cumplir en naturaleza con la prestación incumplida desde que adviene la cobertura. Tras ésta corresponderá ocuparse de la estructura y del efecto material que sigue a la celebración del negocio sustitutivo, donde las diferencias entre los modelos con que se formulan las reglas de cobertura terminan convergiendo. De estas tres últimas cuestiones trata el § 6.



#### § 4. LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LAS REGLAS DE COBERTURA

SUMARIO: I. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO DEL CONTRATANTE INSATISFECHO. 1. La ejecución coactiva del contrato. 2. La sustitución del contrato incumplido. 3. La ejecución coactiva con carácter procesal. 4. La ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor. II. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE. 1. Una forma de valoración de los daños típicos derivados de la resolución por incumplimiento. 2. Una medida concreta de mitigación del daño contractual. III. OTRAS TEORÍAS. 1. Un instrumento *sui generis*. 2. Un modo especial de extinción del contrato incumplido. 3. Una aplicación de la gestión de negocios ajenos. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

El derecho del acreedor a celebrar un nuevo negocio jurídico para procurarse la prestación incumplida guarda directa relación con el primer contrato, a cuyo servicio se encuentra dispuesto, porque tiene respecto de él un carácter auxiliar, sea de refuerzo de la posición contractual del acreedor, sea de garantía de su interés todavía no satisfecho<sup>983</sup>. Sin embargo, ambos presentan diversos requisitos esenciales y una fisonomía dogmática que los hace ser distintos<sup>984</sup>. Esta constatación plantea el problema de determinar cuál es la función concreta que cumple la operación de reemplazo en relación con el contrato incumplido o, dicho de otra forma, cuál es el encuadre que se ha de reconocer a tal facultad o a sus efectos dentro del elenco de remedios ante el incumplimiento.

La mayor parte de la literatura existente ha examinado esta cuestión respecto del solo contrato de compraventa, sin una necesaria visión de conjunto. Esta aplicación restringida ha comenzado a cambiar por influencia de los textos que amplían el campo de acción de la operación de reemplazo, desde la primera

---

<sup>983</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 59.

<sup>984</sup> VIVANTE, C., *Trattato di Diritto commerciale*, IV (Milán, Francesco Vallardi, 5ª ed., 1926), núm. 1709 bis, p. 189.

extensión al arrendamiento en el UCC (1987) a los textos de armonización del derecho contractual internacional (PICC) o europeo (PECL, DCFR y PCCR), sin olvidar los esfuerzos de modernización del propio derecho español, aunque sea para el solo ámbito mercantil (PACCom). Como fuere, este sesgo metodológico hace que la figura se presente desligada tanto de la tradición histórica en la que se inserta como del sistema general de remedios ante el incumplimiento existente en un determinado ordenamiento. Asumiendo como premisa que la aplicación del derecho supone una recíproca aproximación entre los hechos (a cuya sistematización se ha dedicado el § 2) y las normas atingentes, y que la primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar<sup>985</sup>, el propósito con que se acomete este párrafo es el de rectificar el marco conceptual de partida y emprender desde él una indagación de la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo que proporcione una visión de conjunto orgánica, sin ruptura entre la perspectiva sincrónica y diacrónica concurrentes<sup>986</sup>.

El primer paso de esta andadura consistirá en identificar y exponer las distintas teorías elaboradas en derecho comparado con el objetivo de dar una explicación técnica sobre la estructura y los efectos de la operación de reemplazo, las que se clasifican en dos grupos principales: aquellas basadas en la idea de realización del derecho de crédito del contratante insatisfecho (I) y aquellas centradas en la valoración del daño resarcible (II); a los que cabría añadir otro referido a las teorías marginales o extravagantes (III). Para cerrar la exposición se ofrece un cuerpo de conclusiones provisionales en torno a estas teorías (IV), sobre cuya valoración crítica se volverá en el § 5.

---

<sup>985</sup> VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 131 y 155.

<sup>986</sup> CASTRESANA HERRERO, A., «A propósito de un ensayo de síntesis: realidad histórica y experiencia jurídica», en CARVAJAL RAMÍREZ, P. (ed.), *Estudios de derecho Romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper* (Santiago, Librotecnia, 2007), pp. 245-258.



## I. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO DEL CONTRATANTE INSATISFECHO

Un primer grupo de teorías intenta explicar la operación de reemplazo a partir de su efecto más ostensible, como es la realización del derecho de crédito del contratante insatisfecho, con lo cual la figura termina asemejándose, en sus rasgos esenciales, a la pretensión de cumplimiento. Entre las explicaciones que comparecen bajo esta idea general cabe mencionar aquella que concibe este mecanismo como una forma de ejecución coactiva del contrato (1); aquella según la cual éste comporta una sustitución del contrato incumplido (2); aquella que ve en él una forma de ejecución procesal del derecho de crédito afectado por el incumplimiento (3); y aquella que lo presenta como un medio de ejecución privada de autoridad (4).

### 1. La ejecución coactiva del contrato

La primera teoría formulada respecto de la operación de reemplazo concibe ésta como una forma particular de ejecución del contrato incumplido, y coincide con la calificación asignada durante los trabajos preparatorios del *Codice di Commercio* de 1882<sup>987</sup> (artículo 68) y que se ha mantenido en la rúbrica de los artículos 1515 y 1516 del actual *Codice Civile* (1942)<sup>988</sup>, por influencia de la venta por cuenta del comprador moroso (*Selbsthilgeverkauf*) del derecho alemán (§ 373 HGB)<sup>989</sup>. No sin

---

<sup>987</sup> Véase «Relazione alla Camera dei Deputati» (*Lavori preparatorii*, II-1, cit., p. 117); «Relazione della Commissione della Camera dei Deputati», XII (*Lavori preparatorii*, II-1, cit., pp. 177-178), y la discusión posterior habida en el Senado (*Lavori preparatorii*, II-2, cit., pp. 28-29).

<sup>988</sup> Respectivamente, «Esecuzione coattiva per inadempimento del compratore» (artículo 1515) y «Esecuzione coattiva per inadempimento del venditore» (artículo 1516).

<sup>989</sup> SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

algunas vacilaciones, esta caracterización ha sido seguida predominantemente por la doctrina italiana<sup>990</sup>, y de ella se ha servido también la literatura francesa<sup>991</sup> y española<sup>992</sup>.

<sup>990</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 22-24, pp. 80-89; ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., pp. 199-200; *Appunti*, II, cit., p. 239, y III, cit., p. 72 (respecto del derecho del mandatario, porteador y acreedor prendario y de la sociedad anónima); CLEMENTEL, V., «L'autotutela unilaterale attiva», en PASQUALE, G. (ed.), *La disciplina dell'autotutela* (Padua, CEDAM, 2010), pp. 139-141; CUTUGNO, D., *La tutela dell'acquirente di bene immobili, mobili e de consumo* (Milán, Guiffrè, 2009), p. 178; DALMARTELLO, A., *L'esecuzione dei soci dalle società commerciali* (Padua, CEDAM, 1939), núm. 40 (p. 107) y 92 (p. 271); FRANCHI, L./PAGANI, C., *Del commercio in generale* (Milán, Francesco Vallardi, s.d.), núm. 91 (p. 732) y núm. 98 (pp. 742-744); MESSINEO, F., *I titoli di credito* (Padua, CEDAM, 2ª ed., 1933), II, núm. 284, p. 345; MOSSA, L., *Diritto commerciale*, I (Milán, Società Editrice Libreria, 1937), p. 315; NAVARRINI, U., *Trattato teorico-prattico di diritto commerciale*, II (Turín, Fratelli Bocca, 1ª reimpr., 1920), núm. 586-587 (pp. 303-306); RAMELLA, A., *La vendita nel moderno Diritto*, I (Milán, Società Editrice Libreria, 1920), núm. 145 (pp. 295-296) y 146 (p. 299); ROMANO, S., *Vendita. Contratto estimatorio* (Milán, Francesco Vallardi, 1960), núm. 126 (pp. 279-280), 129 (pp. 284-286); SOPRANO, E., *Trattato teorico-prattico delle società commerciali* (Turín, UTET, 1934), I, cit., núm. 463, pp. 461; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis, pp. 526-529; VIVANTE, C., *Istituzioni di diritto commerciale* (Milán, Ulrico Hoepli, 55ª ed., 1935), núm. 109, pp. 248-249, y *Trattato*, IV, cit., núm. 1704 (pp. 186-187) y 1709-1709 *quater* (pp. 188-190).

<sup>991</sup> ANTONMATTEI, P. H./RAYNARD, J., *Contrats spéciaux* (París, Litec, 2008), núm. 183, p. 147; BENABENT, A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (Montchrestien, 9ª ed., 2011), núm. 318, p. 133, y *Les obligations*, cit., núm. 419, (p. 277) y 865 (p. 565); DELEBECQUE, P./GERMAIN, M., *Traité de droit commercial*, II (París, L.G.D.J., 11ª ed., 2000), núm. 2536, p. 601; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, cit., p. 626; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 8, p. 31; HEMARD, J., *Les contrats commerciaux. Les ventes commerciales - Le gage commercial* (París, Sirey, 1953), núm. 254, pp. 135-136; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171-172, pp. 195-196; PUIG, P., *Contrats spéciaux* (París, Dalloz, 4ª ed., 2011), núm. 408, p. 292; SERIAUX, *Contrats civils*, cit., núm. 22, p. 69; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 23-26, pp. 188-191.

<sup>992</sup> Garrigues, a quien se debe la primera sistematización de la figura, conceptualizaba la compra y la venta de reemplazo como mecanismos diversos. La primera comportaba un cálculo objetivo y abstracto del daño ocasionado por el vendedor sobre la base de la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el de la nueva compraventa celebrado por el comprador para adquirir la misma mercadería (véase la nota 1191). La segunda era un supuesto que el Código de Comercio sólo reservaba para los contratos bursátiles (artículo 77, hoy derogado), y revestía el carácter de una ejecución coactiva (GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152). En cuanto a ella, consideraba que la solución alemana recogida en el § 373 HGB era la que mejor respondía a las exigencias del tráfico y no había

Tal calificación parte de la constatación de que la operación de reemplazo está destinada a hacer las veces de un puntual y voluntario cumplimiento<sup>993</sup>, que se procura por autoridad del acreedor<sup>994</sup> y por cuenta y riesgo del deudor<sup>995</sup>. En este sentido, la cobertura se concibe económicamente como la continuación del contrato incumplido, aunque jurídicamente constituya un negocio distinto en el que la parte incumplidora pasa a ocupar una posición contraria a la que originalmente ostentaba<sup>996</sup>. Así, por ejemplo, el comprador moroso se transforma en vendedor, dado que quien primitivamente comparecía con esa calidad procede a la nueva venta por cuenta y riesgo de aquél<sup>997</sup>.

En esta construcción hay, por tanto, dos extremos interesantes: por un lado, la función jurídica que desempeña el reemplazo dentro del programa de prestación; y por otro, la calidad en que el

---

inconveniente para que fuese admitida en derecho español, pese a no estar reconocida ni el Código Civil ni en el de Comercio (GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1127, p. 329). El encuadre de la operación de reemplazo como una forma de ejecución coactiva es compartida por BROSETA PONS/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, II, cit., p. 72, y SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de derecho mercantil*, II, cit., p. 283.

<sup>993</sup> HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 254, p. 136; MOSSA, *Diritto commerciale*, cit., I, p. 315; CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 140; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171, p. 195; RUBINO, D., *La compravendita* (Milán, Guiffre, 1952), núm. 268 (p. 927) y 269 (p. 941); SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 453, p. 539; VIVANTE, *Istituzioni*, cit., núm. 109, pp. 248-249.

<sup>994</sup> ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., p. 199, e *Istituzioni*, cit., p. 187; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., pp. 139 y 141; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 929; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>995</sup> DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 98 (p. 744) y 100 (p. 746); NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586, p. 504; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, pp. 295-296; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268 (pp. 929-930) y 269 (p. 941); SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; TARTUFARI, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis (p. 528) y 455 (p. 546); VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 bis (p. 189) y 1713 (p. 196).

<sup>996</sup> VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 bis, p. 189.

<sup>997</sup> VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 bis, p. 189.

acreedor ejerce su facultad de cubrirse a través de un nuevo negocio jurídico.

En lo que atañe a la primera cuestión, la operación de reemplazo sólo puede ser considerada una ejecución forzosa en sentido material (o no técnico), dado que la cobertura llevada a cabo por el acreedor no comporta propiamente un procedimiento enderezado a obtener coactivamente la prestación debida en el sentido procesal anejo a la expresión<sup>998</sup>. Para que sea tal, falta tanto la intervención del poder público como la coerción directa contra el patrimonio del deudor, ya que aquí es el acreedor, obrando por sí, quien recurre al mercado para obtener una prestación equivalente a la que debía procurarle el contrato, sin que los bienes de aquél queden en principio afectos a los resultados de esa cobertura<sup>999</sup>.

Pero el hecho de que el contenido ejecutivo de la operación de reemplazo no sea un acto material de carácter procesal sino un negocio jurídico, no desvirtúa su naturaleza. En ambos supuestos, ejecución procesal y reemplazo, existe la subrogación de la actividad del deudor por una directa actividad del acreedor<sup>1000</sup>. Cabe perfectamente construir ésta, entonces, como una particular aplicación de la ejecución forzada específica prevista para las obligaciones genéricas (artículo 1096 II CC) y de hacer (artículo 1098 CC), y que consiste en que el acreedor obtenga que el comportamiento debido sea ejecutado a costa del deudor en la forma establecida en la ley procesal (artículos 705, 706 y 709

---

<sup>998</sup> HÉMARD, J., *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 254, pp. 135-136; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171, p. 195; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, pp. 927-928; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis, p. 526; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 23, p. 188; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1713 bis, p. 196.

<sup>999</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., pp. 140-141; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171, p. 195; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 286; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 928; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis, pp. 526-527.

<sup>1000</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 22, p. 82; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1080-1081; MOSSA, *Diritto commerciale*, cit., I, p. 315.

LEC)<sup>1001</sup>. La especificidad de la figura respecto de esta modalidad genérica de ejecución forzosa reside en dos cuestiones de índole práctica: (i) se prescinde de la autorización judicial con el objetivo de facilitar la satisfacción del interés del acreedor; y (ii) se trata de una ejecución anticipada, porque comparece con anterioridad a la existencia de un título ejecutivo (sentencia de condena)<sup>1002</sup>. Materialmente, entonces, ambos mecanismos producen iguales efectos, y la diferencia entre uno y otro estriba en que la operación de reemplazo comporta el ejercicio directo de un poder de autotutela conferido al contratante insatisfecho para obtener aquel resultado no obtenido mediante el contrato incumplido<sup>1003</sup>.

---

<sup>1001</sup> ANTONMATTEI/RAYNARD, *Contrats spéciaux*, cit., núm. 183, p. 147; BÉNABENT, *Les contrats spéciaux*, cit., núm. 318, p. 133, y *Les obligations*, cit., núm. 865, p. 565; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; HÉMARD, J., *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 254, p. 136; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171, p. 195; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 126 (p. 280) y 129 (pp. 285-286); RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, pp. 928-929; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 24, p. 189.

<sup>1002</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, pp. 928-929, agrega también una diferencia propia de los sistemas que asignan eficacia real al contrato: aquí el procedimiento coactivo viene dispuesto para conseguir el cumplimiento de una obligación de transmitir un derecho, y ya no sólo para la ejecución de una de hacer en sentido estricto.

<sup>1003</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., pp. 139-141; MOSSA, *Diritto commerciale*, cit., I, p. 315; ROCCO, *Principii di Diritto commerciale*, cit., núm. 116-117, pp. 418-419; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 126, p. 280; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 26, p. 191. ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, pp. 285-286, agrega que se trata en realidad de una ejecución *sui generis*, dado que está referida a cosas genéricas que, si estuvieran individualizadas, darían lugar a la ejecución específica de una obligación de dar (artículo 2390 del *Codice Civile*). Si las cosas no han sido todavía determinadas, el hacer ejecutable a través de la regla del artículo 2931 del *Codice Civile* debería consistir precisamente en realizar esa individualización, para pasar después a la ejecución de dar propiamente tal. La particularidad del artículo 1516 del *Codice Civile* (venta de reemplazo) estriba en que ella asume más de una función ejecutiva y lo hace con el significado comprensivo de un ejercicio del poder de cumplimiento directo sin una precedente condena judicial, que de otra forma no sería posible por tratarse de una ejecución específica de cosas genéricas no individualizadas. De ahí la excepcionalidad de la figura y su configuración como un poder de autotutela conferido al contratante insatisfecho.

Paralelamente, este carácter lleva a excluir que la prestación que el acreedor se procura en el mercado sea un efecto derivado de la resolución por incumplimiento, pues se trata de un comportamiento realizado con miras a la completa ejecución del contrato y no a la cesación de su contenido obligacional<sup>1004</sup>. En efecto, un presupuesto esencial de la operación de reemplazo es que el contrato se mantenga y no se resuelva<sup>1005</sup>. Es precisamente esta circunstancia la que justifica que la cobertura se concluya por cuenta y riesgo del contratante incumplidor, quien continúa obligado para con la parte acreedora<sup>1006</sup>. Se puede decir, entonces, que la operación de reemplazo es un instituto de *ragion fattasi* autorizado por la ley<sup>1007</sup>, vale decir, comporta un mecanismo de realización arbitraria del propio derecho legitimado por el ordenamiento merced a una regla de cobertura legal o consuetudinaria (artículo 455 CP).

La segunda cuestión relevante dice relación con la calidad en que interviene el acreedor. No hay duda de que todos los mecanismos de tutela ante el incumplimiento están concebidos para procurar la satisfacción del interés que aquél frustra, de manera que la diferencia entre ellos reside en el modo concreto en que cada uno consigue ese objetivo, que puede ser por vía directa o indirecta. En la primera de ellas, el acreedor satisface

---

<sup>1004</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 141; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, pp. 600-601; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 91 (p. 732) y 98 (pp. 742-743); FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 60; HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, núm. 254, p. 136; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 172, pp. 195-196; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis, pp. 526 y 528; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 28, pp. 192-193.

<sup>1005</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 22, p. 81; CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 141; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 584 (p. 303) y 586 (p. 304); VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 25 (p. 190) y 28 (pp. 192-193).

<sup>1006</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 24, pp. 88-89; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2356, p. 601; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586, p. 304; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 28 (p. 192) y 30 (p. 194).

<sup>1007</sup> VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 192.

derechamente su interés específico o de indemnidad que ha sido afectado por el incumplimiento, y lo hace obteniendo aquel bien o servicio que el contrato debía proporcionarle y, si cabe, también el resarcimiento de la pérdida patrimonial efectivamente sufrida o de la ganancia legítima que dicho contrato le había de proporcionar. Por la segunda vía, en cambio, el acreedor no satisface propiamente ningún interés, sino que prepara el camino para tal objetivo. Con ese fin ejerce aquellas medidas que el ordenamiento le reconoce para mantener, restablecer o fortalecer el patrimonio del deudor con miras a hacer efectivo en él su derecho de crédito.

En los mecanismos de acción directa, el acreedor generalmente actúa por su cuenta y riesgo, esto es, las consecuencias favorables o desfavorables de las facultades ejercidas recaen sobre él y son el reflejo de una decisión libremente adoptada<sup>1008</sup>. Por el contrario, en los medios indirectos el acreedor actúa en interés del deudor, porque su conducta redundará en beneficio del patrimonio de este último (por ejemplo, artículos 1111 CC y 71-73 LC). Sólo entonces el acreedor procederá directamente contra el patrimonio del deudor, beneficiado con su acción oficiosa, con el propósito de conseguir en él la satisfacción de aquel interés que ha sido lesionado por el incumplimiento.

Pues bien, de acuerdo con la teoría ahora en comento, la operación de reemplazo supone un mecanismo de tutela del crédito que disocia la satisfacción directa del interés del acreedor de la parte en virtud de la cual se actúa. Bajo este encuadre, la figura comporta una forma de obtener la prestación debida sin las dilaciones propias de la ejecución procesal, pero con la

---

<sup>1008</sup> El nuevo derecho de la contratación exige del acreedor la observancia de determinadas cargas de comunicación, que le trazan el camino a seguir cuando se verifica un incumplimiento. Estas cargas se concretan en la denuncia del incumplimiento o en la comunicación del remedio del que se hará uso, y de su inobservancia se sigue que el acreedor no podrá invocar aquél o se verá privado de un determinado remedio. Sobre ellas, véase VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable», cit., pp. 219-249.

particularidad de que el segundo negocio se concluye por cuenta y riesgo del deudor<sup>1009</sup>. De esta guisa, el reemplazo permite que se logre una ejecución íntegra del contrato, la que se concentra en una misma persona: el acreedor cumple con su propia prestación hacia un tercero y exige de él, en cuanto gestor oficioso<sup>1010</sup> (artículo 1888 CC) o comisionista<sup>1011</sup> (artículo 244 CCom) del deudor, la contraprestación correspondiente<sup>1012</sup>.

Incluso, dado que la cobertura se realiza como una forma de cumplimiento que queda de cargo del deudor, éste puede defenderse mediante la excepción de contrato no cumplido cuando el acreedor no se ajusta al contrato<sup>1013</sup>. En efecto, al realizar una cobertura que se aparta del programa de prestación, aquél se está procurando un cumplimiento que difiere del pactado y que se pone de cargo del deudor. Mirada la situación desde los intereses en juego, el acreedor persevera en el contrato y busca la obtención de la prestación deseada, la que se ejecuta por cuenta y riesgo del deudor. En otras palabras, el cumplimiento que difiere

---

<sup>1009</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 24, pp. 88-89; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 60; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171, p. 195; VINEY, «Exécution de l'obligation», cit., núm. 26 (p. 191) y 31 (p. 194-195).

<sup>1010</sup> TARTUFARI, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546. También, aunque referido al acreedor pignoraticio de cosa fructífera, CARRASCO PERERA, A., «Contenido y realización del derecho de prenda posesoria», en CARRASCO, A./CORDERO, E./MARÍN, M., *Tratado de los derechos de garantía* (Cizur Menor, Aranzadi, 2ª ed., 2008), p. 193.

<sup>1011</sup> Así, respecto del acreedor pignoraticio, VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1805, p. 286. Aunque engarza la figura con la valoración de los daños resarcibles, también VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., pp. 108-110, hace aplicables al vendedor y al comprador que se cubren en el mercado las normas del comisionista, por exigirlo así la buena fe.

<sup>1012</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 23, p. 86; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 60; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811. Para la venta de reemplazo, GRECO. P./COTTINO, G., *Della vendita* (Boloña/Roma, Nicola Zanichelli/Il Foro Italiano, 1962), p. 325, sostiene que se trata de un caso de legitimación del *non dominus* (vendedor), a quien la ley atribuye un poder especial de disposición sobre una cosa ajena.

<sup>1013</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 457, p. 550.



del originalmente convenido se produce como si estuviera siendo efectuado por el deudor, pues es éste quien deberá soportar el coste que tal comporta. Al obrar de esta forma, el acreedor desconoce una regla contractual que se ha sido establecida como medida de garantía de las posiciones e intereses de ambas partes; y lo hace al gestionar los intereses del deudor de un modo distinto a aquel en que éste lo hubiera hecho si hubiera procedido a dar cumplimiento exacto, íntegro y oportuno a la prestación debida.

Solamente se admite que el contratante que recurre a la operación de reemplazo modifique los términos del primer contrato al celebrar el segundo cuando lo hace en interés de la parte incumplidora, por cuenta y riesgo de quien actúa<sup>1014</sup>. Por ejemplo, podrá vender inmediatamente aquellas mercaderías que debían ser entregadas tres meses después de la celebración del contrato, o hacerlo en una plaza distinta que aquella originalmente convenida. Para ese efecto, bastará calcular la suma que se descontará del precio en relación con aquellas condiciones del contrato que han sido modificadas al realizar la cobertura<sup>1015</sup>.

Existe también una pequeña variación del efecto que se viene comentando, dado que la operación de reemplazo no comporta en sí una ejecución de la totalidad del contrato concentrado en una misma persona, sino la ejecución de una sola obligación y la extinción subsiguiente de la otra por compensación<sup>1016</sup>. Así, el vendedor que acude a un contrato de cobertura ejecuta su obligación de entrega, mientras que su crédito sobre el precio se extingue en todo o parte por efecto de la compensación operada con la deuda de restitución que tiene para con el comprador incumplidor respecto de lo obtenido con la nueva venta (artículos 1195 y 1196 CC). La diferencia impuesta por esta variación es

---

<sup>1014</sup> ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; VIVANTE, *Tratado*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

<sup>1015</sup> VIVANTE, *Tratado*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

<sup>1016</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586 bis, pp. 304-305; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 942.

simplemente de matiz, porque a fin de cuentas el mecanismo de concreción de la operación de reemplazo sigue siendo el mismo. La mención a la compensación solamente quiere resaltar el procedimiento de liquidación que se produce con posterioridad a la cobertura, y parte de la premisa de que el acreedor obra por cuenta y riesgo del deudor, puesto que únicamente de esa manera este último se puede convertir en acreedor de la restitución del saldo. No hay impedimento lógico, entonces, entre afirmar que el contrato inicialmente incumplido se consume por el reemplazo y sostener que entre las partes se procederá a una liquidación de sus respectivas partidas patrimoniales con el propósito de que el equilibrio contractual se mantenga inalterado.

Concebir la operación de reemplazo como una modalidad particular de pretensión de cumplimiento comporta una serie de efectos particulares, a saber:

(a) El derecho a celebrar un contrato de cobertura sólo puede ser ejercido después del vencimiento del término señalado para el cumplimiento de la obligación, vale decir, cuando la obligación sobre la que incide se ha hecho exigible (artículos 1113 y 1125 CC y 62 CCom)<sup>1017</sup>. Esto significa que no hay lugar a ella en el caso de un incumplimiento temido, salvo en el supuesto de vencimiento anticipado del plazo (artículo 1129 CC)<sup>1018</sup>, y tampoco si el deudor manifiesta una voluntad deliberadamente rebelde con anterioridad al momento en que la prestación debe ser ejecutada, porque nada impide que cambie posteriormente su

---

<sup>1017</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 10; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, p. 196; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 146, p. 298; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (pp. 932-933) y 275 (p. 965).

<sup>1018</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 207, p. 300, precisa que el rechazo de una entrega no convierte al deudor en insolvente (arg. ex artículo 705 del *Codice di Commercio* de 1882, cuya regla no se conservó en la *Legge Fallimentare* de 1942). Para el derecho español, igual restricción cabe deducir del artículo 2 II LC.

actitud y cumpla efectivamente dentro del término estipulado<sup>1019</sup>. Pero no es necesario que el incumplimiento recaiga sobre una de las obligaciones principales del contrato, de modo que haya correspondencia entre lo que se debe y lo que se obtiene en el mercado en cobertura<sup>1020</sup>, y menos que el incumplimiento sea total (aunque sí de entidad suficiente)<sup>1021</sup>.

(b) No es necesario que el deudor sea constituido en mora para celebrar el contrato de cobertura, porque éste es un requisito ajeno al supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento<sup>1022</sup>. Sin embargo, este punto parece superfluo en materia mercantil, donde la ley disciplina expresamente el inicio del estado de morosidad (artículos 62 y 63 CCom)<sup>1023</sup>.

(c) Dado que con la figura se persigue obtener el cumplimiento de una de las obligaciones del contrato, el deudor puede impedir que la operación de reemplazo surta sus efectos cumpliendo con su prestación en el tiempo intermedio, quedando obligado a lo que ella valga al tiempo de la ejecución y al

<sup>1019</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 101; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 207, p. 300.

<sup>1020</sup> FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 98, p. 744; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295.

<sup>1021</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 31, p. 100.

<sup>1022</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Incumplimiento de la obligación», cit., núm. 100, p. 162; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 653, 664 y 676; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1046, y «Las nuevas bases», cit., p. 1739; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 136.

<sup>1023</sup> De ahí la prevención de algunos autores, especialmente franceses, que exigen este requisito para celebrar el contrato de cobertura (el que vendría igualmente satisfecho por el aviso de que se procederá de esa forma). En este sentido, ANTONMATTEI/RAYNARD, *Contrats spéciaux*, cit., núm. 183, p. 147; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 10; HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 255, p. 136; LACOUR, L./BOUTERON, J., *Précis de droit commercial*, I (París, Dalloz, 3ª ed., 1925), núm. 797, p. 590; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 172, p. 195; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 19, p. 287; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, pp. 933-934; SÉRIAUX, *Contrats civils*, cit., núm. 22, p. 69; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

resarcimiento de los daños ocasionados por la mora<sup>1024</sup>. Dicha facultad de liberación puede ser ejercida tanto en cuanto no se hubiese iniciado efectivamente el procedimiento mediante el cual se concluirá el contrato de cobertura (por ejemplo, la subasta pública), momento desde el que no cabe contención posible<sup>1025</sup>.

(d) Al igual que acaece con la mora, la pretensión de cumplimiento no requiere de un incumplimiento culpable para que el acreedor pueda requerir la ejecución forzosa de la prestación<sup>1026</sup>. La operación de reemplazo se celebrará, entonces, cualquiera sea la causa del incumplimiento, con la sola restricción de que un incumplimiento fortuito no permitirá trasladar a deudor la diferencia entre el precio del contrato y el del negocio de cobertura, y éste tampoco podrá reclamar el saldo favorable<sup>1027</sup>. La regla de distribución legal del riesgo no juega aquí ninguna función, porque ella está destinada a determinar la suerte de la obligación recíproca y no lo que está directamente relacionado con la misma prestación sobrevinida imposible por un hecho ajeno a la esfera de riesgo del deudor.

(e) El acreedor que acude a una operación de reemplazo debe estar pronto a cumplir con su respectiva obligación, esto es, debe haber realizado todo aquello que le correspondía conforme a los términos del contrato en relación con su propia prestación, de suerte que la falta final de cumplimiento sea debida a un hecho

---

<sup>1024</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 102; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145 (p. 298) y 146 (p. 301); RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 944) y 275 (p. 966).

<sup>1025</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 102.

<sup>1026</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 648-649, 654 y 775; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 41-42; PANTALEÓN PRIETO, «Incumplimiento (D.º Civil)», cit., p. 3508; «El sistema», cit., p. 1046; «Las nuevas bases», cit., p. 1739; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 136; VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento», cit., p. 286.

<sup>1027</sup> La exigencia de un incumplimiento culpable es consecuencia de la concepción subjetivista de la responsabilidad contractual, presente sin contrapesos hasta bien avanzado el siglo XX. Así, RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 146, pp. 298-299; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, pp. 933-934.

exclusivo del deudor o, al menos, no imputable al acreedor<sup>1028</sup>. Esta exigencia es una consecuencia de la función asignada a la operación de reemplazo. Desde que este mecanismo se concibe como una modalidad de pretensión de cumplimiento, su aplicación queda excluida si el contratante que acude a él no ésta por su parte dispuesto a cumplir con la prestación que le corresponde, puesto que no es justo que se exija a la otra parte la ejecución de su prestación sin recibir nada a cambio<sup>1029</sup>.

Cuando eso ocurre, el deudor se puede defender con la excepción de contrato no cumplido y detener con ella la pretensión del acreedor mientras éste no ofrezca un cumplimiento que, aunque tardío, satisfaga el interés del deudor, revirtiendo sobre él las consecuencias de la cobertura realizada obstinadamente en tal situación<sup>1030</sup>. A este respecto, lo que impide el ejercicio de la operación de reemplazo es la situación objetiva de incumplimiento, no las reclamaciones que en ese sentido pueda tener el deudor<sup>1031</sup>. El acreedor que actúa asume el riesgo que supone la existencia de una eventual controversia sobre la situación de incumplimiento, el que deberá ponderar a partir de los antecedentes que posea para justificar la legitimidad de su proceder<sup>1032</sup>. En igual sentido, cualquier controversia sobre el contrato o sobre el incumplimiento impide la celebración de una operación de cobertura si las partes han suscrito un convenio arbitral (artículo 11 LA)<sup>1033</sup>.

---

<sup>1028</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 31, p. 97; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 98, pp. 743-744; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 326-327; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 287; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (pp. 934-935) y 275 (p. 965); SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, pp. 810-811.

<sup>1029</sup> Por todos, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones», RCDI 639 (1997), pp. 412-414 y 417-419.

<sup>1030</sup> MOSSA, *Diritto commerciale*, I, p. 314; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 31, pp. 97-98; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, pp. 934-935.

<sup>1031</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 31, p. 98.

<sup>1032</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 31, p. 98.

<sup>1033</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 32, p. 102.

No es necesario, con todo, que el acreedor cumpla efectivamente con su prestación, porque entonces la propia aplicación de la figura resultaría gravosa para el acreedor<sup>1034</sup>. Si así fuere, la pretensión indemnizatoria no podría quedar reducida a la diferencia de precios, porque el acreedor pagaría dos veces por la misma prestación: una respecto del deudor y otra respecto del tercero que efectivamente se la procura. El cobro de la diferencia sólo se explica cuando el acreedor no ha ejecutado su contraprestación, destinando esos bienes al cumplimiento del contrato de cobertura. Como la prestación esperada se obtiene en el mercado, el deudor no viene obligado a responder de ella por su valor final, no siquiera por el estipulado en el contrato, sino únicamente por la diferencia que le ha supuesto al acreedor su obtención.

(f) Asumido su carácter de cumplimiento forzoso, cabe determinar la compatibilidad que existe entre la operación de reemplazo y las formas comunes de ejercicio de tal remedio. Ante todo, el hecho de que el acreedor haya obtenido una sentencia de condena no es obstáculo para que pueda acudir a la operación de reemplazo y no a la ejecución procesal<sup>1035</sup>. El único límite viene dado por el inicio del procedimiento ejecutivo, que obliga a continuar la realización de un derecho indubitado conforme a sus reglas (artículo 239 LEC)<sup>1036</sup>. A la inversa, no cabe que el juez autorice preventivamente la ejecución forzada de la sentencia mediante una operación de reemplazo, porque eso equivaldría sustancialmente a aplicar un mecanismo sólo regulado respecto de títulos indubitados.

---

<sup>1034</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 458, p. 551; VIVANTE, *Tratatto*, IV, cit., núm. 1708, p. 189.

<sup>1035</sup> FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 103, p. 749; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1704 bis, p. 187.

<sup>1036</sup> CLEMENTEL, «L'autotulea unilaterale attiva», cit., p. 140.

(g) Por su parte, cuando se ha procedido a la ejecución coactiva del contrato a través de una operación de reemplazo, el acreedor pierde el derecho a ejercer la facultad resolutoria<sup>1037</sup>. Al celebrar aquélla, el acreedor cumple con su propia prestación a favor de un tercero y obtiene de él la contraprestación esperada conforme al primer contrato. El incumplimiento, representado precisamente por la inejecución de esta obligación del deudor, desaparece y con él toda posibilidad de acudir a un remedio cuyo supuesto de hecho exige la concurrencia de un incumplimiento esencial (artículo 1124 CC)<sup>1038</sup>.

Si esta preclusión se analiza desde la perspectiva de la idoneidad del remedio, la conclusión sigue siendo la misma. El cumplimiento del contrato operado merced a la operación de reemplazo produce una readecuación de las posiciones contractuales, puesto que el acreedor ha conseguido aquello que pretendía, aunque generalmente previo desembolso de una cantidad que difiere del precio convenido en el contrato primitivo (generándose así una diferencia favorable o desfavorable que se habrá de atribuir a quien corresponda). El medio de restablecer el equilibrio de prestaciones de acuerdo a la programación original de intereses es la pretensión de enriquecimiento, ejercida ya por el acreedor, ya por el deudor, y no la resolución. La finalidad de esta última es desvincular a las partes de una relación cuyo propósito práctico ha sido frustrado por un incumplimiento que impacta gravemente la economía de contrato y hace decaer el interés por perseverar en la consumación de su contenido

---

<sup>1037</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 140; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 33, p. 95; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 598, p. 312; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 945; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 448 bis, pp. 526 y 528; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1623, p. 112.

<sup>1038</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, pp. 60-61, al explicar la teoría de la ejecución coactiva del contrato, menciona que una de sus consecuencias es que el contratante moroso termina cumplidor por fuerza (o, mejor, por ficción), aunque sea a su pesar y por autoridad de la justicia.

obligacional. En el supuesto ahora en referencia, tal frustración no se produce porque es atajada con la cobertura a la que recurre el acreedor, y lo que se requiere es restablecer en justicia a los contratantes, esto es, determinar qué es lo que le corresponde de suyo a cada uno en virtud de la regla contractual a la aceptaron someterse.

Aunque la cuestión estará directamente conectada con la extensión que se reconozca al *ius variandi* del acreedor<sup>1039</sup>, la misma restricción cabe imponer en principio cuando éste ha optado por ejercer la facultad resolutoria, alternativa que excluye la posibilidad de cubrirse en el mercado mediante una operación de reemplazo<sup>1040</sup>. No obstante, el acreedor puede ejercer la facultad resolutoria si ha intentado procurarse inútilmente la prestación incumplida a través de una operación de reemplazo (artículo 1124 II CC)<sup>1041</sup>. Igualmente, si la facultad resolutoria no prospera por una falta en la calificación de esencialidad del incumplimiento o por otro defecto en su supuesto de hecho, el acreedor todavía tiene la posibilidad de recurrir a la operación de reemplazo para satisfacer su interés<sup>1042</sup>.

---

<sup>1039</sup> La doctrina española está conteste en aceptar que el artículo 1124 CC propicia el *ius variandi* desde la medida de la tutela específica al remedio resolutoria y no al contrario. La resolución clausura el ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Por lo demás, la variación del remedio elegido viene condicionada por la posibilidad relativa de cumplimiento en forma específica (STS de 18 de mayo de 1993, RJ 1993/3564). Sólo ésta permite ejercer el *ius variandi*, por lo que sin ella cabe entender que se ha producido un efecto preclusivo. Así, entre otros, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1148-1149; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 111, pp. 207-209; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 808-809; PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., pp. 774-775; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124», cit., p. 1250. La PMCC recoge esta solución en el artículo 1194 cuando el acreedor ha pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho.

<sup>1040</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 223, p. 230; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, p. 196.

<sup>1041</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 945.

<sup>1042</sup> GORLA, G., *La compravendita e la permuta* (Turín, UTET, 1937), núm. 152, p. 204; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 945.



(h) La naturaleza asignada a la operación de reemplazo condiciona también la clase de prestaciones cuya cobertura puede obtenerse del mercado.

(i) Sobre el lugar en que se debe celebrar la operación de reemplazo, caben dos soluciones: donde las cosas se encuentran o donde se había estipulado el cumplimiento de la obligación. Ciertamente es que muchas veces ambos lugares coincidirán, pero en otros casos no sucederá así y el cumplimiento importará un traslado de los bienes en que la prestación consiste o de los medios materiales o personales para que ella pueda ser cumplida.

La opinión minoritaria estima que el nuevo contrato se ha de celebrar por principio ahí donde se encuentran las cosas en que consistía la prestación o los documentos que la representan<sup>1043</sup>.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria es del parecer que ha de preferirse aquel lugar donde se convino que el contrato original fuese cumplido, a menos que la parte afectada no haya dado ejecución a los actos preliminares de cooperación necesarios para el cumplimiento (verbigracia, indicación del lugar de destino, revisión de las mercaderías, expedición de las mismas, etcétera)<sup>1044</sup>. En este último caso, el contrato de cobertura se puede celebrar en la plaza más cercana o ahí donde se encuentren las cosas sobre las que versaba el primer contrato, quedando siempre a salvo la facultad del contratante cumplidor para modificar esta localización si lo hace en interés de la parte incumplidora y observando los principios de la buena práctica

---

<sup>1043</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43, p. 126 (venta coactiva); RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 296.

<sup>1044</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 213, p. 360; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 61 (pp. 154-155, compra coactiva) y 74 (p. 176, contratos bursátiles); FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 748); GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 327; MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 315; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 590, p. 309; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 937) y 275 (967-968); TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 454, p. 539; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

comercial<sup>1045</sup>. Así, el vendedor podrá trasladar la mercadería desde el lugar de producción a una plaza cercana si sabe que en ella podrá obtener un mejor precio de venta, o venderla durante el viaje si el comprador ha declarado que no la recibirá y existe una ocasión favorable<sup>1046</sup>. Lo mismo ocurre si el deudor ha declarado que no cumplirá con su parte del contrato cuando los bienes adquiridos no han sido todavía expedidos. Cuando eso sucede, no resulta razonable que el acreedor haya de cubrirse en el lugar de destino de las mercaderías, pues con tal decisión se ponen de cargo del deudor los gastos derivados del transporte y conservación de las mercaderías, que bien pueden evitarse<sup>1047</sup>.

El incumplimiento de esta regla produce la obligación de indemnizar los perjuicios causados al contratante incumplidor y reduce los gastos que pueden ser cobrados (el deudor no está obligado al mayor daño, por lo que habrá de restarse éste del reembolso debido por gastos y daños)<sup>1048</sup>. Así, en una venta CIF han de acreditarse los mayores gastos de transporte y de plusvalía de las mercaderías en la segunda plaza<sup>1049</sup>. Ciertamente, y dado que se trata de una regla instrumental, quedará a salvo el derecho del contratante insatisfecho para decidir el lugar de la cobertura si, a su vez asume, los gastos que de ese traslado pueden seguirse<sup>1050</sup>. También le es admitido probar que estuvo

---

<sup>1045</sup> MOSSA, *Diritto commerciale*, I, p. 315; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 591, p. 309; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 146, p. 299; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 454, pp. 539-540; VIVANTE, *Tratatto*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

<sup>1046</sup> VIVANTE, *Tratatto*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

<sup>1047</sup> NAVARRINI, *Trattato*, II, núm. 591, p. 309; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 453, p. 539.

<sup>1048</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43 (p. 127) y 61 (p. 155); GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 327 y 330; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 937.

<sup>1049</sup> Cas. Torino, 19 enero 1923, Dir. Comm. 1923, 117.

<sup>1050</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43, pp. 126-127; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 937; VIVANTE, *Tratatto*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

constreñido sin culpa a celebrar la operación de reemplazo en un sitio diferente, porque así lo aconsejaban razones de necesidad o utilidad<sup>1051</sup>.

(j) Si la prestación adolecía de vicios ocultos, el acreedor no puede acudir a la operación de reemplazo si ya la ha recibido y sólo le queda ejercer la correspondiente tutela redhibitoria (artículos 1484 y 1486 CC), con las restricciones propias tratándose de una venta mercantil (artículos 336 y 342 CCom)<sup>1052</sup>. Pero si no ha manifestado todavía su satisfacción, el acreedor se podrá cubrir mediante este expediente cuando el incumplimiento consistiere en la evicción de la cosa con la que el deudor ha cumplido (artículo 1475 CC) o cuando ella presentare vicios o algún defecto en la calidad debida por el contrato (artículo 1484 CC), porque entonces no ha existido propiamente cumplimiento (artículos 327 y 328 CCom)<sup>1053</sup>. Cubierto el acreedor con una nueva prestación, cesa la garantía por la falta de conformidad que correspondía al deudor<sup>1054</sup>.

(k) Por principio, la ejecución forzosa debe cumplir con determinadas garantías que aseguren el debido proceso (artículo 24 II CE)<sup>1055</sup>. Una de las reglas elementales de justicia existente al

<sup>1051</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43, pp. 126-127; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 937; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 190.

<sup>1052</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 55, p. 150. En esta materia, VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., sostiene una opinión contradictoria: por una parte, reconoce que la ejecución coactiva procede cuando ha existido una entrega de mercancías que presentan vicios (núm. 1706, p. 187); pero por otra, excluye las acciones ordinarias por incumplimiento (artículo 1165 del *Codice Civile* de 1865) si al acreedor le correspondía una acción redhibitoria (núm. 1664, p. 150).

<sup>1053</sup> ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 287; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 934.

<sup>1054</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 141.

<sup>1055</sup> En el derecho francés, esta garantía viene dada por la necesaria intervención judicial, respecto de la cual el reemplazo mercantil es sólo una excepción limitada y siempre sujeta a un control de razonabilidad (buena fe y diligencia). Así, ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 211, p. 357; BENABENT, *Les obligations*, cit., núm. 865, p. 565; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171 (p.

respecto señala que no cabe ejecutar forzosamente una obligación sin el conocimiento del deudor contra el que procede, de suerte que éste tiene aún una última oportunidad de cumplimiento si desea evitar la secuela de tal procedimiento. Aplicada a la operación de reemplazo, esta exigencia viene satisfecha por la noticia preventiva de que se acudirá a tal mecanismo si el deudor no paga dentro de un determinado plazo<sup>1056</sup>. El aviso cumple así una función informativa del deudor, quien tiene la posibilidad de evitar la celebración del nuevo contrato o bien intervenir en él. Esta equivalencia con la notificación procesal hace que el aviso se pueda practicar incluso mediante un anuncio en algún medio de comunicación que garantice su difusión, siempre que los interesados sean muchos o se ignore su actual paradero (artículos 15.1 y 164 LEC)<sup>1057</sup>. En cambio, no corresponde acudir a esta publicidad presunta cuando se sabe a ciencia cierta el paradero e identidad del deudor, dado que entonces tal mecanismo no resulta idóneo para garantizar el efectivo conocimiento del deudor respecto de la operación de reemplazo y entraña un comportamiento de mala fe por parte del acreedor (artículos 7 y 1258 CC, 11 LOPJ y 247 LEC)<sup>1058</sup>.

Por ser una forma de cumplimiento forzoso, la operación de reemplazo exige que el aviso tenga carácter de intimación y sea, por tanto, previo a su celebración<sup>1059</sup>. Sin embargo, en un supuesto normal, ella se concretará generalmente dentro del término en el que el deudor debía ejecutar su prestación y, por tanto, éste ha de prever y esperar que así ocurra<sup>1060</sup>. Esto explica que no sea

---

195) y 173-174 (pp. 196-198); VINEY, «Exécution en nature», cit., núm.26, pp. 190-191.

<sup>1056</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 39, pp. 116-117.

<sup>1057</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, p. 117.

<sup>1058</sup> App. Bari, 1 de marzo de 1926, Foro Puglie 1926, 180.

<sup>1059</sup> SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>1060</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 207, p. 300; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 540; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 193.

necesario dar al deudor un aviso preventivo de que se acudiría a un negocio de cobertura<sup>1061</sup>, bastando con que se le dé pronta noticia de que se ha procedido a ella<sup>1062</sup>.

Originalmente, y ciertamente inspirado en el § 343 ADHGB por entonces vigente<sup>1063</sup>, el criterio propuesto para el *Codice di Commercio* de 1882 era diverso. En el Proyecto definitivo se establecía que el vendedor debía dar aviso previo al comprador de que procedería a la venta coactiva (artículo 67 I), del que sólo quedaba liberado cuando existiese algún peligro derivado de su retardo, permaneciendo obligado a comunicar su realización inmediatamente después de ocurrida (artículo 67 II). En la *Commissione di Coordinamento* se eliminó esta referencia y se introdujo el que pasó a ser el artículo 68 IV del código finalmente promulgado: «*Il contraente che usa delle facoltà suddette, deve in ogni caso darne notizia all'altro contraente*», sin que en la edición de los trabajos preparatorios exista constancia de la razón de tal modificación.

La redacción con que finalmente quedó redactada esta exigencia hizo que la doctrina discutiera acerca del momento en que debía darse el aviso. La opinión dominante sostenía que aquél había ser dado inmediatamente después de celebrada la venta o compra coactiva<sup>1064</sup>. Los argumentos utilizados en apoyo de esta

<sup>1061</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 193.

<sup>1062</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40 (p. 117) y 59 (p. 153); LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 201-202 (pp. 292-294) y 205 (pp. 296-297); MARGHERI, A., *Manuale di diritto commerciale* (Roma, Athenaeum, ed. renovada, 1922), I, p. 311; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 588 (p. 307) y 596 (p. 312); SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, pp. 294-295, y *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 138; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 456, p. 548; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1711, p. 193.

<sup>1063</sup> Véase el § 376 HGB y el artículo 190 OR.

<sup>1064</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 23, p. 88; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 747) y 101 (p. 749); LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 201-202 (pp. 290-293) y 205 (p. 296-297); MARGHERI, *Manuale*, I, cit., p. 311; NAVARRINI, *Trattato*, II, núm. 588 (p. 307) y 596 (p. 312); RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, pp. 294-295; SCHEGGI, *Diritto commerciale*,

conclusión eran principalmente el cambio de redacción experimentado entre el Proyecto definitivo y el código promulgado, y el hecho de que la norma exigiese que se diera noticia y no aviso al otro contratante. Además, si el deudor estuviese enterado de que el acreedor procedería a una compra o venta en daño, con seguridad recurriría a alguna estrategia o a protestas inútiles que podrían preocupar al acreedor. Por el contrario, la tesis minoritaria consideraba que la comunicación debía ser siempre previa, de modo que la parte incumplidora pudiera todavía dar ejecución a su parte del contrato y evitar así o el depósito de las mercaderías o la compraventa de reemplazo<sup>1065</sup>, o al menos contemporánea a la realización de estas formas de ejecución coactiva<sup>1066</sup>. Se argumentaba que sólo con una interpretación como ésta se evitaba que esta medida se convirtiese en un medio de especulación en contra del deudor, dado que si la noticia se daba con posterioridad a la venta coactiva, el acreedor se apresuraría a hacer saber la operación desfavorable que había celebrado, mientras que retardaría la información de aquella favorable para retener sus beneficios<sup>1067</sup>.

---

cit., núm. 72, pp. 294-295, y *Compravendita*, núm. 32, p. 138; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1708, p. 188.

<sup>1065</sup> VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, II (Milán, Ulrico Hoepli, 4ª ed., 1895), núm. 2980, p. 620.

<sup>1066</sup> SRAFFA, A., «Il momento della notizia per l'inizio del procedimento nella esecuzione coattiva (art. 68 cod. di comm.)», RDCOM XV (1918) 2, pp. 157-163. Para FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 39-40 (pp. 114-117) y 59 (p. 153), la *ratio legis* del artículo 68 IV del *Codice di Commercio* no se concedía con un noticia retrospectiva sobre la celebración de la venta de reemplazo y, por consiguiente, siempre había de tener carácter preventivo. Este autor dejaba abierto a la discusión, empero, el momento en que tal noticia había de darse, vale decir, si tenía que ser con carácter previo a que se procediera a la venta coactiva (Vidari) o si también cabía avisar al deudor durante su realización (Sraffa). El único requisito exigido al efecto era que la noticia permitiese al deudor intervenir en la nueva venta.

<sup>1067</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 205, p. 296, compartía la opinión mayoritaria, pero ponía en evidencia que un acreedor prudente ciertamente informaría al deudor con carácter previo sobre la celebración de la operación de reemplazo, poniéndolo al tanto de los datos que al efectos fueren relevantes.

Este último fue también el criterio adoptado por el *Codul Comercial* rumano, que reprodujo con algunas variaciones menores la estructura del artículo 68 del código italiano de 1882<sup>1068</sup>.

La oportunidad de la noticia se ha de juzgar de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar, considerando para ello los usos del comercio, la naturaleza del contrato y de la prestación, las especiales condiciones de urgencia motivadas por razones de crisis o de caída de los precios y otros factores igualmente relevantes<sup>1069</sup>. La noticia deberá contener las indicaciones útiles relacionadas con el nuevo contrato, esto es, el lugar y la fecha de su celebración, el nombre del agente u oficial público que la ha realizado y el precio acordado, para que el contratante a cuyo cargo se realiza pudiera verificar que existía correspondencia con las condiciones de mercado<sup>1070</sup>.

La falta o retardo en dar el aviso no privan de eficacia al negocio ya concluido, pero exponen al acreedor a responder por los daños que de ahí se sigan<sup>1071</sup>. En efecto, la finalidad de este aviso es evitar los daños que pueda sufrir el deudor como consecuencia de la ignorancia de que el acreedor ha celebrado un negocio de cobertura (verbigracia, si el vendedor, ignorante de que el comprador ya se ha cubierto adquiriendo en el mercado

---

<sup>1068</sup> Sobre este punto, sin embargo, el código rumano prefirió apartarse de la redacción aprobada en el *Commissione di Coordinamento* y disponer que la parte que quisiera hacer uso del derecho de hacer vender o hacer comprar debía dar un preaviso al otro contratante (artículo 68 IV).

<sup>1069</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, p. 117.

<sup>1070</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, p. 118; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 205, p. 296; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 944) y 275 (p. 966); SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, pp. 138-139; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1711, p. 194.

<sup>1071</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, pp. 118-119; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 747) y 101 (p. 749); RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 943; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455 (p. 546) y 456 (p. 549); VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 171, p. 193.

una prestación equivalente, celebra un contrato más oneroso con el fin de obtener las mercaderías que debía entregar)<sup>1072</sup>.

El aviso debe ser dado al deudor o a su representante directamente en su residencia comercial<sup>1073</sup>, sea verbalmente, por carta o por algún otro medio de comunicación, sin que sea necesaria una notificación judicial<sup>1074</sup>. A este respecto, con todo, cabe tener en cuenta que el aviso es un acto unilateral de carácter recepticio<sup>1075</sup>. Esto significa que el acreedor cumple con la carga de notificar la celebración de la operación de reemplazo incluso si el deudor no logra enterarse a tiempo por encontrarse ausente de su residencia comercial o porque la carta no llegó finalmente a destino, desde que el caso fortuito necesariamente ha de recaer sobre este último por estar incurso en mora<sup>1076</sup>. Basta que el envío se haga en los modos usuales seguidos en el comercio y con la prudencia y diligencia normales<sup>1077</sup>.

(l) La ejecución coactiva produce la transferencia de propiedad de la cosa puesta nuevamente en el mercado por el acreedor. Esta transferencia se materializa merced al poder de disposición (*ius vendendi*) que le corresponde respecto de

---

<sup>1072</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 39-40, pp. 116-117; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, pp. 966-967; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546.

<sup>1073</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, p. 118; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1711, p. 193.

<sup>1074</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40 (p. 117) y 49 (p. 140); FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 747) y 106 (p. 753); MARGHERI, *Manuale*, I, cit., p. 311; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145 (p. 294), 146 (p. 298) y 147 (p. 304); RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 944; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 294, y *Compravendita*, núm. 32, pp. 138-139; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 456, p. 548; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1711, p. 194.

<sup>1075</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40 (p. 118) y 49 (p. 141).

<sup>1076</sup> BARASSI, L., *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali* (Milán, Società Editrice Libreria, 1906), pp. 134-136; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40 (p. 118) y 49 (p. 141); VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1711, p. 194.

<sup>1077</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 40, p. 118.



aquellas cosas del deudor que permanecen especialmente vinculadas al cumplimiento del contrato o, si todavía no ha existido tradición, en virtud del derecho de propiedad que aquél tiene sobre ellas<sup>1078</sup>. En cualquier de los dos casos, el tercero adquiere siempre de buena fe y queda protegido de toda reclamación sobre las cosas adquiridas (artículo 464 I CC)<sup>1079</sup>.

(m) La determinación de la diferencia de precio presenta características distintas cuando la operación de reemplazo es concebida como una modalidad de ejecución coactiva del contrato. Si éste se cumple forzosamente, quiere decir que la regla contractual mantiene su imperio y alcance en todos sus aspectos como si el desenvolvimiento del programa de prestación se hubiera realizado sin ningún tipo de contratiempo. Cada parte conserva su posición acreedora y deudora en la misma medida que la asignada por el contrato, de suerte que la cobertura sólo significa una variación accidental en el balance final entre los contratantes y jamás comporta un enriquecimiento injustificado para una de ellas<sup>1080</sup>. Por ejemplo, si el comprador incumple su obligación de pagar el precio, el vendedor puede celebrar una venta de reemplazo para liberarse de las mercaderías que tenía destinadas al cumplimiento de ese primer contrato y obtener así el precio de las mismas. Su primitiva obligación de entregar viene sustituida, entonces, por la de enterar el precio obtenido con la nueva venta, y puede compensar ésta con aquella del deudor de pagar el precio originalmente acordado, permaneciendo como

---

<sup>1078</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 51, p. 142; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 98, p. 744; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 325.

<sup>1079</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 51, p. 143.

<sup>1080</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 24, pp. 88-89; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 203, p. 295; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, pp. 197-198.

acreedor si el precio de cobertura es menor o convirtiéndose en deudor en el evento contrario<sup>1081</sup>.

De esto se sigue que la diferencia que satisface el contratante incumplidor ha de ser considerada como parte de la prestación a la que éste viene obligado (daño intrínseco), y no como una forma de resarcimiento de los daños extrínsecos<sup>1082</sup>. Eso explica que el acreedor puede incluso pedir un anticipo para celebrar el negocio sustitutivo, de forma semejante a lo que se establece en el procedimiento ejecutivo de las obligaciones fungibles de dar y hacer (artículos 1096 II y 1098 CC y 702 y 706 LEC), para satisfacer así su interés de prestación<sup>1083</sup>. A estos efectos, cabe distinguir claramente entre este residuo de la prestación que se entera en dinero (calculado a partir de la diferencia de precios) y el resarcimiento de los demás daños que el acreedor ha sufrido como consecuencia del incumplimiento<sup>1084</sup>. En este contexto son relevantes tanto las diferencias favorables como las desfavorables que se puedan producir entre el precio del contrato y el precio de

---

<sup>1081</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586 bis, p. 305; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>1082</sup> DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20 (p. 70) y 53 (pp. 144-146); HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 256, p. 137; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 175, p. 198; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46, pp. 206-207; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 942; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; VIVANTE, *Trattato*, IV, núm. 1709 quater, p. 190. ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 287, por su parte, parece atribuir a la diferencia de precios el carácter de daño, pero no conecta éste con la exigencia de culpa del contratante incumplidor. A su juicio, basta el mero retardo para que tal diferencia pueda ser reclamada. Cabe concluir, en consecuencia, que la situación aquí referida es muy similar a la que ocurre con los intereses moratorios, que comportan una forma de valoración abstracta del daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación pecuniaria (artículo 1108 CC), por lo que su efecto práctico termina coincidiendo con el descrito en el texto.

<sup>1083</sup> DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601.

<sup>1084</sup> DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 256, p. 137; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46, pp. 206-207; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 295; VIVANTE, *Trattato*, IV, núm. 1709 quater, p. 190.

cobertura, porque en ambos casos se habrá de atribuir el exceso o imputar el defecto para que el equilibrio de prestaciones que el contrato aseguraba no se vea afectado.

El acreedor que ha recurrido a este mecanismo de cobertura ha de compensar la obligación de pago que pesa sobre el deudor con las propias partidas que integran su posición contractual<sup>1085</sup>. Esta compensación se realizará observando las siguientes reglas: (i) si hay una diferencia a su favor, el acreedor puede imputarla a los gastos u otros daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, de acuerdo a la liquidación convencional o judicial que se haga de los mismos (arg. ex artículos 1174 y 1780 CC)<sup>1086</sup>, pudiendo retener con igual fin las arras que el deudor haya entregado en función penal (artículos 1252 y 1454 CC)<sup>1087</sup>; (ii) si la diferencia es en contra, el acreedor tiene el derecho a reclamar su pago al deudor o a quienes hayan garantizado la obligación<sup>1088</sup>; (iii) por último, si el saldo no puede ser imputado a

<sup>1085</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 28, p. 90; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586 bis, p. 305; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 942; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

<sup>1086</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 53 (p. 144) y 64 (p. 156); FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 749); NAVARRINI, U., *Delle società e delle associazini commerciali* (Milán, Francesco Vallardi, s.d. [pero 1924]), núm. 432, p. 590; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 297; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 942) y 275 (pp. 968-969); TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, núm. 451, p. 535; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; VIDARI, *Corso*, II, cit., núm. 2977, p. 619.

<sup>1087</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 53, p. 145; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm.101, p. 749; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 594, p. 311; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 102, p. 400; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 158, p. 324; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, núm. 451, p. 535; VIDARI, *Corso*, II, cit., núm. 2977, p. 619.

<sup>1088</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 22 (p. 82) y 24 (p. 89); DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18 (p. 60), 26 (p. 87), 28 (pp. 90-91), 53 (pp. 144-145), 64 (p. 156) y 77 (p. 178); FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 747); GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 325-326 y 328; HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 256, p. 137; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, cit., I, núm. 204, p. 296; MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., 316; NAVARRINI, *Società e delle associazioni commerciali*, cit., núm. 432-433, p. 590, y *Trattato*, II, cit., núm. 594,

ninguna otra partida, el acreedor tiene la obligación de entregar esa diferencia al deudor<sup>1089</sup>. Esta última situación es una consecuencia natural de entender que el contrato conserva entre las partes toda su fuerza obligatoria y contenido obligacional, porque el acreedor así lo ha querido al perseverar en su cumplimiento; de donde se sigue que la medida de su derecho de crédito no puede ser superior a aquella acordada en aquel contrato y que fue considerada como equivalente de la prestación a la que se obligaba el deudor (artículo 1274 CC).

(n) Aun cuando el negocio sustitutivo haya sido celebrado por igual precio que el contrato incumplido, el acreedor tiene derecho a reclamar los gastos que le ha supuesto la cobertura<sup>1090</sup>. Tiene derecho asimismo a reclamar el daño adicional que haya sufrido,

---

p. 311; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 53 (p. 236) y 102 (pp. 399-400); RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, pp. 297-298; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 942) y 275 (p. 968); SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 293; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; SOPRANO, *Trattato*, I, cit., núm. 463, p. 462; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 451, p. 535, 453, p. 537; VIDARI, *Corso*, II, cit., núm. 2977, p. 619.

<sup>1089</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 24, p. 89; DALMARTELLO, *L'esecuzione dei soci*, cit., núm. 92, p. 271; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 17 (p. 58), 26 (p. 87), 28 (pp. 90-91), 53 (p. 146), 64 (p. 156) y 77 (p. 178); FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 749); GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 323 y 326 (sólo respecto de la venta de reemplazo, por la diferencia de redacción empleada en los artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile* de 1942); MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 316; NAVARRINI, *Società e delle associazioni commerciali*, cit., núm. 432, p. 590, y *Trattato*, II, cit., núm. 594, p. 311; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 53 (pp. 235-236) y 102 (p. 400); RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 297; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288 (sólo en la compra de reemplazo); RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 [pp. 942-943 (aunque sólo teóricamente respecto de la venta de reemplazo, por el tenor del artículo 1516 II del *Codice Civile* de 1942)] y 275 (p. 969); SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 293; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; SOPRANO, *Trattato*, I, cit., núm. 463, p. 462; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 453, p. 537; VIDARI, *Corso*, II, cit., núm. 2977, pp. 618-619; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 quater, p. 190.

<sup>1090</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 140; HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 256, p. 137; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811.

el que deriva en primer lugar del retardo en el cumplimiento (artículos 1100 y 1101 CC) y es indemnizable sólo en la medida de la regla de la previsibilidad (artículo 1107 CC)<sup>1091</sup>. Cabe agregar también el daño derivado de la custodia si el deudor, además de la mora en el pago del precio, no ha recibido la prestación que le fue ofrecida<sup>1092</sup>. Aunque este último supuesto no está previsto expresamente en el derecho español, por cuanto sólo el deudor está obligado a responder civilmente por la causación de daños derivados de incumplimiento, como sí ocurre en el derecho italiano (artículo 1207 II del *Codice Civile*), su admisibilidad ha sido igualmente aceptada por la polivalencia que se observa generalmente en las posiciones contractuales impuesta por la buena fe en función de integración del contrato (artículo 1258 CC)<sup>1093</sup>. Estos daños solamente pueden ser cobrados si existe una sentencia de condena (o el deudor se allana voluntariamente a pagarlos), por lo que el acreedor debe reclamarlos judicialmente<sup>1094</sup>. Además, éste tiene derecho a exigir directamente, si ha habido un exceso, los intereses debidos por el precio (artículo 1108 CC)<sup>1095</sup>.

(o) La inobservancia de las reglas que rigen la cobertura hace que el acreedor sea responsable de los daños que de ello puedan seguirse para el deudor<sup>1096</sup>. Donde tales reglas no existen, y si se acepta igualmente su procedencia, la posibilidad de celebrar un negocio de reemplazo será admisible hasta que ello comporte un abuso de su derecho por parte del acreedor, límite que se suele

---

<sup>1091</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 140; DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 942) y 275 (p. 969).

<sup>1092</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 969.

<sup>1093</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, pp. 917-918.

<sup>1094</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 969.

<sup>1095</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 969.

<sup>1096</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 941) y 275 (pp. 969-970).

aceptar respecto de la pretensión de cumplimiento<sup>1097</sup>. Eso supondrá, por ejemplo, que el acreedor sólo podrá reclamar del deudor la diferencia que exista entre el precio del contrato incumplido y aquel que se hubiera pagado por un negocio hipotético celebrado según las condiciones de mercado vigentes al momento en que el acreedor hubiera debido cubrirse<sup>1098</sup>. Dado que el negocio sustitutivo busca que el acreedor obtenga la prestación debida de la manera más cercana a aquella que le habría supuesto un cumplimiento exacto, íntegro y oportuno del deudor, el momento de una cobertura razonable será aquel en que la obligación incumplida se hizo exigible, vale decir, la oportunidad en la cual el acreedor debió por contrato haber recibido la prestación esperada. Por consiguiente, el precio del contrato se restará del precio que una prestación de esas características tenga al día o al mes en que el cumplimiento se debió producir<sup>1099</sup> o, al menos, desde que el deudor quedó incurso en mora<sup>1100</sup>.

(p) Por ser la operación de reemplazo un medio de ejecución del contrato incumplido, la consecuencia natural es que el negocio de cobertura se celebre en las mismas condiciones que aquél<sup>1101</sup>. Sin embargo, y dado que la medida será finalmente la pronta satisfacción del interés del acreedor, bastará con que, al menos, el negocio de sustitución se celebre al contado y sin otras condiciones que las impuestas por la buena fe (artículos 7 y 1258

---

<sup>1097</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 776; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1046, y «Las nuevas sedes», cit., pp. 1728 y 1730.

<sup>1098</sup> MARTIN DE LA MOUTTE, «Sanctions», cit., núm. 41, p. 233; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198.

<sup>1099</sup> DELAYEN, G./HOMBURG, R./CHOTIAU, G., *Des marchés commerciaux* (París, Goddé, 1927), núm. 169; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 42, p. 124; HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 256, p. 137.

<sup>1100</sup> DELEBECQUE/GERMAIN, *Traité*, II, cit., núm. 2536, p. 601; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial* (París, L.G.D.J., 3ª ed., 1954), núm. 2260, p. 909.

<sup>1101</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139.

CC y 57 CCom)<sup>1102</sup>. En este último, pues, no hay necesidad de reproducir las cláusulas estipuladas para el primero, las que sólo tendrán relevancia cuando influyen en el precio de la prestación o en la forma que ésta es normalmente ejecutada en el tráfico comercial (por ejemplo, por la existencia de una cláusula CIF, FOB o *tel quel*<sup>1103</sup>)<sup>1104</sup>. Esta falta de necesaria correspondencia entre el primer contrato y el de reemplazo tiene consecuencias a la hora de efectuar la compensación entre ambos contratantes. En dicho escenario, si el acreedor recibe alguna ventaja derivada de la liberación de una cláusula puesta a su cargo en el primer contrato, puede legítimamente retenerla, pero se ha de retraer su valor del daño que posteriormente reclamará al deudor<sup>1105</sup>.

(q) La operación de reemplazo también tiene repercusión en la transferencia de propiedad de la prestación incumplida. Es perfectamente posible que una obligación de dar haya sido cumplida a través de una tradición ficta, de guisa que con anterioridad al incumplimiento (de la obligación de entrega en sentido propio) el acreedor sea ya dueño de las cosas transferidas aunque no las detente materialmente (artículo 1463 CC).

El supuesto de más común ocurrencia será el incumplimiento por parte del vendedor de su obligación de entrega. Si el vendedor no pone las mercaderías físicamente a disposición del comprador, quien ya las ha adquirido por tradición, sin importar cuál sea la

---

<sup>1102</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47 (p. 134) y 76 (p. 178); HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 255, p. 136; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, pp. 196-197; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 297.

<sup>1103</sup> La cláusula *tel quel* (*merce visitata e piaciuta; die Waare falle, wie sie falle*) es una estipulación que se suele incluir en la compraventa de mercaderías en viaje desde su país de origen. Por ella, el importador se libera de cualquier obligación de garantía quitando al comprador el derecho de examinar aquéllas, con una reducción en el precio como compensación (VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1679, pp. 167-168). El contrato adquiere así un carácter eminentemente aleatorio para el comprador (artículo 1790 CC).

<sup>1104</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47, p. 13; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, p. 288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 968.

<sup>1105</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47, p. 135.

razón de ese comportamiento, éste queda facultado para procurarse en el mercado esos bienes a título de cumplimiento coactivo del contrato<sup>1106</sup>. A tal efecto, esta compra de cobertura opera un resolución inmediata y de pleno derecho del traspaso de propiedad de la prestación que no fue efectivamente entregada, la que regresa al vendedor incumplidor<sup>1107</sup>. Paralelamente, las nuevas mercaderías adquiridas ingresan directamente al patrimonio del comprador, sin que pasen previamente por el del vendedor<sup>1108</sup>.

Este principio tiene una excepción cuando el incumplimiento se deriva de un negocio incompatible que ha celebrado el vendedor, y siempre que el primer contrato no produzca un efecto real (artículo 1473 CC). En cambio, si el contrato ha transferido por sí mismo la propiedad de las cosas vendidas, como acaece en el derecho francés e italiano, las consecuencias que se siguen del incumplimiento son diversas. El nuevo contrato celebrado por el acreedor respecto de las cosas que todavía están materialmente en su poder se entiende concluido por cuenta del deudor, quien es el actual propietario de tales cosas (artículos 1138 del *Code Civil* y 1376 del *Codice Civile*)<sup>1109</sup>. Esto significa que el beneficio obtenido de ese segundo contrato corresponde propiamente al comprador, en cuyo nombre y a cuyo favor (aun sin quererlo el vendedor) aquél se ha celebrado (artículos 1888 y 1893 CC). Además, el vendedor es responsable del menor valor que pueda haber conseguido con esa venta, dado que su calidad de deudor constituye para el comprador una garantía de satisfacción de su interés contractual en la medida de su prestación, vale decir, aquél

---

<sup>1106</sup> NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 589, p. 308.

<sup>1107</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 64, p. 156; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 328; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 589, p. 308; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 931; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 453, p. 539.

<sup>1108</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 941.

<sup>1109</sup> NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 589, p. 308.



viene obligado a procurar a este último la propia prestación debida o bien su equivalente pecuniario<sup>1110</sup>. Por consiguiente, el comprador puede proteger su interés recurriendo a la operación de reemplazo o instando directamente por la restitución de los provechos obtenidos por el vendedor con la segunda venta (artículo 1186 CC).

(r) La operación de reemplazo no es más que una medida destinada a suplir la falta de cumplimiento del deudor<sup>1111</sup>. Tal carácter hace que, en principio, no exista un término general establecido para la celebración del negocio sustitutivo, pese a que las características propias de la contratación mercantil aconsejan siempre la conveniencia de una pronta cobertura<sup>1112</sup>.

La principal dificultad con que se encuentra el operador jurídico es la de determinar la oportunidad de ejercicio de la facultad del acreedor de cubrirse del incumplimiento mediante un nuevo contrato. En esta materia es ilustrativo seguir la evolución

---

<sup>1110</sup> También refuerza esta conclusión el criterio utilizado por el Código de Comercio para distribuir el riesgo: perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos vendidos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, éste corresponde al comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor (artículo 333). Basta invertir esta regla para concluir que lo relevante para el código es la entrega, de modo que el vendedor es responsable de todo cuanto pueda acaecer sobre las cosas hasta que ésta se pone a disposición del comprador (cfr. artículo 334 CCom). Si es así, el riesgo sólo se traslada éste cuando recibe las mercancías (por la tradición) o se constituye en mora de recibir (por los efectos propios de la mora). Por el contrario, el vendedor que incurre en mora de entregar queda responsable del riesgo y de todas las consecuencias que de ello se pueda seguir (TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 453, p. 539), y en esa responsabilidad por custodia quedará incluido no sólo el perecimiento físico sino también el detrimento económico (FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 42, p. 125).

<sup>1111</sup> ARE, *L'obbligazione*, cit., núm. 22, pp. 82-83; HÉMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 254, pp. 135-136; SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, p. 811; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 540.

<sup>1112</sup> Por esta razón, NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 600, pp. 314-315, criticaba la supuesta especialidad del artículo 69 del *Codice di Commercio* italiano de 1882. A su juicio, y contra la evidente intención de la ley, la mentada norma era de general aplicación en el tráfico comercial, dado que las mercaderías suelen tener un precio de mercado oscilante y los compromisos contractuales sobre ellas exigen una disponibilidad casi inmediata.

de la doctrina italiana, que pronto se dio cuenta de la imposibilidad práctica de asimilar el plazo de ejercicio de la pretensión de cumplimiento y aquel de celebración de una operación de reemplazo.

El *Codice di Commercio* de 1882 sólo estableció un límite temporal para la celebración de la operación de reemplazo respecto de los contratos con término absoluto, donde aquélla sólo podía ser realizada dentro de las veinticuatro siguientes al aviso que había de darse al deudor a más tardar al día siguiente de producido el vencimiento (artículo 69). La brevedad y el rigor de estos términos eran una clara muestra de que la venta no concluida dentro del tiempo inmediato al incumplimiento podía degenerar en una fuente de abusos por parte del acreedor<sup>1113</sup>.

Sin embargo, respecto de los demás contratos no existía en principio ningún límite que constriñera temporalmente la facultad del acreedor de acudir al mercado para obtener la prestación debida, y tampoco lo hay actualmente en el *Codice Civile* de 1942, pese a que los proyectos de reforma de la codificación mercantil sí incluían límites temporales precisos. Este silencio de la ley, sumado al carácter de ejecución coactiva que se asigna a la figura, llevó a un sector de la doctrina y de la jurisprudencia a concluir que el acreedor podía ejercer dicha facultad mientras su derecho de crédito no hubiese prescrito (artículos 915 del *Codice di Commercio* y 2934 del *Codice Civile*)<sup>1114</sup>, criterio que también se postulaba en el Derecho alemán respecto de la venta por cuenta del comprador moroso (*Selbsthilfeverkauf*)<sup>1115</sup>, dado que éste es el mecanismo normal previsto para la clausura del término dentro del cual pueden ser ejercidos los derechos con todas las

---

<sup>1113</sup> VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 191.

<sup>1114</sup> CIVETTA, G. M., «Il termine per l'esecuzione coattiva di cui all'art. 68», RDCom XVII (1920) 2, pp. 398-400; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100, p. 746; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, pp. 541-548; SANTINI, «L'esecuzione coattiva dell'art. 69», p. 417.

<sup>1115</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 41, p. 120 y la literatura ahí citada (nota 67).

consecuencias jurídicas que ello implica. La consecuencia práctica que se seguía de esta interpretación era que la nueva compraventa podía ser celebrada en cualquier momento dentro de los diez años siguientes a la exigibilidad del crédito afectado por el incumplimiento (artículos 917 del *Codice di Commercio* y 2946 del *Codice Civile*), con las repercusiones que este largo estado de pendencia suponía para la normal actividad comercial del deudor.

Fácil es comprender que esta interpretación excesivamente rigorista no era satisfactoria. Más aún, pugnaba con la buena fe y la equidad, las cuales exigen que la parte incumplidora no sea tenuta por demasiado tiempo en la incertidumbre sobre la suerte final del contrato, ni expuesta al peligro de una variación en el precio de las mercancías o títulos que eran objeto del contrato incumplido<sup>1116</sup>. De alguna forma se había de establecer un límite al ejercicio de la facultad de reemplazo del acreedor, y la vía seguida para hacerlo fue diversa.

Al respecto, las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia pueden ser ordenadas mediante la siguiente tipología: (i) la operación de reemplazo se ha de realizar dentro del término que deriva de su propia función; (ii) cabe su celebración mientras la tardanza no comporte un hecho ilícito, sea extracontractual o contractual; y (iii) la posibilidad de cobertura se determina a partir del concepto de daño resarcible<sup>1117</sup>.

---

<sup>1116</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 41, p. 120; LUMINOSO, A., *La compravendita* (Turín, Giappichelli, 4ª ed., 2004), núm. 121, pp. 375-376; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 461, p. 557.

<sup>1117</sup> Vale decir que los argumentos de cada una de estas soluciones no se encuentran en estado puro en la jurisprudencia; antes bien, la mayoría de las veces aparecen mezclados, incluso cuando no hay conexión alguna entre ellos. Así, por ejemplo, en aquella teoría que acude al concepto de daño resarcible para determinar la temporalidad de la ejecución coactiva, se reclama también el estándar del buen padre de familia, pese a que ambos inciden en elementos distintos del juicio indemnizatorio. Véase, por ejemplo, App. Milano, 23 abril 1920, Mon. Trib. 1921, 216; Cass. Regno, 21 julio 1926, Foro Ital. 1927, 245.

(i) Para que la operación de reemplazo cumpla eficazmente su función, es preciso que se celebre con prontitud, dado que el transcurso del tiempo disminuye la consecución del objetivo de pronta satisfacción del interés del acreedor que con ella se persigue y abre la puerta al arbitrio y especulación de las partes. La consideración de esta relación inversamente proporcional entre tardanza y satisfacción del acreedor lleva a concluir que el límite temporal para el ejercicio de esta facultad viene dado precisamente por la función que ella desempeña dentro del elenco de remedios ante el incumplimiento. Así, un retardo prolongado comportará la caducidad del derecho a proceder a la ejecución coactiva<sup>1118</sup>, la que se entiende tácitamente renunciada por el acreedor<sup>1119</sup>. Si el reemplazo tardío no es oponible al deudor y el contrato se considera de hecho resuelto, el acreedor no tiene otra opción que reclamar el resarcimiento del daño sufrido, sea valorado con referencia al momento de la entrega de las mercaderías<sup>1120</sup>, sea a aquel en el que el vendedor debería de haber celebrado la operación de reemplazo<sup>1121</sup>.

(ii) Por su parte, la opinión mayoritaria sostiene que la ejecución tardía siempre es válida, quedando a salvo el derecho del deudor para exigir la reparación del daño causado por el retardo. Esa reparación se efectúa de forma automática, utilizando para calcular la diferencia que puede cobrar el acreedor, no el precio efectivamente pagado, sino el corriente a la fecha en que era razonable efectuar la cobertura<sup>1122</sup>. No existe, pues, un

---

<sup>1118</sup> Guidi, *L'esecuzione coattiva stragiudiziale*, p. 210.

<sup>1119</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139; FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 748).

<sup>1120</sup> FRANCHI/PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., núm. 100 (p. 746) y 101 (p. 748).

<sup>1121</sup> Cass. Regno, 12 julio 1928, núm. 3367, Repert. Foro Ital., voz Vendita, núm. 334.

<sup>1122</sup> DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* (Milán, Guiffirè, 3ª ed., 1979), I, núm. 53, pp. 378-379; GORLA, *La compravendita*, cit., núm.

término implícito en la ley para que contratante insatisfecho celebre una operación de reemplazo, y su único límite viene dado por los daños que de la tardanza en ejercer esta facultad se sigan para el deudor en una situación concreta. El problema estriba, empero, en establecer el fundamento de este resarcimiento que se acuerda al acreedor.

Una primera solución consistió en señalar que el contratante que se cubría tardíamente sólo era responsable en la medida en que la parte incumplidora pudiera demostrar que había obrado con dolo o culpa al retardar la cobertura, como ocurría cuando el nuevo contrato no tenía otra finalidad que especular con la variación de precio que había experimentado la prestación<sup>1123</sup>. La fuente de la responsabilidad del acreedor era, por tanto, la concomitancia de un hecho ilícito del acreedor al ejercer su derecho a hacer vender o comprar las mercaderías (artículos 1151 del *Codice Civile* de 1865 y 2043 del *Codice Civile* de 1942). En otras palabras, si el acreedor retarda la ejecución de sus derechos y ello genera un incremento en el daño que el incumplimiento le ha irrogado, dicha carga debe ser soportada por aquél en cuanto es él quien viene obligado a las consecuencias negativas de su propio actuar<sup>1124</sup>.

La segunda solución propuesta negaba la autonomía de la obligación resarcitoria del acreedor que acudía a una operación de reemplazo, puesto que el comportamiento doloso o culposo de éste al ejercer su derecho comportaba en realidad una infracción

---

154, pp. 206-207; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 340-341; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 936.

<sup>1123</sup> Guidi, *L'esecuzione coattiva del venditore*, p. 165; MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 315; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 590 (pp. 308-309) y 595 (p. 311); RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145 (p. 296) y 146 (p. 299); SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 137; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, pp. 546-547; VIVANTE, C., *Trattato di Diritto commerciale*, IV (Milán, Francesco Vallardi, 4ª ed., 1916), núm. 1700 ter, 235-236 (citado también en *Tratatto*, IV, 5ªed., núm. 1710, p. 191, nota 122).

<sup>1124</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, pp. 542-544.

del propio contrato. El acreedor debía cubrirse en el mercado obrando como un buen padre de familia (artículos 1224 y 1228 del *Codice Civile* de 1865 y 1218 del *Codice Civile* de 1942), o bien con observancia del principio de buena fe (artículos 1124 del *Codice Civile* de 1865 y 1375 del *Codice Civile* de 1942), el que requiere que el nuevo contrato se lleve a efecto sin causar daños al deudor y en un tiempo más o menos próximo al incumplimiento.

En fin, una tercera teoría sostenía que el propio derecho de contratos ofrece las claves para determinar los parámetros conforme a los cuales se fija la oportunidad en que ha de ser concluida la operación de reemplazo, bastando para ello atender a su propia estructura típica y a las reglas sobre morosidad y entrega contenidas en la ley, que reflejan el deseo de los contratantes de obtener la prestación inmediatamente<sup>1125</sup>. Al acreedor que le interesa perseverar en la ejecución del contrato incumplido, la facultad de proceder a la operación de reemplazo le permite conseguir inmediatamente ese propósito, sin esperar los resultados de un juicio ejecutivo. Su objetivo es, por consiguiente, procurar que el acreedor obtenga puntualmente la prestación esperada, con las mismas condiciones y en los mismos términos estipulados en el contrato, para que no se produzca una alteración de su cadena comercial con el consiguiente perjuicio para la economía pública y privada<sup>1126</sup>. Paralelamente, la exigencia lógica de la contratación mercantil y la seguridad las posiciones jurídicas de los dos contratantes exigían que entre el incumplimiento y la conclusión de la operación de reemplazo no existiese solución de continuidad, de suerte que el contratante que se servía de ella no pudiese especular con el incumplimiento del otro o agravar el

---

<sup>1125</sup> Originalmente propuesta por VIVANTE, C., «Il momento dell'esecuzione coattiva (art. 68 Cod. Comm.)», RDCom XVIII (1921) 1, pp. 498-502 (reproducida después en su *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, pp. 191-193, y en sus *Istituzioni*, cit., núm. 109, p. 249), sirvió de orientación para la jurisprudencia posterior.

<sup>1126</sup> VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 192.

daño<sup>1127</sup>. Además, la relevancia del elemento temporal dentro del desenvolvimiento de un programa de prestación no es una cuestión indiferente para la ley, que ordena resarcir el retardo (artículos 1225 del *Codice Civile* de 1865 y 1218 del *Codice Civile* de 1942)<sup>1128</sup>.

De estos dos órdenes de consideraciones cabía concluir que la operación de reemplazo debía ser concluida inmediatamente<sup>1129</sup> o, al menos, con la máxima proximidad al vencimiento del término estipulado en el contrato, dentro de un plazo razonable conforme a las circunstancias del caso, tratando así de coincidir con el término original que el deudor tenía asignado (expresa o tácitamente) para cumplir<sup>1130</sup>. Bien puede ocurrir que lo razonable sea considerar que el momento desde el cual se comienza a calcular ese término no sea el del vencimiento, sino aquel en que el contratante insatisfecho adquiere el convencimiento de que la otra parte no cumplirá ya con su prestación<sup>1131</sup>. Esto significa que la prontitud exigida por la ley no es sinónimo de inmediatez, y que el contratante se cubre del incumplimiento ha de tener el tiempo necesario para decidir sobre el remedio más idóneo, para orientarse sobre las condiciones del mercado o para elegir al tercero a quien encargará

---

<sup>1127</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, pp. 375-376; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269 (p. 936) y 275 (p. 968); VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, pp. 191-192.

<sup>1128</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 192.

<sup>1129</sup> ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., pp. 199-201; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 200-201, pp. 290-293; VIDARI, *Corso*, II, cit., núm. 2979 (pp. 619-620) y 2981 (p. 620).

<sup>1130</sup> ASCARELLI, *Appunti*, III, cit., p. 72; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 326; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 200, p. 291; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, pp. 375-376; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, pp. 287-288; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 935; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 294, y *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 137; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710, p. 193.

<sup>1131</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 935.

la ejecución de la prestación omitida<sup>1132</sup>. A veces, ese lapso vendrá impuesta por el propio contrato, como ocurre cuando la prestación debida tiene un mercado limitado y es necesario esperar para procurársela<sup>1133</sup>.

(iii) La última teoría surgida para colmar la laguna legal existente en el *Codice di Commercio* de 1882 y perpetuada en el actual *Codice Civile* guarda relación con la propia naturaleza del resarcimiento en sede contractual, donde el daño sólo es indemnizable en la medida que comporte una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (artículos 1229 del *Codice Civile* de 1865 y 1223 del *Codice Civile* de 1942)<sup>1134</sup>. El retardo del acreedor en ejecutar su derecho de crédito por vía del reemplazo le ocasionara, pues, unos daños que no pueden ser puestos de cargo del deudor por ser extraños a su esfera de control. De ahí que no exista propiamente un límite o término para proceder a la celebración de una operación de reemplazo, sino que éste venga construido reflejamente a partir de la medida de resarcimiento que legítimamente puede reclamar el acreedor, el que permite excluir aquellos daños que están causalmente conectados con su tardanza en sustituir la prestación debida. La oportunidad de la cobertura dependerá, en consecuencia, de los factores que una persona razonable hubiera considerado previsibles en un supuesto semejante, tal como las condiciones del mercado, la oscilación de precio de la prestación incumplida y la previsión económica de futuro<sup>1135</sup>.

---

<sup>1132</sup> DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, núm. 53, p. 378; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 935.

<sup>1133</sup> Cass. Milano, 17 enero 1930, *Monitore*, 1931, 661; App. Milano, 18 abril 1933, *Monitore*, 1933, 133.

<sup>1134</sup> Guidi, *Foro italiano*, 1923, p. 996; REDENTI, *Dei contratti*, cit., núm. 105, p. 140; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, pp. 936-937.

<sup>1135</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 545.



Ferrara<sup>1136</sup> propone una interpretación sincrética sobre la temporalidad de la cobertura, que dogmáticamente comporta un desarrollo de esta última teoría. A su juicio, es cierto que la facultad de cubrirse en el mercado comporta una manifestación del derecho del acreedor y que, por consiguiente, abstractamente cabe recurrir a ella hasta que éste se extinga; pero de ahí no se sigue la inexistencia de un límite para su ejercicio. Tal límite se ha de buscar en la naturaleza de su finalidad y en la extensión del daño resarcible, que sólo cubre aquellos que son una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (artículo 1107 CC). De este principio se extrae como corolario que el acreedor no puede trasladar al deudor la diferencia desfavorable entre el precio de reemplazo y el precio del contrato si ella es debida sólo al comportamiento extemporáneo del acreedor, porque tal acción contradice el principio de buena fe. La regla es, entonces, que el nuevo contrato no se puede celebrar en un momento demasiado remoto o lejano del incumplimiento, si a causa de ese retardo se ocasiona un detrimento material o económico relacionado con la prestación debida, porque no le es lícito al acreedor, usando tardíamente la facultad de cobertura, aumentar el daño que debe ser soportado por el deudor con aquel mediato y sucesivo derivado de su comportamiento inoportuno. Cuando así ocurre, las consecuencias del retardo deben ser soportadas por el acreedor, por tratarse de un hecho propio que demuestra una actitud descuidada hacia sus propios intereses y hace pensar al deudor que aquél ha optado por el abandono del contrato.

En suma, no se trata de una cuestión propiamente temporal, sino de mayor daño, de suerte que el acreedor puede realizar el reemplazo hasta que se haya completado el plazo de prescripción de su derecho, siempre que con esa operación no se altere la posición económica y jurídica del deudor<sup>1137</sup>. Ciertamente, de este

---

<sup>1136</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 42 (pp. 124-125) y 60 (pp. 153-154).

<sup>1137</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 42, p. 125.

aserto se deriva que la cobertura es plenamente eficaz y no cabe reducción de la diferencia debida por el contratante incumplidor si el retardo es razonable según las circunstancias y no puede ser imputado al acreedor (correspondiendo a este último la prueba de su carácter fortuito); mientras que, en caso contrario, aquél pierde su derecho para poner de cargo de la parte incumplidora la totalidad de tal diferencia, salvo que acredite que no puede realizarla de otro modo por razones plausibles<sup>1138</sup>.

Como fuere, los límites antedichos sólo reciben aplicación respecto de operación de reemplazo. En lo que atañe a la pretensión de cumplimiento, ésta permanece hasta que se consuma completamente el lapso de prescripción, pudiendo entretanto el acreedor ejecutar el contrato judicialmente o hacerse autorizar por el juez para obtener por su autoridad la prestación (artículos 1220 del *Codice Civile* de 1865 y 2931 del *Codice Civile* de 1942). Sólo de manera excepcional la jurisprudencia resolvió que el acreedor en cuyo favor se había dictado sentencia de condena debía proceder a la ejecución coactiva dentro de un término breve contado desde tal pronunciamiento<sup>1139</sup>.

En otros ordenamientos la exigencia es abierta, y sólo se exige que el reemplazo sea hecho rápidamente de manera que el deudor no se vea perjudicado con la variación de los precios en el mercado<sup>1140</sup>. Lo normal será, entonces, que el negocio sustitutivo

---

<sup>1138</sup> GORLA, *La compravendita*, cit., núm. 154, pp. 206-207; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 937; VIVANTE, «Il momento dell'esecuzione coattiva», cit., pp. 498-502, y *Tratatto*, IV, cit., núm. 1710, pp. 192-193.

<sup>1139</sup> App. Milano, 17 mayo 1922, Mon. Trib. 1922, p. 533; Cass. Torino, 15 noviembre 1923, Giur. Ital. 1924, p. 945.

<sup>1140</sup> Así ocurre, por ejemplo, en el derecho francés: ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 213 (p. 360) y 233; HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 255, p. 136; LE GALL, «Le retard», cit., núm. 34, p. 268; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, pp. 196-197. En el primer cuarto del siglo XX, LACOUR/BOUTERON, *Précis de droit commercial*, I, cit., núm. 797, p. 590, señalaban que los usos del tráfico exigían que el reemplazo aviniera transcurridas

se concluya dentro de un breve plazo después de que el deudor ha sido constituido en mora, durante el cual reflexionará sobre el curso más idóneo a seguir para satisfacer su interés<sup>1141</sup>. Como fuere, el reemplazo tardío no pone en entredicho la validez del negocio sustitutivo, aunque tiene consecuencias innegables que el juez habrá de controlar relacionadas con la diferencia de precios que se pretende trasladar al deudor<sup>1142</sup>.

## 2. La sustitución del contrato incumplido

Una variante de la teoría anterior es aquella que sostiene que por efecto de la operación de reemplazo se concluye un nuevo contrato con un tercero por una prestación de idéntica naturaleza a la incumplida, la cual sustituye a esta última<sup>1143</sup>. A diferencia de la explicación precedente, aquí no existe propiamente ejecución coactiva del antiguo contrato, sino una sustitución obrada merced a un nuevo contrato, cuyo cumplimiento tiene lugar de parte de un tercero ajeno al negocio originario<sup>1144</sup>. Dado que el segundo contrato se celebra con cargo al contratante incumplidor, la prestación enterada por el tercero se considera como si hubiese sido efectuada por aquél, desde que una y otra producen el mismo resultado económico para el acreedor: satisfacer en naturaleza su interés del cumplimiento. Ciertamente, tal sustitución se entenderá hecha en la medida del nuevo contrato, lo que significa que el deudor permanece obligado a la diferencia desfavorable

---

veinticuatro horas desde la constitución en mora del vendedor, y citaban una sentencia en ese sentido (Cour d'appel de Douai, 2 de febrero de 1892).

<sup>1141</sup> HEMARD, *Les contrats commerciaux*, cit., núm. 255, p. 136.

<sup>1142</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 197.

<sup>1143</sup> En este sentido, BOLAFFIO, L., *La legislazione commerciale italiana* (Turín, UTET, 6ª ed., 1934), p. 296; SALANDRA, V., «Natura giuridica della cosiddetta esecuzione coattiva della compravendita», *Annuario di Diritto comparato e di Studi legislativi IX* (1934) 6, pp. 545-554. En cierta medida, esta idea está también presente en GARRIGUES, *Curso*, II, cit., p. 152.

<sup>1144</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 19, pp. 63-64.

que exista entre el valor asignado a la prestación en el contrato originario y el que tiene en el de reemplazo. Por su parte, el acreedor queda obligado a efectuar a favor del tercero la contraprestación debida por el nuevo contrato, trasladando al primitivo deudor el saldo desfavorable.

Con pequeños matices, las consecuencias de explicar la operación de reemplazo mediante esta teoría son sustancialmente idénticas a las desarrolladas respecto de aquella que la concibe como una forma de ejecución coactiva, por lo que no cabe volver nuevamente sobre ellas.

### **3. La ejecución coactiva con carácter procesal**

Según esta teoría, la operación de reemplazo es propia y verdaderamente un modo de cumplir forzosamente el contrato caracterizada por la autosatisfacción obtenida por el acreedor<sup>1145</sup>. Por su particular configuración, la figura no puede ser calificada como una gestión de negocios (artículo 1888 CC) o un mandato tácito (artículo 1710 CC), dado que posee una finalidad acentuadamente ejecutiva, con una evidente afinidad sustancial con la ejecución forzada, y sin que sea relevante para atribuirle ese carácter el que su procedimiento ejecutivo consista en un simple negocio jurídico.

Sin embargo, resulta difícil pensar que el concepto positivo de ejecución forzada (artículos 517, 538, 545 y 548 LEC) se pueda dilatar al punto de comprender también la operación de reemplazo. Como tal no parece posible, se recurre a una categoría más vasta de medios ejecutivos caracterizados por tener en común una finalidad de satisfacción crediticia (artículo 570 LEC).

---

<sup>1145</sup> Así, BOLCHINI, F., «La vendita per autorità del creditore nel diritto italiano», RDCom VI (1908) 1, pp. 429-459; ASCARELLI, T., «Sulla derogabilità delle forme di cui all'art. 363 Cod. Comm.», RDPC III (1927), pp. 24-40; MONTESSORI, *Il diritto di ritenzione*, cit., núm. 10-11, pp. 22-26; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46 (pp. 204-207) y 102 (pp. 399-400).

Tal función se concreta merced a una actividad ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, afecto en su totalidad al cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones que ha contraído (artículo 1911 CC), cuyo fundamento reside en la garantía de una tutela judicial efectiva que puede reclamarse respecto del Estado (artículo 24 I CE), de innegable cariz público.

Respecto de la operación de reemplazo, Pugliatti<sup>1146</sup> (1903-1976) precisaba que en ella el acreedor no era el instrumento por medio del cual se conseguía la realización del derecho de crédito, porque a él sólo le correspondía la iniciativa para que tal fin se concretase, esto es, en sus manos únicamente residía el poder de poner en movimiento el mecanismo predispuesto por la ley para la consecución de la prestación incumplida, y era el órgano público encargado de concretar el negocio sustitutivo el que verdaderamente la efectuaba y merced al cual se lograba la satisfacción del interés del acreedor. Al igual que en la ejecución forzosa, cuando se celebra una operación de reemplazo existe un acreedor legitimado para ejercer una pretensión enderezada a obtener la prestación incumplida y un órgano público (aunque no de carácter judicial) que, a partir de la instancia del acreedor, actúa poniendo por obra un poder propio. La coincidencia entre ambas formas de realización del derecho de crédito se completa si se considera que el acreedor provoca el reemplazo con bienes propios o que ha adquirido del deudor gracias al efecto real del contrato. De esta guisa, en uno u otro caso, el deudor se transforma en acreedor del precio conseguido con la realización de unos bienes que o son suyos o le corresponden por el contrato, y a él cabe atribuir el saldo favorable que se produzca de la distribución de esa suma entre los dos acreedores, permaneciendo obligado con todos sus bienes si lo obtenido no ha

---

<sup>1146</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46, p. 205.

sido suficiente para satisfacer la acreencia por la que se ha procedido<sup>1147</sup>.

Las consecuencias que esta teoría tiene en la configuración práctica de la operación de reemplazo son las mismas que ya se han mencionado a propósito de aquella otra que concebía esta figura como una forma de ejecución coactiva del contrato. A fin de cuentas, tal redundancia en provecho del deudor incumplidor, quien ha de asumir los efectos del contrato celebrado, en cuanto con la prestación obtenida en el mercado se elimina en todo o parte la pasividad que grava su patrimonio, beneficiándose igualmente con el excedente que de ahí resulte<sup>1148</sup>.

#### **4. La ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor**

Esta teoría fue desarrollada originalmente por Francesco Ferrara Jr. en su temprana monografía sobre la ejecución coactiva del contrato de compraventa mercantil (1937)<sup>1149</sup>, y postula que la operación de reemplazo es una forma de ejecución privada llevada a cabo por autoridad del propio acreedor<sup>1150</sup>. Aunque sin

---

<sup>1147</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 53, p. 236.

<sup>1148</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 53, p. 235.

<sup>1149</sup> Hijo del ilustre jurista del mismo nombre, Ferrara participó activamente en la renovación de la ciencia jurídica italiana tras la unificación promovida por el *Codice Civile*, como refleja la presencia continua de su obra como punto de referencia en las facultades jurídicas y en la práctica del foro. Inicialmente formado en el derecho civil, obtiene la cátedra de derecho mercantil en la Universidad de Catania con un trabajo sobre los títulos de crédito (1935). La obra que aquí interesa es su segunda monografía, escrita mientras dictaba cátedra en la Universidad de Siena. Al respecto, GIRGADO, P., «Francesco Ferrara jr.», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), IV, pp. 524-526.

<sup>1150</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 22-29, pp. 75-92. Contra lo que sostienen GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 322, parece ser también la teoría por la que se decantan RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268 (pp. 927-930) y 275 (pp. 963-964), y ROCCO, *Principii di Diritto commerciale*, cit., núm. 117, pp. 419-420.

referencia a este autor, a ella adhiere también parte de la doctrina española<sup>1151</sup>.

Ferrara estructura su razonamiento a partir de la siguiente premisa: la ejecución forzada consiste en la realización de la situación económica prescrita por la norma (contenido típico del derecho), obrada de alguna de las formas consentidas por el ordenamiento, sin importar que se trate de una modalidad procesal, administrativa o privada. Esto lo lleva a contraponer la ejecución forzada al resarcimiento del daño, cuya esencia estriba en que la suma de dinero recibida por el acreedor en razón del incumplimiento corresponde al equivalente pecuniario de la prestación convenida, el que sustituye a ésta cada vez que su objeto tenga una naturaleza no fungible o no exista en el patrimonio del deudor, así como en aquellos casos en que el cumplimiento no sea ya posible por culpa de aquél o porque ha perdido interés para el acreedor<sup>1152</sup>. De ello se sigue que si el acreedor recibe el mismo bien sobre el que contrató, se está siempre en presencia de una ejecución en naturaleza, y no de un resarcimiento en forma específica. Pero el resarcimiento también puede ir destinado a reparar las consecuencias que la mora produce en el patrimonio del acreedor (artículo 1101 CC), sirviendo entonces como un complemento de la ejecución en naturaleza (artículo 1124 II CC). El equivalente económico recibido por el acreedor desempeña, por tanto, dos funciones: o bien opera una modificación del objeto de la prestación incumplida, sin que la propia identidad del derecho de crédito se vea afectada; o bien sirve para compensar el daño sufrido por la

---

<sup>1151</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152, y *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323 (véase la nota 992); PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 76, p. 180; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ, «El contrato de compraventa mercantil», cit., p. 120; VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 153.

<sup>1152</sup> Véase *supra*, § 2, II, 2.

mora del deudor<sup>1153</sup>. Sea cual fuere el modo de ejecución finalmente utilizado, su función es siempre la misma: satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor (artículo 570 LEC), y no castigar al deudor<sup>1154</sup>.

Hecho este acercamiento general a las premisas dogmáticas en las que se enmarca el fenómeno del reemplazo, el citado autor distingue entre el derecho de hacer vender (*diritto di far vendere*) y aquel otro de hacer comprar (*diritto di far comprare*)<sup>1155</sup>.

Respecto del primero, no duda que revista el carácter de una ejecución forzosa. En efecto, mediante esta facultad el vendedor vende una cosa de propiedad del comprador que retiene todavía en su poder<sup>1156</sup> y que, por efecto del incumplimiento, se considera afecta en garantía de su crédito, para hacerse pago con lo que

---

<sup>1153</sup> Por todos, HUET, J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité* (tesis inédita, Université de Paris II, 1978), núm. 20, p. 25.

<sup>1154</sup> Véase la nota 1387.

<sup>1155</sup> La ejecución coactiva de los contratos bursátiles no quedaba comprendida en este esquema. Para FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 84, p. 192, este último supuesto comportaba una forma de ejecución administrativa realizada merced a la gestión de unas especiales instituciones públicas, como son las Bolsas de valores. Son éstas quienes proceden a la sustitución de la prestación incumplida, y lo hacen investidas de una autoridad propia que no les ha sido conferida por el acreedor. Así, el Comité directivo tiene una posición independiente del acreedor ejecutante, porque no se limita a cumplir sus órdenes, sino a dar curso a su requerimiento si concurren los requisitos exigidos por la ley. Se trata, en suma, de una forma de ejecución que recuerda las jurisdicciones consulares de las antiguas corporaciones mercantiles y de los jueces de las ferias.

<sup>1156</sup> Esta conclusión es válida para aquellos sistemas que reconocen eficacia real a los contratos traslaticios, como ocurre con el francés o el italiano. En aquellos que optan por un modelo puramente obligacional, como es el caso del español, el ejercicio coactivo del derecho del acreedor a obtener en naturaleza la satisfacción de su interés no supone una agresión sobre bienes del deudor. La operación de reemplazo comporta así un procedimiento de ejecución de carácter privado en el que, sin intervención judicial, el acreedor consigue la actuación de su derecho sin la colaboración del deudor. Fuera de la intervención judicial, la diferencia entre este mecanismo y la facultad prevista en el artículo 1098 CC estriba en que aquí no se pone a contribución el patrimonio del deudor. Cfr. GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 321-323.



obtenga de ese nuevo contrato, quedando a salvo su derecho a reclamar una suma complementaria si ha existido una diferencia desfavorable, o bien la carga de restituir lo recibido en exceso. La operación de reemplazo está destinada a procurar al vendedor la satisfacción del crédito pecuniario sobre el precio por medio de la venta de unas cosas vinculadas por la ley en garantía de aquél. La posición del vendedor es muy similar, entonces, a la del acreedor pignoraticio, porque la mercancía no pagada permanece en su poder como una suerte de prenda para asegurar el pago del precio (artículo 1513 del *Codice Civile* de 1865<sup>1157</sup>). Dado que a aquél se le reconoce también el derecho de venta sobre las cosas dadas en prenda para satisfacer su acreencia con lo que de ahí obtenga (artículo 458 del *Codice de Commercio* de 1882<sup>1158</sup>), la correspondencia entre ambos supuestos termina siendo casi exacta y el acreedor, en uno u otro caso, realiza una garantía que la ley le ha reconocido<sup>1159</sup>.

El hecho de que el contrato incumplido recaiga sobre cosas genéricas no desvirtúa en modo alguno el razonamiento precedente. Aunque no se haya verificado todavía la transferencia de dominio, que acaece cuando se procede a su individualización en función de cumplimiento (artículos 1125 y 1247-1248 del *Codice Civile* de 1865<sup>1160</sup>), las cosas de tal género que existen en el patrimonio del vendedor están ya destinadas potencialmente a la entrega por efecto del contrato y pueden ser subjetivamente individualizadas entre sus bienes (artículos 1948 y 1949 del

---

<sup>1157</sup> Correspondiente al artículo 1519 del *Codice Civile* de 1942.

<sup>1158</sup> Equivalente a los artículos 2796 del *Codice Civile* de 1942 y 1872 CC.

<sup>1159</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 26, p. 88, consideraba que el artículo 68 I y II del *Codice di Commercio* de 1882 reproducía de forma implícita la constante histórica de conceder al vendedor un privilegio sobre las cosas compradas mientras no recibiera el pago del precio.

<sup>1160</sup> Regla que viene formulada hoy con más claridad en el artículo 1378 del *Codice Civile*.

*Codice Civile* de 1865<sup>1161</sup>). Éste sabe, por consiguiente, que debe cumplir con ellas en la forma estipulada y está dispuesto a ello, pero la entrega efectiva no se produce por el incumplimiento del comprador. En consideración de esta situación, la ley permite que el vendedor pueda revender esas mismas cosas por cuenta y riesgo de aquél, asumiendo que, en cierto modo, la tradición de ellas ya se ha consumado por tratarse de unos bienes que están prontos a transformarse en ajenos. De esta guisa, aunque el vendedor vende en puridad cosas propias, lo hace en una cantidad determinada y medida conforme a la regla contractual, produciendo el mismo efecto de transferencia de propiedad que habría acaecido si el programa de prestación original hubiese sido cumplido cabalmente<sup>1162</sup>.

En lo que atañe al derecho de hacer comprar, Ferrara concluye igualmente que el comprador obtiene por esa vía el cumplimiento en naturaleza de su crédito. Ante el incumplimiento del vendedor en entregar las mercaderías compradas, el comprador satisface en forma plena e integral su interés en el mercado, puesto que es irrelevante que el cumplimiento se produzca de parte del directamente obligado o de un tercero (artículo 1238 del *Codice Civile* de 1865<sup>1163</sup>). En este sentido, la ley no hace más que extender el campo de aplicación de aquella regla que permite hacer ejecutar la prestación debida por un tercero a expensas del

---

<sup>1161</sup> Correspondientes a los artículos 1372 del *Codice Civile* de 1942, y 1096 y 1452 CC.

<sup>1162</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, pp. 964-965, explica de forma distinta el efecto que se sigue de una venta de reemplazo. Por el tenor del artículo 1515 I del *Codice Civile*, no cabe duda de que ésta se concluye por cuenta y a expensas del comprador. Sin embargo, con la expresión «por cuenta» se alude ahí no a un aspecto sustancial del interés tutelado, que ahora es el de vendedor, sino al mecanismo formal por el que se opera el reemplazo. Propiamente, tal referencia indica que el precio de la reventa corresponde al comprador, de suerte que el vendedor lo hace propio sólo como el medio con el cual satisfacer su crédito por el precio debido por el primer contrato.

<sup>1163</sup> Correspondiente a los artículos 1180 del *Codice Civile* de 1942 y 1158 CC.

deudor (artículo 1220 del *Codice Civile* de 1865<sup>1164</sup>), aunque simplificada en materia mercantil por la eliminación de la autorización judicial previa<sup>1165</sup>.

Como fuere, pese a que la venta y la compra de reemplazo pertenecen a un mismo fenómeno jurídico, con una finalidad y unos efectos semejantes, no tienen una asimilación cabal, por lo que Ferrara<sup>1166</sup> se preocupaba de apuntar algunas diferencias de configuración existentes entre ambas. En la venta de reemplazo, la operación se endereza a procurar al vendedor la satisfacción de su crédito sobre el precio por medio de las mismas cosas vendidas, que se encuentran afectas por la ley en garantía de que aquél sea pagado<sup>1167</sup>. Existe, pues, un auto-cumplimiento en el sentido propio y verdadero del término, porque el acreedor se hace pago a sí mismo con lo recabado de la nueva venta y, paralelamente, se libera de su obligación de entrega. En la compra de reemplazo, por su parte, el comprador se procura del mercado el objeto de la prestación incumplida, y lo hace por cuenta del deudor, lo que significa que por efecto de esta nueva adquisición surge para

---

<sup>1164</sup> Equivalente a los artículos 2931 del *Codice Civile* de 1942 y 1098 CC.

<sup>1165</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 27, p. 90, agregaba que la ley sólo conservaba una garantía de orden procedimental, como era el que la compra fuera hecha por medio de un oficial público, sin el riesgo de precios exorbitantes o artificiosos. En este sentido, GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 322, menciona que el hecho de que el Código de Comercio español haya limitado la compra de reemplazo al supuesto de bienes con un claro precio de mercado, como es el de la Bolsa, y la exigencia de la intervención de un agente que pertenezca a la Junta Sindical, demostraba los deseos del legislador de evitar toda posibilidad de abuso por parte del comprador que no recibió la mercancía en el tiempo pactado. Con mayor pretensión de generalidad, RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 966, observa que es la existencia del precio de mercado o de imperio el que comporta un suficiente resguardo sobre la regularidad del procedimiento.

<sup>1166</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9 (p. 35), 17-18 (pp. 58-59) y 28 (pp. 90-91).

<sup>1167</sup> El vendedor vende la cosa de otro, que retiene como garantía a su favor, para obtener la satisfacción pecuniaria de su propio derecho de crédito. Obtiene así un pago inmediato y con preferencia a otros acreedores. Cabe hablar, por tanto, de una venta con finalidad de ejecución forzosa pecuniaria (*vendita a scopo di esecuzione forzata pecuniaria*).

aquél un crédito por el precio obtenido<sup>1168</sup>. Entre ese crédito y la obligación que tiene respecto del precio del primer contrato se verifica una compensación en la medida de la obligación de menor valor, con el derecho de exigir o la carga de devolver la diferencia que de ahí surja. Ambas figuras se presentan, en suma, como funcionalmente distintas: la venta de reemplazo es una forma de cumplimiento forzoso caracterizada por la satisfacción privilegiada obtenida respecto de la cosa vendida, mientras que la compra de reemplazo es un modo de cumplimiento forzoso específico del propio derecho a recibir la prestación<sup>1169</sup>. En lo que ambas coinciden, eso sí, es que el acreedor actúa por sí mismo y movido por su propio interés egoísta<sup>1170</sup>.

Este carácter explica que la naturaleza de los bienes sobre los que una y otra pueden proceder sea también distinta<sup>1171</sup>. La ejecución promovida por el comprador mira a conseguir la cosa debida mediante un equivalente existente en el mercado, por lo que sólo se puede alcanzar ese objetivo si se trata de una cosa fungible. Cuando la ejecución coactiva procede del vendedor, la situación no es exactamente coincidente, porque entonces el objetivo perseguido por aquél es conseguir el precio de aquellas mercaderías que deseaba (y todavía desea) vender. La operación de reemplazo comporta únicamente un medio para conseguir ese fin, siendo indiferente el objeto, que vendrá representado por aquellos bienes que el vendedor quiere colocar en el mercado.

---

<sup>1168</sup> En este caso, pues, no existe un bien afecto en garantía (en el sentido antes expresado) y tampoco se obtiene un pago pecuniario con el negocio de reemplazo. De ahí que quepa calificar la figura como una ejecución en naturaleza y en forma específica (*esecuzione in natura ed in forma specifica*).

<sup>1169</sup> Literalmente, FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 28, p. 90, dice: «I due istituti funzionalmente sono quindi distinti: la vendita in danno è una forma di espropriazione forzata a scopo di soddisfacimento privilegiato sulla cosa venduta. L'acquisto in danno è senz'altro un modo di adempimento forzato in forma specifica del proprio credito a ricevere la prestazione» (en cursivas en el original). La misma distinción efectúa RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 964.

<sup>1170</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21 (p. 73) y 29 (p. 91).

<sup>1171</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 966.

De este carácter que se asigna a la operación de reemplazo se derivan algunas consecuencias importantes, a saber:

(a) La operación de reemplazo es una forma de ejecución de autoridad por iniciativa del acreedor, y opera en sustitución y en previsión de la ejecución forzosa judicial<sup>1172</sup>. Por consiguiente, su procedencia presupone que no exista una ejecución judicial en curso, la que tiene carácter preeminente y absorbente<sup>1173</sup>.

(b) La operación de reemplazo supone que el contrato todavía subsista y, por consiguiente, que no haya sido resuelto por el acreedor<sup>1174</sup>. De esto se sigue que tal mecanismo puede ser utilizado tanto en cuanto no se haya producido efectivamente la resolución del contrato, y que el acreedor conserva la posibilidad de abandonar este remedio y acudir a aquél según la regla existente en cada ordenamiento para el ejercicio del *ius variandi*<sup>1175</sup>. Inversamente, si el acreedor se ha cubierto en el mercado con una prestación equivalente a la incumplida, no cabe posteriormente ejercer la facultad resolutoria, porque el interés del acreedor ya se ha visto satisfecho y no existe un incumplimiento esencial que remediar<sup>1176</sup>.

(c) Con la cobertura queda definida la posición del acreedor que recurre a este mecanismo de reacción contra el incumplimiento: éste no actúa como representante legal, gestor de negocios o comisionista del deudor, sino que lo hace a nombre propio y movido por un interés personal. De esta forma, cuando celebra un negocio de reemplazo, el acreedor sólo persigue satisfacer su propio interés de cumplimiento<sup>1177</sup>.

---

<sup>1172</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 66, p. 160.

<sup>1173</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 66, p. 160.

<sup>1174</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 30, pp. 94-96.

<sup>1175</sup> Al respecto, PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., pp. 773-776.

<sup>1176</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 30, p. 95.

<sup>1177</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21 (p. 73) y 29 (p. 91).

(d) La facultad de cubrirse en el mercado de que goza el acreedor es un derecho que ejercita en su propio nombre y que le viene conferido por la ley<sup>1178</sup>. La naturaleza de esta facultad es sustancial y no procesal, porque no se ejerce una pretensión destinada a obtener la tutela del Estado mediante el proceso (artículo 5 LEC), sino que se realiza un derecho directamente por autoridad del acreedor, sin intervención de un órgano judicial<sup>1179</sup>. Se trata así de una facultad de orden instrumental puesta al servicio de un derecho de crédito, que el acreedor puede ejercer o no según mejor le parezca, quedando a salvo los demás remedios ante el incumplimiento<sup>1180</sup>. Esto explica, por ejemplo, que el acreedor pueda perfectamente trasladar las mercaderías a una plaza vecina si en aquella donde debe realizarse el reemplazo no existe mercado para ellas<sup>1181</sup>.

(e) Aunque la operación de reemplazo comporta propiamente una situación forzosa para el deudor que soporta sus efectos, existe siempre un contrato de derecho privado entre el acreedor y el tercero que proporciona una prestación en sustitución de aquella incumplida, sin que el deudor tenga parte en él (artículo 1257 CC)<sup>1182</sup>.

(f) El acreedor es parte del contrato de cobertura que celebra y, por consiguiente, nacen para él los derechos y obligaciones propios de la clase de contrato de que se trate. De este modo, por ejemplo, en un contrato de compraventa, el saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios corresponderá siempre al vendedor que acude nuevamente al mercado y no al comprador incumplidor (artículos 1474, 1475, 1484 y 1485 CC y 345

---

<sup>1178</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29, p. 91.

<sup>1179</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29, pp. 91-92.

<sup>1180</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29, p. 91.

<sup>1181</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43 (p. 126) y 61 (pp. 154-155).

<sup>1182</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29 (p. 91), 52 (p. 143) y 63 (p. 156).

CCom)<sup>1183</sup>. Paralelamente, el deudor permanece ajeno a ese contrato y sólo queda obligado en la medida que la cobertura suponga una diferencia desfavorable para el acreedor.

(g) La operación de reemplazo es propiamente un medio de ejecución coactiva del derecho de crédito del acreedor y no una forma de valoración del daño. Es más, el indicio probatorio que ésta proporciona no resiste el examen de previsibilidad del daño, que sólo permite indemnizar aquellos que sean una consecuencia necesaria del incumplimiento (artículo 1107 CC), entre los que no cabría incluir un nuevo contrato de finalidad sustitutiva<sup>1184</sup>.

(h) Aquello que el acreedor obtiene merced al reemplazo sirve para satisfacer su derecho de crédito y los gastos y demás daños que haya debido soportar o sufrir. No existe propiamente una compensación entre el crédito del acreedor sobre el precio y su obligación de entregar al deudor la suma que ha recabado con el nuevo contrato, porque esta obligación ni siquiera nace: en el momento mismo en el que el acreedor recibe el precio, se paga de cuanto le es debido por el deudor y consigue así la autosatisfacción de su derecho de crédito<sup>1185</sup>.

(i) La naturaleza asignada a la operación de reemplazo impide que se pueda acudir a ella si se ha declarado el concurso del deudor, porque a partir de ese momento existe un procedimiento de realización que afecta todos los bienes del deudor y no cabe excluir unos determinados a favor de un acreedor (artículo 76 LC)<sup>1186</sup>. Además, se ha de tener en cuenta que la operación de reemplazo se endereza a obtener que el deudor cumpla hasta el último instante y, desde que se ha abierto el concurso del deudor, ese cumplimiento no es posible aunque lo desee porque sus bienes quedan mediatizados por la

---

<sup>1183</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29 (p. 91), 52 (p. 144) y 63-64 (pp. 156-157); VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1806, p. 287.

<sup>1184</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 30, pp. 94-95.

<sup>1185</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 53, p. 144.

<sup>1186</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 66, p. 161.

administración concursal, con distinto alcance según se trate de un concurso necesario o voluntario (artículo 40 LC)<sup>1187</sup>. En cambio, si el concurso afecta al acreedor, no hay impedimento para que el administrador concursal busque en el mercado la sustitución de la prestación incumplida, siempre que tal acción redunde en interés de la masa (artículo 61 LC)<sup>1188</sup>.

## II. LAS TEORÍAS BASADAS EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE

Opuesto a las teorías recién reseñadas, este segundo grupo desplaza la atención respecto de la operación de reemplazo desde la pretensión de cumplimiento hacia el resarcimiento del daño. Ésta se presenta, entonces, como un modo de valoración del daño sufrido por el acreedor con ocasión del nuevo contrato que ha celebrado para cubrirse de un incumplimiento, que opera previa resolución del primer contrato (1), o bien como una aplicación concreta de la carga de mitigar esos daños a tener en cuenta a la hora de fijar el montante indemnizatorio (2).

### 1. Una forma de valoración de los daños típicos derivados de la resolución por incumplimiento

Esta teoría concibe la operación de reemplazo como una forma de liquidación del daño sufrido por el acreedor, y presupone una resolución explícita o implícita del contrato incumplido. Esta explicación es la que mayor adhesión ha concitado en el derecho comparado<sup>1189</sup>, incluida Italia<sup>1190</sup>, y en la actualidad se haya

---

<sup>1187</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 66, p. 161.

<sup>1188</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 65, p. 160

<sup>1189</sup> Así, en el derecho francés: ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 206 (p. 350), 213 (p. 358) y 214-215 (pp. 360-363); BERNARD, M., «Étude sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées», *Annales de Droit commercial français, étranger et international* 18 (1904/1905), núm. 32-42, pp. 134-143; LACOUR/BOUTERON, *Précis de droit commercial*, I, cit., núm. 797, pp. 589-



recogida los textos de derecho uniforme (artículos 85 ULIS, 75 CISG y 7.4.5 PICC) y de armonización del derecho europeo (artículos 9:506 PECL, III-3:706 DCFR y 10:506 PCCR), ciertamente por influencia del *Common Law* [§§ 39 (1) (C) y 48 (3) y (4) SAG-UK; 2:706 y 2-712 UCC] y de algunos códigos continentales elaborados durante el siglo XX (artículos 191 II y 215 I OR y 7:37 NBW). Parece ser también la teoría que predomina en el derecho español<sup>1191</sup>, pese a que la jurisprudencia

---

590; LE GALL, «Le retard», cit., núm. 30, p. 266; LYON-CAEN, C./RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, II (París, L.G.D.J., 4ª ed., 1909), núm. 739, p. 96, y IV (París, L.G.D.J., 4ª ed., 1907), núm. 971 bis, p. 840; MARTIN DE LA MOUTTE, «Sanctions», cit., núm. 47, p. 238; MALAURIE, P./AYNES, L./GAUTIER, P.-Y., *Les contrats spéciaux* (París, Defrénois/Lextenso, 5ª ed., 2011), núm. 328, p. 211; RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., núm. 2260, p. 909; TAHLER, E./PERCEROU, J., *Traité élémentaire de droit commercial* (París, Arthur Rousseau, 8ª ed., 1931), núm. 633 (p. 402) y 964 (pp. 616-617).

<sup>1190</sup> ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., p. 201, y *Appunti*, III, cit., pp. 68 y 72-73; CAPUTO, *La liquidazione coattiva*, cit., pp. 24 ss.; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, pp. 13-14; DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, núm. 48, pp. 350-351; GORLA, *La compravendita*, cit., p. 202; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 199 (p. 290), 204 (pp. 295-296) y 206 (pp. 297-298); LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 375; LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 376; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295.

<sup>1191</sup> La formulación que se debe inicialmente a GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151, y *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 321, aunque la solución ofrecida por este autor no es suficientemente categórica (véase la nota 992). En efecto, después de incluir la compra de reemplazo como una forma de valoración del daño, concluye que ella «es un sistema de autodefensa del acreedor que en su resultado se parece a la forma de ejecución aludida en el artículo 1098 del C.c. cuando dice que si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera se mandará ejecutar a su costa. El resultado es idéntico, pero no es igual el mecanismo en uno y otro caso, puesto que en la compra de reemplazo no se exige, como hemos dicho, ninguna intervención del Juez» (*Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323). Con posterioridad: ARANA DE LA FUENTE, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 1357-1358; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 789-790; GARCÍA VICENTE, CCJC 87 (2011), § 2321, p. 1787; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 20-21; PUIG BRUTAU, «Comentario final del traductor», cit., pp. 159-161, y *Fundamentos*, I-II, cit., pp. 444-446; RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, «Crisis inmobiliaria e indemnización», cit., pp. 13-14; VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, II, cit., p. 1261; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., p. 289. SECO CARO, «Compraventa», cit., p. 420, y «Contenido, incumplimiento y extinción», cit., p. 329, también acepta este encuadre, pero lo

no suele requerir que se haya comunicado previamente el ejercicio de la facultad resolutoria para legitimar la ulterior reclamación de la diferencia de costes o precios<sup>1192</sup>.

Según esta explicación, el concepto de ejecución coactiva no se adapta a la concreta fisonomía dogmática de la operación de reemplazo, puesto que el hecho de que el acreedor obtenga la prestación de un tercero no constituye ni una presión para que el deudor cumpla ni una acción directa para agredir su patrimonio y retirar de él aquella cosa que debió prestar y no lo hizo<sup>1193</sup>. Por el contrario, la figura se comprende mejor desde la disciplina de la facultad resolutoria que explícita o implícitamente la acompaña, por la cual las partes se liberan del contenido obligacional del contrato incumplido.

Esta teoría se sustenta, pues, sobre dos órdenes de consideraciones: aquellas relativas a ineptitud de la ejecución forzosa para explicar cabalmente el sentido de la operación de reemplazo, y las referidas al mejor encuadramiento que al respecto proporciona la resolución por incumplimiento.

El primer argumento esgrimido para rechazar que la operación de reemplazo sea una forma de ejecución forzosa, es que ella no está enderezada a presionar al deudor para que cumpla con su prestación. Así, aunque es cierto que ella comporta una serie de elementos dispuestos a favor del acreedor con tal fin<sup>1194</sup>, existen varias diferencias sustanciales que separan a esta figura de la ejecución forzosa en sentido propio. Quizá la más acusada sea que la ejecución forzosa opera en virtud de una sentencia judicial (artículos 551 y 669 LEC) y a partir de un derecho del acreedor ya determinado con seguridad, calidad que se refleja en el carácter

---

subordina a la existencia de una cláusula expresa en el contrato incumplido que autorice la cobertura.

<sup>1192</sup> Véase la nota 743.

<sup>1193</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 14.

<sup>1194</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 215, p. 362; ASCARELLI, *Appunti*, III, cit., pp. 68 y 71.

indubitado del título al que la ley acuerda fuerza ejecutiva (artículo 517 LEC)<sup>1195</sup>, notas ausentes en la operación de reemplazo<sup>1196</sup>.

Mirada desde la ejecución forzosa, esta última se caracteriza tanto por una faceta positiva como por otra negativa. En su aspecto positivo, la figura se presenta como una forma de satisfacción del acreedor de ejercicio extrajudicial. Por su intermedio, el acreedor se procura por sí mismo la prestación incumplida sin el concurso de un tribunal que lo autorice. El resultado de esta acción es que el deudor ya no queda obligado a cumplir con su obligación, sino a soportar la reparación económica del incumplimiento, que se materializa a través de la diferencia entre la prestación y la contraprestación<sup>1197</sup>. Es, en cambio, en su aspecto negativo donde la operación de reemplazo se aparta diametralmente de la ejecución forzosa, dado que ella no encarna la realización de un derecho (contractual) propio del acreedor y tampoco pone en movimiento una agresión sobre los bienes del deudor<sup>1198</sup>.

De ahí que el problema pueda ser encuadrado de mejor forma si el análisis parte de la *summa divisio* de remedios primarios

---

<sup>1195</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 4, pp. 8-9; GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 204, p. 295; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 1 (pp. 1-3), 2 (p. 7), 3 (pp. 14-16) y 46 (p. 205); ROCCO, *Principii di Diritto commerciale*, cit., núm. 417, 420.

<sup>1196</sup> De ahí la nomenclatura habitual de reemplazo extrajudicial (*remplacement extra-judiciaire*) utilizada en el derecho francés, que contraponen la figura a aquella sustitución lograda mediante el proceso de ejecución (artículo 1144 del *Code Civil*). Cfr. ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 212, p. 357; MARTIN DE LA MOUTTE, «Sanctions», cit., núm. 34, p. 226; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171 (p. 195) y 174 (p. 197).

<sup>1197</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 214, p. 361; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 12.

<sup>1198</sup> ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., pp. 200-201, y *Appunti*, III, cit., p. 72; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 14.

ofrecida por el ordenamiento<sup>1199</sup>. Para los contratos bilaterales, los códigos civiles suelen conceder al acreedor la alternativa de instar por su cumplimiento forzoso o por resolverlo, según mejor convenga a su interés (artículo 1124 CC)<sup>1200</sup>. En la formulación de esta regla subyace la idea de que el contratante cumplidor puede desear todavía que sea el deudor el que realice aquella prestación a la que se había obligado, pero también deja abierta la posibilidad de que se decante por otras dos alternativas relevantes subyacentes al efecto propio de la resolución: procurarse él mismo dicha prestación o renunciar a ella, ahorrándose la contraprestación<sup>1201</sup>.

Si el acreedor desea obtener de un tercero aquella prestación esperada conforme al contrato incumplido, no es ni puede ser posible que lo logre mientras siga obligado para con el deudor<sup>1202</sup>. De seguir vinculado por el primer contrato, se daría una duplicidad de obligaciones sobre una misma prestación que, a la larga, puede terminar siendo perjudicial para el acreedor. Basta pensar que el primer contrato, momentáneamente incumplido,

---

<sup>1199</sup> Con carácter general para todos los casos (artículo 1911 CC), y muy especialmente para aquellos en que no cabe ya (aunque sin la eficacia extintiva de los artículos 1182 y 1184 CC) o no procede que se dé efectivo cumplimiento a la prestación específica a la que venía obligado el deudor (artículos 11 y 18 II LOPJ), el ordenamiento muta esa obligación inicialmente existente (deber primario) por otra distinta (deber secundario), que está al servicio del cumplimiento de la primera y cuya finalidad es reparar el daño que el incumplimiento ha irrogado al acreedor (artículo 1101 CC). Esta sustitución no comporta la extinción del deber primario, que sólo será consecuencia de alguno de los modos a los que la ley atribuye esa virtud, sino la transformación de su contenido, permaneciendo, hasta donde sea posible, todos los elementos caracterizadores de la obligación principal. Esto explica que la obligación de reparar pueda concurrir conjuntamente con la satisfacción del interés específico del acreedor (por ejemplo, artículo 1124 CC), y que su nacimiento exija la concurrencia de determinados presupuestos.

<sup>1200</sup> Con fundamento en las explicaciones de DOMAT, *Les lois civiles*, cit., lib. I., tít. I, sec. V, art. 20 (I, p. 29), y POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 643.

<sup>1201</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 12.

<sup>1202</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 210 (p. 356) y 214 (pp. 360-361); CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 13.

puede ser ejecutado por el deudor en cualquier momento. Tal cumplimiento tornaría exigible la necesaria contraprestación de parte del acreedor (artículo 1110 III CC), quien habría de cumplir con ella si no quiere caer a su vez en incumplimiento y quedar expuesto a sus secuelas. Al mismo tiempo, existe un nuevo contrato enderezado a que ese acreedor obtenga la prestación deseada, que con toda probabilidad se cumplirá en la oportunidad prevista<sup>1203</sup>.

Perfectamente puede acaecer, por ende, que el acreedor reciba dos veces la misma prestación: una de parte del primitivo deudor, que ha decidió ahora cumplir; y otra del tercero con quien ha contratado para procurársela en reemplazo<sup>1204</sup>. Por esta razón, el ordenamiento debe disponer a favor del acreedor un mecanismo que le permita liberarse de la relación contractual incumplida, para satisfacer su interés por otros cauces. Dicho objetivo se alcanza merced a la resolución por incumplimiento, cuya función dentro del sistema de remedios se explica por ser un mecanismo de política legislativa destinado a conseguir que el titular de un derecho de crédito obtenga la reparación económica del incumplimiento (aunque sea por vía refleja) sin recurrir a la ejecución forzada<sup>1205</sup>, liberándolo con ese fin del contenido obligatorio del contrato (mas no de su fuerza obligatoria) y privando a la parte incumplidora de los beneficios ya recibidos<sup>1206</sup>. De esta forma, el acreedor primero se exime del cumplimiento del contrato incumplido y luego procede a la celebrar un negocio de cobertura sobre bienes que han quedados excluidos de toda

---

<sup>1203</sup> Si el acreedor ha celebrado el nuevo contrato con una finalidad sustitutoria, cabe suponer que ha adoptado las precauciones necesarias para evitar un segundo incumplimiento.

<sup>1204</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 210, p. 356.

<sup>1205</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 214, pp. 360-361; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 13.

<sup>1206</sup> ANCEL, «Force obligatoire», cit., núm. 47, p. 803.

afectación obligacional, conservando el derecho a ser resarcido en la medida de su interés de prestación.

Puesto que rara vez el precio de la prestación coincidirá entre el primer y el segundo contrato, con la celebración de este último surgirá una diferencia a su respecto que puede ser favorable o, casi con toda seguridad, desfavorable. En el primer caso, este beneficio aprovecha sólo al acreedor, porque se trata de una de las contingencias que supone la contratación y que cabría incluir dentro del efecto liberatorio de la resolución. No ocurre lo mismo si la diferencia es desfavorable, puesto que ésta representa para el acreedor un daño que puede ser conectado objetiva y subjetivamente con el incumplimiento del deudor. Corresponde, entonces, que sea el deudor quien soporte este daño en razón del contrato celebrado, pues en él va involucrado un interés de indemnidad que queda garantizado con independencia de su efectiva consumación o resolución (artículo 1124 II CC). En suma, la finalidad de la operación de reemplazo es propiamente de reparación económica, porque con ella el acreedor preconstituye la prueba de una de las partidas que componen el resarcimiento de los daños sufridos: aquella consistente en la diferencia desfavorable entre el precio contractual de la prestación y aquel que ha supuesto conseguirla en el mercado, que queda así determinada de un modo concreto (en contraposición a la fórmula abstracta propuesta por la regla de mercado)<sup>1207</sup>.

Dicho esto, vale considerar el mejor soporte dogmático que proporciona la disciplina de la resolución al funcionamiento de la operación de reemplazo. Sin embargo, en este punto es necesario distinguir el régimen particular que en cada ordenamiento tiene la figura, porque la justificación dada a propósito de los códigos decimonónicos difiere de la actual recogida en otros de más reciente data y en los textos del nuevo derecho de contratos.

---

<sup>1207</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 198, p. 289; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743.

En algunos ordenamientos, la resolución por incumplimiento es un presupuesto de ejercicio del negocio sustitutivo, de suerte que no se puede proceder a él si previamente el contratante afectado no ha declarado resuelto el primer contrato. Tal vinculación se explica por la modalidad de ejercicio de la facultad resolutoria, configurada como un derecho potestativo del acreedor de ejercicio extrajudicial y carácter recepticio. Si la resolución produce su efecto liberatorio con celeridad, es coherente que se reconozca al acreedor, como una forma de liquidación de los daños típicos que el incumplimiento resolutorio produciría, la facultad de acudir al mercado para obtener en él la prestación no ejecutada por el deudor. Incluso más, la regla de mercado se impone como el criterio general de valoración del daño en ausencia de un negocio concreto de sustitución, y salvo siempre la acreditación de un mayor daño (artículos 191 III y 215 II OR, 1518 del *Codice Civile*, 84 ULIS, 76 CISG, 6:36 NBW 7.4.6 PICC, 9:507 PECL, III-3:707 DCFR y 10:507 PCCR, §§ 376 II HGB).

Sin embargo, en su origen esta teoría sobre la operación de reemplazo tenía una fundamentación diferente. A partir de una errada lectura de Pothier<sup>1208</sup>, la codificación decimonónica

---

<sup>1208</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 643, señalaba: «*Dans les contacts synallagmatiques qui contiennent les engagements réciproques que chacun des contractants contracte envers l'autre, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'une des contractantes, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre [...] Quand même on n'aurait [aurait] pas exprimé dans la convention, comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliment du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation; mais il faut que je fasse prononcer le résiliment par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet [...]*». Esta relación entre la condición resolutoria expresa y la resolución por incumplimiento es la que indujo a confusión a los redactores del *Code Civil*. Tradujeron mal el pensamiento de Pothier, que se guardó mucho de hablar de condición resolutoria tácita, y consideraron que todo contrato bilateral, por el solo hecho de serlo, llevaba ínsita una condición resolutoria consistente en el incumplimiento de cualquiera de los contratantes, en la que se veía una generalización de la *lex commisorio* del derecho romano (Dig. 18, 3). De esa forma, la resolución contractual quedó tratada en el artículo 1184 del *Code Civil* como una consecuencia del incumplimiento mismo, si bien mediante la intervención de una sentencia judicial. Se mantuvieron así las ideas de Dumolin,

concebía la facultad resolutoria como un derecho de ejercicio judicial: era el juez quien controlaba los presupuestos de ejercicio de este remedio y pronunciaba la declaración, pudiendo conceder un plazo de gracia al deudor para que cumpliera y evitara así la definitiva desvinculación contractual (artículo 1124 III CC)<sup>1209</sup>. Esta configuración de la resolución por incumplimiento hacía que entre el incumplimiento y la efectiva liberación de la relación contractual frustrada pudiese pasar un tiempo más o menos largo antes de que el acreedor recuperase los recursos que había invertido en el contrato o, por efecto de la liberación consiguiente, la plena disponibilidad de la prestación que se encontraba obligacionalmente afecta a él.

Las dos modalidades recién descritas para el ejercicio de la facultad resolutoria llevan consigo que esta teoría sobre la operación de reemplazo presente dos variantes: una que concibe la figura como un resarcimiento del daño en forma específica que opera tras la resolución *ope legis* del contrato<sup>1210</sup>; y otra que la caracteriza como un procedimiento de autotutela contractual que, merced a la resolución, sustituye el contrato incumplido y liquida parcialmente el daño, que debe ser reembolsado por el deudor<sup>1211</sup>.

La primera de estas variantes intenta compatibilizar el efecto resolutorio de un remedio concebido como de ejercicio eminentemente judicial con la posibilidad del acreedor de acudir al mercado para obtener en él la prestación incumplida y evitar así dilaciones en la satisfacción de su interés. Para hacer cuadrar la necesidad de una tutela rápida y eficaz ante el incumplimiento con el tenor literal de la regla que acordaba la facultad resolutoria en caso de que una de las partes de un contrato bilateral no

---

reformuladas por Pothier, otorgando al juez un papel mucho más activo en la morigeración del ejercicio de la facultad resolutoria.

<sup>1209</sup> Por todos, PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato», cit., pp. 787-792.

<sup>1210</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 213 (p. 358) y 214 (pp. 360-361); GORLA, *La compravendita*, cit., núm. 152, p. 202.

<sup>1211</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.



cumpliere con lo que le incumbía, la operación de reemplazo fue presentada como una modalidad de resolución de pleno derecho regulada implícitamente por la ley, que derogaba la regla general existente en la materia y recogida generalmente en sede de obligaciones condicionales (mediante la tipificación del cumplimiento como una condición tácita de pervivencia del contrato bilateral)<sup>1212</sup>. De esta guisa, el contratante afectado por el incumplimiento recurre al mercado para cubrirse a través de una prestación equivalente, con derecho a repetir contra el deudor según los principios generales del resarcimiento del daño por la diferencia de precio que ésta ha supuesto, y lo hace precisamente porque considera ya resuelto el contrato primitivo<sup>1213</sup>. Cuando esto acaece se verifica, si se quiere, lo que Carrasco denomina una «resolución sin resolución»<sup>1214</sup> o, en otros términos, el efecto liberatorio que es propio de este remedio desconectado de una pretensión formal en ese sentido<sup>1215</sup>.

---

<sup>1212</sup> Algo semejante ocurre respecto de los incumplimientos recíprocos. Por regla general, la excepción de incumplimiento contractual no tiene un efecto de ruptura irreversible de la relación contractual, efecto que sí se sigue de la resolución. Sin embargo, cuando es ejercida extrajudicialmente, dicha excepción desempeña también una función conectada con la desvinculación contractual, pues el estado de suspenso de la relación en que incide, en el que ninguna de las partes quiere cumplir, da paso a una suerte de resolución tácita o unilateral (*résiliation amiable*), que sólo se evita cuando una de las partes recurre al juez para instar por el cumplimiento. El inconveniente es que de este modo la excepción de incumplimiento termina desvirtuando su propia naturaleza, destinada a impulsar el cumplimiento de la parte contraria, y no a eliminar la relación contractual. Por todos, GHESTIN, J./JAMIN, C./BILLIAU, M. *Les effets du contrat* (París, L.G.D.J., 3ª ed., 2001), núm. 473, p. 537. Con todo, la jurisprudencia niega la posibilidad de resolución unilateral cuando ambos contratantes han incumplido (STS de 29 de julio de 1999, RJ 1999/6217).

<sup>1213</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 214, pp. 360-361; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 14; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, p. 66; LACOUR/BOUTERON, *Précis de droit commercial*, I, cit., núm. 797, p. 589; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, núm. 199 (p. 290), 204 (pp. 295-296) y 206 (pp. 297-298); SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, pp. 295-296.

<sup>1214</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1053.

<sup>1215</sup> STS 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8577).

Distinta es la fundamentación cuando se admite el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, sea por vía legal o jurisprudencial, pues entonces desaparece el obstáculo representado por el tiempo de espera que el proceso impone al contratante cumplidor, y la operación de reemplazo sirve como un complemento perfecto de la desvinculación contractual querida por aquél. Para ello basta considerar que la función económica de la resolución es permitir al contratante insatisfecho recuperar la plena disponibilidad sobre los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino<sup>1216</sup>. Esa nueva destinación dependerá de la subsistencia o frustración del interés concreto del acreedor. Puede ocurrir que esa frustración sólo se refiera a la idoneidad del deudor para cumplir con el contrato, pero que el propósito práctico que lo había movido a celebrarlo todavía subsista y pueda ser alcanzado igualmente acudiendo a otros agentes del mercado. Si es así, el acreedor celebrará un contrato con finalidad de cobertura, para procurarse mediante él la prestación que el deudor no cumplió, y aplicará a esta nueva operación los recursos involucrados en el primitivo contrato. Pero dado que el deudor al contratar se ha convertido en garante de la efectiva satisfacción del interés del acreedor, las consecuencias desfavorables que se sigan de esa operación de reemplazo pueden ser legítimamente puestas de su cargo, a título resarcitorio, y sin perjuicio de los otros daños que se hayan ocasionado y que han de ser igualmente indemnizados. De ahí, en suma, que la figura no quepa incluirla dentro del ámbito de actuación del derecho de crédito, sino propiamente en el de la resolución extrajudicial del contrato incumplido, en cuyo seno se configura como una forma compleja de autotutela privada contra el incumplimiento impuesta por las necesidades del tráfico, donde también comparece un negocio sustitutivo (posible igualmente en otros supuestos

---

<sup>1216</sup> Véase la nota 308.

ajenos al de la sustitución negocial) y una tutela resarcitoria de carácter eventual<sup>1217</sup>.

La calificación de la operación de reemplazo como un modo de liquidar presuntivamente los daños típicos procedentes de la resolución del contrato entraña una serie de consecuencias en el plano de su eficacia, a saber:

(a) Al ser la operación de reemplazo una forma de valorar parte de los daños sufridos por el acreedor, su utilización no es incompatible con la resolución del contrato. Es más, esta teoría concibe precisamente a aquélla como un indicador de los daños típicos que acompañan a la resolución, sin que el interés específico del acreedor se vea, a su vez, frustrado<sup>1218</sup>. De ahí, entonces, su ámbito propio sea el de los contratos bilaterales<sup>1219</sup> y que deban concurrir los requisitos propios del remedio resolutorio, especialmente la exigencia de un incumplimiento esencial<sup>1220</sup> (con el consiguiente rechazo cuando el incumplimiento se funda en la entrega de mercaderías defectuosas o de calidad inferior a la contratada, o cuando existe un retardo que no impide alcanzar la finalidad contractual deseada<sup>1221</sup>), y que el reemplazo se pueda producir incluso en un supuesto de incumplimiento temido<sup>1222</sup>.

Dado que respecto de la resolución interesa más el efecto liberatorio que el modo en que se ejerce la facultad, celebrado un negocio de reemplazo, el acreedor no sólo consigue por su intermedio la satisfacción de su interés, sino que también da por resuelto el contrato incumplido, cuando tal resolución no ha sido

---

<sup>1217</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 214-215, pp. 360-363; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

<sup>1218</sup> Díez-PICAZO/MORALES/ROCA, *Los Principios*, cit., pp. 350 y 375.

<sup>1219</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, pp. 11-12.

<sup>1220</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 213 (p. 358) y 215 (p. 362); PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 171-172, p. 195.

<sup>1221</sup> PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 77, p. 181.

<sup>1222</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, p. 197.

impetrada directamente<sup>1223</sup>. De esto se sigue que, avenido el reemplazo, la elección que ha efectuado el acreedor de entre los remedios puestos por el ordenamiento a su favor se convierte en irrevocable y, por ende, no puede abandonar esta vía y pretender todavía el cumplimiento forzoso<sup>1224</sup>.

(b) El cumplimiento previo no es un requisito imprescindible a la hora de celebrar una operación de reemplazo<sup>1225</sup>. Su propia estructura hace que el acreedor consiga por sí mismo consumir el contrato incumplido sin la concurrencia del deudor, dado que su prestación la cumple respecto de un tercero y recibe de éste, a nombre del deudor, la contraprestación originalmente esperada. Esto significa que la ejecución de su propia obligación, que viene exigida para que el acreedor pueda ejercer la pretensión de cumplimiento, se efectúa no hacia el deudor, sino respecto del tercero con quien contrata.

(c) En caso de resolución del contrato, el acreedor tiene derecho a recuperar o conservar su propia prestación según si ella ha sido o no ejecutada, mientras que el deudor queda liberado de cumplir con la suya y pierde los beneficios recibidos hasta el momento<sup>1226</sup>. Tales efectos no son más que una consecuencia de

---

<sup>1223</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1070-1071.

<sup>1224</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

<sup>1225</sup> Porque tampoco lo es respecto de la resolución. Véase, por ejemplo, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 96, p. 179; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 840.

<sup>1226</sup> Por su propia configuración, la resolución por incumplimiento únicamente tiene un alcance retroactivo en las relaciones de cambio que producen efectos instantáneos, pues sólo en ellas la desaparición del contrato da origen a unas obligaciones restitutorias si ha existido previamente un cumplimiento total o parcial de aquél (artículos 1120 y 1123 CC). Como fuere, la retroacción queda condicionada por una combinación de factores (naturaleza de las prestaciones, cantidad de partes cumplidoras, medida del incumplimiento, reciprocidad, buena fe, interdicción del enriquecimiento injusto, compensación en equivalencia). Cuando ellos concurren, el restablecimiento patrimonial no puede tener una acción hacia atrás de tanta radicalidad, y se ha de buscar un método alternativo para garantizar la indemnidad del acreedor. Concretamente, la eficacia retroactiva queda excluida en los siguientes casos: (i) en los contratos de los que nacen obligaciones de hacer y no hacer, (ii) son de ejecución continuada o

las tutelas liberatoria y restitutoria que se derivan del ejercicio de la facultad resolutoria<sup>1227</sup>.

Si hay resolución, se producen sus efectos propios, pero la restitución por lo general no operara voluntariamente, con lo cual aunque la propiedad sobre los objetos haya vuelto al acreedor, éstos seguirán siendo detentados por el deudor mientras la restitución efectivamente no se produzca. Se ha de distinguir, entonces, entre propiedad y tenencia. El acreedor puede que nunca haya perdido la propiedad de las cosas dadas en ejecución de su prestación (como ocurre si se había pactado una cláusula de reserva de dominio), o bien que sólo la recupere por consecuencia

---

sucesiva o (iii) poseen una naturaleza meramente preparatoria; (iv) respecto de ciertas estipulaciones previstas en el contrato para la solución de conflictos o que deben surtir efectos aun en el supuesto de producirse la resolución; y (v) en ciertas situaciones en que la propia disciplina del remedio imponga una excepción a la retroacción. Con afán de sistematización, este régimen ha quedado recogido ahora en los artículos 1202-1204 PMCC.

<sup>1227</sup> El artículo 1124 CC se limita a reconocer que el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento, dando por supuestos los efectos que se siguen de su ejercicio. De su redacción sólo se desprende que la facultad resolutoria entraña dos consecuencias: (i) un efecto liberatorio, que queda comprendido en el poder jurídico reconocido al acreedor para deshacer o destruir la obligación incumplida («[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación [...]»); y (ii) un efecto resarcitorio, dado que conjuntamente con la resolución o con la pretensión de cumplimiento aquél puede solicitar la indemnización de cualquier daño sufrido («[...] con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos»). Sin embargo, este último no es propiamente una consecuencia derivada de la resolución, sino un remedio autónomo basado en el daño que el incumplimiento ha irrogado al acreedor y que puede ser imputado subjetiva y objetivamente a la esfera de control del deudor (artículos 1101, 1105 y 1107 CC), como viene recogido en la PMCC (artículo 1190). De ahí que, en puridad, la facultad resolutoria sólo traiga aparejada la extinción del contrato incumplido, sin perjuicio de las restituciones que quepa realizar si han existido desplazamientos patrimoniales anteriores (artículos 1120 y 1123 CC) en razón de la pérdida del derecho que sobre ellas tenían quien las había recibido (artículo 1114 CC). Dicha extinción no tiene, por tanto, una connotación onerosa (aunque sí satisfactoria), pues el deudor nada ha debido desembolsar y las restituciones que eventualmente realice responden a la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto que se produciría si el contratante cumplidor se ve privado de aquello que dio en ejecución de contrato y, a la vez, de la prestación esperada.

de la resolución del contrato; pero eso no significa que recobre la tenencia material de los objetos, la que vuelve a él por efecto de una acción reivindicatoria o de la pretensión de restitución consecencial a la resolución.

(d) Ha quedado dicho que el incumplimiento supone sólo una insatisfacción formal del interés del acreedor, que activa el sistema de protección dispuesto por el ordenamiento e integrado por remedios enderezados a satisfacer aquél de un modo particular<sup>1228</sup>. Por ello puede ocurrir que el contrato, por los términos en los que inicialmente fue celebrado o por el cambio posterior de circunstancias, resulte económicamente desfavorable al contratante insatisfecho. En este caso, el incumplimiento, lejos de provocar un daño, otorga al acreedor la posibilidad de desvincularse del contenido obligacional del contrato mediante la resolución<sup>1229</sup>. Este remedio, empero, no excluye que el acreedor pueda reclamar también el resarcimiento de los daños que ese incumplimiento le hubiere irrogado, de manera de quedar en una situación equivalente a aquella que le habría supuesto la cabal ejecución del contrato<sup>1230</sup>.

Cuando eso ocurra, el perjuicio de mayor entidad (y quizá el único) que sufrirá el contratante insatisfecho consistirá en la diferencia entre el valor de la prestación efectiva que él debía efectuar o recibir (valorado a la fecha prevista para su ejecución) y el precio fijado por el contrato<sup>1231</sup>. La dificultad consistirá en avaluar el primero según referencias objetivas que miran a las condiciones del mercado en el cual el contrato debía ser cumplido,

---

<sup>1228</sup> Véase *supra*, § 1, II, 1.

<sup>1229</sup> MORALES MORENO, *El incumplimiento del contrato*, cit., pp. 30-31.

<sup>1230</sup> El resarcimiento en la medida del interés contractual positivo viene recogido de forma expresa en la PMCC (artículo 1202 II), donde sólo «[s]e presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra [el contratante insatisfecho] por las obligaciones contraídas en consideración del contrato resuelto» (artículo 1202 III). Para la justificación de esta presunción, PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1734-1735.

<sup>1231</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 175, p. 167.

y es ahí donde la operación de reemplazo se presenta como un expediente de enorme utilidad<sup>1232</sup>.

Si alguna de las partes opta por resolver el contrato y exigir la indemnización de los daños causados, en principio, son de aplicación las reglas contenidas en el Código Civil sobre valoración del montante resarcitorio (artículos 1106 y 1107 CC). Pero dado que esa forma, aunque más exacta, no se condice con la celeridad impuesta por el tráfico, se ha abierto la posibilidad de calcular el daño sufrido sobre la base del criterio objetivo de la diferencia de precios, y no a partir del criterio subjetivo de la demostración de la ganancia dejada de obtener<sup>1233</sup>. Cuando el daño se valora conforme a este criterio, la parte afectada no necesita celebrar efectivamente un nuevo contrato con otros proveedores, sino que le basta con acreditar el precio corriente que tenían los mismos productos o servicios en el mercado cuando debieron ser entregados o prestados en virtud del primer contrato. De la diferencia entre este último y el precio del contrato incumplido surge el daño abstracto que se entiende ha sufrido el acreedor, de suerte que esta cantidad diferencial permite concretar y resumir tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>1234</sup>. Esta forma de calcular la indemnización no representa realmente el daño ciertamente causado en el patrimonio del acreedor, quien además de haber sufrido una pérdida patrimonial efectiva, ha tenido que incurrir en gastos derivados del incumplimiento o, incluso, ha dejado de percibir ganancias como consecuencia de la falta de disponibilidad de la prestación esperada<sup>1235</sup>. Tales pueden ser

---

<sup>1232</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 224, p. 374.

<sup>1233</sup> Véase, entre otros, GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 151, y *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125 (pp. 319-320) y 1126 (p. 326); GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 22; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., pp. 153 y 237.

<sup>1234</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 319.

<sup>1235</sup> PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 77, p. 181.

igualmente cobrados al deudor concurriendo sus requisitos propios.

Ahora bien, si ese contrato verdaderamente se ha realizado, se está frente a una «compraventa de reemplazo» a través de la cual la parte que padece el incumplimiento trata de conseguir estar en la misma situación patrimonial que tendría si la otra hubiera cumplido con su obligación de entrega, de recepción o de pago del precio<sup>1236</sup>. La compraventa de reemplazo supone, por tanto, que la parte afectada para resarcirse del incumplimiento pueda adquirir de un tercero el objeto que el vendedor no le ha entregado o vender a aquél lo que el comprador no ha querido recibir o pagar, basándose su reconocimiento en la indemnización del daño objetivo como fórmula de satisfacción al acreedor<sup>1237</sup>.

En cualquier caso, ambas formas de determinación del daño están estrechamente ligadas entre sí. Basta considerar que el criterio justo para fijar el daño abstracto sufrido por el comprador es el que corresponde a la diferencia existente entre el precio del contrato y los que rigen en el momento del incumplimiento, ya que aquél puede adquirir las mercancías de terceros (merced a una compraventa de reemplazo) pagando dicho precio normal de mercado<sup>1238</sup>. Esto explica que la doctrina del daño abstracto se basa históricamente en la presunción de que la parte incumplidora había tenido que acudir a un contrato de cobertura sobre mercancías del mismo género a precio de mercado, siguiendo los usos del comercio<sup>1239</sup>.

Así pues, la determinación del montante indemnizatorio se puede realizar de dos formas distintas: una abstracta, basada en un

---

<sup>1236</sup> GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152, y *Tratado*, III-1, núm. 1125, p. 322; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 19-21; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., p. 154.

<sup>1237</sup> VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 153.

<sup>1238</sup> MOXICA, «La compraventa mercantil», cit., p. 157.

<sup>1239</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 320; VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., p. 107.



cálculo estimativo del daño sufrido por el acreedor; y otra concreta, que toma como referencia un negocio jurídico que se ha utilizado como paliativo del incumplimiento. La elección de una de ellas dependerá de la situación concreta de cada relación contractual, según si el acreedor ha optado o no por realizar una operación de reemplazo o negocio de cobertura. Si la parte perjudicada por el incumplimiento ha celebrado una operación de esta especie, y siempre que lo haya hecho en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato, la indemnización consistirá en la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mentado negocio, sin perjuicio del derecho a ser resarcido de cualquier otro daño adicional. En caso contrario, la indemnización será equivalente a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, quedando comprendido también en ella el resarcimiento de los demás daños<sup>1240</sup>. Qué se entiende por precio de mercado, y cuál es el momento relevante.

Resuelto el contrato, será el acreedor quien deberá demostrar la existencia del contrato de cobertura, que éste cumplió con sus requisitos propios y que el resultado de ella fue una prestación que supone para él una diferencia desfavorable<sup>1241</sup>.

Por eso dice que el uso de concretar en dinero los daños por medio de una compra efectivamente realizada es más antiguo que el cálculo abstracto de la diferencia que se basa en la ficción de una compra de cobertura.

(e) Ciertamente es que la resolución contractual no requiere que el incumplimiento sea culpable o moroso para permitir la

---

<sup>1240</sup> Para estos efectos, se considera como precio corriente en el mercado aquel generalmente cobrado por las mercancías o servicios contratados en circunstancias semejantes en el lugar en el que se debió haber cumplido el contrato o, de no existir precio corriente en esa plaza, el de otro lugar que parezca razonable tomar como referencia (artículo 65.3 PACCom).

<sup>1241</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 198, p. 289.

procedencia del remedio<sup>1242</sup>. Desde esta sola perspectiva, la operación de reemplazo concurriría también cuando el deudor no sea responsable del incumplimiento y cuando aún no se halle incurso en mora. Tales requisitos, empero, sí son aplicables a esta figura, dado que ella sólo supone la aplicación de la facultad resolutoria como el medio de liberar a las partes de sus obligaciones y, en consecuencia, permitir al acreedor procurarse la satisfacción de su interés por otra vía. Para que el negocio sustitutivo quede conectado con el contrato incumplido, es necesario que la diferencia de precio pagada para obtener la prestación no ejecutada se cobre a título de indemnización por los daños derivados del incumplimiento. Esto implica que esa diferencia de precio, por ser un método concreto de valoración del daño contractual, queda igualmente sujeta a los requisitos propios del remedio indemnizatorio. El incumplimiento que habilita al acreedor para cubrirse en el mercado, entonces, no sólo habrá de tener el carácter de esencial, sino que deberá ser además imputable de alguna forma al deudor (artículo 1100 CC)<sup>1243</sup>. A falta de otra forma de interpelación, el aviso que el acreedor deberá dar al deudor informándole sobre la celebración de la operación de reemplazo será suficiente para constituirlo en mora (artículo 1101 CC), y con ello imputarle la diferencia de precios a título de daño<sup>1244</sup>.

(f) Si el contrato de cobertura ha sido beneficioso para el acreedor, no tiene obligación de restituir al deudor esa

---

<sup>1242</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, cit., núm. 163 (p. 320) y 177 (pp. 346-349); Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 648-649, 813-815, 821, 827-828, 832-834 y 837-839; ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización», cit., pp. 133-135; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 31; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., pp. 44-45; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1047; «Incumplimiento (Dº. Civil)», cit., p. 3508, y «Las nuevas bases», cit., pp. 1731-1733; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., p. 47.

<sup>1243</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

<sup>1244</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 933; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 295, y *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 138; THALLER/PERCEROU, *Traité élémentaire*, cit., núm. 964, p. 617.

ganancia<sup>1245</sup>. Esto se explica por la función de la indemnización, que no alcanza los daños punitivos y es siempre puramente compensatoria del daño efectivamente sufrido (artículo 1106 CC)<sup>1246</sup>, y por el hecho de que el deudor es ajeno a las decisiones que toma el acreedor en cuanto a satisfacer en el mercado su interés, quedando sólo obligado hasta el límite de la garantía asegurada en virtud del contrato incumplido.

(g) Los tres remedios más poderosos con los que cuenta el contratante afectado ante el incumplimiento de un contrato bilateral son la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria y, conjunta con cualquier de ellas, la pretensión resarcitoria (artículo 1124 CC). Cualquiera de estos derechos que se le reconoce al acreedor ante el incumplimiento, puede ser ejercido mientras la prescripción no haya desactivado la posibilidad de deducir una determinada pretensión basada en el contrato. En principio, entonces, la operación de reemplazo, sea que se conciba como una modalidad de ejecución forzada de la prestación incumplida, sea que se entienda que constituye una forma de valoración de los daños típicos producidos por un incumplimiento resolutorio, no puede tener una duración distinta que a los derechos del acreedor a los que se haya subordinada<sup>1247</sup>.

Sin embargo, su propia función exige que la operación de reemplazo sea concluida en tiempo razonable, parámetro que se

---

<sup>1245</sup> CAPUTO, *La liquidazione coattiva*, cit., p. 31; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 14; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 323; LACOUR/BOUTERON, *Précis de droit commercial*, I, cit., núm. 797, pp. 589-590. Contrariamente, LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 203, p. 295. RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 943, admite que la inexistencia de una obligación restitutoria respecto de la diferencia favorable que haya resultado para el comprador que ha celebrado una operación de reemplazo (a su juicio, un supuesto de marginal ocurrencia) es difícilmente conciliable en el plano formal con su carácter de ejecución forzada. Pero esta incoherencia se explica porque este mecanismo es un remedio *sui generis* y, como tal, mal se encuadra en uno u otro aspecto con las figuras generales.

<sup>1246</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 176, p. 168.

<sup>1247</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 541.

concretará en cada caso a partir de las bases generales sobre la determinación del daño resarcible en materia contractual. A este respecto, los criterios de equidad, buena fe y diligencia exigen la celebración del negocio sustitutivo sin tardanza y cuidando de limitar el perjuicio que el deudor ha de soportar, dado que éste no ha de responder de más daño que aquel que le corresponda por imputación subjetiva y objetiva. El menor daño (o, al menos, el máximo de garantía y buena fe) existe cuando el acreedor celebra la operación de reemplazo tan pronto como le fuera posible<sup>1248</sup>.

La brevedad de los términos comerciales, el hecho de que los contratos mercantiles están normalmente ligados con otros contratos (con la consiguiente necesidad de que cada uno de ellos sea cumplido en términos improrrogables y perentorios) exigen que el reemplazo se produzca en un momento lo más inmediatamente posterior al vencimiento del plazo estipulado y del incumplimiento contractual<sup>1249</sup>. Mientras la operación de reemplazo más se acerca al día del cumplimiento mejor responde a su función práctica y teórica<sup>1250</sup>.

(h) La necesaria localización de la operación de reemplazo es una consecuencia de entender que la figura comporta una especie de cumplimiento del contrato y que, por consiguiente, éste debe ser ejecutado en el lugar designado en la obligación, o donde las cosas determinadas existían al momento de constituirse ella, si nada se había estipulado, o bien en el domicilio del deudor (artículo 1171 CC)<sup>1251</sup>.

(i) Los otros daños sufridos por el acreedor se indemnizan conforme a las reglas generales. Esos daños consisten en las pérdidas ocasionadas por la recepción de bienes defectuosos o por el hecho de que las cosas compradas a título compensatorio no han podido ser recibidas en la fecha prevista para la prestación

---

<sup>1248</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 200, p. 291.

<sup>1249</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 200, p. 291.

<sup>1250</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 201, p. 292.

<sup>1251</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 43 (p. 126) y 86 (p. 189).

de origen<sup>1252</sup>. Mención especial merece la indemnización por pérdida de volumen, esto es, del beneficio esperado de una operación cancelada, sobre la que se habrá de volver más adelante para explicar su procedencia de forma contextualizada<sup>1253</sup>.

(j) Si la operación de reemplazo comporta una liquidación del daño ocasionado a consecuencia de la resolución del contrato, no existe impedimento para que el acreedor recurra a ella en supuestos concursales (artículos 61 II y 62 LEC), sin perjuicio de la necesidad de concurrir a dicha sede a efectos de que le sea reconocido el crédito por la diferencia entre el precio contractual y el de cobertura y por los otros daños sufridos (artículo 62 IV LC)<sup>1254</sup>.

## 2. Una medida concreta de mitigación del daño contractual

Por influencia del nuevo derecho de la contratación, constituye un lugar común en la literatura más reciente sostener que la medida de mitigación del daño por excelencia es la celebración de un negocio de reemplazo<sup>1255</sup>, y lo propio ha sucedido en el derecho español<sup>1256</sup>. Tal calificación procede de la disposición sistemática

<sup>1252</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 176, p. 168.

<sup>1253</sup> Véase *infra*, § 6, III.

<sup>1254</sup> ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., p. 201, y *Appunti*, III, cit., p. 73; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 5, p. 14; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, pp. 295-296.

<sup>1255</sup> Véase, entre otros, AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 173 (p. 165) y 177 (p. 168); PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, p. 196; ROSELLO, «Il danno evitabile», cit., p. 55; SOLER PRESAS, «Artículo 77», p.; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 269. Parece ser también la interpretación «auténtica» de los textos del nuevo derecho de contratos (ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Principes*, cit., p. 733; BAR/CLIVE, *Principles*, cit., p. 936; LANDO/BEALE, *Comentarios*, cit., p. 662; UNIDROIT, *Principios*, Comentario 1 al artículo 7.5.3, p. 248), con excepción de la CISG.

<sup>1256</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1540-1541 y 1661; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 250; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 182; RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA,

con que la CISG (a la saga de la ULIS) recogió las reglas sobre valoración del daño contractual, situando dicha carga (artículo 77) inmediatamente después de las reglas de cobertura (artículo 75) y de mercado (artículo 76), una primaria y la otra subsidiaria, ordenación que posteriormente ha sido seguida por los textos que se han inspirado en ella (PICC, PECL, PCCR, DCFR)<sup>1257</sup>.

Con fundamento discutido en el derecho romano<sup>1258</sup>, y ya recogida de forma clara en las obras epigonales que sirvieron de base a la codificación<sup>1259</sup>, la carga de mitigar el daño exige al acreedor del resarcimiento que adopte todas aquellas medidas que sean razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado o, incluso, para evitar que ese daño se llegue a producir<sup>1260</sup>. Su objetivo es, por tanto, promover en él comportamientos económicos sensatos que modulen la indemnización que se reclama del deudor<sup>1261</sup>, de suerte que éste pueda contar con la certidumbre de que el coste del resarcimiento

---

«Crisis inmobiliaria e indemnización», cit., pp. 9 y 15-16; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., p. 473; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 112; VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., p. 107; VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales*, cit., pp. 236 y 242.

<sup>1257</sup> Al igual que los textos del nuevo derecho de contratos (artículos 7.4.8 PICC, 9:505 PECL, 167 ECC, 8:403 ACQP, III-3:705 DCFR y 9:505 PCCR), la PMCC no configura la mitigación de las pérdidas seguidas del incumplimiento como una carga del acreedor, sino más bien como una regla delimitadora de la causalidad y, por consiguiente, de la indemnización que éste puede legítimamente reclamar (artículo 1211). Distinto es el tratamiento que le dispensa la CISG, donde sí viene configurado tal principio como una carga del acreedor (artículo 77; véase su texto en la nota 1274).

<sup>1258</sup> Por ejemplo, Dig. 19, 1, 21, 3 ó 50, 17, 203, refutados por CRISCUOLI, G., «Il dovere di mitigare il danno subito», RDC XVIII (1972), pp. 567-568.

<sup>1259</sup> El principio de mitigación de las pérdidas viene recogido en POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 167, y WINDSCHEID, *Diritto delle Pandecte*, II, cit., § 254, p. 45. Al respecto, CRISCUOLI, «Il dovere di mitigare», cit., pp. 569-570.

<sup>1260</sup> Knapp, «Artículo 77», pp. 559-560; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 180; SOLER PRESAS, «El deber de mitigar», cit., p. 960; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 268.

<sup>1261</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., p. 470.

al que vendrá obligado será menor que la desventaja que se le seguiría de cumplir<sup>1262</sup>.

Salvo alguna situación indirectamente relacionada (artículo 17 LCS<sup>1263</sup>), en el derecho español no existe mención expresa a esta carga fuera de la norma contenida en la CISG (artículo 77). Sin embargo, su procedencia se acepta sobre la base de distintos fundamentos: (i) como un criterio de racionalidad jurídica conectado con las exigencias de la buena fe objetiva (artículos 7 y 1258 CC y 57 CCom)<sup>1264</sup> o la previsibilidad del daño contractual (artículo 1107 CC)<sup>1265</sup>; (ii) como un límite adicional al alcance del resarcimiento<sup>1266</sup>, independiente de la previsibilidad y la concurrencia de culpas; o incluso (iii) como una regla cuya construcción se obtiene inductivamente del derogado artículo 371 CCom, referido al contenido de la indemnización que podía

<sup>1262</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1260.

<sup>1263</sup> La mentada norma establece el deber de salvamento con los siguientes términos: «[e]l asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro». Propiamente aquí no hay una carga de mitigar las pérdidas seguidas del incumplimiento, aunque sí exista una gestión razonable de un riesgo contractual por parte del directo interesado. En el seguro, el siniestro es el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura por parte del asegurador, quien se compromete a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas como contraprestación de la prima que cobra (artículo 1º LCS). Dicho siniestro no es, por tanto, un incumplimiento contractual, sino la condición que hace exigible el derecho del asegurado a cobrar la indemnización (artículo 18 LCS). El deber de salvamento se endereza, entonces, a exigir del acreedor de la reparación una conducta ordenada hacia el contrato, de manera que los daños vengan limitados por su conexión con el siniestro, sin que se extiendan más allá de lo razonable.

<sup>1264</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1259; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 783; FENOY PICÓN, «Los remedios del acreedor», cit., p. 1662; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 238-239; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 181; PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902», cit., p. 1993, e «Indemnización», cit., p. 3518; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 64-65.

<sup>1265</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 783-784; FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., pp. 231 y 241-242.

<sup>1266</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 23.

reclamar el consignatario al porteador por el retraso en la entrega de las mercaderías transportadas<sup>1267</sup>. Esto no obsta, por cierto, a que su reconocimiento positivo sea considerado como una reforma conveniente<sup>1268</sup> y en consonancia con la tendencia comparada<sup>1269</sup>, de la que se han hecho eco las propuestas preparadas por la Comisión General de Codificación (artículos 65 II PACCom y 1211 PMCC)<sup>1270</sup>.

La carga de mitigar las pérdidas se resume en dos ideas centrales<sup>1271</sup>. Según la primera, esta carga impone al acreedor que pretende el resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que puedan ser útiles al respecto (aunque finalmente no lo sean) y que se estimen razonablemente exigibles en el caso concreto según los usos del tráfico y las concretas circunstancias del caso. La segunda es consecuencia de la anterior, y consiste en que ese resarcimiento queda limitado al importe de las pérdidas inevitables y al coste de las medidas mitigadoras exigibles según el parámetro de la razonabilidad, excluyendo la indemnización de los daños que, merced a ellas, hubiesen sido efectivamente

---

<sup>1267</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 63.

<sup>1268</sup> FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios», cit., p. 44, y «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1664; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743.

<sup>1269</sup> Véase los artículos 44 I y 99 II OR, 1227 II del *Codice Civile* italiano y 6:96 NBW, y los §§ 254 II BGB, 350 del *Restatement (2nd) of Contracts* y 2-704 II y 2-715 II UCC.

<sup>1270</sup> La primera vez que se propone la aplicación de esta carga es en la STS de 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8488), que mereció en su día el comentario de SOLER PRESAS, «El deber de mitigar», cit., pp. 951-969, aunque ahí la conducta que se reprochaba al acreedor haber omitido era anterior a la producción del daño. Correctamente, ya desde la STS de 28 de enero de 2000 (RJ 2000/454), referida a una venta internacional, y después de ella otras muchas en igual sentido: SSTS 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749); 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/6364); 28 de octubre de 2005 (RJ 2005/7352); 30 de septiembre de 2007 (RJ 2007/2391).

<sup>1271</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 68.



evitados o pudieran o haberlo sido, los que fuera del ámbito causal de que responde el deudor<sup>1272</sup>.

A la hora de concretar el contenido de esta carga, es habitual ofrecer una tipología que distingue entre medidas de reparación, conservación y sustitución y la aceptación de una prestación inexacta o incompleta<sup>1273</sup>. Precisamente como una medida de sustitución comparece la operación de reemplazo.

Esta caracterización de la operación de reemplazo trae consigo las siguientes consecuencias:

(a) Calificar la operación de reemplazo como una aplicación práctica de la carga de mitigar las pérdidas reconduce el problema de su naturaleza jurídica al ámbito del remedio indemnizatorio<sup>1274</sup>. Tal remisión es importante, dado que la aplicación de esta carga a otros remedios distintos del resarcitorio sólo se puede justificar en ordenamientos donde cabe afirmar que el resarcimiento del daño es el contenido único o, al menos, indudablemente preferente de la promesa contractualmente asumida, de suerte que el deudor cumple realizando aquello a lo

---

<sup>1272</sup> El artículo 1211 PMCC sólo regula los efectos de la mitigación (véase la nota 1257). Al respecto, FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1661-1664; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., p. 472; VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios», cit., pp. 293-294.

<sup>1273</sup> Véase la nota 950.

<sup>1274</sup> En los trabajos de preparación de la CISG, la delegación estadounidense propuso extender la carga de mitigación a otros remedios ante el incumplimiento: en la Convención de Ginebra de 1977 esa extensión se limitaba a la acción de reclamación del precio (hoy artículo 62), mientras que en la Convención de Viena de 1980 se intentó expandir a cualquier remedio ejercicio por el acreedor afectado (hoy artículos 45 y 61). Finalmente se optó por reducir mantener el ámbito de dicha carga al remedio indemnizatorio (artículo 88 ULIS), como se demuestra con la ubicación del artículo (Parte III, Capítulo V, Sección 2<sup>a</sup>: *Indemnización de daños y perjuicios*) y con su propia redacción («*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 daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*»), y quedó dicho en el Comentario oficial que acompañaba el Proyecto de 1979 (UNCITRAL, *Comentarios*, cit., pp. 66-67).

que efectivamente se comprometió o, alternativamente, compensando al acreedor por las pérdidas que no hacerlo le hubiese ocasionado. Desde esta perspectiva es plenamente coherente extender la regla de cobertura fuera del ámbito resarcitorio, haciéndola también comparecer a propósito de la excepcional pretensión de cumplimiento; pero no lo es cuando la prestación prometida puede ser directamente reclamada por el acreedor, pues tal pretensión dependerá de los requisitos de su propio supuesto fáctico<sup>1275</sup>.

(b) Pese a la denominación con que a veces se la mienta (*duty of mitigation*), la mitigación del daño es una carga que corresponde al acreedor<sup>1276</sup>. Con tal nombre se identifican las situaciones jurídicas que consisten en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, establecida en interés propio del sujeto que debe realizarla, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él<sup>1277</sup>. Así, a diferencia de lo que ocurre con una obligación en sentido técnico, en la carga el interés por su cumplimiento radica en el propio titular del poder jurídico que se halla en el deber de adecuar su comportamiento a una regla de conducta determinada, dado que la inobservancia de su contenido revierte exclusivamente sobre él, sin que entrañe responsabilidad o pueda ser exigida forzosamente por otro<sup>1278</sup>. Esta caracterización es importante porque de ella se sigue que es al acreedor a quien corresponde la decisión de acometer o no la minoración del daño, asumiendo las consecuencias que una u otra alternativa le depara. Es también él quien, salvo casos

---

<sup>1275</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 65-66.

<sup>1276</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., p. 164; FENOY PICÓN, «Los remedios del acreedor», cit., p. 1662; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 64; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., pp. 266-267.

<sup>1277</sup> Véase, con referencia al derecho privado, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas de acreedor en el derecho civil y en el mercantil* (Madrid, Montecorvo, 1988), pp. 21-68, y LAGOS VILLARREAL, O., *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil* (Madrid, Fundación Mapfre, 2006), pp. 3-109.

<sup>1278</sup> VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 266.

excepcionales (verbigracia, la falta de medios del acreedor o el excesivo coste de la medida en cuestión), financiaría con su propio peculio los costes de la mitigación, sin perjuicio de que con posterioridad pueda reclamar el reembolso de ese gasto, actualizado y con sus intereses<sup>1279</sup>.

(c) El contenido de la carga de mitigar las pérdidas es una prestación de medios, y no de resultado, porque impone al acreedor la observancia de todos aquellos comportamientos que sean razonables para morigerar el daño derivado del incumplimiento del deudor, según las circunstancias concretas del caso y de acuerdo con un patrón ordinario de diligencia<sup>1280</sup>.

(d) La carga de mitigar las pérdidas entra en juego con posterioridad a que se ha resuelto la cuestión de la imputación subjetiva del incumplimiento a la esfera de riesgo administrada por el deudor y de la imputación objetiva del daño a ese incumplimiento. Vale decir, ya no existe duda de que el incumplimiento es la causa de todo el daño, sin que quepa atribuir su ulterior propagación a un nuevo curso causal introducido por el acreedor<sup>1281</sup>. El problema estriba aquí en determinar si el deudor, a quien se imputa completamente el daño ocasionado por su incumplimiento, debe responder de aquella pérdida que el acreedor podría razonablemente haber evitado. De esto se sigue que el incumplimiento relevante siempre es aquel imputable al deudor, y que el funcionamiento de la carga se endereza a fijar el alcance de la legitimación que se reconoce al acreedor para reclamar el resarcimiento del daño.

(e) El daño patrimonial sufrido por el acreedor se desglosa en dos partidas: el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1106 CC). La aplicación de la carga de mitigar el daño tiene una

---

<sup>1279</sup> SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 71 y 81-82.

<sup>1280</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., p. 472; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 69-71.

<sup>1281</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1663; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 64 y 72.

particular importancia en la indemnización del segundo de estos rubros, por el peligro de que este tipo de daño se extienda excesivamente<sup>1282</sup>. Tal función hace que la operación de reemplazo venga concebida como un medio típico de valorizar la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor como consecuencia del incumplimiento<sup>1283</sup> (por ejemplo, el daño sufrido por el acreedor como consecuencia de haber perdido en el tiempo intermedio una ocasión de revender la cosa a mejor precio<sup>1284</sup>) y, por ende, que haya de juzgarse conforme con los parámetros de resarcimiento del lucro cesante. En esta materia es importante lo decidido por la STS de 18 de marzo de 2010 (RJ 2010/3703), que, recogiendo una tendencia ya asentada, limita los lucros cesantes resarcibles al arrendador a las rentas efectivamente perdidas antes de que pudiera realquilar el inmueble abandonado por el arrendatario, con el añadido de que formula esta limitación como una consecuencia de carga de mitigar las pérdidas que pesa sobre el acreedor del resarcimiento.

Con idéntico criterio, cuando se demuestra que la parte a quien se debía suministrar ciertas materias primas habría podido procurárselas de otra forma y no lo ha hecho porque no ha querido, el deudor no estará obligado al pago de todos los daños provenientes de la cesación de su actividad industrial, sino sólo al mayor gasto que él habría debido asumir para obtenerlas de otra forma, así como a los daños del retardo a los cuales habría permanecido eventualmente expuesto para conseguirlo<sup>1285</sup>.

(f) La omisión de mitigación de las pérdidas razonablemente evitables produce unos efectos bien determinados: el deudor queda autorizado para solicitar que se reduzca la indemnización tanto en la cuantía en que efectivamente se redujo o había de reducirse la pérdida como en la porción que, por obra de les

---

<sup>1282</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 181.

<sup>1283</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 181.

<sup>1284</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, pp. 943-944.

<sup>1285</sup> REDENTI, *Dei contratti*, cit., núm. 105, p. 140.

medidas exigibles, aquélla no se incrementó, salvo que la adopción de una tal medida resultare imposible o poco razonable en razón de la ocurrencia de un impedimento ajeno a su esfera de control<sup>1286</sup>. Por el contrario, los provechos que hayan derivado del comportamiento de mitigación adoptado quedan en el acreedor, quien puede retenerlos legítimamente<sup>1287</sup>. Por venir configurada como una prestación de medios, la observancia de la carga autoriza al acreedor a cobrar al deudor los gastos en los que hubiere incurrido aunque las medidas adoptadas no hubiesen sido útiles para mitigar o aminorar las pérdidas<sup>1288</sup>.

(g) La operación de reemplazo como medida mitigadora viene indisolublemente ligada al ejercicio de la facultad resolutoria, porque los dos cursos de acción principales que se reconocen al acreedor ante el incumplimiento son forzar el cumplimiento o resolver el contrato, en ambos casos con derecho al resarcimiento de los daños causados (artículo 1124 CC). De donde las consecuencias que se han enunciado en el número anterior son aquí igualmente aplicables.

### III. OTRAS TEORÍAS PROPUESTAS

Queda, en fin, referir las demás teorías propuestas para explicar la naturaleza jurídica de la operación de reemplazo, las que no guardan relación con las dos líneas principales de desarrollo antes mencionadas. Comparen aquí aquellas explicaciones que califican el reemplazo como una figura *sui generis* (1), como un modo particular de extinción del contrato

---

<sup>1286</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 71-72; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., pp. 266-267.

<sup>1287</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 71-72.

<sup>1288</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 72; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., p. 472; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 267.

incumplido (2) y como una aplicación de la gestión de negocios ajenos (3).

### 1. Un instrumento *sui generis*

Después de analizar la venta y la compra de reemplazo tratadas en los artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile*, Greco (1889-1974) y Cottino concluyen que se está en presencia de dos figuras anómalas y de carácter complejo<sup>1289</sup>. A su juicio, la operación de reemplazo comporta un instrumento *sui generis* puesto por el legislador a disposición de los contratantes para conseguir el efecto práctico de realizar sus intereses contractuales por una vía diversa del cumplimiento forzoso y de la mera resolución<sup>1290</sup>.

La primera solución que estos autores descartan es que se trate de un equivalente de la ejecución forzosa procesal. Para que tal ocurra debe existir una agresión directa contra el patrimonio del deudor, para obtener en él el bien debido o los recursos para procurárselo<sup>1291</sup>. Nada de eso ocurre en la operación de reemplazo, porque el contratante que ha acudido a ella se debe premunir de un título ejecutivo y recurrir al procedimiento normal de ejecución, para realizar sobre el patrimonio del deudor el importe de su crédito que no ha sido cubierto con el nuevo contrato, o bien el daño que ha sufrido a pesar de haber acudido al mercado para remediar el incumplimiento. Sea como fuere, la

---

<sup>1289</sup> GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 321-325.

<sup>1290</sup> GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 325.

<sup>1291</sup> GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 322 (nota 1), reconocen que tal objeción es cierta absolutamente sólo respecto de la compra de reemplazo. En la venta coactiva, por el contrario, y si ya se ha producido la individualización de las mercancías que deben ser entregadas, sí se agreda el patrimonio del deudor, porque éste es dueño de aquellas por el efecto personal del contrato, aunque todavía no estén materialmente en su poder. De ahí que crean oportuno, al menos para este supuesto, la formulación ofrecida por Ferrara (véase *supra*, § 4, I, 4).

necesidad de acudir a un procedimiento judicial con posterioridad al reemplazo de la prestación incumplida torna inevitable que aquél se identifique en cierta forma con la ejecución forzosa.

Pero enseguida los citados autores agregan que, pese a esta aparente similitud, tampoco cabe hablar de una verdadera y propia ejecución del contrato en forma específica o de una modalidad especial de resolución.

Respecto de la primera, porque la ejecución está dirigida a obtener la entrega o restitución de una cosa (artículo 2930 del *Codice Civile*)<sup>1292</sup>, o bien el cumplimiento de una obligación de hacer (artículo 2931 del *Codice Civile*)<sup>1293</sup>, y no una prestación que importa la transferencia de propiedad de la cosa debida merced a su individualización (artículo 1378 del *Codice Civile*). Además, la ejecución se dirige contra el deudor y su patrimonio, salvo en el caso especial de la obligación de hacer, cuyo cumplimiento puede ser obtenido mediante el hecho de un tercero. Estas características impiden que la operación de reemplazo pueda ser calificada en propiedad como una forma de ejecución del contrato, incluso si el encuadramiento se intenta a partir de una matizada configuración de aquélla como una forma especial y anómala de ejecución elaborada a partir del sustrato de la regla sobre cumplimiento forzoso de una prestación de hacer por un tercero y a expensas del deudor (artículo 2931 del *Codice Civile*).

Cierto es que la regla sobre valoración del daño derivado de la resolución se efectúa sobre la base del mismo criterio de diferencia de precios existente tras la operación de reemplazo,

---

<sup>1292</sup> En este caso, el ejercicio de la pretensión de cumplimiento requiere que la cosa mueble o raíz ya esté individualizada y que la entrega sea producto del efecto traslativo o restitutorio del contrato (artículo 2930). Cuando se trata del incumplimiento de la obligación de concluir el contrato, la parte interesada puede obtener una sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato proyectado, siempre que ella cumpla a su vez con su propia prestación o haga una oferta de cumplimiento en la forma establecida (artículo 2932).

<sup>1293</sup> Ambas referencias corresponden sustancialmente a las reglas ofrecidas en los artículos 1196 II y 1198 CC, y 702 y 706 LEC.

con derecho a cobrar igualmente un mayor daño si lo hay (artículo 1518 del *Codice Civile*). Pero tal equivalencia no permite asimilar cabalmente ambas figuras, como si entre ellas existiera coincidencia de funciones. La operación de reemplazo supone como elemento esencial que se haya procedido efectivamente a la celebración de un nuevo contrato de la misma naturaleza de aquel que fue incumplido. Esa exigencia no es, empero, indispensable en la resolución por incumplimiento, cuya función económica es únicamente permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos que real u obligacionalmente tenía afectos al cumplimiento de un contrato cuyo propósito práctico no ha logrado consumarse. El destino posterior de esos recursos es ajeno a la mecánica propia del remedio resolutorio.

Con todo, la definición dogmática de la figura se complica cuando se profundiza en su naturaleza y conexiones, de suerte que resulta casi inevitable acudir a una solución elástica que permita explicar su funcionamiento y eficacia.

En una operación de reemplazo, la ejecución del contrato incumplido (o, mejor, la realización de sus efectos económicos o de una parte de ellos) se verifica no entre las mismas partes contratantes, sino entre una de ellas y un tercero. Sin embargo, la parte incumplidora queda coactivamente interesada respecto de este segundo contrato, porque viene obligada a soportar la diferencia desfavorable que entre uno y otro se produzca para quien lo ha celebrado. Resulta innegable, además, que la operación de reemplazo rompe la relación existente entre comprador y vendedor y que, con la adquisición de unas nuevas mercaderías a expensas pero no por cuenta del segundo, parece darse por supuesta la resolución del contrato. En este sentido, las dos figuras analizadas muestran un movimiento pendular: mientras la venta de reemplazo se acerca más a un procedimiento ejecutivo especial, que presupone la transferencia de propiedad al comprador y la enajenación por cuenta suya, la compra de reemplazo lo hace a la resolución. Tal duplicidad hace que la



figura sólo pueda ser entendida unitariamente si se la califica como un mecanismo *sui generis* dispuesto a favor de los contratantes.

## 2. Un modo especial de extinción del contrato incumplido

Emilio Langle y Rubio (1886-1967) trata la operación de reemplazo en dos de sus obras de madurez, como son su monografía dedicada al contrato de compraventa mercantil (1958) y el tomo III de su *Manual de derecho mercantil español* (1959)<sup>1294</sup>. En estos trabajos, empero, se aparta de la formulación ofrecida en el *Curso* de Garrigues, primera exposición sistemática de la figura en el derecho español, y prefiere incluir ésta dentro del apartado dedicado a la extinción de este particular contrato<sup>1295</sup>, idea que luego aparece implícita (aunque sin referencia a los trabajos de Langle<sup>1296</sup>) en el *Tratado* de este último autor<sup>1297</sup>. En el exordio de ese apartado, Langle señala que los modos de extinción de la compraventa mercantil son los

---

<sup>1294</sup> Langle se sintió atraído inicialmente por el derecho penal, campo en el que realizó su tesis doctoral (*La mujer en el derecho penal*, 1910) y obtuvo su cátedra (Universidad de La Laguna, 1923). El paso al derecho mercantil se produjo como consecuencia de la vacancia de la cátedra de esta disciplina en la Universidad de Granada mientras se encontraba en Madrid tomando posesión de la suya. Por conveniencias familiares y por ser aquélla su *alma mater*, Langle se presentó a la oposición para proveer dicha plaza, antes ocupada por Antonio Díaz Domínguez (1853-1935), y ganó el concurso, comenzando a impartir la nueva asignatura a partir del curso 1923-1924. Con el objeto de mejorar su formación en una disciplina casi ignota, realizó estancias de investigación en universidades de Francia, Italia, Bélgica, Suiza y Alemania. Especial importancia reviste la amistad que trabó con destacados mercantilistas italianos, como Vivante, Sraffa, Mossa, Asquini y Rotondi (véase la nota 764).

<sup>1295</sup> LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., pp. 103-110, y *Manual*, III, cit., § 106, pp. 169-172.

<sup>1296</sup> Es más, su monografía sobre la compraventa mercantil ni siquiera aparece mencionada en la bibliografía ofrecida por Garrigues al comienzo de la parte dedicada al tratamiento de este contrato; en dicha relación sólo se hace alusión al tomo III del *Tratado* de Langle (GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., p. 229).

<sup>1297</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 323-324.

generales de todo contrato, sobre los que no cabe referirse en una obra destinada a un contrato en particular<sup>1298</sup>, o bien ciertas causas especiales de rescisión de las que trata el propio Código de Comercio<sup>1299</sup> y a las que sí dispensa un tratamiento especial en el curso de su libro<sup>1300</sup>. Sin perjuicio de ello, a su juicio, hay «otras materias interesantes» relacionadas con la extinción del contrato de compraventa mercantil, que sí merecen atención particular en esa sede<sup>1301</sup>, como es el caso de la rescisión por lesión, las arras, el retracto y, para lo que aquí interesa, la compraventa de reemplazo.

De esta última trata al final del apartado, sin diferenciar si el incumplimiento que autoriza la cobertura a través del mercado procede del comprador o del vendedor, lo que sugiere la unidad dogmática de la figura<sup>1302</sup>. Langle tiene, entonces, el mérito de haber abordado por primera vez la figura de un modo unitario, superando la dicotomía entre compra y venta de reemplazo ofrecida por Garrigues en su *Curso*<sup>1303</sup>. En dicha sede señala que la operación de reemplazo importa una forma de solucionar el incumplimiento ocasionado por una u otra de las partes mediante la celebración de un nuevo contrato, que por la función sustitutiva

---

<sup>1298</sup> De los que sí trata, a propósito del régimen general de los contratos mercantiles, tanto en su *Derecho mercantil* (Madrid, Reus, 1931), pp. 105-108, como en su *Manual*, III, cit., § 104, pp. 104-124.

<sup>1299</sup> Son causas de rescisión especiales del contrato de compraventa: (i) la falta de entrega dentro de plazo (artículo 329); (ii) la falta de toda la cantidad de mercaderías (artículo 330); (iii) la pérdida o deterioro anterior a la entrega (artículo 331); y (iv) la negativa de recepción de lo comprado (artículo 332).

<sup>1300</sup> Concretamente, LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., pp. 71-73, 84-86 y 95, y *Manual*, III, cit., § 106, pp. 115-156, 162-163 y 166-167.

<sup>1301</sup> LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 103, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 169.

<sup>1302</sup> LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 110, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 172.

<sup>1303</sup> Respectivamente, GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, pp. 151 y 152.

que desempeña se llama de reemplazo<sup>1304</sup>. Junto con indicar que el Código de Comercio no menciona este supuesto salvo en el caso particular de la demora en el cumplimiento de lo convenido por parte del agente colegiado vendedor o comprador dentro del marco de una operación de Bolsa (artículo 77, hoy derogado)<sup>1305</sup>, este autor<sup>1306</sup> explica que recurre a una compraventa de reemplazo la parte que ha cumplido con su respectiva obligación, con el fin de hacerse, por cuenta de la incumplidora, con la cosa o con el precio que le es debido.

Lamentablemente, esta tesis no tuvo continuación ni desarrollo posterior<sup>1307</sup>. De los pocos datos suministrados por Langle parece concluirse que la operación de reemplazo constituye un mecanismo destinado a remediar el incumplimiento del contrato de compraventa mercantil dotado de autonomía conceptual, esto es, con un funcionamiento independiente a otros medios de tutela, especialmente la resolución y la indemnización de perjuicios. Se trataría, pues, de un medio de tutela del interés del acreedor que se diferencia tanto de la pretensión de cumplimiento como de la resolución contractual. Respecto de la primera, en ningún momento se hace mención a ella, pese a que el autor considera

---

<sup>1304</sup> LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 110, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 172.

<sup>1305</sup> Por otra parte, LANGLE Y RUBIO, *Manual*, III, cit., § 108, p. 224, creía conveniente que el artículo 77 CCom fuera rehecho, con el fin de mejorar su redacción, sistematización y claridad, pues en él se contenían «de manera algo confusa múltiples efectos y elementos».

<sup>1306</sup> LANGLE Y RUBIO, *El contrato de compraventa*, cit., p. 110, y *Manual*, III, cit., § 106, p. 172.

<sup>1307</sup> Pese a que Langle fue citado con frecuencia por los mercantilistas de su época, no creó escuela propia, como sí lo hizo Garrigues, debido a distintas circunstancias personales: el tiempo dedicado originalmente al derecho penal, la privación de la cátedra universitaria y el traslado forzoso a Oviedo. A ello contribuyó, además, el hecho de que por aquel entonces sólo la Universidad Central de Madrid estaba autorizada para conferir el grado académico de doctor. Tampoco adscribió a ninguna de las escuelas existentes, especialmente en lo que se refiere a la Escuela del derecho mercantil de la empresa, merced a la cual su obra pudiera haber tenido alguna continuidad (VARGAS VASSEROT, *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez*, cit., pp. 79-80).

que ambos instrumentos persiguen un objetivo idéntico: obtener la prestación debida con cargo a la parte que ha incumplido el contrato. Dada esta coincidencia funcional, lo esperable hubiese sido que ambas viniesen equiparadas, como ocurre en el derecho alemán e italiano, y, dado que no es así, es dable sostener que ambas poseen una distinta identidad típica. Tampoco la operación de reemplazo comportaría una forma de resolución contractual, porque tal remedio viene expresamente mencionado por Langle cuando mienta los supuestos de rescisión y no resultaría lógico que segregase una figura que cree aplicación particular de otra.

Estos indicios llevan a pensar que Langle concebía la operación de reemplazo como un modo autónomo de extinguir la compraventa mercantil, que producía unos determinados deberes de liquidación entre las partes. Considerada como un fenómeno unitario, una relación obligatoria se extingue cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica perseguida y se han agotado todos los efectos buscados, porque entonces han quedado plenamente satisfechos los intereses de ambas partes y ejecutadas todas las obligaciones recíprocas<sup>1308</sup>. Tal consumación del fin del contrato se produce igualmente cuando el contratante a quien afecta el incumplimiento celebra una operación de reemplazo y se procura a través del mercado aquella prestación que debió recibir en virtud del contrato que había celebrado para ese propósito. Dicho contrato, aunque no ha sido efectivamente cumplido por el deudor, carece ya de sentido, porque el acreedor ha obtenido la prestación que esperaba y ha satisfecho con ella su interés.

La lógica lleva a pensar que, cuando eso ha ocurrido, el contrato se ha de reputar extinguido. Pero esa extinción no excluye que todavía pueda subsistir la necesidad de liquidar sus resultados u otra situación que se encuentra pendiente<sup>1309</sup>, como ocurre en este caso. El contrato ha alcanzado su consumación por

---

<sup>1308</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 1084.

<sup>1309</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 1085.

la satisfacción que consigue el acreedor al recibir de un tercero la prestación esperada, pero ese cumplimiento le ha supuesto costes adicionales que aquel contrato no le obligaba a soportar y que, por ende, pueden ser legítimamente transferidos al deudor en cuanto garante de la satisfacción de su interés. El mecanismo para operar esa transferencia y la consiguiente liquidación de la relación entre acreedor y deudor es el resarcimiento del daño, que se valora concretamente a partir del negocio de cobertura celebrado.

Esta fundamentación que parece estar detrás de las ideas sólo sugeridas por Langle engarza con la concepción que el autor tenía del Derecho mercantil, y que concebía como «aquel sector del Derecho privado que, con objeto de tutelar debidamente los intereses comerciales, y los análogos, imprime a sus instituciones un doble sentido finalista de acentuada flexibilidad y seguridad de los negocios jurídicos»<sup>1310</sup>. La operación de reemplazo se adapta a los intereses mercantiles y permite conseguir el propósito práctico buscado con el contrato de una forma eficaz y sin mayores dilaciones, de suerte que se convierte en un instrumento dúctil para que el acreedor obtenga efectivamente la prestación esperada.

### **3. Una aplicación de la gestión de negocios ajenos**

Una de las primeras explicaciones ofrecidas sobre la venta de cobertura concebía ésta como una gestión de negocios que el vendedor desarrollaba a favor del comprador<sup>1311</sup>. Esta calificación ha cobrado adhesión entre la doctrina francesa, que todavía sigue

---

<sup>1310</sup> LANGLE Y RUBIO, E., «El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del derecho mercantil», RDM 80 (1961), p. 373.

<sup>1311</sup> CUYACIO, J., *Operum*, V (Nápoles, Typis ac Sumptibus Michaelis Aloyssi Mutio, 1722), fol. 1124 (bajo la cita parcial de Dig. 18, 6, 1, 3).

sosteniendo ese carácter respecto de una figura que carece de reconocimiento positivo<sup>1312</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Dejando fuera las teorías marginales, que sustancialmente remiten a las dos líneas centrales sobre la que discurre la literatura para explicar la operación de reemplazo, ésta ha sido caracterizada bien como una forma de actuación del derecho de crédito, bien como un método de valoración de los daños derivados del incumplimiento. Ambos encuadres, empero, parten de un propósito común, aun cuando la base argumental utilizada difiera en cada caso o el énfasis parezca estar en un aspecto secundario. Ese objetivo no es otro que determinar la suerte del contrato incumplido cuando el acreedor, acudiendo al mercado, celebra un nuevo negocio para obtener de un tercero la prestación que esperaba de su deudor.

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

El segundo grupo de teorías, en cambio, centra su exposición en una secuela secundaria de la operación de reemplazo, como es la valoración de los daños que, celebrada ésta, sufre el acreedor en su patrimonio. Tal aspecto es secundario por dos órdenes de consideraciones. Ante todo, porque el montante del daño cuyo resarcimiento tiene derecho a recabar el acreedor no difiere según cuál sea el encuadre asignado a la operación de reemplazo. Con

---

<sup>1312</sup> Por ejemplo, BEDARRIDE, J./ABRAHAM, B., *Des achats et des ventes* (París, L. Larose/L. Tenin, 1909), núm. 359.

independencia del reenvío que se haga o de la forma concreta por la que se opere el reemplazo, ese daño siempre estará representado por la diferencia entre el precio inicialmente pactado y el precio de cobertura, cada uno de los cuales ocupará el lugar de minuendo o sustraendo dependiendo de la naturaleza de la prestación incumplida. A este respecto, resulta indiferente que el acreedor haya sufrido otros daños, los que serán resarcidos conforme a las reglas generales de valoración del daño contractual (causalidad, interés lesionado, certidumbre, previsibilidad). Enseguida, poner ahí el centro de gravedad de la explicación deja sin responder la pregunta crucial sobre la suerte del contrato incumplido cuando el acreedor se ha cubierto en el mercado. De eso se sigue que encuadrar la operación de reemplazo como una materialización de la carga de mitigar el daño no sólo sea equivocado desde el punto de vista estrictamente dogmático, dado que las consecuencias de una y otra atañen a aspectos distintos de la gestión del riesgo contractual por parte del acreedor, sino también insatisfactorio desde una perspectiva lógica. Dicho de otro modo, que el acreedor haya de evitar un agravamiento de los daños que le produce el incumplimiento no revela necesariamente qué ocurre con el contrato incumplido, el cual teóricamente todavía podría ser ejecutado por el deudor.

Esto explica que la dicotomía finalmente se haya de establecer entre cumplimiento forzado y resolución por incumplimiento, porque son estos dos remedios los que explican la suerte del contenido obligacional del contrato. Por esa razón, en el § 1 se los ha calificado de primarios. En el sistema de protección de crédito, la indemnización no es más que un remedio complementario destinado a llenar aquellos vacíos que, desde el punto de la satisfacción del interés del acreedor, no han sido colmados por la operatividad de los dos remedios que deciden qué ocurrirá con el contenido obligacional del contrato. Ellos, por cierto, dejan inalterada su fuerza obligatoria, en cuanto base sobre la que se asienta la garantía de satisfacción del interés del acreedor,

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

Decantarse por uno u otro remedio dependerá de la formulación específica que un concreto ordenamiento haya dado a la regla de cobertura. De ahí que, expuesto el estado de la cuestión en torno a la fundamentación dogmática de la operación de reemplazo, el paso siguiente consista en efectuar una recapitulación enderezada a valorar comparativamente esas teorías e identificar la función que desempeñan las reglas de cobertura (§ 5), para desde ellas asignar contenido a la estructura y efectos de esta figura (§ 6).



## § 5. UNA VALORACIÓN COMPARATIVA

SUMARIO: I. LA EJECUCIÓN COACTIVA DEL CONTRATO. II. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO. III. LA EJECUCIÓN COACTIVA CON CARÁCTER PROCESAL. IV. LA EJECUCIÓN PRIVADA DEL CONTRATO POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR. V. UNA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS TÍPICOS DERIVADOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. VI. UNA MEDIDA CONCRETA DE MITIGACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL. VII. UN INSTRUMENTO *SUI GENERIS*. VIII. UN MODO ESPECIAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO. IX. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS. X. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

En el § 4 se han descrito las explicaciones ofrecidas respecto de la naturaleza de la operación de reemplazo, que oscilan entre calificar a ésta como una modalidad de pretensión de cumplimiento o un método de valoración del daño. Fuera de ese esquema pendular, que es el que más adhesión ha concitado e, incluso, por el que se han decantado los textos que han optado por positivar una regla de cobertura, quedan ciertas explicaciones marginales que igualmente pueden ser reconducidas, con mayor o menor dificultad, a esa dicotomía. Pero hasta ahora las distintas explicaciones y sus particularizaciones sólo han sido expuestas en sus rasgos esenciales y consecuencias prácticas con un propósito meramente descriptivo, y tratando de engarzar la argumentación con el derecho positivo español hasta dónde ha sido posible. Con ese fin se han desbrozado las distintas explicaciones, para ofrecer una exposición que presente cada una de las teorías de la forma más pura posible, con las implicaciones que de ahí se siguen, pese a que en la realidad los elementos con que se urde el discurso vienen muchas veces entremezclados.

Sin embargo, la función propia de la dogmática rebasa el estadio meramente descriptivo, aun cuando en él se contengan ya ciertos elementos de análisis del fenómeno jurídico, dado que su cometido propio es penetrar aquella parte de la realidad social

regida por el derecho con un afán de sistematización e inducción que permita una mejor comprensión del orden jurídico vigente. La primera de estas tareas tiene por objetivo ordenar de manera racional y enlazar entre sí el conjunto de reglas que conforman una determinada materia, sean ellas de origen legal, consuetudinario o jurisprudencial, para ofrecer a los operadores jurídicos una explicación clara y asequible de sus instituciones básicas y de los contornos que las delimitan o marcan su ámbito de pertenencia. La segunda tarea se dirige a ofrecer un producto todavía más depurado y con un mayor nivel de reflexión y abstracción, pues consiste en extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, los principios generales que están implícitos en ellas. El paso siguiente consistirá, entonces, en intentar una valoración comparativa de aquellas teorías, detectando sus ventajas e inconvenientes (§ 5), para desde ella extraer ciertas constantes que permitan explicar la función de las reglas de cobertura dentro del sistema de remedios ante el incumplimiento (§ 6), las que esbozan ya en el cuerpo de conclusiones con que se cierra este parágrafo (X).

Conforme con el plan recién mencionado, expuestas en el § 4 las teorías formuladas en torno a la operación de remplazo en sus rasgos esenciales y consecuencias prácticas, cumple ofrecer una valoración comparativa y crítica de ellas siguiendo el mismo orden entonces expuesto, detectando sus debilidades dogmáticas ahí donde las haya.

## I. LA EJECUCIÓN COACTIVA DEL CONTRATO

La teoría de la ejecución coactiva del contrato presenta una importante contradicción desde el momento en que se asume que la operación de remplazo es concluida por cuenta y riesgo del deudor. Si es así, el acreedor está propiamente cumpliendo el contrato por el deudor, y lo hace como su gestor, mandatario o

presunto comitente<sup>1313</sup>. De ello se sigue que en esta situación no existe en puridad un cumplimiento forzoso del contrato, sino un pago en sentido técnico proveniente de un tercero pero radicado jurídicamente en el deudor (artículo 1158 CC)<sup>1314</sup>. El acreedor se ha procurado en el mercado, a través de un nuevo contrato, una prestación de las mismas características que aquella que el deudor debió ejecutar en su momento. La función de este segundo contrato es servir de cumplimiento al primero, el que se hace por cuenta y riesgo del propio deudor. Para salvar esta contradicción, y aunque no se diga expresamente, se acude a una ficción por la que se suple la falta de voluntad del deudor para cumplir con su obligación<sup>1315</sup>.

Ahora bien, el propio hecho de que la operación de reemplazo se concluya por cuenta y riesgo del deudor moroso introduce ya una distorsión en su cabal comprensión, porque remite a un fenómeno jurídico mucho más amplio, como es de la representación. Ella cubre cualquier situación en virtud de la cual una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de éste, y lo hace autorizado para ello por el directamente interesado o, en su caso, por la ley, de manera que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado y no en la del representante, quien no queda especialmente obligado hacia terceros. Quien actúa como representante de otro ejerce un poder que le ha sido dado para gestionar determinados asuntos ajenos en beneficio de quien está interesado en ellos, sin que pueda trasgredir las órdenes del principal más que en aquellos casos en que la representación ha sido establecida en interés público (por ejemplo, cuando un

---

<sup>1313</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 61.

<sup>1314</sup> De ahí que RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., núm. 2260, p. 909, calificase de audaz la fundamentación dada en Francia a la operación de reemplazo a partir del artículo 1144 del *Code Civil* (artículos 1096 II y 1098 I CC).

<sup>1315</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 61.

recaudador privado de impuestos es sustituido por un gestor, cuando se ha abierto concurso, cuando una empresa ha sido puesta bajo intervención, etcétera).

En lo que atañe su origen, la fuente de ese poder de actuación reside bien en (i) un negocio jurídico unilateral por el que el interesado confiere la facultad a determinada persona para gestionar sus asuntos, llamado por eso apoderamiento; bien en (iii) ciertos contratos o relaciones jurídicas que confieren el poder de actuar en interés ajeno, como sucede con el mandato, el contrato de trabajo, la situación de condominio, la calidad de administrador de una sociedad, la filiación y otras; bien en (iii) la ley, que custodia los intereses de determinadas personas confiándolos a quienes cumplen con ciertos requisitos objetivos que garantizan al menos presumiblemente la seriedad de la gestión, como acaece con la ausencia o la tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados.

La representación es, entonces, más amplia que la relaciones que surgen del mandato y la gestión de negocios ajenos.

El primero condiciona la relación jurídica existente entre el mandante y el mandatario a los pactos existentes entre ellos (artículos 1714, 1715 y 1719 CC) y las obligaciones surgidas de los mismos (artículos 1718, 1720 y 1727-1729 CC), de suerte que el segundo puede actuar perfectamente ocultando su condición y obligándose él directamente y, aun así, obrar en cumplimiento de la actividad de gestión que le fue confiada (artículo 1717 CC). De ahí que quepa inferir que el rasgo que confiere especificidad al mandato es la gestión de un asunto que no le es propio a quien lo acomete, con las consecuencias nacidas de esa vinculación contractual y con independencia de los efectos que de ella nazcan respecto de terceros<sup>1316</sup>. El mandatario administra siempre un asunto ajeno porque está obligado en virtud del encargo que ha

---

<sup>1316</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato*, cit., p. 10.

aceptado (artículos 1709, 1711, 1713 y 1718 CC)<sup>1317</sup>, en retribución del cual recibe el honorario pactado o aquel que sea costumbre pagar a aquellos que tienen por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (artículo 1711 CC), y tal prestación puede ser siempre exigida por el mandante, sin importar que frente a terceros el mandatario haya quedado obligado como si el asunto fuere personal suyo (artículo 1717 III CC). Al final, la consecuencia verdaderamente relevante es la imputación de los efectos de esa gestión al mandante (artículos 1709 y 1727 CC), por la que se consume la idea de actuación por cuenta o encargo de otro (artículo 1709 CC)<sup>1318</sup>.

La gestión de negocios ajenos, por su parte, es muy próxima al mandato en su eficacia, aunque difiere de él precisamente porque nace de una iniciativa voluntaria de una persona que asume sobre sí la carga de gestionar los asuntos de otra, creándose una relación que cabría calificar con tal nombre de haber mediado acuerdo entre ambas (artículo 1888 CC). En principio, el ordenamiento debe impedir que las personas se entremetan en asuntos que no son suyos (Dig. 50, 17, 36), de manera que cada cual ha de cuidar con independencia de sus propios intereses. Sin embargo, esta finalidad de resguardo de la esfera de autonomía individual no puede ni debe excluir el desarrollo de actividades de solidaridad entre los miembros de la sociedad civil en que algunos de éstos se prestan, con buena voluntad, ayuda para conseguir propósitos que

---

<sup>1317</sup> La tipicidad del mandato requiere la existencia de un interés ajeno cuya gestión se confía a otro (artículo 1709 CC). Esto significa que no existe tal cuando el asunto interesa exclusivamente al mandatario, en cuyo caso el acto es un mero consejo de parte del mandante y no engendra obligación alguna (a menos que sea malicioso). Por el contrario, sí hay tal cuando el asunto interesa conjuntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos, o a ambos y a un tercero, o a un tercero exclusivamente, porque entonces existe un interés adicional distinto de aquel que mueve a quien se obliga a llevar adelante la gestión (Part. 5, 12, 21-22).

<sup>1318</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato*, cit., pp. 43-44.

no interesan a quien interviene<sup>1319</sup>. Cuanto esto ocurre, la ley tercia para determinar los efectos que se siguen de la intervención en la esfera de asuntos de otro, y que se presentan de acuerdo a un orden escalonado. De ese comportamiento surge la obligación de continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o de requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí (artículo 1888 CC).

Como todo cuasicontrato, la gestión de negocios ajenos no sólo obliga a su autor (el gestor) para con un tercero (el principal), sino que a veces da nacimiento una obligación recíproca entre los interesados (artículo 1887 CC)<sup>1320</sup>. En principio, la situación que se viene describiendo existe cuando alguien actúa en interés de otro sin que tal encargo le haya sido confiado de alguna forma (artículo 560 de la Compilación del derecho civil formal de Navarra), de suerte que el «negocio» (artículo 1888 CC) de que se encarga el gestor es cualquier actividad realizada en cuidado y satisfacción de los intereses del principal, envuelva o no relacionarse con terceros<sup>1321</sup>. De esto se sigue que la gestión puede ser representativa o no representativa según la naturaleza del asunto acometido por el gestor y, cuando lo es, aboca en el problema de la llamada representación sin poder (artículo 1259 CC)<sup>1322</sup>.

Cuestión distinta es el de los efectos internos de la gestión. El principal sólo queda obligado respecto del gestor cuando ratifica

---

<sup>1319</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV, cit., p. 513; PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos* (Madrid, Montecorvo, 1986), pp. 33-39.

<sup>1320</sup> Tal caracterización no es siempre compartida. Para una sistematización de la discusión, véase PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios*, cit., pp. 43-52 y 323-436, y SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>ª</sup> E., *La gestión de negocios ajenos* (Madrid, Civitas, 2000), pp. 30-65.

<sup>1321</sup> SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, cit., p. 72.

<sup>1322</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación*, p. 64; PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios*, cit., pp. 171-204; SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, cit., pp. 72 y 574-619.

la gestión que éste ha emprendido, en cuyo caso se producen retroactivamente los efectos del mandato expreso (artículo 1892 CC), o cuando la misma ha sido cumplida útilmente, hayan o no resultado de ella provechos para él (artículo 1893 CC)<sup>1323</sup>. Fuera de esos casos, es el gestor quien debe cargar con las consecuencias de su intervención en la esfera de intereses de otro; y siempre vendrá obligado a indemnizar los daños que ha causado por su culpa o negligencia en el acometimiento del asunto (artículo 1889 CC), respondiendo también de los actos de la persona a quien hubiere delegado todos o parte de los deberes de su cargo (artículo 1890 CC), e incluso del caso fortuito cuando emprenda operaciones arriesgadas que el principal no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio (artículo 1891 CC).

Estas explicaciones sirven para poner en orden las distintas ideas con que se pretende justificar la relación que surge entre el acreedor que se cubre mediante una operación de reemplazo y el deudor que debe soportar las consecuencias de tal cobertura. El punto a dilucidar para engarzar adecuadamente las piezas en juego consiste en determinar cuál es el interés final con que se acomete la cobertura, vale decir, si ella se ejecuta por cuenta y riesgo del deudor o en directo interés del acreedor. En el primer caso, la situación comportaría un supuesto de representación, y se habría de indagar enseguida el título por el que actúa el acreedor. En el segundo, el acreedor no requeriría de más título que el contrato incumplido, cuya fuerza obligatoria le garantiza que su interés será satisfecho a expensas del patrimonio del deudor, de manera que la cobertura representa una forma de gestionar el

---

<sup>1323</sup> Aunque el código no define cuándo cabe calificar de útil la gestión emprendida por el tercero, ella existirá cuando el asunto se ha obtenido cumplidamente, aunque de ahí no se siga una ventaja económica adicional para el principal, porque con ello existe ya un aprovechamiento de la gestión. Lo relevante es el resultado final de esa gestión comparada con el interés del principal.

riesgo que, tras el incumplimiento, ha revertido a su administración.

Un elemento esencial de la actuación a nombre de otro es que el principal (*dominus negotii*) pueda ejercer el *ius prohibendi*, esto es, que tenga la posibilidad de excluir a un tercero de la administración de su esfera de intereses<sup>1324</sup>. En la situación aquí descrita, cabe descartar cualquier justificación fundada en un poder de representación por parte del acreedor que se cubre, puesto que el mentado derecho de exclusión no viene configurado como un curso de acción posible dada la formulación usual de las reglas de cobertura<sup>1325</sup>. Cuando ella presenta la operación de reemplazo como una forma de ejecución coactiva del contrato, con clara semejanza con la pretensión de cumplimiento, el tal derecho de exclusión viene limitado precisamente por esa asimilación. La pretensión de cumplimiento es un derecho que el acreedor tiene por el hecho de contratar y se endereza a conseguir aquello que lo corresponde de suyo, sin que el deudor pueda impedir su ejercicio más que en aquellos casos en que la prestación es imposible o excesivamente onerosa de cumplir. Incluso se puede sostener que la renuncia anticipada a la pretensión de cumplimiento importa una contravención del orden público que delimita el ámbito de la contratación (artículos 6 II y 1255 CC), dado que la obligación se convierte en natural y su cumplimiento queda entregado a la sola voluntad del deudor (artículo 1115 CC). Por su parte, cuando la regla supedita la cobertura al ejercicio previo de la facultad resolutoria, la exclusión carece igualmente de cualquier justificación por la desaparición de aquel contrato que permite su ejercicio, de manera que en adelante el acreedor es libre de elegir

---

<sup>1324</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato*, cit., p. 43, hace notar que la jurisprudencia reconoce expresamente el principio general por la apariencia creada y por la confianza generada a terceros, estableciendo un deber positivo del mandante de destruir y denunciar aquellas apariencias jurídicas que le sean imputables o, al menos, conocidas.

<sup>1325</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 23, pp. 294-295.



el destino de sus recursos en relación con la satisfacción de su interés. Cuestión distinta será la posibilidad de resarcir el daño que esa cobertura le haya supuesto al acreedor, porque entonces el fundamento de la pretensión resarcitoria descansará primariamente en la medida del interés indemnizable y sólo de forma refleja en el modo de valoración del daño sufrido.

Queda todavía explorar la factibilidad de que entre el acreedor y el deudor exista una gestión de negocios ajenos, por la que el primero asume voluntariamente un asunto (el cumplimiento del contrato) que corresponde naturalmente al segundo. Aunque se habrá de volver sobre este punto, el mentado cuasicontrato puede ser útil para explicar la fase activa de la conducta del acreedor, pero no da razón suficiente de su fase pasiva en lo que atañe a la ausencia por parte del deudor de un derecho de oposición al nuevo contrato que se concluye por su cuenta y riesgo<sup>1326</sup>. Si bien la gestión de negocios ajenos no entraña un supuesto de representación comparable al mandato, dado que el tercero carece de un poder que legitime su actuación sobre un asunto ajeno, sí existe la posibilidad de que el directo interesado excluya cualquier injerencia ajena sobre su patrimonio<sup>1327</sup>. El tercero que obra contra la prohibición de alguien que desea excluirlo de sus asuntos demuestra no sólo cierta estulticia (artículo 1158 II CC), sino también un comportamiento deliberado, que cabe calificar de doloso, y que lo hace responsable de todos los daños que de ello se sigan (artículos 1107 y 1889 CC), incluso los que provengan de un caso fortuito, pues el interés del principal ha sido pospuesto por su tozudo empeñamiento en acometer una gestión que le ha sido prohibida (artículo 1891 CC).

La existencia de esta distorsión al aplicar una ficción de cumplimiento por cuenta de otro a una estructura que repele tal forma de funcionamiento, demuestra que es más coherente

---

<sup>1326</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, pp. 62-63.

<sup>1327</sup> PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios*, cit., pp. 96-98.

concluir que la facultad de celebrar una operación de reemplazo nace directamente para el acreedor como un mecanismo idóneo para satisfacer el interés garantizado por el contrato<sup>1328</sup>. La mención a la traslación de los efectos del segundo contrato al deudor incumplidor sólo tiene sentido en la medida que la regla se concibe desde una perspectiva de distribución de riesgos. Ante el incumplimiento del deudor, es el acreedor quien directamente y obrando en protección de su propio interés celebra un nuevo contrato, y es él quien lo cumple con el propósito de obtener aquella cosa o servicio que deseaba<sup>1329</sup>. La cobertura se realiza, entonces, a su sola ventaja y peligro<sup>1330</sup>.

Esta radicación final del interés por el que se obra no ha pasado desapercibida para los autores que califican la operación de reemplazo como una forma de ejecución coactiva del contrato, que han intentado corregir de algún modo la distorsión producida. Pallau<sup>1331</sup>, por ejemplo, prefiere circunscribir la actuación del acreedor al ejercicio de una *procuratio in rem suam*. Esta figura tiene su origen en el derecho romano, donde era el procedimiento que se utilizaba para obrar una cesión de los créditos mediante la forma de una representación procesal (mandato *ad agendum*), pero sin obligación de transferir el resultado obtenido, pues el mandato se otorgaba en el solo interés del mandatario. Para lo que aquí interesa, la operación de reemplazo comporta un mandato de ejecutar la prestación dado por el deudor de la obligación incumplida a su propio acreedor, con renuncia a la

---

<sup>1328</sup> Ya TARTUFARI, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 546, reconocía que la calificación del acreedor como gestor de negocios del deudor era artificiosa, porque éste en verdad obra ejerciendo un derecho propio, sin otra preocupación que su interés legítimo.

<sup>1329</sup> Esta consecuencia no pasa desapercibida para los autores que adscriben a esta teoría. RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 941, por ejemplo, al explicar que las mercaderías adquiridas en reemplazo ingresan directamente al patrimonio del comprador y no al del vendedor, admite que «*in questo senso si può dire che il compratore acquista per conto proprio*».

<sup>1330</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 141.

<sup>1331</sup> PALLAU, *De l'exécution en bourse*, p. 141 ss.

acción directa del mandato, vale decir, a la acción para exigir cuentas al mandatario y el traspaso de lo recibido de terceros (artículo 1720 CC). De este modo, el mandatario termina lucrándose con el nuevo contrato que ha celebrado en sustitución de aquel incumplido.

De este modo, el hecho de que el negocio sustitutivo se concluya por cuenta y riesgo del deudor sólo significa que dicha operación se radica en su patrimonio y que es él quien queda obligado a soportar sus consecuencias, al igual que ocurre con la ejecución forzosa procesal<sup>1332</sup>. Tal mención, en suma, no es más que una reiteración del principio de responsabilidad patrimonial universal, por el cual los bienes del deudor quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones por él contraídas (artículo 1911 CC).

Con todo, quizá el elemento que con más fuerza lleva a rechazar la identificación de la operación de reemplazo con la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer no personalísimas sea la oportunidad en que se decide el negocio de cobertura. En este último caso, el tribunal debe autorizar que la ejecución se realice por esa vía, y siempre será necesario que el deudor acepte la tasación del perito nombrado por el Secretario judicial y deposite fondos suficientes para que dé comienzo a ella, o al menos afiance el pago, pues de lo contrario los recursos se obtendrán embargando y realizando bienes de su patrimonio hasta que se obtenga la suma que sea necesaria (artículo 706 LEC)<sup>1333</sup>. No parece existir duda de que la elección del tercero y su

---

<sup>1332</sup> BOLCHINI, «La vendita per autorità del creditore», cit., p. 448; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 63; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 941.

<sup>1333</sup> El régimen de ejecución de las obligaciones genéricas presenta algunas pequeñas diferencias: si el deudor no cumple el requerimiento en el plazo establecido, el ejecutante podrá instar del Secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada (artículo 702 I LEC).

contratación dependen del acreedor, porque sólo la habilitación para cubrirse viene subordinada a la autorización del tribunal. Cuestión distinta es el carácter con que actúa el acreedor, sobre todo cuando el deudor ha anticipado voluntaria o forzosamente los fondos para el negocio sustitutivo, porque entonces su carácter parece ser el de un gestor oficioso obligado a rendir cuenta de su gestión (arg. ex artículos 702 I y 720 LEC)<sup>1334</sup>. Por el contrario, en la operación de reemplazo es el acreedor quien toma las providencias exigidas por el incumplimiento producido y contrata una prestación que reemplaza la que debió ejecutar al deudor, el precio de la cual se cobra luego a título de indemnización de perjuicios.

Otra cuestión interesante es la eficacia que se atribuye a la operación de reemplazo cuando las mercaderías involucradas en el contrato incumplido ya han sido transferidas. En los sistemas que han optado por dotar al contrato de eficacia personal, la transferencia de propiedad se produce tan pronto las partes han celebrado un contrato de tipo traslativo o, si éste recae sobre cosas genéricas, desde que ha mediado su individualización. Eso implica que la operación de reemplazo celebrada por el transferente entraña de modo automático la resolución de la tradición. Este efecto, por mucho que no abarque la totalidad del contrato, no resulta fácilmente conciliable con la construcción de la operación de reemplazo como una forma de ejecución coactiva, mientras que sí casa con aquella que caracteriza la figura a partir de la resolución por incumplimiento<sup>1335</sup>.

---

<sup>1334</sup> VERDERA SERVER, «Artículo 1098», cit., p. 82, sólo insinúa el problema.

<sup>1335</sup> Esta desarmonía ha sido advertida por los autores que adhieren a la teoría en comento. Aunque se añade que el incumplimiento será un supuesto más bien extraño cuando las cosas debidas ya han sido individualizadas, se ha pretendido justificar esta disfunción por la naturaleza excepcional de la figura. Así, GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 328; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 269, p. 931.

## II. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO

La segunda teoría analizada configura la operación de reemplazo como un mecanismo destinado a procurar el cumplimiento indirecto del contrato incumplido mediante la intervención de un tercero<sup>1336</sup>. En ella fácilmente se detectan algunos cabos que no terminan de atarse correctamente y que hacen perder consistencia a la explicación.

El primer aspecto que no queda suficientemente claro es el grado de dependencia que existe entre el primer contrato y aquel celebrado con una finalidad de reemplazo. No cabe duda de que esta dependencia realmente existe, como lo demuestra el hecho de que el propósito práctico con el que se celebra el segundo negocio es el de remediar (con el menor sacrificio posible) la falta de cumplimiento del primero por parte del deudor. El negocio así concluido recae, pues, sobre aquella prestación que el contratante incumplidor debía ejecutar conforme al contrato originario, de suerte que comporta un subrogado específico de aquélla<sup>1337</sup>. Sin embargo, no se trata de una subrogación real en el sentido jurídico del término<sup>1338</sup>, sino sólo en cuanto a la función

---

<sup>1336</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 19, p. 64.

<sup>1337</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 201, pp. 292-293; NAVARRINI, *Trattato*, II, cit., núm. 586, p. 304; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 929; SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 136; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1710 (p. 192) y 1712 (p. 195).

<sup>1338</sup> Sin reconocimiento expreso, la subrogación real es el mecanismo por el que solucionan ciertos problemas relacionados con la modificación objetiva de un derecho subjetivo. Tal modificación ocurre cuando el objeto de derecho resulta mudado o sustituido por otro, y sólo es relevante para el ordenamiento jurídico cuando éste se plantea conservar la identidad del derecho no obstante el acaecido cambio de objeto. Esta necesidad de conservar la identidad del derecho subjetivo se manifiesta en dos casos: (i) cuando un objeto es el mismo para dos derechos subjetivos conectados entre sí; y (ii) cuando el objeto pertenece a una masa patrimonial con un régimen jurídico propio, que coexiste con otra masa matrimonial, también con un peculiar régimen jurídico, masas sobre las que ostentan derechos una misma persona. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Subrogación real (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Civitas, 1995), IV, pp. 637-638.

económica que la prestación de cobertura pasa a desempeñar en el patrimonio o en la actividad comercial del acreedor<sup>1339</sup>. Si se quiere, el negocio de cobertura comporta un subrogado de cumplimiento (*Erfüllungssurrogate*), porque sustituye o suple la ejecución del contrato en sentido genuino<sup>1340</sup>.

En principio, la operación de reemplazo solamente es posible en aquellos contratos que versan sobre prestaciones fungibles y que no han sido cumplidos por el deudor. Tal exigencia supone que la determinación de la prestación no se haya producido al momento de sobrevenir el incumplimiento, pues el deudor puede todavía cumplir con cualesquier cosa que satisfaga los requerimientos de cantidad y calidad descritos en el contrato. De esto se sigue que cuando el acreedor celebra un negocio de cobertura no consigue por su intermedio unos bienes diversos, sino los propiamente debidos de acuerdo con las descripciones genéricas del contrato, a menos que se trate de una prestación no fungible o de una cosa ya individualizada<sup>1341</sup>. Ciertamente es que esa prestación se obtiene de un tercero, y no del deudor directamente obligado, pero tal circunstancia no es un evento extraño dentro del sistema del Código Civil, que admite el cumplimiento de un tercero con función satisfactoria y extintiva (artículos 1158 y 1159).

Ambos contratos, el que se ha incumplido y el que se celebra con la finalidad de reemplazarlo, son distintos entre sí y han sido convenidos entre partes diversas, sin que la relación de causalidad existente entre el incumplimiento de uno y la celebración del otro permita concluir que opera una sustitución de prestaciones, y menos que el tercero pasa a cumplir la prestación inicialmente debida<sup>1342</sup>. Simplemente, la prestación originaria es obtenida por el acreedor de un tercero y con la finalidad de satisfacer el

---

<sup>1339</sup> SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 136.

<sup>1340</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 605.

<sup>1341</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 929.

<sup>1342</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 19, pp. 64-65.

propósito práctico del primer contrato. En nada incide que para esa obtención se requiera celebrar un nuevo negocio jurídico, pues es meramente accidental que la finalidad económica tras la cual va el acreedor se logre merced a tal expediente técnico. Este negocio es el modo de concreción del acto ejecutivo, y también cabe encontrarlo en otras modalidades de ejecución forzada, como acaece con el contrato de obra y la posibilidad de hacer reparar la cosa por un técnico a expensas del deudor (artículo 1168 del *Codice Civile*)<sup>1343</sup>, cuya procedencia ha sido aceptada en el derecho español<sup>1344</sup>.

Enseguida, se observa que la supuesta sustitución es sólo parcial, porque el deudor permanece obligado respecto de la diferencia desfavorable que existe entre uno y otro contrato. Esto supone que el interés específico del acreedor, único por naturaleza (desde que se identifica con la prestación idealmente programada en el contrato), debe ser satisfecho por fuerza a través de dos contratos distintos: por la operación de reemplazo en lo que respecta a la prestación materialmente esperada y por el originalmente celebrado con el deudor en lo que atañe a la diferencia de valor.

Un tercer aspecto guarda relación con el alcance limitado que posee esta sustitución. Por regla general, el efecto que produce el

---

<sup>1343</sup> Con anterioridad a la regulación de consumidores, en el Derecho español no existía ninguna norma que habilitara al tribunal a imponer una reparación de faltas de conformidad en un contrato de obra o, en general, en cualquier otro contrato que engendrara una obligación de dar (artículo 1588 CC). Esta omisión no impidió, empero, que la jurisprudencia accediera a esta condena fundada en otras normas del Código Civil (por ejemplo, artículos 1908, 1101, 1486 y 1591). Sobre la pretensión de reparación, véase BECH SERRAT, J. M.<sup>3</sup>, «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *InDret* 1 (2010); CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1081-1101, y «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», *InDret* 1 (2006); MORALES MORENO, «El derecho a la reparación», cit., pp. 189-202; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1724-1727 y 1731. Desde una perspectiva más general, LUNA YERGA, A. *et alii*, «Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *InDret* 2 (2002).

<sup>1344</sup> RUBINO, *La compraventa*, cit., núm. 268, p. 928.

cambio de deudor en una relación obligatoria es cabal, vale decir, la obligación primitiva se extingue y a ella la sucede otra por la que se vinculan el acreedor (que ha consentido en el cambio) y el nuevo deudor (artículos 1156, 1203 núm. 2º, 1205 y 1207 CC). Cuando se acude a una operación de reemplazo, la sustitución únicamente produce efectos si el segundo contrato es cumplido voluntariamente por el deudor, pero no si ocurre lo contrario y también resulta incumplido. Lo lógico es pensar que si el nuevo contrato no es cumplido por el tercero y por ello el acreedor sufre daños, estas consecuencias negativas también deberían producir un efecto de sustitución en el contrato originario. Sin embargo, tal no ocurre y la sustitución no tiene más alcance que respecto del cumplimiento que el segundo contrato representa para el primero<sup>1345</sup>.

Por lo demás, no es exacto decir que la operación de reemplazo permite al acreedor sustituir el contrato incumplido por otro. Por esa vía, aquél sólo se procura un magro subrogado, a la vez que pone en el mercado (incluso cuando las condiciones no sean favorables) la prestación que era la contrapartida de aquella a la que se obligó el deudor. La prestación propiamente debida no se obtiene de acuerdo a la reciprocidad del contrato, porque el acreedor consigue el subrogado generalmente pagando un precio más alto o recibiendo uno más bajo<sup>1346</sup>. En el contrato de compraventa, por ejemplo, es evidente que, si no hay un aumento del precio respecto de la prestación comprometida, al vendedor no le interesa incumplir; recíprocamente, mientras no baje su precio, el comprador mantiene su interés en el exacto cumplimiento del contrato. De ahí que el vendedor en daño recibirá casi con total seguridad un precio más bajo por las mercaderías que desea colocar, y el comprador en daño deberá pagar uno más alto, con la consiguiente necesidad de completar

---

<sup>1345</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 18, p. 64.

<sup>1346</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 198, pp. 288-289.



esa diferencia por parte de quien ha incumplido el contrato. Este debido complemento, que es el que finalmente determina la especificidad dogmática de la operación de reemplazo, impide que el nuevo contrato pueda ser considerado como una sustitución perfecta del contrato incumplido.

En suma, esta teoría presenta el fenómeno jurídico que hay detrás de una operación de reemplazo de una manera bastante artificial: ésta no es más que un medio por el cual el acreedor se procura directamente la utilidad económica que pretendía con el contrato incumplido, sin que exista el propósito deliberado de sustituir una prestación por otra<sup>1347</sup>.

### III. LA EJECUCIÓN COACTIVA CON CARÁCTER PROCESAL

La tercera teoría ve en la operación de reemplazo una ejecución coactiva con carácter procesal, y sólo es posible de justificar cabalmente si el fenómeno subyacente se analiza desde una concepción pública y recurriendo a un *tertium genus* situado entre la ejecución privada y la ejecución forzosa<sup>1348</sup>. En efecto, la

---

<sup>1347</sup> Mirada la novación desde una perspectiva funcional, ella es más bien un efecto jurídico (*effectum iuris*) y no una institución autónoma. Esto significa que la regulación contenida en el Código Civil (Libro IV, Título I, Capítulo IV, Sección VI) representa una disciplina común que se aplica a todos aquellos actos o negocios jurídicos que comporten o puedan comportar un efecto novatorio. La clave para dilucidar cuándo se da tal efecto se encuentra en la existencia de un *animus novandi*, exigencia de la que da cuenta el artículo 1204 CC. Dicha norma contiene dos supuestos distintos de manifestación de la intención de dar por extinguida una obligación por subsistirla otra nueva. El primero consiste en la declaración expresa hecha en tal sentido, y que no reviste mayor dificultad. El segundo se basa en la incompatibilidad entre la obligación todavía pendiente y una nueva, que por esa misma discordancia se entiende sustituirla. La ley parte aquí de una presunción del *animus novandi*: el hecho de no poder existir ambas obligaciones coetáneamente lleva a considerar que la segunda necesariamente ha de substituir a la primera, que se reputa en adelante extinguida. Al respecto, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 960-965 y, más detalladamente, SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones* (Barcelona, Nauta, 1964), núm. 99-100 (pp. 328-332) y 110-112 (pp. 346-351).

<sup>1348</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21, p. 71.

figura se considera perteneciente a aquel grupo de medios ejecutivos dispuestos en protección del derecho del acreedor, cuyo rasgo común es la actuación de una ejecución forzada en su modalidad pública, sin la concurrencia de sus rasgos propios ni su disciplina particular. Tal proceder tropieza con la dificultad que supone la creación de una categoría que carece de respaldo dogmático y vulnera la tipicidad legal establecida respecto de la administración pública de la coerción para conseguir la realización de un derecho (artículo 545 LEC). De ahí que sólo se pueda calificar como ejecución forzosa en sentido procesal aquella modalidad por la que se actúa uno de los contenidos que la ley atribuye a ésta, sin importar la sede donde se encuentre la norma habilitante.

La evolución histórica de la operación de reemplazo demuestra que se trata de una figura de origen contractual nacida para lograr una satisfacción pronta del derecho del acreedor sin las dilaciones propias de un proceso judicial. Cuestión distinta es que esta forma de realización de un derecho no encuadre exactamente dentro del elenco de figuras de derecho privado que la doctrina ha construido inductivamente, lo que no impide que ella siga conservando el carácter que le es connatural<sup>1349</sup>. Tampoco cabe extender la naturaleza pública a una cierta figura por el solo hecho de que ella comporte en alguna medida una cierta coacción. En última instancia, todo derecho alcanza su plena eficacia por el reconocimiento de la sanción genérica o específica que le viene asignada por el ordenamiento, que arbitra los medios para conseguir su realización cuando su contenido es desconocido o impedido<sup>1350</sup>. Todo aquello que pasa a formar parte del fuero externo, que es el ámbito de acción del derecho, queda en cierta forma expuesto a alguna coacción, dado que ésta no consiste más

---

<sup>1349</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21, p. 72.

<sup>1350</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 101-102.

que en el poder legítimo que aquél tiene para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción.

Para calificar un instituto como perteneciente al ámbito del derecho público o del derecho privado no se ha de estar tanto a su función cuanto a su estructura, ya que es perfectamente posible que existan figuras de derecho privado con funciones procesales y otras de derecho procesal con funciones de derecho privado<sup>1351</sup>. Basta considerar, por ejemplo, que el fin último del cumplimiento y el de la ejecución forzada son, en lo que atañe a la relación jurídica fundamental, idénticos al menos en sus aspectos prácticos<sup>1352</sup>. Tampoco hay que desconocer que la estructura procesal condiciona la construcción del sistema de titularidades socialmente reconocidas, aspecto del que son buenas muestras el derecho romano y el *Common Law*.

La operación de reemplazo es una figura que pertenece al derecho privado y cuya utilización da origen a relaciones jurídicas regidas por éste<sup>1353</sup>. Ni siquiera el hecho de que la prestación sustitutiva se obtenga con el concurso de un mediador calificado desvirtúa este carácter. Su intervención no es de ningún modo comparable con la función que desempeña el órgano judicial en la ejecución forzosa, tanto porque carece de la competencia para cumplir un encargo de esa naturaleza (artículos 117 CE, 1-3 LOPJ, 93 CCom y 1 RN) como porque no puede realizar ningún examen, por somero que sea, del requerimiento del acreedor enderezado a cubrirse el incumplimiento mediante un nuevo contrato (artículo 95 CCom), y sólo se limita a hacer realidad tal cometido<sup>1354</sup>. Tampoco cabe equipararlo con el oficial de ejecución o encargado de cobro que admiten algunas legislaciones con mayor o menor grado de independencia, cuyas funciones se limitan a realizar la cobranza de todo tipo de deudas, ya sean civiles o mercantiles

---

<sup>1351</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21, p. 73.

<sup>1352</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 1, p. 3.

<sup>1353</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21, p. 73.

<sup>1354</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 21, p. 74.

(impago de rentas de arrendamiento, de facturas, etcétera), sin intervención de abogados, e incluso antes de que exista ningún juicio (por ejemplo, el *huissier de justice* francés)<sup>1355</sup>. La concurrencia del mediador viene establecida, por ende, en garantía de la operación, para evitar colusiones entre el acreedor y el tercero, y con el solo objetivo de asegurar que exista un precio real y razonable en el nuevo contrato que se asemeje cuanto más al que se paga habitualmente en el mercado<sup>1356</sup>.

Esto explica también que la analogía detectada por Pugliatti<sup>1357</sup> entre la venta de autoridad (artículo 413 del *Codice di Commercio* de 1882) y aquellas ejecuciones obradas con autorización judicial (concretamente, aquel supuesto del que trataba el artículo 579 del *Codice di Commercio* de 1882) no fuese tal, pues entre ambas figuras hay algunas diferencias sustanciales<sup>1358</sup>. Quizá la más relevante sea que en este último caso el capitán actúa debidamente autorizado por el juez, lo que significa que la ejecución sólo es privada en lo que atañe a la fase de apremio o realización de las mercaderías transportadas, pero judicial en su fase ejecutiva o sustancial. Tampoco cabe equiparar, como hace aquel autor<sup>1359</sup>, la realización de la prenda mercantil (artículos 363 y 458 del *Codice di Commercio* de 1882) con la disciplina existente para la prenda civil (artículo 1884 del *Codice Civile* de 1865), por la misma razón antedicha: en esta última se requiere autorización judicial, que es un factor determinante para que la

---

<sup>1355</sup> Al respecto, véase PÉREZ RAGONE, A., «El modelo orgánico de la ejecución civil desjudicializada desde el punto de vista del derecho comparado. Mitos y realidades de la desjudicialización», RDUCV XXXVIII (2012), pp. 393-430.

<sup>1356</sup> ROCCO, *Principii di Diritto commerciale*, cit., núm. 117, p. 420.

<sup>1357</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46, p. 206.

<sup>1358</sup> Con modificaciones, los dos supuestos arriba mencionados fueron posteriormente recogidos en los artículos 1686 del *Codice Civile* y 450 del *Codice della Navigazione*, ambos de 1942.

<sup>1359</sup> PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., núm. 46, p. 206.

naturaleza jurídica de una y otra modalidad ejecutiva sea diferente<sup>1360</sup>.

#### IV. LA EJECUCIÓN PRIVADA DEL CONTRATO POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR

La teoría formulada por Ferrara coincide sustancialmente con la concepción objetiva del débito y la responsabilidad vigente en aquella época, cuyos principales expositores en Italia fueron Rocco<sup>1361</sup> (1875-1935) y Pacchioni<sup>1362</sup> (1867-1947). El primero, asumiendo que ambas son cosas distintas y separadas, configuraba el derecho del acreedor como un «derecho de prenda» sobre los bienes sujetos al procedimiento de ejecución forzosa, que comportaba sólo la realización de la facultad de vender los bienes del deudor para satisfacerse con su precio, de suerte que aquél no tenía más que un derecho al valor pecuniario de una cosa ajena. El segundo autor insistía en la idea de vinculación del patrimonio sobre la base de atribuir al acreedor un derecho sobre los bienes del deudor. Tal facultad representa un derecho de garantía *sui generis*, el cual, mientras no se produjere el incumplimiento, se manifestaba como un «derecho de control de gestión», porque el deudor seguía siendo el titular de su patrimonio y sólo se encontraba controlado en cuanto a su libre disponibilidad y administración, al constituir aquél garantía común de sus acreedores. Producido el incumplimiento, el mentado derecho se traducía en una facultad de agresión directa, que permitía proceder a la ejecución sobre los bienes del deudor

---

<sup>1360</sup> Dado que el *Codice Civile* de 1942 operó la unificación de la prenda civil y mercantil en un mismo régimen jurídico, y en él sólo existe una modalidad de venta (artículos 2796 y 2797), este argumento carece hoy de sustento dogmático en el derecho italiano.

<sup>1361</sup> ROCCO, A., «Studi sulla teoría generale del fallimento», RDCom 1 (1910), pp. 669 ss. y 885 ss.

<sup>1362</sup> PACCHIONI, G., *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano* (Turín, Fratelli Bocca, 1927), pp. 40 ss.

por los medios admitidos por la ley. El acreedor no tiene, entonces, ni un derecho a la prestación ni un derecho personal frente al deudor, sino un derecho real de garantía sobre el patrimonio de éste.

Cierto es que esta teoría permite rectificar algunas exageraciones de la teoría subjetiva, que terminaba desvirtuando el propio concepto de garantía patrimonial que acompaña a cualquier obligación. Pero el celo en abordar ese cometido la lleva a exagerar el énfasis en la vinculación del acreedor con los bienes del deudor, de suerte que el derecho de crédito acaba identificándose con el derecho real (al menos en una forma de éste, como es el derecho real de garantía), a través de un proceso contrario al que se había producido con la teoría de la obligación pasiva con carácter universal (sustentada principalmente por Planiol), porque mientras ésta postulaba que todo derecho patrimonial era un derecho de crédito dado que siempre había un sujeto pasivo y una prestación concreta, aquí sólo existiría el derecho real como categoría absorbente<sup>1363</sup>.

Sin embargo, y dejado aparte de momento el carácter dual que asignaba a la figura, la principal objeción que cabe formular a la teoría de Ferrara es que ella está construida sin considerar una distinción fundamental, como es la diferencia dogmática que existe entre el fenómeno del reemplazo propiamente dicho y la forma por la cual el contratante que acude a él traslada sus efectos a quien debe soportarlos en justicia.

Nada impide admitir que el negocio concluido con una finalidad de cobertura comporta una forma de ejecución coactiva por propia autoridad del acreedor. A través de aquél, el contratante insatisfecho acude al mercado y obtiene en él aquella prestación que esperaba conseguir con el contrato incumplido, sin forzar su ejecución directamente de la parte obligada a ello. Un mecanismo semejante está contenido en la mayoría de los

---

<sup>1363</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, cit., pp. 31-32.

ordenamientos jurídicos para conseguir el cumplimiento de una obligación de hacer (y a veces también de cosas fungibles que han de ser transferidas), y la única diferencia funcional que aparentemente existe con la figura ahora en comento es la autorización judicial previa. De hecho, Ferrara acaba asemejando ambos, al menos en lo que atañe a la compra de reemplazo, haciendo la salvedad de que en la operación de reemplazo falta la autorización judicial que necesariamente concurre en la primera.

Cabría concluir, entonces, que esta última no es más que un medio de autotutela por el cual se logra una finalidad económica semejante a la ejecución forzosa del contrato<sup>1364</sup>. Pero tal afirmación sólo puede ser cierta ahí donde exista una norma que decida sobre la suerte del contrato incumplido, porque en caso contrario queda sin explicar su pervivencia o extinción cuando el contratante afectado se ha cubierto en el mercado y la preterición de la intervención del órgano judicial competente. Incluso más, cuando tal regla existe y ella se decanta por conectar el reemplazo con la resolución del contrato incumplido, la facultad de acudir al mercado en cobertura del incumplimiento no surge de la autotutela que se reconoce al acreedor, sino del efecto liberatorio que ha producido el remedio resolutorio: disuelto el contenido obligacional del contrato, las partes recobran la plena disponibilidad de los bienes que tenían dispuestos para su cumplimiento.

La satisfacción de un interés del acreedor por medio de un contrato referido a una prestación equivalente, no es razón suficiente para entender que aquel garantizado por el precedentemente celebrado también ha sido satisfecho, ni menos que por ese hecho aquel contrato ha quedado extinguido. La única

---

<sup>1364</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., pp. 139-141; CUTUGNO, *La tutela dell'acquirente*, cit., p. 180; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 66, p. 160; GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 964 (aunque sólo respecto de la venta de reemplazo).

conclusión que se extrae de una situación como la descrita es que existen dos contratos, ambos con prestaciones funcionalmente equivalentes, y en el que sólo uno de los contratantes tiene la calidad de parte en ambos. El hecho de que el propósito práctico con que se concluye el segundo sea el de cubrirse del incumplimiento del primero no explica que el acreedor esté ejecutando forzosamente este último ni que él quede extinguido a consecuencia del reemplazo. Tal contrato se puede celebrar con independencia de que exista una regla habilitante que lo permita e, incluso de haberla, cabe concluirlo todavía con total prescindencia de ella.

La extinción del contrato incumplido es, por ende, un punto que queda aclarado pero no justificado en esta teoría, y cabe intentar explicarlo de alguna forma no tautológica. Si la posibilidad de celebrar o no celebrar una operación de reemplazo es independiente de una norma habilitante, y de tal actuación no se sigue la necesaria extinción del contrato incumplido, el modo por el que este último se extingue debe coincidir con alguna de las causas a las que la ley atribuye tal virtud. Dentro del catálogo de modos de extinguir las obligaciones cabe distinguir entre el cumplimiento y aquellos que no comportan ese carácter, pero que pueden ser igualmente satisfactorios del interés del acreedor por actuar de alguna forma el contenido del deber de prestación.

En el § 1 se han referido las tres funciones que comporta el cumplimiento: extintiva, satisfactoria y liberatoria, que son ahora de utilidad para explicar el engarce de la operación de reemplazo en la disciplina del derecho de obligaciones<sup>1365</sup>.

La primera de esas funciones presta atención al contenido obligacional del contrato, respecto del cual el cumplimiento comporta la modalidad natural de poner término al deber de prestación que aquél impone al deudor mediante su cabal actuación (íntegra, exacta e idéntica). Si se quiere, ésta es la

---

<sup>1365</sup> Véase también, § 2, II, 1.



consecuencia más ostensible del cumplimiento, lo que explica que el Código Civil incluya éste en el primer lugar del catálogo de los modos de extinguir las obligaciones (artículo 1156), por el carácter paradigmático que tiene (artículo 1157). La segunda función dice relación con el interés que el acreedor deseaba satisfacer con la normal ejecución de la regla contractual y que se halla de algún modo incorporado en ella. De esta manera, aun cuando pueda haber existido, en términos puramente objetivos, una realización de la prestación acordada, no hay cumplimiento si no se ha satisfecho de forma íntegra el interés del acreedor<sup>1366</sup>. Tal satisfacción, empero, se materializará de forma distinta según cuál sea la concepción que se tenga sobre el cumplimiento. Para la concepción restringida, la satisfacción será siempre específica, sin importar que se trate de un cumplimiento voluntario, del cumplimiento forzoso de la propia prestación debida o de la reparación en naturaleza; mientras que, para la concepción amplia, tal satisfacción se logrará también mediante el equivalente pecuniario o, incluso, a través de otros bienes materialmente distintos de la prestación originalmente debida que se adquieren con ese fin en el mercado o sean entregados por quien cumple<sup>1367</sup>. En fin, la tercera función asignada al cumplimiento está dirigida a liberar al deudor cualquier consecuencia relacionada con el vínculo obligatorio por el que se hallaba unido al acreedor, incluso cuando no se extinga propiamente su obligación o éste no haya visto satisfecho su interés.

La situación óptima es que estas tres funciones concurren simultáneamente. De esta guisa, el deudor extingue su obligación cuando cumple con la prestación debida (artículo 1157 CC), liberándose de responsabilidad si lo ha hecho de forma exacta, íntegra y oportuna (artículos 1101, 1157, 1169, 1171, 1468 y 1469 CC). Tal ejecución tiene el mérito de satisfacer el interés del

---

<sup>1366</sup> Por todos, OLIVA BLÁZQUEZ, «Artículo 1157», p. 346.

<sup>1367</sup> Por todos, OLIVA BLÁZQUEZ, «Artículo 1156», p. 346.

acreedor, de suerte que el alcance de la vinculación contractual queda igualmente agotado (artículos 1088, 1097, 1254 y 1271 CC), con la consiguiente extinción de los derechos accesorios, derechos de garantía y facultades análogas otorgadas al acreedor para seguridad y refuerzo de su crédito (artículos 1173, 1847 y 1871 CC), salvo que el contrato imponga explícita o implícitamente una garantía de conformidad durante un determinado lapso (por ejemplo, artículos 1474 y 1485 CC). De ahí se deriva que el alcance de la vinculación contractual, fundado en su fuerza obligatoria (artículos 1091 y 1278 CC), tenga directa relación con la completa satisfacción del interés del acreedor.

Como contrapartida, la ejecución del contrato puede suponer una disociación de las funciones recién mencionadas. Así, la deuda queda extinguida y el deudor se libera de cualesquier responsabilidad ulterior cuando paga de buena fe a quien estaba en posesión del crédito (artículo 1164 CC), aunque el interés del verdadero acreedor perviva y pueda pretender su satisfacción respecto del tercero que ostenta la calidad de acreedor aparente mediante la acción de enriquecimiento sin causa. Distintas son las consecuencias que se siguen de la oferta de pago rechazada injustificadamente por el acreedor. Su efecto propio es liberar el deudor de responsabilidad (artículo 1176 CC), sin que la deuda se extinga necesariamente ni el acreedor satisfaga su interés. La pervivencia del deber de prestación explica que el deudor deba solicitar que la obligación sea cancelada y que pueda retirar la consignación mientras el acreedor no la hubiere aceptado o hubiere recaído resolución judicial de que está bien hecha (artículo 1180 CC). Por su parte, cuando el cumplimiento proviene de un tercero, la obligación se extingue en la medida que la calidad y circunstancias de la persona del deudor no se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación (artículo 1161 CC), dado que entonces el acreedor satisface igualmente su interés por esta vía (artículo 1166 CC). Pero en tal supuesto el deudor no queda liberado, pues el tercero se puede dirigir contra él para reclamar

el reembolso según las reglas de los artículos 1158, 1159, 1210 y 1893 CC.

Los efectos de los demás modos de extinguir las obligaciones se califican igualmente a partir de este trinomio presente en el cumplimiento, que sirve como paradigma de comparación. Así, habrá medios que comportan una extinción del deber de prestación y la liberación del deudor, pero no satisfacen el interés de acreedor. Tal es el caso de la imposibilidad fortuita de la prestación (artículos 1156, 1182 y 1184 CC), la condonación (artículos 1156 y 1190 CC), la confusión de los derechos de acreedor y deudor (artículos 1156 y 1192 CC) y la transacción (artículo 1809 CC). En otras ocasiones, la obligación quedará extinguida, pero el deudor seguirá siendo responsable respecto de un acreedor que no verá satisfecho su interés. Es lo que acaece con el *commodum repraesentationis*<sup>1368</sup> (artículo 1186 CC), el evento de la condición resolutoria<sup>1369</sup> (artículos 1114 y 1123 CC) y

---

<sup>1368</sup> En el supuesto del artículo 1186 CC, aunque el interés del acreedor no se satisface más que de forma refleja con las acciones y derechos que el deudor tuviere contra terceros en razón de la pérdida de la cosa debida, tales le corresponden como un equivalente funcional que permite mitigar las consecuencias del incumplimiento. Mediante la asignación del elemento representativo, pues, la ley atribuye al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido desde el punto de vista económico a la prestación que no se pudo realizar por el hecho de un tercero. Es precisamente esta sustitución la que legitima al acreedor para reclamar de ese tercero la indemnización debida o para retener lo que el deudor ya hubiera recibido como resarcimiento por la imposibilidad (artículo 1196 PMCC).

<sup>1369</sup> Con la condición resolutoria ocurre algo curioso, porque el deudor es aquel contratante que ostentaba la calidad de acreedor según el contrato. El evento de la condición no supone más que la pérdida de los derechos ya adquiridos (artículo 1114 CC), que son exigibles desde luego (artículo 1113 II CC), generando desde ese momento una obligación restitutoria en la medida que la naturaleza de la prestación lo permita (artículo 1123 CC). Mirada la cuestión desde el contrato, la resolución extingue la obligación del deudor y deja insatisfecho el interés del acreedor (artículo 1110 PMCC), que deberá restituir lo que hubiera recibido. Pero esa restitución ha de ser recíproca y, por ende, corresponde igualmente al deudor, quien no queda entonces liberado de responsabilidad mientras tal no avenga. La PMCC excluye el alcance retroactivo de la condición cumplida (artículo 1116).

la novación<sup>1370</sup> (artículo 1156 y 1204 CC), que producen en cierto modo una sustitución de la relación obligatoria inicial. Muy parecido a este último grupo es la situación de la compensación, porque en ella la obligación se extingue (artículo 1156 CC) y el acreedor ve satisfecho su interés en la medida que se evita un desembolso patrimonial para cumplir con su propia prestación (artículo 1194 CC), quedando responsable el deudor hasta la concurrencia de la de mayor valor (artículo 1202 CC).

Con todo, el caso más curioso es el de la prescripción extintiva. Propiamente su efecto es extinguir los derechos y acciones, de cualquier clase que sean (artículo 1930 II CC), bastando para ello el mero lapso del tiempo fijado por la ley (artículos 1961 CC y 942 CCom). Tratándose de una relación obligatoria, entonces, la prescripción incide sobre el derecho de crédito, que ya no tiene imperio o efectividad suficiente para reclamar del deudor el cumplimiento o su responsabilidad, sin que la deuda en sí se vea afectada. Su suerte se ha explicado de dos formas distintas, aunque ambas comportan el mismo efecto práctico, a saber, identificar cuál es el título que otorga legitimidad a la retención del pago por parte del acreedor cuando el deudor ha cumplido con

---

<sup>1370</sup> Para lo que aquí interesa, la novación es un modo de extinguir las obligaciones (artículo 1156 CC) que consiste en la variación de su objeto o sus condiciones principales o en la sustitución de la persona del deudor (artículo 1203 núm. 1 y 2 CC). Dicha consecuencia se produce sólo cuando así se declare terminantemente, o bien cuando la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles (artículo 1204 CC). Tratándose de la novación subjetiva, la extinción de la primitiva obligación queda condicionada a que el acreedor acepte al nuevo deudor (artículo 1205 CC). Sin embargo, de esta extinción no se sigue la satisfacción del interés del acreedor, dado que sólo se ha modificado uno de los elementos objetivos o subjetivos de la obligación, sin que la prestación efectiva se haya producido todavía. Fuera de que la novación puede comportar también efectos no extintivos (como sucede, por ejemplo, cuando una obligación nueva nace al lado de otra antigua y como accesoria a ella; cuando coexista con ella pero alternativamente, de manera que sólo una deba cumplirse; o cuando la nueva nace sobre la base de la antigua que, aún extinta, conserva cierta influencia sobre ella), la sustitución de una obligación por otra deja no es completamente liberatoria, como lo demuestran las reglas de los artículos 1206 y 1207 CC. Este régimen es distinto en la PMCC (artículos 1228-1230).

una obligación prescrita. La primera de ellas, con respaldo normativo en algunos ordenamientos (por ejemplo, artículos 515 núm. 2º del Código Civil argentino y 1470 núm. 2º del Código Civil chileno<sup>1371</sup>), postula que la prescripción sólo extingue el carácter civil de una relación obligatoria, pero mantiene del deber de prestación en cuanto obligación natural. Esta interpretación ha sido contradicha con el propio funcionamiento de la prescripción, que no opera automáticamente, sino que atribuye una excepción que ha de ser utilizada por el sujeto favorecido cuando el titular del derecho invoque éste como causa de pedir. Si el deudor paga con posterioridad a que se ha completado el tiempo previsto por la ley, ese comportamiento supone una renuncia de la prescripción ya ganada (artículo 1935 CC) y, por consiguiente, la deuda habrá de ser considerada en toda su vigencia como si nada hubiese ocurrido entretanto<sup>1372</sup>.

Por consiguiente, la satisfacción del interés del acreedor no es una consecuencia ligada sólo al cumplimiento, pues ella se puede alcanzar igualmente mediante otros expedientes. El factor relevante es, en última instancia, el contenido de un derecho de crédito, pues conforme a él se habrá de juzgar si hay una efectiva satisfacción del propósito con el cual se contrató o si éste sólo se logra por vía refleja, como un modo de paliar las consecuencias de un evento que interrumpe el normal desenvolvimiento del programa de prestación. En otras palabras, la extensión con que se habrá de ponderar un comportamiento para determinar si reviste el carácter de cumplimiento viene impuesta por su idoneidad para casar con aquella prestación ideal sobre la cual se contrató. Será labor del operador jurídico reconstruir la regla contractual para precisar cuál es el contenido obligacional que el deudor debía observar y el acreedor reclamar en virtud de lo convenido, desde el cual habrá de aceptar o rechazar la

---

<sup>1371</sup> Con respaldo en POTHIER, *Traité des obligations*, cit., núm. 196 (I, p. 132).

<sup>1372</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 90-91.

fungibilidad como un elemento determinante en la materialización de la prestación ideal. Por eso, se reputará cumplimiento todo acto de exacta ejecución de una prestación idealmente debida susceptible de ser materializado en el mercado, provenga o no del deudor, sea obtenido de su propia iniciativa o forzosamente<sup>1373</sup>. A este concepto sustancial se refiere el artículo 1157 CC, que mira la cuestión desde una perspectiva puramente material u objetiva, dado que sólo así existe un exacto paralelismo entre cumplimiento (sinónimo ahí de pago) e incumplimiento o, si se quiere, entre actuación y desviación del programa de prestación, que comportan dos caras de un mismo fenómeno de satisfacción de necesidades mediante el intercambio de bienes y servicios.

Dicho esto, cabe volver sobre el asunto inicialmente planteado y preguntarse si el nuevo contrato celebrado por la parte insatisfecha comporta una forma de cumplimiento de aquel incumplido o, por el contrario, si su engarce dentro de los modos de extinguir las obligaciones es diverso. La respuesta vendrá dada por el contenido de la regla que habilita a recurrir al reemplazo ahí donde la haya. Según ha quedado dicho, las reglas de cobertura algunas veces hacen referencia a la exigencia de resolver previamente el contrato, como acaece señaladamente con la formulación ofrecida por el nuevo derecho de la contratación<sup>1374</sup>. En esos casos, se ha de descartar la vinculación entre la figura y el cumplimiento, porque la extinción del contrato incumplido es en realidad una consecuencia de la eficacia liberatoria de la resolución y no del negocio de reemplazo celebrado con posterioridad a ella, que más bien satisface concretamente el interés del acreedor, fijando de paso los daños mínimos que esa obtención alternativa (impuesta por el incumplimiento) ha supuesto. Si tal exigencia no existe, la

---

<sup>1373</sup> Por todos, OLIVA BLÁZQUEZ, «Artículo 1156», cit., p. 346.

<sup>1374</sup> Véase *supra*, § 3, I.

conclusión es distinta y la operación de reemplazo se debe reconducir a la disciplina del cumplimiento forzoso del contrato, que es lo que ocurre en el derecho alemán (§ 376 HGB) e italiano (artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile*).

Pero la cuestión aboca entonces en el otro aspecto que queda sin explicar, como es la posibilidad de alterar el curso normal de la tutela ejecutiva de un derecho de crédito previsto por el ordenamiento o, si se quiere, el de determinar dónde se halla el límite entre el orden público y la autonomía de la voluntad respecto de la actuación coactiva de un derecho de crédito. Salvando las diferencias impuestas por su distinta función, el problema no es desconocido en el derecho español, y se ha presentado a propósito de la constitucionalidad del procedimiento de realización de la prenda de valores previsto en el artículo 322 CCom y del procedimiento de ejecución notarial de la garantía real hipotecaria que antes contenía el artículo 129 LH, cuya nueva redacción es sustancialmente coincidente con aquel otro dispuesto para la prenda posesoria en el artículo 1872 CC<sup>1375</sup>.

El primero de ellos dispone que el acreedor, una vez vencido el crédito y sin necesidad de requerir al deudor, está autorizado para pedir la enajenación de los valores dados en garantía a cuyo fin entregará los organismos rectores del mercado secundario oficial la póliza o escritura de préstamo, acompañada de los títulos pignorados o de la inscripción de garantía, expedido por la entidad encargada del correspondiente registro contable (artículo 322 I CCom). Tal procedimiento queda excluido si las partes han convenido algo diverso (artículo 322 I CCom). Tras hacer las oportunas comprobaciones, el organismo rector adoptará las medidas necesarias para enajenar los valores pignorados, en el mismo día en que reciba la comunicación del acreedor o, de no ser posible, en el día siguiente, mediante el correspondiente miembro del mercado secundario oficial (artículo 322 II CCom). El acreedor

---

<sup>1375</sup> VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, cit., pp. 1259-1265.

sólo se puede hacer uso de este mecanismo de realización durante los tres días hábiles siguientes al vencimiento del préstamo (artículo 322 III CCom).

En la sentencia de 10 de diciembre de 2008 (RJ 6977/2008), el Tribunal Supremo debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del procedimiento de realización recién descrito. A juicio de la demandante, el procedimiento del artículo 322 CCom era nulo, entre otras razones, por ser contrario al artículo 117 III CE, dado que confiere al acreedor pignoraticio un «exorbitante e improcedente privilegio», sin que el deudor tenga conocimiento de la iniciación del trámite para la realización del valor del bien pignorado. En el fundamento segundo, el Tribunal Supremo entendió que la alegación de la parte demandante y recurrente estaba dirigida a que el juez de primera instancia planteara la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la mentada norma, lo que en definitiva no hizo. Claro esto, estimó que la cuestión de constitucional, si bien puede ser promovida por las partes litigantes, no tiene por objeto la protección de un derecho individual, sino la depuración del ordenamiento, asegurando la supremacía de la Constitución, de suerte que lo que decida el tribunal no afecta el derecho de defensa de las partes. Para que se plantee la cuestión de constitucional, el juez debe tener dudas sobre la efectiva adecuación de una norma con la Constitución, por lo que sí no las tiene no tiene por qué explicar las razones que lo llevan a descartar tal juicio negativo. El Tribunal Supremo soslaya así el dictaminar sobre la inconstitucionalidad del artículo 322 CCom, desechando que en el caso concreto haya existido el vicio que reprocha la recurrente<sup>1376</sup>.

Antes de la reforma introducida en varias de sus normas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, la Ley Hipotecaria prescribía

---

<sup>1376</sup> El artículo 109 LSC (como antes el artículo 31 LSRL) solamente prevé la subasta de participaciones sociales derivadas de cualquier procedimiento de apremio por parte de un juez o de una autoridad administrativa competente, y no a través de un notario.



que la acción hipotecaria podía ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establecía en el artículo 131, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes (artículo 129 I). Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podía válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario (artículo 129 II). La actual redacción del artículo 129 LH conserva ambas modalidades de ejecución de la hipoteca, con algunas modificaciones procedimentales. La ejecución judicial de la garantía queda sujeta al procedimiento del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V<sup>1377</sup>. La ejecución extrajudicial, en tanto, cuyo fundamento reenvía al artículo 1858 CC, se realiza por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario (artículos 234-236). Pese a ser más detallada, esta última coincide con aquella modalidad de ejecución de la prenda posesoria prevista en el artículo 1872 CC en cuanto a sus trámites esenciales.

En la sentencia de 4 de mayo de 1998, el Tribunal Supremo decretó la inconstitucional del procedimiento de realización de la hipoteca en los términos en que venía recogido en la entonces redacción del artículo 129 LH, por contravención al artículo 117 III CE (RJ 1998/3464)<sup>1378</sup>. La argumentación del máximo tribunal giró en torno a la literalidad del precepto constitucional (con reflejo casi exacto en el artículo 2 I LOPJ), que dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en sus diversos grados

---

<sup>1377</sup> De cuyos aspectos generales trata, por ejemplo, MIRA ROS, C., «Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria», RGDP 16 (2008).

<sup>1378</sup> Esta doctrina ha sido seguida por las SSTs de 20 de abril de 1999 (RJ 1999/2589), 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10169), 10 de octubre de 2007 (RJ 2007/6486) y 14 de julio de 2008 (RJ 2008/3364).

corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. El texto sienta así los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción, que operan en mutua interacción. El primero tiene el mérito de sustraer la aplicación del derecho y ejecutar lo juzgado de cualquier órgano que no sea jurisdiccional, atribuyendo a éstos tal cometido como potestad exclusiva. El segundo profundiza esta atribución competencial, de manera que sólo a los órganos jurisdiccionales corresponde llevar a cabo ese cometido y hacerlo en su totalidad, vale decir, hasta la completa ejecución de lo resuelto. De esto deriva que la función de ejecución y, por consiguiente, la atribución de llevar adelante el conocimiento de cualquier proceso ejecutivo es competencia exclusiva de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial<sup>1379</sup>.

Con posterioridad a esta sentencia, se pretendió dotar por la institución del Notariado de cierta legitimidad al procedimiento de realización de la prenda del artículo 1872 CC. El artículo 134 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, sustituyó la redacción del artículo 220 RN, con el objeto de regular las actas notariales de subasta. La nueva redacción fue expresamente derogada por la STS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/3491), por contravenir el Real Decreto 45/2007 el principio de reserva legal en materia de procedimientos tanto judiciales como administrativos. Por su propia naturaleza, el mentado real decreto sólo podía modificar la actuación concreta de los notarios en las subastas, con todos los trámites ahí involucrados, pero no podía invadir la regulación de la subasta misma, de la que sólo toca tratar al Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En suma, el ordenamiento español no ha sido ajeno a la discusión sobre la realización privada de bienes, y la tendencia

---

<sup>1379</sup> Véase: STC 167/1987, de 28 de octubre (BOE 279/1987).

parece ir a hacia la interdicción de estos procedimientos cuando no proporcionan garantías suficientes al deudor. En cualquier caso, la sustracción de un procedimiento ejecutivo del conocimiento de los tribunales sólo será posible ante una norma legal que lo permita, y siempre cabrá la posibilidad de plantear un conflicto de constitucionalidad mediante una interpretación extensa y rigorista del artículo 117 III CE. Siendo así, mal podría buscarse en el carácter extrajudicial del procedimiento ejecutivo el fundamento dogmático de la operación de reemplazo.

Queda todavía por explicar la naturaleza que reviste el derecho a reclamar el reembolso de la diferencia de precio entre el primer y el segundo contrato. Sobre la base de lo dicho, la calificación que mejor se aviene con su carácter es la de una ejecución forzosa en forma específica<sup>1380</sup>. A través de una operación de reemplazo, el acreedor ha obtenido la prestación debida en el mercado, pero para procurársela ha debido desembolsar una suma generalmente mayor que aquella originalmente convenida. Esa diferencia de precio ha de ser soportada por el deudor, porque de lo contrario supondría un enriquecimiento no permitido por el contrato, y el acreedor podrá siempre reclamarla en sus propios términos por tener contenido pecuniario.

Esta reclamación puede ser efectuada directamente al deudor o bien judicialmente. El cauce normal será, empero, este último, porque es presumible que, si el deudor no ha ejecutado su prestación en tiempo oportuno, tampoco estará dispuesto a pagar con posterioridad la diferencia que le ha supuesto al acreedor la obtención de la prestación en el mercado. Cuando más, su disponibilidad hacia el cumplimiento se manifestará en una oferta de cumplir en los términos originalmente pactados, alternativa que ya no interesa al otro contratante. Será el juez, por tanto, quien resolverá la situación sometida a su conocimiento y determinará si el acreedor tiene o no derecho a cobrar esa

---

<sup>1380</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 930.

diferencia de la forma en que lo pretende. La sentencia de condena que al efecto dicte constituirá el verdadero título ejecutivo para el pago de lo que ha costado el reemplazo<sup>1381</sup>.

Por lo demás, el propio Ferrara<sup>1382</sup> utiliza la regla que limita el resarcimiento del daño sólo a aquellos que sean una consecuencia necesaria del incumplimiento (artículo 1107 CC) para construir el marco temporal de ejercicio de la operación de reemplazo. Conforme a ésta, la figura no se puede convertir en un medio para aumentar artificialmente el daño que se pone de cargo del deudor, de suerte que éste no queda responsable de aquél que provenga del retardo en procurarse la cobertura. De esto se sigue que el término dentro del cual se ha de convenir el negocio sustitutivo no se determina a partir de un factor estrictamente temporal, sino de mayor daño, puesto que el acreedor se cubre legítimamente mientras la celebración del nuevo contrato no suponga una mayor carga económica para el deudor, respetándose de esta manera la función estrictamente compensatoria de la indemnización<sup>1383</sup>. Si

---

<sup>1381</sup> LUZZATTO, *compravendita*, p. 483; ROMANO, *Vendita*, cit., núm. 129, pp. 285-286; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 268, p. 930.

<sup>1382</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 42, pp. 124-125.

<sup>1383</sup> Este mismo argumento de conexión entre la operación de reemplazo y la previsibilidad del daño fue utilizado por una ley francesa destinada a regular ciertas situaciones contractuales que la Segunda Guerra Mundial volvió especialmente onerosas. La Ley 547, de 22 de abril de 1949, permitía el desistimiento (*résiliation*) de ciertas ventas y contratos concluidos antes del 2 de septiembre de 1939, fuere que consistiesen en la entrega de mercaderías o productos fabricados o manufacturados, fuere en la ejecución de otra clase de trabajos, sin importar si se trataba de contratos de tracto sucesivo o con prestaciones simplemente diferidas, con exclusión de pagos en dinero y de los contratos de arrendamiento de vivienda o de promesa de venta (artículo 1º). Este desistimiento era independiente tanto de los supuestos comunes previstos por la ley como de la resolución por incumplimiento (artículo 2), y se podía ejercer judicial o extrajudicialmente (artículos 2 y 3). Cuando el acreedor se había desistido del contrato sirviéndose de estas normas especiales, se establecía una regla para valorar los daños resarcibles si había mediado una compra de reemplazo. Al respecto, el artículo 4 IV disponía que si el comprador, según los usos mercantiles, se había procurado las mercaderías no entregadas por cuenta y riesgo del vendedor, el montante de los daños demandados debía ser reducido

es así, la sede más idónea para encuadrar la operación de reemplazo parece ser la correspondiente al remedio resarcitorio, y no la de actuación del derecho de crédito.

#### V. UNA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS TÍPICOS DERIVADOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La quinta teoría analizada postula que la operación de reemplazo no es más que una forma de liquidar los daños típicos sufridos con la resolución del contrato.

Conviene distinguir aquí entre la justificación histórica de esta teoría, formulada a partir de las reglas existentes en los códigos decimonónicos, y aquella presente en los textos más recientes, especialmente los que conforman el nuevo derecho de contratos. Sobre estos últimos hay poco que agregar, ya que en ellos se presenta expresamente el contrato sustitutivo como un expediente al que puede acudir el acreedor tras la resolución, con el fin de procurarse en el mercado, si todavía lo desea, la prestación incumplida. Si el acreedor no se ha cubierto por esta vía, el daño típico derivado de la resolución se valora conforme a la diferencia entre el precio de mercado que tenga la prestación y aquel estipulado en el contrato incumplido. Siempre es, por tanto, el precio de la prestación en el mercado, determinado ya abstracta, ya concretamente, el que sirve de parámetro para determinar el daño mínimo sufrido por el acreedor, resarcimiento al que habrá que agregar los otros daños que haya sufrido el acreedor en su esfera de intereses.

La explicación tradicional de esta teoría parte por afirmar la repulsión que la figura comporta respecto de la disciplina de la ejecución forzosa, pues no se trata de un medio de presión para que el deudor cumpla y tampoco se pretende con éste agredir su patrimonio para obtener de él la prestación no ejecutada.

---

prudencialmente por el juez de acuerdo con el límite de la previsibilidad (artículo 1150 del *Code Civil*).

En puridad, la ejecución forzosa se consume mediante el procedimiento de apremio previsto por la ley, que no pretende inducir el cumplimiento voluntario del deudor, dado que a él se recurre cuando tal presión ha demostrado ser inútil en las instancias anteriores<sup>1384</sup>. Ella entraña, pues, la actuación directa de un derecho no satisfecho por parte de los órganos del Estado sobre el patrimonio del deudor, y no desempeña una función de estímulo psicológico sobre la voluntad de éste para inducirlo a cumplir<sup>1385</sup>. Es cierto que el proceso de ejecución contiene todavía oportunidades para que el deudor cumpla su prestación (artículos 548, 699, 705 y 710 LEC), y aún se podría decir que las favorece (artículos 22, 581, 583, 585, 701-703 y 706-710 LEC), pero este resultado reflejo no es su objetivo esencial. Por finalidad propia, la ejecución representa la intervención de la fuerza del Estado destinada a reintegrar una lesión sufrida por el acreedor en su derecho de crédito (artículos 18 II LOPJ y 5, 538, 549 y 570 LEC), la que se produce sin importar la disposición de cumplimiento que tenga el deudor (artículos 580, 581, 701-703 y 706-710 LEC) y en cualquier tiempo (artículo 239 LEC)<sup>1386</sup>. Es perfectamente posible, por ejemplo, que el deudor no sienta ninguna presión psicológica por el procedimiento de ejecución que se ha iniciado, porque ha contraído obligaciones superiores a las que pueden ser soportadas por su patrimonio y no le queda más que esperar que sobrevengan las consecuencias jurídicas de tal insolvencia. Pero mientras no se abra concurso, la ejecución forzosa es todavía idónea para conseguir la realización del derecho de aquel

---

<sup>1384</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, p. 66.

<sup>1385</sup> Cuestión que es pacífica en la literatura procesal. Véase, entre otros, CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 3-4 (pp. 7-11) y 18 (p. 41); CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil* (trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1922), I, § 10, pp. 277-278; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., pp. 27, 30-31 y 36-37; OLIVA SANTOS, «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», cit., pp. 873-874.

<sup>1386</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., pp. 30-31 y 38-39; OLIVA SANTOS, «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», cit., pp. 876-877.

acreedor que se ha adelantado a los demás (artículos 568 LEC y 55 LC). Todas estas características configuran la ejecución forzosa como un mecanismo de eficacia satisfactoria y no castigadora<sup>1387</sup>, calidad que también reviste la operación de reemplazo y, en general, los remedios ante el incumplimiento. La cuestión subyacente es, entonces, determinar si ella tiene autonomía dentro del sistema de responsabilidad contractual o, por el contrario, reenvía a uno de los medios típicos reconocidos por el ordenamiento. En torno a este punto ha de girar nuestro empeño, por lo cual se volverá sobre él a lo largo de este parágrafo.

El segundo argumento aducido para negar el carácter de ejecución forzosa asignado a la operación de reemplazo, es que ella no está dirigida a obtener la prestación debida del patrimonio del deudor. Sin embargo, esta forma de concebir la ejecución resulta demasiado estrecha y olvida que ella implica contenidos procesales diversos según el objeto del derecho lesionado. Es cierto que el objetivo principal de la pretensión de cumplimiento es obtener la propia prestación sobre la que se ha contratado y que, sólo si ella no se puede conseguir, se acuerde que el acreedor reciba en su lugar su equivalente pecuniario, con el consiguiente desplazamiento del centro de gravedad con que se mide la satisfacción del interés del acreedor. Pero esta finalidad parte del presupuesto de que la cosa todavía existe en el patrimonio del deudor (artículos 634, 701 I y 702 II LEC), que por el contrato ha quedado sujeto a una posible agresión del acreedor en el evento de un incumplimiento (artículos 1096 y 1911 CC y 584 y 592 LEC)<sup>1388</sup>. Si la cosa no se encuentra en el patrimonio del deudor, o

---

<sup>1387</sup> Véase, entre otros, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 21-26; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa*, cit., p. 27; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20 (p. 67) y 22 (p. 80); OLIVA SANTOS, «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», cit., pp. 875-877; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, cit., pp. 157-160.

<sup>1388</sup> La situación de los inmuebles es distinta. Salvo casos extremos (artículos 460 y 462 CC y 79 LH), el bien siempre existe y puede ser puesto a disposición

si éste no está llano a prestar el servicio a que se había obligado (artículos 701 II, 702 I, 706 y 708-710 LEC), de sus bienes sólo se tomará lo necesario para procurar al acreedor su equivalente pecuniario, sin importar que finalmente aquél satisfaga su interés directamente con la suma recibida u obtenga en el mercado una prestación similar de un tercero (artículos 1096 II CC y 701 III, 702 II, 706, 708 II, 709 y 710 LEC). Dicho de otra forma, la aplicación de los fondos obtenidos coercitivamente es irrelevante en lo que atañe a la estructura de la ejecución forzosa.

Así pues, se está en presencia de una ejecución forzosa cada vez que hay una reintegración coactiva del contenido propio del derecho lesionado<sup>1389</sup> o, en palabras de Carnelutti (1879-1965)<sup>1390</sup>, cuando se consigue el resultado del cumplimiento sin que éste advenga propiamente (artículo 1157 CC). De este concepto cada ordenamiento puede hacer su propia concreción, dando mayor o menor alcance a la idea de reintegración coactiva o previendo modalidades particulares para determinadas relaciones jurídicas que exigen remedios adaptados a sus propias contingencias. De esto se sigue que, tal y como sucedió durante la preparación del *Codice di Comercio* de 1882 o acaece hoy en el *Codice Civile* que lo sucede, no existe ningún impedimento dogmático para que la operación de reemplazo venga concebida en ciertos casos como una modalidad de ejecución coactiva del contrato<sup>1391</sup>. Ésta comparta ahí una decisión de política legislativa legítima, equivalente a la que otros ordenamientos han previsto al flexibilizar los procedimientos ejecutivos mediante un encargado de cobro.

---

del acreedor, con independencia de que su tenencia actual corresponda al deudor (artículo 703 LEC) o a un tercero (artículo 704 LEC).

<sup>1389</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, p. 67; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 30.

<sup>1390</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, cit., núm. 3, p. 7.

<sup>1391</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, pp. 67-68.



Para Ferrara<sup>1392</sup>, la forma en que la operación de reemplazo era recibida en el *Codice di Commercio* de 1882 no permitía justificar los reparos que se formulaban a su construcción como modalidad de ejecución coactiva. Más todavía, era innegable que la venta hecha por cuenta del comprador incumplidor comportaba una acción directa enderezada a obtener un bien del patrimonio del deudor. A través de este procedimiento, el vendedor lograba vender en pública subasta una mercancía que ya le era ajena (artículo 1125 del *Codice Civile* de 1865), para satisfacer con lo así recabado el precio del primer contrato, a semejanza de lo que hace el acreedor pignoraticio que vende la cosa dada en prenda para conseguir con ello el pago de su crédito (artículo 458 del *Codice di Commercio*), con cargo a restituir el exceso (artículo 1148 del *Codice Civile* de 1865)<sup>1393</sup>. Si el contrato hubiese sido resuelto de pleno derecho por aplicación del artículo 68 del *Codice di Commercio* (hoy, artículo 1515 del *Codice Civile*) y no merced de aquella regla específica referida a este supuesto (artículo 67 I, reproducido ahora en el artículo 1517 del *Codice Civile*), la mercadería vendida habría retornado al poder del vendedor y éste hubiera sido libre de venderla cómo y a quién quisiese, sin sujeción a un procedimiento determinado. No habría ninguna necesidad, pues, de vender tal mercadería por cuenta y riesgo del comprador, como prescribía la ley, sino que el vendedor podía hacerlo directamente y en su propio nombre, por ser él su dueño. Reforzaba este razonamiento una regla dispuesta para los contratos con término esencial, según la cual la parte que deseaba el cumplimiento («*la parte che ne vuole l'adempimento*») debía dar un aviso a la otra dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento, pues de lo contrario el contrato se consideraba resuelto (artículo 69 I)<sup>1394</sup>. Tras ese aviso, el contratante afectado

---

<sup>1392</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, pp. 68-71.

<sup>1393</sup> Estas normas corresponden, respectivamente, a los artículos 1376, 2796 y 2037 del *Codice Civile* de 1942.

<sup>1394</sup> Véase los artículos 1457 y 1517 del *Codice Civile* de 1942.

había de realizar imperiosamente la nueva venta dentro de un término fatal de veinticuatro horas (artículo 69 II)<sup>1395</sup>. En suma, concluía el citado autor, la operación de reemplazo regulada en el código de 1882 comportaba un medio autónomo dispuesto a favor de un contratante para procurarse por su autoridad el objeto de la prestación incumplida, cuya naturaleza jurídica era la de una ejecución coactiva del contrato incumplido.

Ahora bien, aunque la operación de reemplazo no sea propiamente una modalidad de ejecución forzosa<sup>1396</sup>, no se puede desconocer que constituye una presión indirecta sobre el deudor incumplidor, por el mayor sacrificio económico que tendrá que soportar si el acreedor decide cubrirse mediante un nuevo negocio, el que casi siempre supondrá como contraprestación un precio mayor que el originalmente estipulado<sup>1397</sup>. Pero tal función mediata también se logra a través de las reglas de responsabilidad, dado que éstas han de inducir a las partes a adoptar cualesquier medida preventiva cuyo coste sea inferior a la consecuente reducción del peso de la responsabilidad, de manera que se logre imputar el riesgo a la parte que se halle en situación de soportarlo mejor<sup>1398</sup>. Siendo así, lo más lógico es reconducir la cuestión al ámbito donde con mayor propiedad se puedan resolver los problemas que trae consigo el reconocimiento y aplicación de una regla de cobertura, y éste es, sin duda, el de la indemnización de perjuicios.

Por otra parte, es innegable que tanto la ejecución coactiva como el resarcimiento del daño comportan una suerte de resolución implícita de la relación contractual incumplida, especialmente cuando el acreedor consigue la prestación debida a

---

<sup>1395</sup> Esta regla no fue conservada en el *Codice Civile* de 1942.

<sup>1396</sup> Véase *supra*, § 4, I.

<sup>1397</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20, p. 67.

<sup>1398</sup> TRIMARCHI, «Sull significato», pp. 513-514.

través de uno de estos expedientes<sup>1399</sup>. Esto último es precisamente lo que sucede con la operación de reemplazo, cualquiera sea la forma de concreción elegida por un determinado ordenamiento: el acreedor obtiene del mercado una prestación equivalente a aquella que debía procurarle el deudor según el contrato<sup>1400</sup>. Tal alcance liberatorio permite explicar también la distinta fundamentación que existe detrás de los modelos sobre los que se ha construido la operación de reemplazo, en los que están en juego la forma de comprender la pretensión de cumplimiento y la resolución contractual, así como la propia articulación de los remedios ante el incumplimiento. Después de varios ensayos, finalmente se ha terminado por decantar en el derecho comparado la relación lógica existente entre la resolución y la operación de reemplazo, que desempeña una función probatoria respecto de los daños típicos sufridos por el acreedor como consecuencia de la desaparición del contenido obligacional del contrato<sup>1401</sup>, y así ha quedado recogido en los textos del nuevo derecho de contratos<sup>1402</sup>. En otras palabras, siguiendo la formulación sintética de Honnold<sup>1403</sup>, el negocio de cobertura tiene una eficacia clara y delimitada respecto del contrato incumplido: establece daños. La obtención de una prestación sustitutiva que satisface el interés concreto del acreedor, por haber mediado antes la resolución del vínculo contractual, deja de ser un efecto material conectado con el contrato incumplido y sólo interesa de manera indirecta para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para que la regla de cobertura sirva de presunción del daño mínimo sufrido por el acreedor.

---

<sup>1399</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1492; REDENTI, *Dei contratti*, cit., núm. 92, p. 123.

<sup>1400</sup> RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., núm. 2260, p. 909.

<sup>1401</sup> RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., núm. 2260, p. 909.

<sup>1402</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Principes*, cit., p. 733; LANDO/BEALE, *Comentarios*, comentario A al artículo 9:506, p. 662; UNIDROIT, *Principios*, Comentario 1 al artículo 7.4.5, p. 248.

<sup>1403</sup> HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, cit., núm. 410, p. 449.

Sin embargo, no se trata de cualquier clase de daños, dado que los mismos vienen conectados con la función primordial con la que se acude a la cobertura a través del mercado. El acreedor que se sirve de la operación de reemplazo lo hace con una finalidad relacionada con la expectativa cuya consecución venía asegurada por el contrato. Mediante ella, aquél persigue satisfacer directamente o indirectamente su interés con la prestación proveniente de un tercero<sup>1404</sup>. El nuevo contrato está destinado, entonces, a procurarle un resultado material que coincide exactamente con la prestación incumplida o se acerca a ella de un modo igualmente satisfactorio, de suerte que el acreedor actúa su interés en la prestación aunque no ya según el precio del contrato, sino de mercado. Eso explica que la diferencia entre ambos valores, con independencia de si se ha acudido a la regla de cobertura o de mercado, es un complemento del propio resultado asegurado por el contrato incumplido. Éste garantizaba al acreedor, ante todo, que obtendría del deudor la prestación debida en las circunstancias materiales, temporales y locales pactadas. Resarcir esa expectativa supone considerar que el acreedor contrató con miras al cumplimiento, porque ése es el resultado normal de todo contrato. Tal umbral de satisfacción de su interés queda garantizado con independencia del remedio ejercido, el que dependerá generalmente de la persistencia del interés en la prestación o de que ella sea ejecutada por el deudor y en un tiempo posterior. Garantizar ese interés de cumplimiento requiere, entonces, reconocer el derecho a ser resarcido por la diferencia que supone o supondría la obtención de la prestación, la que en sí puede o no interesar efectivamente al acreedor.

De lo dicho se sigue que la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato (o viceversa) va destinada a compensar al acreedor en su interés de cumplimiento (interés

---

<sup>1404</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 23, p. 295.

contractual positivo)<sup>1405</sup>. Cuando se ha celebrado una operación de reemplazo, el acreedor ha obtenido de un tercero la ejecución de una prestación que es idéntica o similar a la que debió ejecutar el deudor. Consigue así el resultado material esperado, pero con un sacrificio económico que en justicia no debe soportar según la regla contractual. El resarcimiento de ese daño se dirige, pues, a completar aquel resultado material logrado extramuros del programa prestacional que debió procurarlo, permitiendo que el acreedor quede en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido normalmente, esto es, gozando de la prestación debida y sin soportar una pérdida en su patrimonio<sup>1406</sup>.

El concepto de daño que emplea el ordenamiento español es real y concreto, porque su valoración implica considerar todos y cada uno de los factores que configuran el daño en sí o, si se quiere, cada específica partida resarcitoria, sin disolverlas en dos masas patrimoniales globales<sup>1407</sup>. En lo que ahora atañe, la mentada función del resarcimiento de la diferencia de precios hace que ella esté conectada con el daño emergente, representado por el valor de la pérdida que el incumplimiento ha supuesto al acreedor en su interés de cumplimiento (artículo 1106 CC)<sup>1408</sup>. Cuando se ha celebrado un negocio de cobertura, la única pérdida efectiva es esa diferencia entre precio según contrato y el precio según mercado (concretamente establecido), porque la prestación esperada se consigue por vía refleja del tercero con el que se contrata para ese fin, mientras que el resto del daño emergente (por ejemplo, otros desembolsos efectivos o el daño de

---

<sup>1405</sup> GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., pp. 19-21.

<sup>1406</sup> De ahí que DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, núm. 48, p. 350, explique que «[t]ale estrinseco costo d'acquisto corrisponde all'interesse che il compratore ha rispetto alla cosa che il venditore avrebbe dovuto consegnargli e no gli ha consegnato», de suerte que «la differenza corrisponde all'utilità che, nel complesso, il contratto di vendita assicurava al compratore».

<sup>1407</sup> Véase la nota 61.

<sup>1408</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1201-1202; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 186.

indemnidad) y todo el lucro cesante siguen sujetos a las reglas de su propia disciplina resarcitoria<sup>1409</sup>.

Algo semejante ocurre con el remedio de rebaja del precio. Cuando la prestación ejecutada por el deudor no es conforme a aquella descrita en la regla general y esa disconformidad no es incide sustancialmente en la satisfacción de su interés, el acreedor puede aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia que medie entre el valor que tenía aquélla en el momento en que se ejecutó y el valor que tendría si se hubiere sido conforme con el contrato (artículo 1197 PMCC). Su interés de cumplimiento queda satisfecho así con la prestación que el deudor ha ejecutado, por la que ha pagado un precio menor en razón de su disconformidad con aquella que esperaba recibir. La elección de este remedio tiene consecuencias asimismo sobre la extensión del daño resarcible. Por regla general, el acreedor sólo puede reclamar el valor de la pérdida efectiva que haya sufrido en la medida que ella no sea compensada de otra forma, de suerte que su pretensión resarcitoria se reduce proporcionalmente al precio sobre el que ha renunciado (artículo 1198 PMCC)<sup>1410</sup>. Esto significa que el acreedor está legitimado para reclamar los demás daños que haya sufrido, esto es, el resto del daño emergente y el lucro cesante.

Sin embargo, en este último caso el problema consiste en determinar la extensión que tiene ese resarcimiento o, dicho en otros términos, qué partidas indemnizatorias quedan cubiertas por la valoración objetiva del daño realizada en virtud de la operación de reemplazo. Una primera solución consiste en entender que, en tal supuesto, tanto el daño emergente como el lucro cesante vienen determinados por la diferencia entre el precio realmente satisfecho a aquel con quien se contrata en cobertura y el que se tenía convenido con el incumplidor. Esta alternativa era el criterio de general aceptación en la literatura

---

<sup>1409</sup> STS 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4956).

<sup>1410</sup> En el Código Civil, la compatibilidad sólo es posible cuando el acreedor optare por la rescisión del contrato (artículo 1486 II).

científica<sup>1411</sup>, y sólo comenzó a ser cuestionado a partir del punto de inflexión que supuso la STS de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749). Explicar sentencia. Desde esa sentencia se ha impuesto una interpretación restrictiva sobre la valoración objetiva del daño obrada por la operación de reemplazo, que entiende que ésta sólo sirve como fórmula de satisfacción al acreedor afectado en lo que atañe al daño emergente<sup>1412</sup>.

En los contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero, como es el caso de la compraventa o del contrato de obra, la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el de mercado ofrece a una de las partes una ventaja económica cierta: obtener bienes o servicios a precio inferior al de mercado o transferirlos a un precio superior<sup>1413</sup>. En principio, el interés en obtener el beneficio o ventaja derivado del intercambio se consigue si el contrato se cumple (artículo 1157 CC) o si se ceden ventajosamente los derechos derivados del mismo (artículo 1186 CC)<sup>1414</sup>. Por el contrario, el incumplimiento frustra ese interés y sitúa al acreedor ante la alternativa de los distintos remedios que el ordenamiento le reconoce para satisfacerlo.

En lo que atañe a la resolución por incumplimiento, el interés en adquirir o prestar los bienes o servicios se canaliza mediante la indemnización que acompaña a la operación de reemplazo<sup>1415</sup>. Tras la resolución, que libera al contratante insatisfecho del deber de cumplir y le permite obtener la restitución de la prestación ya efectuada, la parte incumplidora abona, a título de indemnización, la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el del

---

<sup>1411</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 319; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., pp. 154 y 237; VÉRGEZ, M., «Compraventa mercantil y contrato de permuta», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Contratos mercantiles* (Cizur Menor, Aranzadi, 2001), p. 84.

<sup>1412</sup> VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 153.

<sup>1413</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 39.

<sup>1414</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 40.

<sup>1415</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 41.

contrato de cobertura<sup>1416</sup>. Cuando esta operación efectivamente se ha llevado a cabo, permite al contratante afectado obtener su interés en el cumplimiento del contrato: obtener el bien comprado o el dinero correspondiente al valor del bien vendido. Pero por sí solo no garantiza que aquél obtenga la ventaja del intercambio, esto es, el interés en la realización del contrato en las condiciones de equivalencia originalmente pactadas<sup>1417</sup>. Nada impide, empero, que el acreedor demande ese daño conforme a las reglas generales, aportando la prueba necesaria que demuestre su ocurrencia.

Distinta es la situación cuando la indemnización se reclama a partir de la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato. Este sistema abstracto de cálculo del daño permite satisfacer en sí mismo el interés en el intercambio, sin conseguir el interés en el cumplimiento o realización del contrato (obtener la prestación debida)<sup>1418</sup>.

Otra cuestión interesante atañe a la función que desempeña la regla de cobertura en relación con la regla general sobre previsibilidad del daño resarcible (artículo 1107 CC). La cuestión que ahora interesa no se refiere a la aplicación de esta última regla con carácter extensivo a cualquier situación que suponga la valoración de daños derivados del incumplimiento cuando ha mediado un inusual cambio en el precio de la prestación que el deudor no podía anticipar, materia de la que se ha ocupado la literatura producida con ocasión del derecho uniforme y respecto de la cual parece existir un consenso más o menos establecido en el sentido de rechazar el desplazamiento de la regla de cobertura por la de previsibilidad. La pregunta a responder es otra, y se refiere a la justificación dogmática de la operación de reemplazo a

---

<sup>1416</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 42.

<sup>1417</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 43.

<sup>1418</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 43.



partir de la regla de la previsibilidad, que no viene excluida por su utilización.

A este respecto, cabe sostener que la facultad de celebrar un negocio de cobertura no pretende en modo alguno derogar la regla general sobre la previsibilidad del daño ni establecer requisitos adicionales al supuesto de hecho de la pretensión indemnizatoria, por cuanto los daños resultantes de un contrato de cobertura son usualmente previsibles en cualquier caso y comportan una consecuencia necesaria del incumplimiento<sup>1419</sup>. La mejor prueba de esto es que, en aquellos sistemas en que la figura tiene reconocimiento textual, se suele señalar expresamente que siempre queda a salvo la indemnización por el mayor daño que haya podido sufrir el acreedor. Esta mención tiene por objetivo recordar que los daños sufridos a consecuencia del incumplimiento deben siempre ser reparados por el deudor incumplidor, y que ellos pueden existir aun cuando la prestación debida haya sido obtenida directamente por el acreedor en el mercado, dado que ella se puede entender demandada dentro del daño cuyo resarcimiento pretende el acreedor<sup>1420</sup>. De ahí que la protección del interés del acreedor sea triple: (i) se le autorice a realizar la cobertura exista o no una regla positivada; (ii) pueda recabar el resarcimiento del daño consistente en la diferencia entre el precio pagado para procurarse la prestación y aquel convenido en el contrato; y, además, (iii) el de todo otro daño que haya sufrido. Ya ha quedado dicho que el daño emergente es el valor de toda pérdida sufrida por el acreedor como consecuencia del incumplimiento (artículo 1106 CC), y que en ese rubro queda comprendida la diferencia de precios derivada de la cobertura. Propiamente, la operación de reemplazo no comporta ninguna

---

<sup>1419</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1632; SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 81; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 458, p. 551.

<sup>1420</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1632; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 458, p. 551.

lesión al patrimonio del acreedor, porque la prestación que se procura en el mercado reemplaza cabalmente a aquella que el deudor debía ejecutar y a ese efecto destina los recursos que tenía comprometidos originalmente. La sustitución evita, entonces, que el acreedor sufra el daño intrínseco que supone la ausencia de prestación. Los daños que efectivamente sufre provienen, por consiguiente, o de la diferencia de precio que ha debido soportar para obtener esa prestación sustitutiva o bien de la lesión de los otros intereses envueltos en el contrato, como es el caso de el de obtener la prestación para extraer de ella una cierta utilidad o el referido a la indemnidad de otros bienes del acreedor.

No cabe duda de que esta última clase de daños será indemnizables sólo en la medida que concurran los presupuestos propios del remedio resarcitorio, especialmente la previsibilidad. Pero no ocurre lo mismo respecto de la diferencia de precios. Parece ser que la respuesta dependerá de la existencia de una regla de cobertura formalizada, que determinará la producción de un daño típico como consecuencia de la resolución contractual o, por el contrario, un mero indicio probatorio de los daños que el acreedor debe acreditar como elemento basal de su pretensión resarcitoria. Cuando la regla de cobertura viene formulada de manera de determinar concretamente el mínimo del daño resarcible para que el acreedor quede en una situación equivalente a la que le habría reportado el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno del contrato, su exclusión no es posible salvo que se acredite que su celebración no fue oportuna o que no se concretó de manera razonable. Fuera de esos casos, los daños así fijados son una concreción de aquellos que cualquier contratante de buena fe habría previsto. Si no existe una tal regla, esa función se atenúa y su carácter se asemeja más al de una regla probatoria, que no supone una excepción sustantiva de la disciplina general sobre determinación del daño contractual<sup>1421</sup>.

---

<sup>1421</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743.

Las consideraciones precedentes permiten fijar el verdadero sentido y alcance de las reglas de cobertura. La construcción de éstas, estén o no positivadas, lleva a concluir que la celebración de una operación de reemplazo interesa al derecho del incumplimiento como presunción de la causalidad jurídica del daño sufrido por el acreedor. Algo se presume cuando, partiendo de unos presupuestos establecidos con certeza, se infiere una determinada consecuencia hasta entonces desconocida o, al menos, no probada fehacientemente (artículos 385 y 386 LEC). Este carácter hace que las presunciones fuesen consideradas tradicionalmente como un medio probatorio (artículo 1215 CC, derogado por la LEC) o que hoy sean caracterizadas, con más propiedad quizá, como una dispensa de la prueba del hecho presunto, con la consiguiente inversión de la carga probatoria (artículos 385 y 386 LEC).

Ha quedado dicho que el resarcimiento se atribuye normativamente al deudor cuando el daño sea consecuencia directa de la realización de un riesgo que las partes tuvieron en cuenta al contratar o que, de haberse considerado en ese momento, habría sido razonablemente asumido por aquél (artículo 1107 CC)<sup>1422</sup>. Esta atribución de responsabilidad opera de modo distinto según se trate del daño intrínseco o extrínseco<sup>1423</sup>. Respecto del primero, la responsabilidad del deudor queda establecida por la sola demostración del

---

<sup>1422</sup> Véase *supra*, § 3, III, 2.

<sup>1423</sup> Esto no significa que el concepto de daño se divida y que cada partida suponga una distinta imputación en el plano objetivo y subjetivo, como si en un caso hubiese perpetuación de la obligación incumplida y en otro puro resarcimiento de manera similar a lo que acaece en el ámbito extracontractual. El daño es siempre un concepto articulado, que refiere toda lesión sufrida por el acreedor en un interés digno de tutela que pueda ser compensada en dinero. Su ocurrencia hace nacer una obligación indemnizatoria de cargo del deudor en la medida que éste le pueda ser imputado subjetiva (teoría de las esferas de riesgos) y objetivamente (fin de protección del contrato). La distinción entre ambas partidas sólo desempeña una función de distribución de la carga probatoria.

incumplimiento, dado que de la naturaleza de las cosas se sigue que quien contrata lo hace con el propósito de obtener un resultado con independencia del efectivo comportamiento prestacional del deudor. En cuanto al segundo, la responsabilidad de aquél debe ser establecida a partir del fin de protección del contrato, vale decir, delimitando aquel ámbito de riesgo que era de su cargo y conectando con él el daño sufrido por el acreedor.

Con todo, las presunciones pueden ser legales o judiciales (artículos 385 y 386 LEC), de manera que la operación de reemplazo adoptará uno u otro carácter dependiendo de la existencia o inexistencia de una regla de cobertura positivada.

El efecto que se sigue de una presunción legal es que la persona a quien ésta beneficia se haya liberada de probar el hecho sobre el que ella recae, debiendo aportar solamente los antecedentes necesarios para acreditar el que obra como indicio del que parte la presunción (artículo 385 LEC). Establecido este último, se da por probado aquél, invirtiéndose así la carga probatoria que naturalmente recae sobre quien funde su pretensión en la certeza de unos hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico que por ella se reclama (artículo 217 II LEC), y que pasa a ser soportada por quien desea demostrar tanto la inexistencia del hecho presunto como que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de existir entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción (artículo 385 II LEC). En otras palabras, la presunción legal no comporta más que un juicio hipotético respecto de un determinado hecho, siendo admisible la prueba de que tal no existe o que no hay relación lógica entre el antecedente cierto y la consecuencia inferida.

Cuando existe una referencia expresa de la ley a una regla de cobertura, ella opera como una presunción de la previsibilidad del daño típico que ella habilita a reclamar. El acreedor deberá probar los hechos que fundamentan su pretensión: (i) que se ha celebrado una operación de reemplazo y (ii) que ella ha supuesto

una diferencia desfavorable comparada con el precio fijado para el contrato incumplido. De ese hecho se presumen dos consecuencias de cuya prueba queda dispensado el acreedor: (i) que tal operación ha sido celebrada de manera razonable y oportunamente y (ii) que dicha diferencia es el daño mínimo previsible al momento de contratar. El primer hecho viene presumido porque el derecho asume que todo contratante actúa con diligencia (artículo 1104 CC) y buena fe (artículos 7 CC y 59 CCom) o, si se prefiere, observando el comportamiento propio de una persona razonable (artículo 8 CISG). El segundo, en tanto, deriva de la función económica básica de cualquier contrato, como es que el acreedor obtenga la consecución de un resultado material acorde con el propósito práctico por el cual aceptó comprometerse. La naturaleza de las cosas lleva a inferir que si el acreedor celebra un contrato en función de cobertura, lo hace porque quiere obtener de ahí la prestación que esperaba conseguir con el contrato incumplido.

El deudor no puede exonerarse de la responsabilidad que deriva de su incumplimiento más que acreditando la ocurrencia de un caso fortuito (artículo 1105 CC), pero podrá defenderse destruyendo la presunción de daño mínimo que se le reclama. Y podrá hacerlo acreditando que el acreedor ha procedido a la cobertura de manera irrazonable o extemporánea, pero no que la diferencia entre el precio del contrato y el precio de cobertura no comporta un daño previsible. La presunción es, por ende, *iuris tantum* respecto de la razonabilidad y oportunidad del reemplazo, e *iuris et de iure* en lo que atañe a la previsibilidad. Demostrado que la operación de reemplazo no ha sido concluida oportunamente o de manera razonable, la presunción de daño mínimo se desplaza hacia la regla de mercado. Sobre la relación entre ambas reglas se volverá en el número siguiente.

Por su parte, la presunción judicial es un razonamiento del tribunal enderezado a establecer la certeza de un hecho, a efectos del proceso, cuando existe un enlace preciso y directo según las

reglas del criterio humano entre aquél y otros admitidos o probados, el cual deberá incluirse en la sentencia (artículo 386 I LEC). Su alcance es doblemente relativo: primero, porque no tiene valor genera y sólo surte efectos en relación con un concreto conflicto de orden temporal sometido al conocimiento y decisión de un tribunal (artículo 386 I LEC); segundo, porque el litigante perjudicado por la posible formulación de una tal presunción siempre podrá practicar la prueba en contrario referida a la inexistencia del hecho presumido o bien a la ausencia de conexión lógica entre éste y aquellos que sirven de premisa (artículo 386 II LEC).

La ausencia de una regla de cobertura de formulación legal supone que su construcción dependerá del tribunal en el cual se invoca la operación de reemplazo como prueba del daño sufrido por el acreedor. La mayor o menor habitualidad de este expediente incidirá ciertamente en la formación de un criterio proclive a su aceptación<sup>1424</sup>, pero siempre quedará en manos del juez decidir si el contrato que ha celebrado el acreedor con un tercero para procurarse una prestación similar a la incumplida puede ser reputado como método de valoración del daño cuyo resarcimiento reclama. Será el acreedor, entonces, quien habrá de insistir en que la diferencia resultante del reemplazo era previsible al momento de contratar y es una consecuencia directa del incumplimiento del deudor (artículo 1107 CC), porque el contrato se endereza hacia el cumplimiento y la consiguiente satisfacción de su interés específico (artículos 1091, 1157 y 1258 CC). Aunque el proceso será un poco más dificultoso en este caso, el resultado final será el mismo: el acreedor vendrá resarcido del valor de la prestación incumplida según mercado, pues el tribunal o validará la cobertura (método concreto) o, tras ponderarla a la luz de los parámetros propios del remedio indemnizatorio, se

---

<sup>1424</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 171-172, destaca el papel de los usos del tráfico a la hora de determinar el fin de protección del contrato.

decentaría por un resarcimiento basado en el precio habitualmente cobrado por contratos de esa clase (método abstracto).

#### VI. UNA MEDIDA CONCRETA DE MITIGACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL

La sexta teoría que se ha revisado concibe la operación de reemplazo como un mecanismo concreto de mitigación del daño seguido de un incumplimiento contractual. Sin embargo, tal encuadre tiene consecuencias dogmáticas más profundas, porque incide sobre la extensión del resarcimiento que habrá de imponerse al deudor. De ahí que, para abordar correctamente la valoración de esta teoría, así como para dar cabal sentido a las consideraciones expuestas en el apartado anterior sobre el efecto material derivado de la celebración de un negocio de cobertura, sea preciso recordar siquiera brevemente que el supuesto fáctico del remedio indemnizatorio está compuesto por los siguientes elementos: (i) ocurrencia de un daño; (ii) relación causal entre ese daño sufrido por el acreedor y el incumplimiento del contrato; (iii) atribución de aquél a la esfera de riesgo del deudor; e (iv) imputación del mismo a la regla contractual a partir de criterios normativos que delimitan la extensión del daño resarcible<sup>1425</sup>.

Con todo, el estudio de este supuesto no agota la delimitación del daño resarcible, pues una comprensión cabal del problema de los daños contractuales exige considerar también dos cuestiones relacionadas con el comportamiento del acreedor a partir del incumplimiento, como son (i) la carga de mitigar las pérdidas que de ahí pueden seguirse para él y (ii) la elección del remedio elegido, que determinará la compatibilidad de la pretensión resarcitoria y la medida en que ella completa la satisfacción del

---

<sup>1425</sup> Por todos, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 45-46; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 783; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1043.

interés del acreedor conseguida a través de otros expedientes<sup>1426</sup>. De dicha carga corresponderá ahora, al abordar la valoración de la teoría que concibe la operación de reemplazo como una manifestación arquetípica de ella. Pese a que en el número anterior se ha tratado parcialmente el problema con relación a la facultad resolutoria, conviene volver más adelante sobre el particular con una breve recapitulación (ampliada ahora a la pretensión de cumplimiento) sobre la compatibilidad del ejercicio de la pretensión indemnizatoria con otros remedios y las consecuencias que ello tiene en la valoración del daño que el deudor deberá resarcir.

Tras este excurso, necesario para fijar el supuesto fáctico y los límites del remedio indemnizatorio, corresponde volver a la valoración comparativa de la teoría que concibe la operación de reemplazo como una aplicación particular de la carga de mitigar las pérdidas que pesa sobre el acreedor. En el § 2 se ha adelantado que no cabe asimilar dicha figura con aquellas medidas sustitutivas que adopta el acreedor en mitigación del daño, aunque una y otras sean una consecuencia de la gestión razonable del riesgo que corresponde a aquél después de verificado el incumplimiento. Ambas se enderezan, pues, a preservar la indemnidad patrimonial del acreedor con posterioridad a que el contrato ha sido incumplido, reordenando la distribución del riesgo de insatisfacción de su interés, pero cada una lo hace con un campo de acción y una eficacia diversa.

La diferencia estriba en que las medidas de sustitución son por lo general de carácter innominado, por lo que el acreedor podrá acudir a cualquier expediente que le permita paliar los efectos del incumplimiento mediante una provisión alternativa de la prestación incumplida, mientras que la operación de reemplazo

---

<sup>1426</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 93 y 180; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación», cit., pp. 466-467; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 61-62 y 80-81; VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador*, cit., pp. 118-132.



está autorizada usualmente por una regla de cobertura, sea legal o consuetudinaria. La existencia de esta regla determina la forma en que el reemplazo ha de ser realizado y la eficacia concreta que cabe atribuirle. En unos casos, el reemplazo comportará una suerte de ejecución coactiva del contrato por propia autoridad del acreedor, con traslación posterior de sus efectos positivos y negativos al deudor, por cuenta y riesgo de quien se ha concluido el negocio sustitutivo. En otros casos, aquél será consecuencia de la resolución que ha devuelto al acreedor la plena disponibilidad sobre los bienes afectos al cumplimiento del contrato, y que le permite concluir un nuevo negocio para obtener con él aquella prestación que no pudo recibir del contrato incumplido, pudiendo reclamar del deudor sólo el resarcimiento de la diferencia. Por el contrario, cuando esa regla de cobertura no existe, el acreedor puede igualmente cubrirse del incumplimiento y procurarse una prestación equivalente a aquella que esperaba obtener del deudor incumplidor, y entonces tal acción servirá de antecedente para la valoración posterior del daño que se reclame a título de resarcimiento. Pero hay aquí un riesgo, pues la inexistencia de una regla de cobertura hace recaer sobre el acreedor las consecuencias de su acción sustitutiva si la misma no satisface los criterios generales de valoración del daño (causalidad, interés lesionado, certidumbre, previsibilidad).

Este carácter hace que la naturaleza del contrato incumplido y aquella del negocio de reemplazo sean necesariamente coincidentes, por cuanto la prestación que se consigue con el segundo va destinada a ocupar el lugar de aquella que no fue efectivamente realizada a tenor del primero. En cambio, las medidas sustitutivas son por lo general temporales y están destinadas a que el incumplimiento no produzca un mayor daño al acreedor, sin procurar una efectiva y definitiva satisfacción de su interés, función que atañe a la tutela resarcitoria.

Ellas pueden ser, por cierto, tanto de naturaleza contractual como de otro orden. Las primeras están dirigidas a procurar un

reemplazo temporal mientras dure la mora del deudor, siendo todavía posible el cumplimiento del contrato y manteniendo el acreedor su interés en el mismo<sup>1427</sup>. Por ejemplo, un dentista no observa el deber de mitigar el daño que le cabe si no arrienda una máquina análoga a la que ha comprado durante el tiempo que su vendedor demora en entregarla, para evitar así que el ejercicio de su actividad profesional se vea perjudicado con ese incumplimiento<sup>1428</sup>. Algo similar ocurre cuando el vendedor no entrega inmueble adquirido y el comprador debe alquilar entre tanto un apartamento para habitar<sup>1429</sup>. Otras veces el acreedor habrá de acudir a una actuación de reemplazo, que no se concreta en la celebración de un contrato similar al incumplido, y mediante ella procurará paliar el daño producido por el incumplimiento. Frente a éste, entonces, el acreedor no celebra un nuevo contrato, pero modifica la estrategia de sus inversiones, reinvierte los recursos utilizados en el contrato incumplido, o sustituye los cultivos de la finca por otros, y con ello se logra cubrir de alguna forma de ulteriores perjuicios<sup>1430</sup>.

Los efectos de la operación de reemplazo y de las medidas substitutivas son también distintos. La eficacia de la primera consiste en trasladar al deudor la diferencia existente entre el precio del contrato y el precio estipulado en aquel celebrado en su sustitución, con diferente alcance según se trate de un reemplazo coactivo o de un negocio de reemplazo. Cuando existe además una regla de mercado, la celebración de un negocio de cobertura prevalece sobre el cálculo abstracto que ella establece, que se aplicará en su defecto<sup>1431</sup>. En lo que respecta a las medidas substitutivas, su omisión se sanciona con las consecuencias generales admitidas para el incumplimiento del deber de mitigar

---

<sup>1427</sup> FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, cit., p. 251.

<sup>1428</sup> ROSELLO, «Il danno evitabile», cit., p. 56.

<sup>1429</sup> STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9760).

<sup>1430</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 183.

<sup>1431</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198.

el daño, y entonces el deudor estará legitimado para pedir que se reduzca el resarcimiento en la cuantía en que se debió haber aminorado razonablemente la pérdida.

Esta diversidad en la eficacia de una y otra figura permite detectar la que es quizá la más importante de las diferencias entre ambas: el carácter obligatorio o facultativo de acudir a ellas.

La operación de reemplazo es un derecho potestativo del acreedor, pues comporta una facultad que le es reconocida para satisfacer su interés de cumplimiento a través de un negocio similar que le provea de aquella prestación que no pudo conseguir debido al incumplimiento del deudor. Su celebración queda entregada, por consiguiente, al arbitrio del acreedor, quien podrá optar entre satisfacer su interés de esta manera o acudir a alguno de los otros remedios que el ordenamiento le reconoce y le pueden procurar un resultado equivalente según mejor convenga a sus intereses, lo aconseje la oportunidad o lo impongan las circunstancias concurrentes, sin mayores consecuencias derivadas de su decisión que las propias del abuso del derecho y la razonabilidad de la cobertura<sup>1432</sup>. Esto significa que la función de liquidación del daño contractual que la figura desempeña no es exclusiva, pues se consigue igualmente por otras vías. La mayoría de las veces, tratándose de bienes que tienen un precio corriente o de mercado, la valoración del daño cabe practicarla de acuerdo con el umbral mínimo que representa la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el pagado habitualmente por transacciones similares en el momento que se elija para efectuar tal valoración (generalmente, aquel de la resolución del

---

<sup>1432</sup> Véase, entre otros, ASCARELLI, *Appunti*, I, cit., p. 201, y *Appunti*, III, cit., p. 72; CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139; CUTUGNO, *La tutela dell'acquirente*, cit., p. 179; FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1540-1541; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 29 (p. 92) y 34 (pp. 102-103); GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 329; RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., núm. 2260, p. 909; RUBINO, *La compravendita*, cit., núm. 275, p. 972; SCHEGGI, *Diritto commerciale*, cit., núm. 72, p. 294, y *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 136; TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 458, p. 551.

contrato)<sup>1433</sup>. Cuando eso no ocurre, el daño se habrá de valorar conforme a los parámetros habituales de certidumbre, causalidad, interés lesionado y previsibilidad que son propios de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, las medidas sustitutivas son una aplicación concreta del deber de mitigar el daño, carga que el acreedor necesariamente debe observar y cuyo incumplimiento revierte sobre él, dado que representa uno de los medios de defensa que se reconoce al deudor que intenta liberarse de la responsabilidad derivada del incumplimiento. En ocasiones, dicha carga puede incluso obligar al contratante afectado o amenazado por un incumplimiento contractual a efectuar una operación de reemplazo para prevenir o reducir las pérdidas<sup>1434</sup>. El problema está, entonces, en distinguir cuándo tal deber se torna imperativo y cuándo no. Parece indiscutible que existe un deber imperativo de celebrar una operación de reemplazo si ésta es compatible con la ejecución continua del contrato, vale decir, si dicha operación sirve para evitar la pérdida del incumplimiento y el acreedor no pretende resolver el contrato<sup>1435</sup>. Reemplazo y cumplimiento son aquí perfectamente coincidentes entre sí, de suerte que el primero no es más que un eslabón añadido para asegurar la continuidad en el normal desarrollo del programa de prestación. Además, éste no llega a agotar la reacción del acreedor ante el incumplimiento, porque aquél todavía quiere persistir en el contrato, sea esperando la prestación que el deudor ha de proporcionarle, sea forzando la misma por medio de la pretensión de cumplimiento.

Distinto es el caso cuando el acreedor opta por resolver el contrato. Pareciera que, una vez que éste se ha resuelto, la carga de mitigar las pérdidas puede obligar a efectuar una operación de reemplazo, si esto redundaría en que el daño efectivo sea menor a la

---

<sup>1433</sup> MORÁN BOVIO, «Incumplimiento», cit., p. 364.

<sup>1434</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 173, p. 165.

<sup>1435</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 175, p. 198.

cantidad calculada en relación con el precio corriente que tenga la prestación. Tal conclusión contradice, con todo, la propia formulación de la regla de mercado, ofrecida como un método de valoración abstracto del daño sufrido precisamente cuando no ha mediado tal operación.

El contratante que ejerce la facultad resolutoria puede adoptar cuatro comportamientos relacionados con la prestación incumplida: (i) celebrar una operación de reemplazo que sea razonable atendidas las circunstancias concurrentes; (ii) concluir dicha operación sin sujeción a los parámetros de razonabilidad y oportunidad; (iii) demandar una indemnización sobre la base del precio de mercado de la prestación incumplida; (iv) exigir el resarcimiento de su interés de cumplimiento a partir de la acreditación del daño efectivo, cuando la prestación no tenga un precio corriente o de mercado. El último de estos comportamientos es ahora irrelevante, porque no guarda mayores diferencias con las reglas generales sobre determinación del daño contractual y, especialmente, con los límites de su resarcimiento (artículos 1105, 1106 y 1107 CC).

En el primer caso, la operación de reemplazo se superpone a la carga de mitigar las pérdidas, al punto que ambas llegan a confundirse por la convergencia en cuanto a su fundamento último: la administración del riesgo contractual. Por función propia, el contrato impone a las partes la carga de gestionar razonablemente aquel riesgo que les corresponde en virtud de la regla contractual que han convenido, cooperando igualmente para que el de la otra parte no se vea aumentado deliberadamente por un comportamiento evitable. Lo usual es que la mayor parte de este riesgo haya sido transferido al deudor, a cambio de una contraprestación que compense ese agravamiento de su posición contractual, de suerte que éste responde de todo aquel daño que sea previsible y consecuencia necesaria del incumplimiento (artículo 1107 I CC). Producido el incumplimiento, la regla de distribución de riesgos que el contrato comportaba deja de ser

eficiente y es necesario repartir nuevamente aquéllos, ya de acuerdo con las propias previsiones efectuadas por las partes en dicho contrato, ya mediante el sistema articulado de remedios que el ordenamiento pone a disposición del acreedor.

Cuando el acreedor opta por la resolución, elige eliminar el elemento que asigna entidad al incumplimiento, como es el contenido obligacional del contrato, sin perjuicio de que los efectos que éste ha producido pervivan y hayan de ser removidos a través de los mecanismos idóneos. El único efecto propiamente dicho de la resolución es liberar a las partes del contenido obligacional del contrato, relevándolas de los particulares deberes de prestación que éste les imponía (artículo 1202 I PMCC)<sup>1436</sup>. Con esta medida tan radical, el acreedor ha tomado una decisión irrevocable que determina la suerte final de aquel interés garantizado con el contrato: éste ya no se satisfará más con aquél, sin que sea relevante que se haya frustrado definitivamente o que el acreedor pueda obtenerlo todavía acudiendo al mercado. Tras la resolución, ese interés del acreedor se compensa por medio de la pretensión resarcitoria y, si cabe, también merced a la tutela restitutoria<sup>1437</sup>. Estos dos remedios están dirigidos a remover los efectos materiales que el incumplimiento y la resolución subsecuente han provocado respecto del patrimonio de las partes. De ellos sólo hay que prestar atención por el momento al resarcimiento del daño, dado que la restitución de los desplazamientos patrimoniales que pudieron haber efectuado responde a supuestos propios.

Bajo el nuevo modelo de construcción dogmática del incumplimiento y sus efectos, la resolución se presenta como el remedio jurídico que permite al acreedor sustituir la vía natural de satisfacción de su interés, a través del cumplimiento puntual del deudor (obtención de su prestación), por la vía del

---

<sup>1436</sup> Véase *supra*, § 2, I, 2.

<sup>1437</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 187.

resarcimiento, considerando el deber de mitigar el daño sufrido<sup>1438</sup>. La indemnización está dirigida, entonces, tanto a permitirle la satisfacción de su interés en obtener o realizar la prestación (daño intrínseco) como el de reparar los otros daños que haya sufrido (daño extrínseco), de suerte de situarlo en una situación equivalente a aquella que le habría reportado un cumplimiento exacto, íntegro y oportuno del contrato. Sin embargo, este resultado final no es indiferente del contenido concreto del resarcimiento, ya que la distinción entre las dos partidas antes mencionadas es relevante a la hora de fijar el momento de valoración del daño indemnizable, donde comparecen los cuatro comportamientos posibles indicados precedentemente.

Ocurre así que, cuando se ha celebrado una operación de reemplazo que quepa calificar de razonable y oportuna, la determinación del daño típico derivado de la resolución coincidirá con ella, pues el precio pagado por la prestación sustitutiva valora de forma concreta aquello que la parte afectada esperaba del contrato incumplido. Tal medida no es, por tanto, propiamente de mitigación del daño, sino de satisfacción del interés de prestación del acreedor mediante la liquidación del coste económico que éste representa.

Si dicha operación no se adecúa a tales parámetros, la parte afectada no podrá reclamar el resarcimiento íntegro de la diferencia entre el precio del contrato y aquel del negocio de cobertura, sino sólo una compensación sobre la base de una operación de reemplazo hipotética realizada en el momento en que un acreedor razonable hubiese resuelto el contrato<sup>1439</sup>. Como fácilmente se comprende, esta medida de valoración consistirá en

---

<sup>1438</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 187.

<sup>1439</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 177, p. 169; CISG, 1746; HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, cit., núm. 414, p. 454; PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 174, p. 198; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., pp. 272-273.

dar aplicación de hecho a la regla de mercado, la que también concurrirá cuando no se haya celebrado ningún negocio de cobertura, con lo que ambos supuestos terminan coincidiendo en sus efectos prácticos.

Esta reconducción no se explica necesariamente por la función reductora que pueda comportar la carga de mitigar las pérdidas. Aunque no desarrolle sistemáticamente la idea, Vicent Chuliá proporciona una clave de lectura distinta sobre la operación de reemplazo que guarda mejor correspondencia con el engarce que tiene la figura dentro del ámbito de administración del riesgo derivado del incumplimiento que incumbe al acreedor. A su juicio, la buena fe objetiva (artículos 7 y 1268 CC y 57 CCom) obliga a cualquiera de los contratantes a defender no sólo su propio interés en la consumación del contrato, sino también el de la otra parte, que es quien habría de soportar la diferencia de precio<sup>1440</sup>. Dicho de otra forma, el deber de lealtad que deriva de la buena fe (parámetro de conducta que se presume aun al deudor incumplidor, como se infiere del artículo 1107 CC<sup>1441</sup>) y que se espera de cualquier contratante razonable impone al acreedor obrar en condiciones que no entrañen un sacrificio para los intereses del deudor<sup>1442</sup>. La consecuencia que se sigue para el contratante incumplidor, si el afectado por el incumplimiento no gestiona correctamente su interés, es que se puede negar a satisfacer una diferencia de precio sólo explicable por la negligencia (o irracionalidad) del acreedor en celebrar una operación de reemplazo<sup>1443</sup>. Que el contrato de cobertura sea lo mejor posible, por consiguiente, es una cuestión que interesa

---

<sup>1440</sup> VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, II, cit., pp. 108-109. La misma idea en SCHMIDT, *Derecho comercial*, cit., § 28, pp. 811-812.

<sup>1441</sup> VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 258.

<sup>1442</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté*, cit., núm. 173, p. 196.

<sup>1443</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., pp. 71-72; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, II, cit., pp. 109-110; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., pp. 279-280.



tanto al acreedor como al deudor: el primero porque desea que ella satisfaga su interés y lo haga en términos ventajosos (salvo cuando por medio de interpuesta persona no sea él mismo la contraparte); el segundo porque viene obligado a la diferencia desfavorable entre el precio del contrato incumplido y aquel de reemplazo, y deseará que ésta no sea excesiva<sup>1444</sup>.

Esto explica que la regla de mitigación del daño, que permanece vigente cuando el acreedor opta por cubrirse mediante una operación de reemplazo, no incide sobre la diferencia que representa el precio de mercado de la prestación y el coste que le ha significado al acreedor procurársela efectivamente, y no permite excluir el derecho de aquél a ser resarcido según este umbral mínimo<sup>1445</sup>. Ese ámbito queda regido por la gestión razonable del riesgo, fundada en la garantía de satisfacción de su interés que el contrato comportaba, que el acreedor debe emprender con ocasión del incumplimiento asumiendo una administración que hasta ese momento ha recaído casi exclusivamente sobre el deudor.

Si se quiere, la función de la regla de mercado está ordenada a priorizar la satisfacción efectiva del interés del acreedor. Cuando existe una operación de reemplazo, el acreedor obtiene realmente la consumación del propósito práctico que lo llevó a contratar y el deudor debe soportar el coste que esto haya supuesto, dado que al celebrar el contrato se ha convertido en garante de que ese interés efectivamente se satisfaga. En cambio, si ella no se ha celebrado o si no lo ha sido bajo los parámetros de razonabilidad esperados, tal interés sólo podrá ser satisfecho a través de su equivalente pecuniario, el cual se valora conforme con el precio corriente o de mercado que tiene la prestación incumplida, dado que ella representa la suma que habría debido desembolsar el acreedor para obtener una prestación equivalente a la contractualmente

---

<sup>1444</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 200, p. 292.

<sup>1445</sup> Como ya lo admitían TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 458, p. 551.

prometida si efectivamente se hubiera cubierto contratando con un tercero. De ahí que, si la cobertura es oportuna y razonable, no importe que el precio pagado por la prestación sustitutiva sea mayor y, en consecuencia, que el daño no sea menor que el que debería resarcirse a partir de la valoración conforme a la regla de mercado, porque está de por medio la satisfacción del concreto interés de cumplimiento que el contrato aseguraba al acreedor, así como un obrar razonable en lo que atañe a la gestión de los riesgos relacionados con el contrato.

En suma, la medida de mitigación del daño viene representada tanto por la resolución, que fija el curso futuro de acción del acreedor (deteniendo a la vez las consecuencias perjudiciales derivadas de la pendencia del contrato incumplido) y el medio por el cual se habrá de satisfacer su interés de prestación, como por aquellas acciones adicionales destinadas a evitar que el daño aumente o se extienda, pero siempre con un margen de acción circunscrito a aquello que excede el umbral representado por el precio de mercado. Dicho de otra forma, la función propia de esta carga no obsta para que los otros remedios de que dispone el acreedor tengan la consideración de medidas mitigadoras (desempeñando así una función mediata), de suerte que su ejercicio debe ser razonable y, atendidas las circunstancias, estar enderezado a evitar las consecuencias desfavorables que produzca o pueda producir el incumplimiento<sup>1446</sup>. La mitigación resulta así compatible tanto con la valoración del daño a partir de una operación de reemplazo como con aquella que se hace sobre la base del precio de mercado de la prestación incumplida<sup>1447</sup>, puesto que en verdad incide sobre los daños extrínsecos o consecuenciales, y no sobre aquellos representan la propia prestación debida.

---

<sup>1446</sup> ADAME GOFFARD, *El contrato de compraventa*, cit., pp. 298-299; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., p. 67; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., pp. 268, 270 y 278-280.

<sup>1447</sup> HONNOLD, *Uniform Law*, cit., núm. 418, p. 457.

La extensión de los daños a partir de la previsibilidad de su ocurrencia y de ser éstos consecuencia necesaria del incumplimiento comporta propiamente un problema respecto de aquellos daños que afectan intereses del acreedor distintos de aquel a obtener la prestación. Este último es un daño siempre previsto y causalmente adecuado, pues todo contrato se celebra para cumplirse en los términos en que fue convenido. Si el acreedor tiene derecho a ser resarcido de este interés en obtener la prestación, cualquier sea el remedio por el que se decante, significa que la medida de la indemnización vendrá impuesta por ese interés de cumplimiento o expectativa, de suerte el mayor problema consistirá en el aspecto práctico de su cálculo, que podrá hacerse de forma abstracta (regla de mercado) o concreta (regla de cobertura) según el efectivo comportamiento del acreedor. Respecto de los otros daños, se habrá de proceder conforme a las reglas generales, cumpliendo entonces la carga de mitigar las pérdidas una función de limitación del daño reclamable al deudor. Pero esta última consecuencia es sólo mediata y no forma parte del contenido propio de la regla de cobertura.

Dentro de este esquema, en suma, la operación de reemplazo comporta la forma mediante la cual el acreedor satisface su concreto interés de prestación garantizado por el contrato, sin que su omisión produzca los efectos propios del incumplimiento del mentado deber de mitigación (reducción del montante indemnizatorio en la misma proporción que la pérdida no evitada), relacionado con los daños consecuenciales<sup>1448</sup>. Funciona, entonces, como regla probatoria, sin que su aplicación suponga

---

<sup>1448</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 81, parece implícitamente coincidir con esta conclusión, pues analiza el momento de producción del daño partiendo de «la tradicional distinción entre gastos (daño emergente) y lucros cesantes», vale decir, sin considerar la pérdida efectiva que supone la privación de la prestación debida como una de las partidas resarcibles.

una excepción sustantiva a los principios generales sobre determinación del daño contractual<sup>1449</sup>.

Asumido que la mitigación opera exclusivamente en el ámbito del resarcimiento del daño<sup>1450</sup>, y descartado que su eficacia guarde relación con los daños intrínsecos, que quedaran cubiertos por el diferencial entre el precio del contrato y el precio de mercado (abstracto o contrato), cabe concluir que dicha carga reduce su influencia al ámbito de los «otros daños» indemnizables, dentro de los cuales el rubro más importante es el lucro cesante o ganancia que el acreedor ha dejado de obtener por el incumplimiento (artículo 1106 CC)<sup>1451</sup>. La operación de reemplazo y la carga de mitigar las pérdidas son, en consecuencia, convergentes, sin que la última subsuma necesariamente a la primera, pues cada una cuenta con un ámbito de eficacia diferenciado.

Todo acreedor que actúa con perspectivas al mercado ha de aminorar el coste del daño sufrido, buscando una cobertura que sustituya la prestación debida<sup>1452</sup>. Este comportamiento razonable tiene dos consecuencias prácticas: por una parte, proveer la prestación esperada sin las dilaciones propias del proceso de ejecución; por otra, limitar la extensión de las ganancias perdidas como consecuencia del incumplimiento. El efecto propio de la operación de reemplazo es, por tanto, buscar la satisfacción en naturaleza del interés de cumplimiento del acreedor mediante la intervención de un tercero. Ahí acaba el fenómeno sustitutivo: el acreedor ha conseguido en el mercado la prestación que debió procurarle el deudor. Los efectos que de esto se siguen son

---

<sup>1449</sup> ARANA DE LA FUENTE, «Responsabilidad contractual», cit., pp. 1358-1359; GRECO/COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 329; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., p. 1743.

<sup>1450</sup> AUDIT, *La vente internationale*, cit., núm. 174, p. 167; HONNOLD, *Uniform Law*, cit., núm. 419.3, p. 461; SOLER PRESAS, *La valoración*, cit., pp. 65-68 y 92; VIDAL OLIVARES, «La carga de mitigar», cit., p. 267.

<sup>1451</sup> MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 183.

<sup>1452</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de daños*, cit., p. 1262.

contingentes, porque dependerán del precio de cobertura pagado por el acreedor y de las ganancias esperadas de las que se hubiese visto privado. Ambos son problemas relacionados con la extensión del daño resarcible, pero cada uno referido a una partida distinta. El primero es parte del daño emergente, porque conjuntamente con la prestación recibida del tercero el acreedor obtiene la satisfacción de su interés del cumplimiento; mientras que el segundo comporta un lucro cesante, el que sólo será indemnizable si se ha obrado con conciencia económica, vale decir, asegurando el curso de generación de las ganancias mediante un contrato de cobertura. Eso explica que la jurisprudencia sistemáticamente haya rechazado la indemnización del lucro cesante cuando el acreedor, en actuación de su carga de mitigar las pérdidas, no haya celebrado una operación de reemplazo<sup>1453</sup>.

Circunscribir la operación de reemplazo a la carga de mitigar las pérdidas explica, por consiguiente, sólo un aspecto del fenómeno de sustitución negocial, como es el relativo a la delimitación del daño consecuencial que debe resarcir el deudor, pero no da respuesta a otras cuestiones igualmente relevantes, como la suerte del contrato incumplido, desde que el acreedor no está obligado a mitigar la pérdida mientras no opte o, hecho inexigible el cumplimiento, debiere optar por el resarcimiento<sup>1454</sup>. Quien recurre a una operación de reemplazo ha actuado ciertamente de una forma que intenta detener el eventual agravamiento del daño, liquidando éste al día en que el nuevo contrato se celebra, de manera que, a partir de ese momento, el incumplidor sabe que existe un *quantum* mínimo para el daño que debe resarcir<sup>1455</sup>. Pero tal no es el propósito principal con que el acreedor se cubre en el mercado, sino el de obtener la prestación debida en naturaleza. Esta finalidad queda oculta cuando se

---

<sup>1453</sup> Véase la nota 1270.

<sup>1454</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 79.

<sup>1455</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 199, p. 290.

explica la figura sólo desde la carga de mitigar las pérdidas. Más todavía, el efecto propio de la omisión de la carga de mitigar las pérdidas podría llevar a pensar que el derecho al resarcimiento del interés de prestación queda igualmente sujeto a su efectiva actuación, conclusión que viene repelida por el funcionamiento del sistema de responsabilidad contractual.

#### VII. UN INSTRUMENTO *SUI GENERIS*

La teoría que concibe la operación de reemplazo como un instrumento *sui generis* puesto a disposición del contratante insatisfecho no explica por sí misma la finalidad y función con que ella viene configurada, y es sólo una combinación de los elementos dogmáticos de análisis ofrecidos en las demás teorías aquí revisadas. Fuera de remitir, entonces, a lo ya dicho sobre los trazos con que se ensambla esta explicación, cabría añadir que ella no es unitaria y explica la figura de un modo pendular en razón de la prestación concreta que se ha incumplido, como lo hacía también Ferrara a partir de la idea marco de ejecución privada por autoridad del acreedor. Esta oscilación en la calificación, no basada en un criterio objetivo como podría ser la existencia de una regla positiva que fije las condiciones de ejercicio y efectos de la cobertura, sino en una mera interpretación del funcionamiento dispar de la figura por causas accidentales, impide que ella se convierta en un criterio de fundamentación coherente.

Un principio básico de cualquier argumentación es el de no contradicción, que exige que cualquier proposición y su negación no puedan ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido<sup>1456</sup>. En este principio se basa la regla de consistencia que impera en cada sistema jurídico, y que excluye dualidades contemporáneas, sin negar la posibilidad de construcciones

---

<sup>1456</sup> El principio fue expuesto originalmente por Aristóteles con una triple formulación: ontológica (*Metaph.* IV 3, 1005b19-20), lógica (*Metaph.* IV 6, 1011b13-14) y psicológica (*Metaph.* IV 3, 1005b23-4).

diversas y alternativas<sup>1457</sup>. El hecho de que uno y otro acercamiento sobre la justificación última de la operación de reemplazo se haga depender de la obligación incumplida, no parece una razón suficiente para superar la contradicción que surge al calificar la figura a la vez como una forma de ejecución forzosa y como una modalidad de resarcimiento del daño indisolublemente ligada a la resolución contractual. Dichos encuadres, ambos posibles de ser adoptados en abstracto por un determinado ordenamiento según el diseño por el que se opte para los remedios ante el incumplimiento, son excluyentes entre sí y no cabe combinarlos bajo un mismo estado de cosas.

Toda la organización de la disciplina sobre una determinada materia se debe construir partiendo del problema que tras ella subyace, de suerte que a su alrededor se agruparán los intentos para darle respuesta, entre los que cabrá discriminar utilizando el instrumental propio de la ciencia jurídica<sup>1458</sup>. El problema es aquí el origen de la cobertura del acreedor, que puede adquirir diversos encuadres dentro del sistema de remedios ante el incumplimiento. Nada impide que la operación de reemplazo se conciba como una forma de ejecución forzosa del contrato incumplido, como de hecho ocurre en los ordenamiento alemán (con lo matices ya vistos) e italiano, o bien como una forma de valoración del daño típico derivado de la resolución por incumplimiento (en paralelo a la regla de mercado), pero no parece sistemáticamente coherente que ambas calificaciones comparezcan al mismo tiempo y con el mismo elenco positivo de sustento para dotar de contenido a la regla de cobertura.

Cuestión distinta es que estos encuadres sean los más adecuados desde el punto de vista dogmático, por más que la regla de cobertura positivada haya optado por esa alternativa. El acreedor que acude al mercado para obtener la prestación que el

---

<sup>1457</sup> MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005), pp. 53-54 y 190.

<sup>1458</sup> VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 145 y 155.

deudor no le ha procurado desea satisfacer su interés concreto asegurado por el contrato, con lo cual su comportamiento casaría con la función de reintegración del derecho de crédito que desempeña la pretensión de cumplimiento. Sin embargo, el acreedor no traslada el coste íntegro de la prestación sustitutiva, sino sólo la diferencia desfavorable entre el precio del contrato incumplido y aquel fijado para el negocio de reemplazo<sup>1459</sup>. Dado que la satisfacción del interés específico del acreedor se puede obtener por diversas vías, la cuestión relevante consistirá en determinar el alcance que se reconoce al cumplimiento como derecho del acreedor y, consiguientemente, la relación de prioridad o subordinación que éste tiene con otros remedios ante el incumplimiento.

La solución dependerá de la propia construcción del sistema de remedios que haya elegido un ordenamiento<sup>1460</sup>. Cuando el contenido único o preferente de la regla contractual es el resarcimiento del daño, el deudor cumple realizando aquello a lo que efectivamente se comprometió o, alternativamente, compensando al acreedor por las pérdidas que no hacerlo le hubiere ocasionado en su interés de expectativa o de confianza. En esos casos es plenamente coherente extender la regla de cobertura fuera del ámbito resarcitorio, haciéndola también comparecer a propósito de la excepcional pretensión de cumplimiento, que es uno más de los remedios con que se compensa al acreedor tras el incumplimiento. Al deudor se le ha de reconocer, entonces, una excepción destinada a demostrar que es más razonable que el acreedor se satisfaga en el mercado y no

---

<sup>1459</sup> Ciertamente es que la literatura especializada que concibe la operación de reemplazo como una modalidad de ejecución coactiva del contrato considera que el acreedor está legitimado para cobrar esa diferencia, pero también que tiene el deber de devolver el saldo favorable si se ha producido. Aunque la situación es de difícil ocurrencia, porque por lo general la cobertura supondrá una desventaja para el acreedor, tal aserto suele forzar la propia redacción de la regla de cobertura, que sólo admite la reclamación de la diferencia desfavorable.

<sup>1460</sup> SOLER PRESAS, «La valoración del daño, cit., pp. 65-66.



que le reclame a él el cumplimiento en los propios términos del contrato. Diverso es el criterio cuando la prestación prometida puede ser directamente exigida por el acreedor como un remedio prioritario, pues tal pretensión dependerá de los requisitos de su propio supuesto fáctico.

Ejemplo del primer modelo de construcción es el *Common Law*, donde el incumplimiento contractual da derecho al acreedor a ser indemnizado de los daños sufridos y, en ciertos casos, a resolver el contrato. Al contratante afectado no se le reconoce un derecho a forzar el cumplimiento específico si es más adecuado el remedio indemnizatorio<sup>1461</sup>, de suerte que la pretensión de cumplimiento queda entregada a la discreción del juez, quien accederá a ella cuando la equidad así lo aconseja<sup>1462</sup>. Tal no resulta procedente cuando el acreedor puede ser satisfecho adecuadamente mediante una indemnización, como ocurre si la prestación sobre la que versaba el contrato se consigue fácilmente en el mercado con un negocio sustitutivo<sup>1463</sup>. Este sistema se caracteriza, entonces, por carecer de remedios generales específicamente diseñados para cumplir las funciones de reintegrar el derecho de crédito lesionado y compensar al acreedor de las pérdidas que el incumplimiento le ha podido ocasionar, que en los sistemas continentales desempeñan la pretensión de cumplimientos y la indemnización de perjuicios, de manera que la reclamación del

---

<sup>1461</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., núm. 21-017/21-021, pp. 1099-1102, explica que menos en tres casos el resarcimiento no resulta un remedio adecuado para proteger al acreedor: (i) cuando el demandante no puede conseguir un bien que sustituya adecuadamente a aquel sobre el que versaba el contrato; (ii) cuando los daños son difíciles de avaluar; y (iii) cuando la indemnización no es un remedio adecuado, pues los daños sufridos por el acreedor son sólo nominales, pero se desea evitar un enriquecimiento injusto por parte del deudor, que puede retener lo que ya ha recibido en virtud del contrato sin dar nada a cambio.

<sup>1462</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, cit., núm. 20-002, p. 988; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 779-781.

<sup>1463</sup> ATIYAH, *An introduction*, cit., pp. 324-326; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., núm. 20-049/20-055, pp. 1015-1020; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit. (n. 67), p. 781.

daño cubre semejantes lagunas, aun a costa de sacrificar el fin declarado de tal remedio (*compensation*), cubriendo indiferenciadamente el valor de la prestación debida (*general damages*) y el resto de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor (*special damages*)<sup>1464</sup>.

El nuevo derecho de contratos recoge esta excepción, pero la dota de un nuevo contenido. Tanto los PICC [artículo 7.2.2 (c)] como los PECL [artículo 9:102 II (d)] reconocen que la pretensión de cumplimiento queda exceptuada cuando la parte legitimada para recibir la prestación pueda obtenerla de manera razonable por otras vías<sup>1465</sup>; pero la razón de esta limitación no es la mejor adecuación del remedio para satisfacer el interés del acreedor (dado que se presume que todos están, al menos en un plano teórico, en pie de igualdad para conseguir ese fin), sino inducir a que la parte afectada elija, entre los distintos mecanismos de tutela que pueden compensarle, aquel que de manera más expedita pueda obtener. La experiencia práctica demuestra que la resolución y la consiguiente indemnización dan con frecuencia una satisfacción más rápida y fácil al acreedor<sup>1466</sup>.

Con todo, la formulación de esta regla comienza a cambiar con los PECL hasta decantarse en los ACQP y en el DCFR.

Los primeros comportan una parte especial de los PECL, referidos sólo a un particular (aunque paradigmático) contrato, por lo que sus reglas tienen preferencias sobre lo que en ellos se disponga para el mismo supuesto (artículos 1:202 y 4:101 PECL). Ante la entrega de una cosa que difiera de la regla contractual, el comprador puede exigir del vendedor un cumplimiento ajustado al contrato, consista éste en la reparación o en la sustitución de la cosa entregada por otra conforme (artículo 4:202 PECL). Expresamente se excluye la posibilidad de que el vendedor excuse

---

<sup>1464</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 31.

<sup>1465</sup> La regla tiene su origen en el artículo 25 ULIS.

<sup>1466</sup> LANDO/BEALE, *Principios*, cit., comentario H al artículo 9:102, p. 585; UNIDROIT, *Principios*, cit., comentario 3.c. al artículo 7.2.2, p. 220.

ese cumplimiento alegando que la falta de conformidad puede ser remediada de otra forma (artículo 4:202 III PELS). Dicha norma desplaza así la excepción general prevista en los PECL [artículo 9:102 II (d)], que se considera una restricción no razonable, especialmente en las ventas de consumo, porque deja sin campo operativo la pretensión de cumplimiento como remedio preferente del acreedor (artículos 4:201 y 4:205 PELS)<sup>1467</sup>.

En el mismo sentido, los ACQP suprimen la razonabilidad de un cumplimiento sustitutivo como una de las excepciones posibles ante el ejercicio de la pretensión de cumplimiento (artículo 8:202 III), y lo propio hace el DCFR [artículo III-3:302 (3)]. Dicha materia pasa a un párrafo independiente, donde se admite que el acreedor siempre pueda optar por exigir el cumplimiento forzoso con tal que asuma las consecuencias de un obrar irrazonable, las cuales se sopesarán en sede de resarcimiento. Dispone así el artículo 8:202 V ACQP que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico, pero no recobrar el incremento en la cuantía de los daños o de la cantidad a pagar por una cláusula penal derivados de dicha pretensión cuando su ejercicio no resulta razonable atendidas las circunstancias, dado que ha perseverado en ella pudiendo haber celebrado un negocio de reemplazo sin un importante esfuerzo o sacrificio. La regla pasó con idéntica redacción al artículo III-3:302 (5) DCFR.

La razón de estos cambios es doble. Ante todo, la pretensión de cumplimiento comienza a ser considerada un derecho menos secundario del acreedor, que refleja el principio de que las obligaciones deben ser ejecutadas en sus propios términos salvo que haya buenas razones para lo contrario<sup>1468</sup>. Desde los PECL, la construcción de este remedio se aproxima más al modelo del derecho continental que a aquel vigente en el *Common Law*, de

---

<sup>1467</sup> HONDIUS, E./HEUTGER, V./JELOSCHKE, C./SIVESAND, H./WIEWIORSKA, A., *Principles of European Law on Sales (PELS)* (Sellier/Bruylant/Staempfli, Múnich, 2008), comentario E al artículo 4:202, p. 270.

<sup>1468</sup> BAR/CLIVE, *Principles*, cit., núm. 26, p. 49.

manera que el paso dado por los ACQP y el DCFR en el sentido de eliminar la referencia a la operación de reemplazo como excepción del contratante incumplidor sólo contribuye a reforzar esa prevalencia<sup>1469</sup>. Por el contrario, conservar la mentada excepción, sobre todo dada la excesiva generalidad y vaguedad del requisito expresado con el término «razonable», expone el principio de fuerza obligatoria del contrato al riesgo de convertirse en letra muerta, sin que para dicha inobservancia exista causa suficiente<sup>1470</sup>. La segunda razón es el campo de aplicación de los ACQP y el DCFR, que cubren los ámbitos tratados por las Directivas comunitarias y, en consecuencia, el derecho del consumo. En la Directiva 1999/44/CE, referida a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, se concede a los consumidores el derecho a instar el cumplimiento específico por la entrega de una cosa no conforme con el contrato, el que opera mediante la reparación o sustitución de aquélla sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado (artículo 3)<sup>1471</sup>. Los PECL podían desconocer la regulación del derecho del consumo y, por ende, recoger la misma excepción relativa a la operación de reemplazo que contenían los PICC; pero no los ACQP y el DCFR, que por formulación de principio han de construir el derecho de contratos a partir de todo el material normativo existente en el acervo comunitario, incluida ahí la regulación sobre los consumidores<sup>1472</sup>.

Por su parte, los sistemas continentales suelen ofrecer la pretensión de cumplimiento como un derecho del acreedor que sólo se excluye cuando la prestación se torna imposible de

---

<sup>1469</sup> DE VRIES, G., «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil and Common Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR», ERPL 17 (2009) 4, pp. 595-596.

<sup>1470</sup> CANARIS, C.-W., «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle *Leistungsstörungen*», RDC XLIX (2003) 1, p. 26.

<sup>1471</sup> Véase los artículos 118 y 119 TRLGDCU.

<sup>1472</sup> DE VRIES, «Right to Specific Performance», cit., p. 597.

cumplir o cuando el cumplimiento específico es excesivamente oneroso para el deudor. En estos casos, el interés del acreedor, que debe guardar siempre correspondencia con la regla contractual, se satisfará por medio de un equivalente pecuniario, y éste sólo vendrá excluido cuando la imposibilidad fuere fortuita y el deudor quedare liberado de todo cumplimiento (artículos 1156, 1182 y 1184 CC). El deudor carece de la posibilidad de condicionar tal satisfacción imponiendo la celebración de un negocio de cobertura, aunque de ello no se sigue que la pertinacia del acreedor en perseverar en el cumplimiento forzoso no tenga consecuencias sobre la valoración del montante indemnizatorio<sup>1473</sup>. Comparece, entonces, la carga de mitigar las pérdidas, que impone el deber de reaccionar ante el incumplimiento de un modo razonable y con mentalidad económica, vale decir, evitando las consecuencias desfavorables que puedan tener lugar o reduciendo los efectos de aquellas ya producidas. La cuestión se traslada así hacia el campo del resarcimiento de daño, que es el ámbito de acción propio de esta carga.

#### VIII. UN MODO ESPECIAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO

La teoría de Langle es en principio acertada, pero deja sin explicar algunos aspectos interesantes. Su acierto consiste en prestar una especial atención al efecto que el reemplazo produce sobre la relación contractual incumplida, disolviendo su contenido obligacional. Sin embargo, esta extinción del contrato no viene justificada suficientemente, aunque pareciera que su alcance es

---

<sup>1473</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., pp. 1540-1541; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», cit., pp. 1728-1729 y 1743; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, «La moderna regulación de la indemnización», cit., pp. 472-474; SOLER PRESAS, «Artículo 77», cit., pp. 623-624; «El deber de mitigar el daño», cit., pp. 965-966; *La valoración del daño*, cit., pp. 65-68; VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable», cit., pp. 246-247.

similar (o quizá superpuesto) al de la resolución por incumplimiento, dado que el acreedor puede igualmente reclamar la diferencia desfavorable que resulte tras la celebración del negocio de cobertura a título de daño. El elemento que introduce alguna distorsión en la perfecta identificación de las dos figuras es la exigencia de cumplimiento previo de parte del contratante que acude a la cobertura, requisito exigido para el ejercicio de la pretensión de cumplimiento y no por el supuesto fáctico de la facultad resolutoria.

Esta exigencia puede tener dos orígenes. El primero es el más sencillo y corresponde a la postura doctrinal imperante en la época, que construía el concepto de incumplimiento a partir de una visión subjetiva, por atracción del remedio indemnizatorio, haciendo comparecer en él no sólo la desviación del programa de prestación, sino también el daño y la culpa. Si es así, tal requisito tiene un carácter meramente contingente y, al haber cambiado la matriz disciplinaria desde la cual se aborda la responsabilidad contractual, es hoy innecesario mantener su vigencia.

El segundo es, por el contrario, más complejo, porque supone diseccionar la estructura de la operación de reemplazo con el objetivo de determinar qué función cumple ahí cada uno de sus elementos. En un primer plano cabe incluir el cumplimiento oportuno del acreedor y el incumplimiento del deudor, que deja al primero sin recibir la prestación esperada. Como consecuencia de dicho incumplimiento, el acreedor acude al mercado para procurarse la prestación que no recibió en la oportunidad correspondiente. Esta nueva prestación, que satisface el interés primario del acreedor, produce la extinción del contrato incumplido merced a la obtención del resultado que con él se buscaba.

Cada una de estas etapas sucesivas cumple una determinada función en la exposición de Langle. En tal esquema, el cumplimiento del acreedor sólo concurre para justificar la atribución patrimonial que posteriormente supone la reclamación

de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de cobertura. Pero esta explicación es insatisfactoria si se considera la duplicación de carga económica que impone al acreedor. Ante todo, el acreedor ha de haber cumplido hacia su deudor, quien no ejecuta su propia prestación. Para obtener ésta en el mercado deberá realizar un nuevo sacrificio económico representado por la contraprestación acordada, la que generalmente será superior a la que ya enteró respecto del primitivo deudor. El acreedor, en suma, habrá cumplido dos veces: una primera hacia el deudor incumplidor y una segunda hacia el tercero que le ha proveído de la prestación deseada. Además de soportar el incumplimiento y el consiguiente recurso al mercado para obtener aquello que debía procurarle el primer contrato, el acreedor ha de cargar con dos contraprestaciones, una de las cuales sólo podrá ser recuperada después de que se reclame al deudor el pago de la diferencia de precio y el resarcimiento de todo otro daño. Esta externalidad negativa lleva a pensar que el cumplimiento previo del acreedor únicamente es una exigencia relacionada con la exigibilidad de su derecho, dado que, si el contrato imponía tal secuencia en las prestaciones, el deudor podrá oponerse a cualquier pretensión de aquél fundada en un incumplimiento de su parte mientras no medie tal cumplimiento, sin que quepa predicar con carácter general su carácter de elemento integrante del supuesto de hecho de la operación de reemplazo.

#### IX. UNA APLICACIÓN DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

En fin, la conceptualización de la operación de reemplazo como una aplicación de la gestión de negocios ajenos tampoco es cabalmente exacta, y así lo demuestra ya el derecho histórico.

En primer lugar, el contenido de las acciones en uno u otro caso es diverso. Aquella nacida del negocio de cobertura permite al acreedor recuperar la diferencia entre el precio del segundo contrato y aquel estipulado para el contrato incumplido, de suerte

que su interés de cumplimiento se alcanza plenamente merced de la prestación obtenida de un tercero y del reembolso del mayor valor que por ella debió pagar. Si el acreedor hubiese obrado como gestor del deudor, quiere decir que para recabar esa diferencia cuenta con la *actio negotiorum gestorum contraria* (recogida hoy en el artículo 1893 CC), que es aquella concedida al gestor para que recobre lo que útilmente hubiere gastado en la administración de las cosas del principal y también aquello a lo que él mismo se hubiera obligado con alguno en razón de dichos bienes (Dig. 3, 5, 2)<sup>1474</sup>. En contrapartida, aquél queda obligado a concluir el negocio emprendido a nombre ajeno y a entregar al tercero a cuyo nombre actuaba (*dominus negotii*) las ventajas de su gestión (artículos 1888, 1892 y 1893 CC).

Esto significa que la regulación de la acción giraba ya desde el derecho romano (como todavía hoy) en torno al concepto de utilidad de la gestión (artículo 1893 CC), pese a que en las fuentes no se llega a decir con carácter general en qué consistía ésta<sup>1475</sup>. De este modo, cuando el negocio era útil y el tercero decidía aprovecharse de esas ventajas, el gestor tenía derecho a que se le indemnizasen los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de su cargo, y gozaba de la acción antes mencionada para obtener la satisfacción de esos rubros (artículo 1893 CC). Dado que el gestor no era representante directo del tercero cuyos negocios había decidido administrar (artículo 1259 CC), era menester que le transfiriese los derechos adquiridos y que este último asumiese las obligaciones contraídas (artículo 1892 CC).

En apariencia, el acreedor que se cubre con un nuevo contrato actúa como gestor del deudor, procurándose merced a él la prestación que éste debió ejecutar en virtud del contrato primitivo. Tendría a su disposición, por tanto, una acción para

---

<sup>1474</sup> Su fórmula en LENEL, *EP*, § 35 (I, pp. 117-122).

<sup>1475</sup> Véase PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, cit., pp. 68-84 y 366-403; SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, cit., pp. 212-294.



recabar de su contraparte la diferencia que había debido subvenir para conseguir la prestación de cobertura, dado que de ésta se deriva una clara utilidad para el deudor. Pero analizada la situación con más detenimiento, dicho encuadre dogmático se muestra forzado. Ante todo, el acreedor no interviene de modo altruista con el fin de administrar los negocios de un tercero que no puede ocuparse de los suyos<sup>1476</sup>. Si decide celebrar un negocio referido a la misma prestación sobre la que ya ha contratado, es porque a él mismo le interesa liberarse de esos bienes y obtener el precio que por el contrato debía pagar el deudor incumplidor<sup>1477</sup>. El primer interesado en el negocio de cobertura es así el propio acreedor, y no el deudor, como ocurriría si se tratase de un supuesto de gestión de negocios ajenos<sup>1478</sup>.

---

<sup>1476</sup> Ulpiano explicaba que el edicto referido a la gestión de negocios ajenos era necesario porque redundaba en una gran utilidad para los ausentes, quienes quedaban en una situación de clara indefensión si no se admitía que alguien pudiera hacerse cargos de sus asuntos, de manera que no sufrieran la posesión de sus bienes o su venta (Dig. 3, 5, 1). Lo mismo cabía decir de los bienes de un difunto (Dig. 3, 5, 3, pr.; 3, 5, 3, 6; 3, 5, 12) o de quienes estaban sujetos a curaduría (Dig. 3, 5, 3, 4; 3, 5, 3, 5). Como fuere, la intervención del gestor había de manifestarse en procurar el bien ajeno, sin que eso implicara liberalidad. Es más, sólo concurría la figura si el gestor no había actuado, al menos presumiblemente, con ánimo de liberalidad (Dig. 3, 5, 27, 1; 3, 5, 44; Cod. Iust. 2, 19, 1; 2, 19, 11; 2, 19, 12; 2, 19, 13; 2, 19, 15), como ocurre igualmente hoy en el artículo 1893 CC.

<sup>1477</sup> Tal era la opinión de Labeón recogida en Dig. 3, 5, 6, 3, que viene contradicha en el mismo texto por Juliano, quien consideraba que si alguno cuidó de los negocios de otro, no por consideración a éste, sino por un lucro suyo, hay igualmente gestión de negocios ajenos por aquello que el tercero se hubiese hecho más rico. También la hay si el gestor administra los bienes ajenos por una necesidad urgente o por sospecha de tal necesidad (Dig. 3, 5, 3, 10).

<sup>1478</sup> Probablemente, la asimilación de ambos supuestos se deba a las reglas contenida en Dig. 3, 5, 6, 1 y 3, 5, 25. En el primero de esos textos se señala que si una persona por consideración a otra hubiese prestado dinero al procurador de la segunda para que pagase a un acreedor de ésta, o redimiese una prenda suya, tenía contra ella la acción de negocios ajenos y ninguna contra aquel que contrató. Sin embargo, se trata de una hipótesis distinta, porque aquí es el gestor quien provee de los medios para que una obligación de un tercero sea cumplida, sin acudir con ese fin al mercado ni tener él mismo parte en la prestación que se desea satisfacer. Tampoco el segundo texto es indiciario de que el vendedor que celebra una compraventa de reemplazo sea un gestor de negocios ajenos. En él

El problema se desplaza así hacia el llamado negocio «también ajeno» (*auch fremdes Geschäft*), respecto del cual cabe preguntarse si existe realmente una injerencia en asuntos ajenos, suficiente para fundamentar un supuesto de gestión de negocios, cuando el gestor actúa en interés propio y sólo de manera indirecta beneficia a otro sujeto. La respuesta a este problema es negativa, porque el gestor interviene en estos casos pensando en su propio beneficio o en cumplimiento de un deber que le incumbe y, en consecuencia, falta la intención de actuar en interés de un tercero<sup>1479</sup>.

Además, el acreedor que celebra una operación de reemplazo no interviene sobre un negocio que quepa calificar de objetiva o subjetivamente ajeno, pues su actuación incide sobre el cumplimiento de un contrato del cual es parte y que, por consiguiente, se halla causalmente conectado a su propia esfera de intereses. Tampoco el deudor recibe algún provecho con el actuar del acreedor, porque de no mediar el contrato de reemplazo la indemnización se hubiese podido determinar igualmente de un modo abstracto (a partir de la regla de mercado) y quizá de forma más ventajosa<sup>1480</sup>. El reemplazo efectuado por el acreedor no genera así ninguna ventaja para el deudor (teóricamente al menos); antes bien, le es perjudicial, pues debe soportar la

---

sólo se dice que si al administrar negocios ajenos se hubiese gastado más de lo que convenía, puede el gestor recuperar el exceso, evitando de ese modo un enriquecimiento injusto del parte del tercero.

<sup>1479</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Comentario al artículo 1888», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario al Código Civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), p. 1944; Lacruz Berdejo, La gestión, p. 257; Pasquau Liaño, *La gestión de negocios*, cit., p. 111; Puig Peña, F., «Cuasicontratos», en Mascareñas, C. E. (ed.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VI (Barcelona, Francisco Seix, 1954), p. 52; Sánchez Jordán, *La gestión de negocios*, cit. pp. 83 y 183.

<sup>1480</sup> Las fuentes romanas reconocen expresamente esta posibilidad: Dig. 19, 1, 11, 2; 19, 1, 13, 20-22; Cod. Iust. 4, 49, 13; 4, 49, 16; FV 2; PS 2, 17, 9.

diferencia desfavorable que resulte del segundo contrato<sup>1481</sup>. De ahí que el Código Civil haga responsable del caso fortuito al gestor de negocios cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese postpuesto el interés de éste al suyo propio (artículo 1891).

En suma, a través de la operación de reemplazo el acreedor interviene por su propio interés en un negocio que no le es completamente ajeno (artículo 1257 CC), y de esa actuación no se deriva necesariamente una ventaja para el deudor. Tales peculiaridades explican que a su respecto no concurren los efectos propios de la gestión de negocios ajenos, particularmente la injerencia en un asunto ajeno y el ánimo de gestionarlo (*animus aliena negotia gerendi*). Así, resulta absurdo que el acreedor deba entregar al deudor el precio recabado con el nuevo negocio, para que sea éste el que dé dicha suma en cumplimiento de su propia obligación<sup>1482</sup>; y no corresponde que este último reclame cuanto se hubiese podido obtener con la gestión. El deudor sólo queda obligado a sufragar la diferencia respecto del menor precio que el acreedor consiguió con el negocio sustitutivo, así como los gastos en que éste debió incurrir, ambos a partir de la medida del resarcimiento del daño contractual presuntamente establecido (artículos 1106 y 1107 CC). El título de esta obligación es el propio contrato incumplido, en cuanto tal medida es una suerte de sucedáneo destinado a paliar las consecuencias derivadas del comportamiento del deudor, quien no cumplió en la oportunidad y forma convenidas.

---

<sup>1481</sup> El gestor gozaba igualmente de su respectiva acción si la administración se hubo realizado útilmente, aunque no hubiera tenido efecto alguno (Dig. 3, 5, 10, 1; 3, 5, 22).

<sup>1482</sup> Aunque cabe reconocer que el carácter de buena fe que revestían las acciones nacidas de la gestión de negocios ajenos permitía oponer en compensación la propia contraprestación (Dig. 3, 5, 8, 2), tal y como ocurre hoy (artículos 1195 y 1196 CC), consecuencia que hacía innecesaria la efectiva transferencia de los efectos adquiridos o recibidos durante la administración.

En segundo término, respecto del negocio de cobertura cabe distinguir dos aspectos, como son la iniciativa de celebrarlo y las consecuencias que produce su celebración, que también muestran diferencias con la gestión de negocios ajenos.

En la operación de reemplazo, el acreedor actúa con el deseo de conseguir la satisfacción de su crédito, y no con el ánimo de gestionar los negocios de otro. La exigencia de obrar de buena fe generalizada desde el texto recogido en Dig. 18, 6, 1, 3 no proviene de la gestión de un negocio extraño que asume el acreedor (Gai. 4, 62), sino que deriva de la propia naturaleza de la compraventa, respecto de la cual venía exigido dicho requisito, dado que era uno de los contratos de esa clase reconocidos por el Derecho romano (De off. 3, 70; Gai. 4, 62; Inst. 4, 6, 28).

La buena fe romana (*bona fides*) concretaba el concepto de fidelidad hacia lo prometido (*fides*) en el sentido técnico de una recíproca confianza en el intercambio, de suerte que cada contratante obraba fiándose del otro y, consiguientemente, del contrato resultaban obligaciones vinculantes para ambas partes más allá de lo expresamente convenido en tanto permaneciese esa voluntad de querer obligarse (Dig. 18, 5, 3)<sup>1483</sup>. De ahí se seguían una serie de consecuencias: (i) se entendían deducidas todas las excepciones posibles que el demandado pudiese hacer valer, sin necesidad de mencionarlas expresamente en la fórmula, de manera que bastaba alegarlas ante el juez (Dig. 2, 14, 7, 6); (ii) era admisible la compensación judicial entre las deudas recíprocas (Gai. 4, 63; Inst. Inst. 4, 6, 30); (iii) cabía integrar el contrato con todo lo convenido en pactos añadidos (Dig. 2, 14, 7, 5; 18, 1, 72, pr.), con lo que fuese uso y costumbre (Dig. 21, 1, 31, 20) y con aquello que perteneciese a la naturaleza de la obligación (Dig. 2, 14, 7, 6), para dejar obligado a los contratantes a aquel ámbito relacionado con los resultados prácticos efectivamente queridos por ellos y no cubiertos por la fuerza vinculante de la forma

---

<sup>1483</sup> Por todos, CASTREANA HERRERA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho* (Madrid, Tecnos, 1991), especialmente pp. 56-72.

elegida; (iv) existía la posibilidad de aumentar la deuda dineraria con intereses moratorios (Dig. 22, 1, 32, 2; Cod. Iust. 7, 47, 1); (v) se podía exigir la responsabilidad de las partes por su falta de diligencia en el cumplimiento de su obligación (Dig. 40, 4, 8) y respecto de la conservación, cuando así correspondiese, de las cosas no fungibles recibidas del otro<sup>1484</sup>; (vi) cabía desestimar el pacto de condonación del dolo futuro (Dig. 16, 3, 1, 7; 50, 17, 23); (vii) el juez tenía un mayor margen de acción para determinar la condena de acuerdo a los parámetros de lo que es bueno y equitativo (Inst. Iust. 4, 6, 30), pudiendo incluso absolver al deudor si había mediado un pago posterior (Gai. 4, 114) y determinar el daño resarcible teniendo en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante (Inst. Iust. 4, 6, 30).

Estas particularidades de los contratos de buena fe nacían del hecho de que la fórmula de la acción mandaba que el juez investigara todo lo que el demandado debía ejecutar a favor del demandante según la buena fe (Gai. 4, 47; 4, 60), y no sólo de acuerdo a la estricta literalidad del contrato, pese a que él mismo había sido invocado como título en la *demonstratio* de la fórmula, de suerte que su condena considerase las exigencias de la equidad (Dig. 16, 3, 31, pr.). En el derecho moderno, esta función de paradigma sin contenido atribuida a la buena fe se han generalizado<sup>1485</sup>, y es una exigencia común a cualquier contrato (artículos 7 y 1258 CC), con más fuerza todavía en materia mercantil (artículo 57 CCom), lo que ha permitido a la vez dar

---

<sup>1484</sup> Excepcionalmente, la responsabilidad se limitaba sólo al dolo, como acaecía con el depositario (Dig. 13, 6, 5, 2; 50, 17, 23), o se agravaba hasta la custodia, como sucedía ordinariamente con los arrendatarios de cosas muebles o el vendedor que todavía no las había entregado a su comprador. Pero jamás respondía el deudor del caso fortuito (Cod. Iust. 4, 24, 6).

<sup>1485</sup> El artículo 1258 CC (artículo 1243 PMCC) no define la buena fe por su consistencia, sino por su efecto: dejar a las partes obligadas a más de lo expresamente convenido. Le asigna así un contenido concreto a lo que ella supone en el desenvolvimiento del programa contractual, en plena consonancia con el deber de ejercitar los derechos conforme a ese mismo parámetro (artículo 7 CC), pero sin definir en qué consiste concretamente.

paso a un sistema contractual abierto en el que predomina la autonomía de la voluntad como principio basal (artículo 1255 CC) y la consiguiente eficacia validadora de la causa concreta (artículo 1274 CC)<sup>1486</sup>.

Una cuestión diversa es la atribución de los efectos de ese negocio de cobertura al contratante incumplidor, aspecto en el que sí se observa una cierta similitud con la gestión de negocios ajenos. La construcción inicial de la teoría ahora en comento toma como punto de referencia el contrato de compraventa, donde el negocio sustitutivo venía dispuesto como una alternativa del vendedor ante la decisión de verter el vino vendido y no retirado oportunamente por el comprador (Dig. 18, 6, 1, 3). Bajo este esquema, el vendedor celebra un nuevo contrato de compraventa con el objetivo de que las mercaderías vendidas y no retiradas puedan ser puestas en el mercado y obtener así su precio, evitando a la vez que se desvaloricen o deterioren. Si decidiese conservarlas en espera de su efectivo retiro, su responsabilidad por la custodia vendría atenuada por el hecho de encontrarse el comprador en mora de recibir, quien pasa a soportar la parte del riesgo ya no cubierta por la esfera de administración del vendedor (artículo 333 CCom)<sup>1487</sup>. Pero igualmente se vería privado del precio hasta que el comprador se decidiese efectivamente a pagar o se remediase el incumplimiento de alguna forma.

Aplicando el mismo criterio, el contrato de cobertura celebrado por el vendedor se concluye por cuenta y riesgo del comprador moroso, porque es él quien en justicia tiene que asumir las consecuencias de una perturbación al programa de prestación que le es imputable, de la misma forma en que se halla en una situación que comporta una transferencia de la carga del riesgo contractual y una minoración de la responsabilidad del vendedor por la custodia. Pero tal atribución final no permite concluir a su

---

<sup>1486</sup> COING, *Derecho privado europeo*, I, § 79, pp. 513-514.

<sup>1487</sup> Véase también los artículos 1182, 1185 y 1452 II CC.

vez que el acreedor obra como gestor oficioso del deudor, sino sólo que éste es quien finalmente soportará a título de daño la diferencia de precio que la operación de reemplazo le suponga a aquél.

#### X. CONCLUSIONES PROVISIONALES

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

Al concluir el § 4 se señaló que decantarse por la pretensión de cumplimiento o la facultad resolutoria como encuadres de la operación de reemplazo dependía de la formulación específica que cada ordenamiento hubiese dado a la regla de cobertura. Donde no la haya, la solución que mejor armoniza la seguridad jurídica y los intereses en juego es subordinar aquélla a la resolución del contrato, que ocurrirá ya por ejercerse esta facultad según las modalidades aceptadas (de preferencia, extrajudicialmente), ya por converger una situación que manifiesta la decadencia del interés del acreedor en perseverar en

el contrato incumplido, originando así una «resolución sin resolución».

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

Tras haber solucionado estas cuestiones de forma dialéctica, resta recoger las distintas hebras de síntesis y urdir con ellas una descripción general de la estructura y de los concretos efectos de una operación de reemplazo. A ese cometido se dedica el § 6, con que se cierra esta investigación.



## **§ 6.**

### **UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN**

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN DE LAS REGLAS DE COBERTURA. 1. La eficacia de la sustitución. 2. El procedimiento de realización. II. LA ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO. III. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

La afirmación de unas bases que permitan construir una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español no queda completa sin un ensayo de síntesis, donde se recojan los distintos elementos surgidos durante el curso de esta investigación y con los cuales se ha de urdir una sistematización que, no por preliminar, sea menos comprensiva de los distintitos aspectos que comprende la figura. Ante todo, corresponde recoger las conclusiones con que se cerraba el § 5 respecto de su fundamentación dogmática, y que permiten explicar la función que desempeñan las reglas de cobertura en el sistema de remedios ante el incumplimiento contractual (I). Hecho esto, se puede acometer una descripción general de la estructura y efectos (II) de la figura en derecho español, recogiendo el material que proporciona la jurisprudencia y la teorización que sobre ella ha hecho la doctrina científica. El parágrafo se cierra con algunas conclusiones provisionales (III).

#### I. LA FUNCIÓN DE LAS REGLAS DE COBERTURA

Para dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de la operación de reemplazo, se ha de partir por despejar el aparente contraste que se presenta entre la finalidad práctica de la figura (asegurar al contratante cumplidor un resultado sustancialmente idéntico al programado en el contrato) y el contenido técnico del completo dispositivo que efectivamente conduce a tal objetivo (modelado con referencia a un negocio jurídico idéntico al originalmente

convenido pero celebrado con una finalidad de cobertura, al que se añade un tutela resarcitoria complementaria y eventual a favor de la parte afectada)<sup>1488</sup>. Bien mirado el problema, la caracterización de la operación de reemplazo debe partir, por tanto, del objetivo práctico que con ella se obtiene (también posible de conseguir por otros medios caracterizados por una idea general de reemplazo o sustitución), sino desde los efectos jurídicos formales o típicos que se siguen del mecanismo considerado en su conjunto. Sólo así es posible diseccionar en él la existencia de un núcleo central (1) y un procedimiento de realización (2).

### **1. La eficacia de la sustitución**

La primera cuestión que conviene dilucidar es si la operación de reemplazo comporta la extinción de la obligación incumplida y, en directa relación con ello, si esa extinción se produce porque ésta es una modalidad particular de cumplimiento o bien reviste el carácter de un modo de extinguir distinto.

Ante un incumplimiento que afecta sustancialmente la economía contractual, las dos grandes alternativas que tiene el acreedor son forzar el cumplimiento o resolver el contrato (artículo 1124 CC). Ambas delimitan campos de acción diferenciados en relación con el contenido obligacional del contrato, con sustento en la fuerza obligatoria que se reconoce al mismo, que se sitúa como el presupuesto ineludible para el ejercicio de cualquier remedio. Los otros medios de tutela posibles cumplen finalidades subordinadas a la suerte final del contrato, como ocurre con la indemnización de perjuicios y la restitución de provechos, por lo que no son suficientes para

---

<sup>1488</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

explicar en sí mismos el engarce dogmático de la operación de reemplazo dentro del sistema de responsabilidad contractual<sup>1489</sup>.

La primera de esas alternativas supone la actuación del derecho de crédito del acreedor, quien acciona desde y por el contrato para obtener su consumación mediante el auxilio de la coerción pública. La pretensión de cumplimiento se ejerce, entonces, con el propósito de obtener que la prestación incumplida sea ejecutada por el deudor o, cuando la persona de éste no es relevante para la satisfacción del interés del acreedor, por un tercero a su costa. El acreedor obtiene así la reintegración de su derecho de crédito a través de un mecanismo que bien cabría denominar «precio según contrato», pues el deudor soporta sobre su patrimonio el coste íntegro de la prestación, sea que la misma se obtenga directamente de entre sus bienes, sea que con ellos se adquiera en el mercado. En principio, no importa lo que efectivamente cueste el bien o servicio debido, porque el deudor debe pagarlo según la medida de cambio establecida en el contrato. Sólo se hará excepción a este principio cuando tal adquisición resulta irracional al comparar el coste que le supone al deudor y la satisfacción que con ello obtiene el acreedor.

Dentro de este esquema, la pretensión por el equivalente pecuniario ocupa un lugar subsidiario, pues carece de autonomía si antes no resulta imposible o desproporcionado dirigirse respecto de la prestación materialmente debida. Cuando eso ocurre, el equilibrio patrimonial roto por el incumplimiento es restablecido mediante el mismo proceso de ejecución, que contempla ciertas reglas para evitar que se frustre la satisfacción del interés del acreedor (artículo 570 LEC), o bien a través de la

---

<sup>1489</sup> Una idea similar expresa GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», cit., p. 13, cuando distingue tres grandes tipos de remedios: remedios de conducta forzada del contratante cumplidor (cumplimiento en forma específica, reparación y sustitución de la prestación disconforme), remedios monetarios (indemnización de perjuicios, pena convencional, reducción del precio) y remedios de ineficacia (resolución, excepción de contrato no cumplido).

pretensión resarcitoria, por la que se pretende la compensación de todos los daños que se previeron o se pudieron prever al contratar y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (artículo 1107 CC), incluyendo ahí tanto el valor de la pérdida efectiva como el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (artículo 1106 CC). Aquí el deudor queda obligado a pagar una suma que equivale al «precio según mercado», dado que debe enterar una cantidad que objetivamente represente a la prestación incumplida.

Una situación opuesta ocurre cuando el acreedor se decanta por la resolución, pues con ella manifiesta que su intención no es ya seguir vinculado obligacionalmente por el contrato. La satisfacción de su interés se consigue ahora por un cauce alternativo y externo al ámbito de ese contrato, de suerte que las tutelas restitutoria e indemnizatoria no son más que un complemento destinado a asegurar la indemnidad de la esfera patrimonial y personal del acreedor, quien ha vuelto a recuperar la plena disponibilidad de los recursos afectos al contrato por la liberación de dicha vinculación obligacional.

Estas ideas de recapitulación pueden ayudar a situar el núcleo central de la operación de reemplazo, que parece estar más bien extramuros del contrato y no dentro del ámbito comprendido por la actuación del derecho de crédito<sup>1490</sup>. En este último ámbito difícilmente cabe considerar la figura como una aplicación pura y simple de los principios de derecho civil sobre los efectos de las obligaciones, que tienen a incluir sólo la posibilidad de reclamar el resarcimiento del daño sufrido o el cumplimiento forzado por mediación judicial de la prestación debida<sup>1491</sup>. Langle tenía razón, entonces, cuando conectaba esta figura con la extinción del contrato incumplido, aunque sea excesivo conferirle a tal extinción autonomía dogmática.

---

<sup>1490</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

<sup>1491</sup> MARGHERI, *Manuale*, I, cit., p. 311.

En principio, la operación de reemplazo no comporta ni cumplimiento ni extinción de la obligación no ejecutada por el deudor<sup>1492</sup>. Para explicar su suerte, una aproximación sistemática sugiere reconducir tal extinción a alguno de los supuestos típicos descritos por el ordenamiento y, en ese campo, a aquel que es propio del incumplimiento. Es la resolución, sea expresa o tácita, la que finalmente explica por qué el acreedor ya no está vinculado hacia la prestación concreta que el deudor debía ejecutar y puede procurarse una equivalente directamente en el mercado. Ni el deudor debe cumplir con su prestación, porque ya no está obligado a ella en los términos del contrato incumplido; ni el acreedor espera recibirla, porque ya se la ha procurado en el mercado, dando por ella aquella contraprestación que originalmente correspondía al deudor. El único problema surgirá cuando el negocio de reemplazo se celebra con anterioridad a que se haya ejercido formalmente la facultad resolutoria, sea judicial o extrajudicialmente, porque entonces su eficacia extintiva vendrá subordinada a que el acreedor lo invoque contra el deudor como prueba de los daños sufridos.

De lo anterior se desprende que, justificada la suerte del contrato incumplido a partir de la resolución por incumplimiento, la función propia de la operación de reemplazo es facilitar una vía para preparar el futuro juicio indemnizatorio si el contratante incumplidor no quiere allanarse voluntariamente a pagar la diferencia de precio que le ha supuesto al acreedor la obtención de la prestación debida. De esto se sigue una consecuencia importante: dado que la operación se endereza a sustituir la prestación incumplida, no hay tal cuando con esa prestación se

---

<sup>1492</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 198, p. 28; SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 136.

cumplen otros contratos que podrían haberse ejecutado al mismo tiempo que el primero (pérdida de volumen)<sup>1493</sup>.

## 2. El procedimiento de realización

El procedimiento de realización comporta la forma concreta por la cual la operación de reemplazo consigue la finalidad perseguida por el acreedor. La búsqueda de un mínimo común denominador entre sus distintas concreciones lleva a concluir que dicho mecanismo se presenta como una forma compleja de autotutela privada contra el incumplimiento, donde converge un negocio jurídico realizado con un propósito de cobertura (el negocio sustitutivo) y una pretensión resarcitoria eventual a favor del acreedor (la reclamación de la diferencia de precios)<sup>1494</sup>. Sin embargo, la consideración de este procedimiento de realización exige detenerse en las dos formas de concreción de la operación de reemplazo: el reemplazo coactivo y el negocio de reemplazo.

En el reemplazo coactivo, el acreedor dispone mediante un nuevo negocio jurídico de aquel bien que retiene o del que está en posesión, y que es objeto o se halla vinculado de alguna forma con el contrato incumplido, o bien se procura directamente la prestación que el deudor debió ser ejecutada y no lo fue<sup>1495</sup>. Cualquiera fuere la finalidad con que esta operación se realiza, existe un vínculo entre una cosa o servicio afecto al cumplimiento de un contrato y una deuda incumplida, el que explica que la figura comporte una forma de concreción del principio de responsabilidad patrimonial universal con que la ley garantiza el cumplimiento de todo derecho de crédito (artículo 1911 CC).

En efecto, el principio de fuerza obligatoria del contrato queda desprovisto de operatividad si no va acompañado de aquel que

---

<sup>1493</sup> RAMOS MUÑOZ, D., «La pérdida de volumen de ventas como daño indemnizable», *CEFLegal. Revista práctica de derecho* 74 (2007), pp. 57-108.

<sup>1494</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, cit., núm. 121, p. 375.

<sup>1495</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9 (pp. 35-37) y 17 (p. 57).

proclama la responsabilidad patrimonial universal del deudor y que convierte en verdaderamente realizable un derecho de crédito. Merced a este último, el contrato no sólo comporta la fuente de unas obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes (artículos 1091, 1257 y 1278 CC), sino que hace que el deudor deba responder del cumplimiento de ellas con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 CC). La operación de reemplazo funciona, entonces, como un modo de concretizar esa garantía universal respecto de un determinado bien, aunque con un grado menor de afectación que el que es propio de las garantías en sentido técnico. De esto se sigue que la cosa atribuida al deudor en virtud del primer contrato opera como objeto específico de una suerte de garantía funcional y, más importante todavía, de la realización forzosa (o voluntaria) del contenido de la obligación<sup>1496</sup>.

La diferencia que presenta el negocio de reemplazo con el reemplazo coactivo estriba en que, si bien en ambos existe la celebración de un negocio jurídico como medio de operar la sustitución de la prestación incumplida, la función que éste desempeña es distinta en uno y otro caso. Mientras en aquél el negocio comporta el medio por el cual se materializa el cumplimiento coactivo del contrato, en este segundo supuesto es el elemento que asigna sustancia al propio reemplazo. De ahí que quepa hablar cabalmente de la existencia de un negocio de reemplazo o cobertura (o también en daño o compensatorio), porque el nuevo contrato concluido por el acreedor tiene precisamente esa finalidad: procurarle aquella prestación que no pudo obtener mediante aquel que originalmente había celebrado con ese propósito, con traslación posterior de las consecuencias desfavorables que se siguen de esa cobertura.

La fisonomía del negocio de reemplazo explica que no quepa atribuirle directamente el carácter de un remedio ante el

---

<sup>1496</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9, p. 37.

incumplimiento, y que su inserción dentro de tal elenco obligue a coordinarla con otros que sí poseen autonomía dogmática. Tales remedios consisten en pretensiones o en derechos potestativos, según si atribuyen al contratante afectado la facultad de exigir de su contraparte un dar, hacer o no hacer algo o aquella de modificar, por medio de su voluntad, una situación jurídica<sup>1497</sup>. El negocio de reemplazo no casa con ninguno de estos dos contenidos posibles, pues la parte que acude al mercado para proveerse de aquella prestación que no ha podido obtener por el cauce normal (el contrato incumplido) no está reclamando de su contraparte la observancia de una cierta conducta. Tal reclamación sólo es una consecuencia eventual y queda subordinada a que entre el contrato incumplido y aquel celebrado en su reemplazo exista una diferencia que sea desfavorable para la parte que se sirve de este expediente, y siempre que ella no se deba a un comportamiento que quepa calificar de poco razonable. Tampoco se está en presencia de la modificación de una situación preexistente, porque el contrato de cobertura no importa por sí una extinción refleja de la relación contractual originaria, la que sólo se produce cuando el acreedor reclama al deudor la diferencia entre el precio pagado por dicha sustitución y el que le habría supuesto el contrato originario si hubiese sido cabalmente cumplido.

El negocio de reemplazo, entonces, sólo adquiere sentido dentro del sistema de protección del crédito desde que es puesto en relación con otros dos remedios, como son la resolución por incumplimiento y la pretensión indemnizatoria.

Del primero de estos remedios, el negocio de reemplazo comporta un debido complemento. Como varias veces se ha repetido, la función económica de la facultad resolutoria es permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles un destino que

---

<sup>1497</sup> MORALES MORENO, «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?», cit., p. 402.



puede ser total o parcialmente distinto<sup>1498</sup>. Ciertamente es que el incumplimiento resolutorio se caracteriza por una entidad y circunstancias tales que, en consideración de la específica valoración contractual del deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no se puede seguir imponiendo al otro contratante que continúe vinculado por el contrato<sup>1499</sup>. Pero nada permite concluir que tal frustración del interés de la parte insatisfecha atañe también a la función típica del contrato incumplido. Es perfectamente posible que la entidad del incumplimiento esté determinada por la pérdida de confianza en la persona del otro contratante. Sencillamente, la parte afectada, ante un incumplimiento que incide sobre una de las obligaciones esenciales del contrato, ha dejado de confiar en la otra como su deudor. El interés por la prestación subsiste aún, pero el contratante afectado no desea que ésta sea ejecutada por quien originalmente se comprometió a ello. En esos casos, la resolución opera como el mecanismo que le permite recuperar los recursos aplicados al primer contrato, para conseguir en el mercado una prestación de características similares a aquella que no fue cumplida en su oportunidad, y satisfacer con ella su interés. Para lograr tal objetivo, el negocio de reemplazo es un expediente de mucha utilidad, porque asegura que de forma pronta y eficaz el contratante insatisfecho podrá obtener aquella prestación que deseaba, difiriendo para un momento posterior la liquidación de la relación surgida tras el contrato incumplido.

Puede ocurrir, y eso será lo normal, que el negocio de reemplazo importe una diferencia desfavorable que deba ser soportada en primera instancia por la parte que acude a él. Tal diferencia comporta una consecuencia previsible y necesaria del incumplimiento (artículo 1107 CC), por lo que cabe trasladarla al

---

<sup>1498</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación», cit., p. 43.

<sup>1499</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pp. 843-846; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema», cit., p. 1048, y «Las nuevas bases», cit., p. 173.

contratante que no ha cumplido con su prestación en el tiempo y forma convenidos (artículo 1101 CC). Comparece, pues, la pretensión resarcitoria como el mecanismo que permite operar esa traslación de la diferencia desfavorable entre uno y otro contrato desde la parte que la ha soportado a quien efectivamente debe cargar con ella (artículo 1106 CC).

Cuando el acreedor reclama la diferencia desfavorable que le ha reportado la cobertura del incumplimiento, pretende que el deudor asuma el valor que resulta de detraer el precio del contrato de aquel efectivamente pagado a consecuencia del reemplazo (o viceversa). En el contenido de esa pretensión queda excluido el valor de la prestación con que finalmente satisface su interés específico, y para nada influye el coste de su prestación que se ahorra como consecuencia del incumplimiento y posterior resolución del contrato. Este último no supone una compensación de ventajas, sino un mero cómputo (neto) de la pérdida ocasionada por el incumplimiento<sup>1500</sup>; dicho de otra forma, aquél no se excluye debido al ahorro que le supone al acreedor no cumplir con su parte del contrato, sino en razón de que no se ha producido ninguna pérdida en su patrimonio que haya que resarcir. El remedio indemnizatorio entra en acción cuando el acreedor ha sufrido un daño a causa del incumplimiento (artículo 1106 CC) y tal debe ser resarcido por el deudor si no queda fuera de su esfera de control (artículos 1101 y 1105 CC). Su función propia es, entonces, recomponer su patrimonio compensando el valor de la pérdida efectiva que ha sufrido y de la legítima ganancia de que se ha visto privado por el incumplimiento (artículo 1106 CC), finalidad que se logra a partir de un concepto de daño de carácter subjetivo y real-concreto<sup>1501</sup>.

---

<sup>1500</sup> SOLER PRESAS, *La valoración del daño*, cit., p. 33.

<sup>1501</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, cit., 787-789, y V, cit., pp. 335-336; Pantaleón Prieto, «Artículo 1902», cit., pp. 1988-1993, y «Daño (D.º Civil)», cit., p. 1898; Soler Presas, *La valoración del daño*, cit., p. 36.

De ahí que el deudor no deba soportar el valor íntegro de la cobertura, y sólo asuma la diferencia de precios que ella ha supuesto para el acreedor, porque el desembolso que ésta involucra va destinado a pagar la prestación del tercero que satisface su interés. El primer contrato no ha consumado el intercambio que con él se pretendía, el cual se obtiene merced a un nuevo negocio celebrado con un tercero. El acreedor no entera su prestación de acuerdo al programa contractual, porque no consigue del deudor la prestación a la que éste se había obligado. El primero no cumple porque no ha querido o podido hacerlo por la razón que sea (artículo 1124 CC); el segundo porque el incumplimiento ha cesado la reciprocidad que le exigía cumplir con su contraprestación (artículo 1274 CC). Pero aquél sigue obligado, en virtud de la fuerza obligatoria del contrato, como garante de la completa satisfacción del interés del acreedor. Dado que este interés se ha satisfecho en el mercado, existe un modo concreto de valorar el detrimento patrimonial que ha supuesto el incumplimiento, y así se explica la consecuencia material que se sigue de la operación de reemplazo. En nada afecta que haya otros daños, los que no quedan comprendidos en la presunción de causalidad jurídica que comporta la celebración de una operación de reemplazo y se rigen por el régimen general.

De lo dicho se concluye que el negocio de cobertura debe ser diferenciado del reemplazo coactivo, cuya fisonomía lo asemeja más a una modalidad de ejecución coactiva del contrato hecha por autoridad del deudor. En apariencia, esta última se presente como un medio directo y enérgico en manos del acreedor para obtener la pronta satisfacción de su crédito contra el deudor incumplidor, sin intervención de la autoridad judicial<sup>1502</sup>. Esta caracterización asemeja el reemplazo coactivo a la pretensión de cumplimiento al menos en sus resultados prácticos. Dicho remedio no consiste más que en el derecho del acreedor a reclamar el cumplimiento con

---

<sup>1502</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9 (p. 36) y 17 (p. 57).

base en el contrato, sea extrajudicial o judicialmente, y consume su objetivo cuando el deudor o un tercero a su costa ejecuta la prestación debida. Con la finalidad de proteger el interés del acreedor y promover su satisfacción, el ordenamiento prevé un ensanchamiento del contenido de este remedio y atrae hacia él una serie de situaciones que, en puridad, constituyen una forma de reparación en naturaleza.

La zona de convergencia entre el reemplazo coactivo y el negocio de reemplazo consiste en que ninguno de los dos necesita de una autorización judicial previa para que el acreedor pueda obtener en el mercado la prestación debida; de ahí que ambas queden comprendidas en la más general denominación de «operación de reemplazo». Por su parte, el área de divergencia guarda relación con las funciones que cada figura desempeña, con el patrimonio en que se radican los efectos del nuevo contrato y con la correspondencia que ha de existir entre este último y el contrato incumplido.

En efecto, la principal diferencia entre el reemplazo coactivo y el negocio de reemplazo es la falta de la segunda de las funciones asignadas a la figura genérica que agrupa a ambas, como es la valoración del daño sufrido por el acreedor según su interés de cumplimiento. Cuando la operación de reemplazo se asemeja a una forma de cumplimiento coactivo, esta última finalidad se torna excesiva e inútilmente gravosa para el acreedor, que bien puede liquidar ese daño mediante el precio de mercado, el que podrá determinarse fácilmente a partir de las referencias existentes en las listas de precios preparadas por las cámaras de comercio, los elencos de valores transados en Bolsa en el lugar y al tiempo donde el contrato debía cumplirse u otros instrumentos semejantes<sup>1503</sup>. La carga de mitigar las pérdidas que se hace exigible para el acreedor con el incumplimiento no impone la celebración de un negocio de cobertura, sino sólo que, elegida esta

---

<sup>1503</sup> ALTER, *L'obligation de délivrance*, cit., núm. 221, pp. 370-371; FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 20 (p. 70) y 30 (pp. 94-95).

forma de satisfacción de su interés, aquél sea concluido dentro de los parámetros que en cada caso cabe deducir de la buena fe y la razonabilidad. La decisión de cubrirse en el mercado depende, entonces, sólo de las particularidades de la relación contractual y de la posibilidad de que el interés del acreedor, todavía subsistente, pueda ser satisfecho de una forma materialmente semejante. La característica esencial del reemplazo coactivo es la celeridad con que el acreedor consigue la prestación sustitutiva, evitando la judicialización de su reclamación (indispensable cuando el deudor rechaza cualquier composición amistosa).

La distinta función de cada una de estas figuras condiciona también la correspondencia que ha de existir entre el contrato incumplido y el celebrado para obtener la prestación debida. Por ser el negocio de cobertura un medio para determinar el daño producido por el incumplimiento del primer contrato, su contenido debe intentar ser exactamente coincidente con aquél (siendo inoponible al deudor por el exceso)<sup>1504</sup>. Sólo entonces podrá operar la valoración del daño conforme a la diferencia de precios, porque para que tal exista es necesario que se esté en presencia de igual sustrato contractual (género próximo) y de una variación entre el precio inicialmente estipulado y aquel finalmente pagado (diferencia específica). En cambio, la ejecución coactiva debe ser hecha al contado y sin que hayan de observarse condiciones especiales<sup>1505</sup>. Así resulta del hecho de que la ley generalmente prevea que el acreedor haya de proceder mediante pública subasta o al precio corriente, entendiéndose que queda suficiente protegido con tales exigencias<sup>1506</sup>.

---

<sup>1504</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47, p. 134; VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., núm. 1709 ter, p. 189.

<sup>1505</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47, p. 134; RAMELLA, *La vendita*, cit., I, núm. 145, p. 297.

<sup>1506</sup> CLEMENTEL, «L'autotutela unilaterale attiva», cit., p. 139. FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 47, p. 135, agrega que la adición de cláusulas o pactos particulares en el negocio de reemplazo comporta la nulidad de la

Una tercera diferencia viene dada por el patrimonio en el que se radican los efectos de uno y otro negocio. En el negocio de reemplazo, el nuevo contrato es concluido por el acreedor actuando a su propio nombre, esto es, los efectos que de él se derivan se radican directa e inmediatamente en su patrimonio. Este segundo contrato se celebra con posterioridad a que el primero ha sido resuelto por incumplimiento, de suerte que el acreedor ha recobrado la plena disponibilidad sobre aquellos bienes que tenía afectos obligacionalmente al cumplimiento de su propia prestación y puede hacer con ellos lo que le plazca. Tal contrato se celebra, entonces, como un modo de cubrirse de un incumplimiento ya consumado y con la finalidad al menos mediata de valorar los daños sufridos con aquél. Por el contrario, el contrato de autoridad se asemeja a una ejecución forzosa que tiene lugar anticipadamente, por iniciativa y por potestad del solo acreedor, con requisitos reducidos a los mínimos indispensables para asegurar la justicia de la transacción<sup>1507</sup>. Es el acreedor quien finalmente decide satisfacer su derecho a través de este mecanismo, porque paralelamente la ley le reconoce otras vías de actuación. Pero cuando lo hace, las consecuencias patrimoniales de su actuación se radican en el patrimonio del deudor, por cuya cuenta y riesgo se ha concluido el segundo contrato. Se trata, por tanto, de una ejecución forzosa recaída específicamente sobre el objeto ideal de la contraprestación esperada, que el acreedor se procura sin intervención judicial del mercado (y no del patrimonio del deudor).

---

ejecución coactiva, si con ellas se afecta la subasta pública con la eliminación de posibles postores.

<sup>1507</sup> FERRARA, *L'esecuzione coattiva*, cit., núm. 9 (p. 36), 17 (p. 58) y 20 (pp. 70-71).

## II. LA ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

La alternativa de celebrar o no una compraventa de reemplazo es una facultad que queda entregada al comprador, quien puede acudir a ella si lo estima oportuno<sup>1508</sup>. A fin de disciplinar su utilización, la doctrina ha indicado que, para proceder a ella, es necesario que se cumplan determinados requisitos que son expresión de la racionalidad y la buena fe en sentido objetivo que debe dominar la actuación de la parte afectada, a saber: (i) que el contrato verse sobre bienes fungibles que pueden fácilmente conseguirse en el mercado; (ii) que éste se refiera a una mercancía de igual cantidad y calidad (salvo diferencias que carezcan de importancia); (iii) que esa mercancía tenga un precio de mercado que cumpla la doble función de parámetro de razonabilidad y modo de cálculo subsidiario; (iv) que el nuevo contrato se realice sin retraso; y (v) que se comunique cuanto antes al contratante incumplidor que se ha escogido esta forma de liquidación del daño a fin de que éste puede actuar en consecuencia<sup>1509</sup>.

Fuera de estos requisitos de común aceptación, hay tres extremos que presentan algún grado de duda.

El primero se refiere a la conexión entre la operación de reemplazo y la resolución por incumplimiento. Por regla general, la cobertura supone que el acreedor posee plena libertad sobre los recursos que tenía afectos al contrato incumplido y puede decidir la forma que mejor convenga a la satisfacción de su interés. Tal se

---

<sup>1508</sup> Vérgz, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 153.

<sup>1509</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1537; GARRIGUES, *Curso*, II, cit., § 24, p. 152, y *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, pp. 322-323; MOXICA, *La compraventa mercantil*, cit., p. 237; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Contratos de intercambio de bienes», cit., núm. 76, p. 180; URÍA/MENÉNDEZ/VÉRGEZ, «El contrato de compraventa mercantil», cit., p. 120; VÉRGEZ, «Compraventa mercantil y contrato de permuta», cit., p. 154; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, II, cit., pp. 107-110.

logra cuando ese contrato ha sido resuelto o cuando el nuevo negocio comporta un acto concluyente de alcance resolutorio. De ahí, pues, que ambos mecanismos se complementen y articulen en razón de sus distintas funciones. Pero esta complementariedad no siempre es necesaria, si las prestaciones debidas son fraccionables y el incumplimiento no extiende a la relación contractual en su conjunto, o cuando se celebra un negocio de cobertura para remediar un incumplimiento que no sea esencial a efectos resolutorios (artículos 25 CISG, 64 PACCom y 1199 PMCC)<sup>1510</sup>. En ambos casos, la cobertura es compatible con la pervivencia del contrato incumplido y sólo determina de forma cierta parte del daño sufrido por acreedor.

La segunda cuestión que aquí interesar elucidar es si la operación de reemplazo debe estar sometida a una forma especial o se puede hacer libremente. El derecho alemán (§ 376 HGB) e italiano (artículos 1515 y 1516 del *Codice Civile*) exige la intervención de un mediador colegiado, y ésta es la posición que seguía el Código de Comercio cuando se trataba del incumplimiento de contratos bursátiles (artículo 77). Sin embargo, cuando los imperativos de buena fe quedan cumplidos y la cobertura se ha acometido de un modo razonable, parece innecesario imponer una determinada formalidad al nuevo contrato celebrado por el acreedor<sup>1511</sup>, especialmente si se considera que esta forma de satisfacción es de carácter extrajudicial<sup>1512</sup>.

Por último, conviene referir la clausura que podría denominarse «pacto de cobertura». Enrique Seco ha sostenido que la ausencia de ley o de un uso reconocido impide en España que el acreedor acuda al mercado para obtener la prestación que no le procuró el contrato incumplido, de suerte que esa opción sólo es posible cuando las partes expresamente la han previsto y pactado

---

<sup>1510</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1202.

<sup>1511</sup> GARRIGUES, *Tratado*, III-1, cit., núm. 1125, p. 323.

<sup>1512</sup> FENOY PICÓN, «Los remedios del incumplimiento», cit., p. 1537.



en el mismo contrato<sup>1513</sup>. No parece que este requisito pueda predicarse con carácter general, porque el acreedor siempre podrá satisfacer su interés en el mercado. Cuestión distinta es que, con posterioridad, pueda trasladar efectivamente la diferencia favorable que esa acción le ha supuesto. Será entonces cuando surgirá la etapa contenciosa y deberá determinarse si la cobertura se hizo de modo y en tiempo razonable. Si así ha sido, el nuevo contrato resulta oponible al deudor como método de liquidación del daño sufrido por el acreedor en su interés de prestación.

Esto no obsta, por cierto, a que las partes puedan pactar la propia posibilidad de la cobertura de sobrevenir un incumplimiento o el marco en que ella deba efectuarse. Un aspecto sobre el que las partes pueden convenir es el de la temporalidad del reemplazo, que lleva a preguntarse por la obligatoriedad del término que se establezca o, dicho de otro modo, sobre la posibilidad de la cobertura que, pese a ser razonable, no se ha realizado dentro del plazo señalado. Dada la finalidad que persigue la cobertura, y siempre que ella todavía sea razonable, no parece existir impedimento para aceptar la procedencia del reemplazo acometido fuera del término convenido<sup>1514</sup>.

Asimismo, las partes pueden pactar que el deudor se entregue al criterio del acreedor en cuanto a la determinación del momento oportuno para celebrar la operación de reemplazo<sup>1515</sup>. Este pacto no adolece de nulidad y ha de ser interpretado en el sentido bastante verosímil de que la parte incumplidora se sujeta al criterio del contratante cumplidor respecto de la mejor oportunidad para realizar el reemplazo (arg. ex artículo 1288 CC)<sup>1516</sup>. Aun así, el contratante incumplidor puede siempre

---

<sup>1513</sup> SECO CARO, «Compraventa», cit., p. 420, y «Contenido, incumplimiento y extinción», cit., p. 329.

<sup>1514</sup> TARTUFARI/SOPRANO, *Della vendita*, cit., núm. 455, p. 547.

<sup>1515</sup> SCHEGGI, *Compravendita*, cit., núm. 32, p. 138.

<sup>1516</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 202, p. 293.

imponer al acreedor la pronta realización de la cobertura<sup>1517</sup>. Si el acreedor no accede a ello, queda obligado al mayor daño que de esa acción se pueda derivar por haber postergado la ejecución<sup>1518</sup>. La oportunidad de la cobertura siempre es controlable por el juez, quien determinará en definitiva si el retardo del acreedor en cubrirse tenía como propósito obtener una ventaja adicional (arg. ex artículo 18 LCS). La renunciar a controlar el momento elegido para el reemplazo no significa que éste pueda ser elegido a capricho del acreedor y sin la concurrencia de un control posterior (arg. ex artículo 1128 CC)<sup>1519</sup>.

### III. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Con este ensayo de reconstrucción se pone fin al propósito trazado al comenzar. El objetivo fijado era revisar el material normativo que, directamente o indirectamente, permitía elaborar una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español. Los cinco párrafos precedentes han abordado los distintos aspectos relacionados con esa tarea, partiendo por el más general de revisar el alcance de la vinculación contractual y el contenido obligacional del contrato y concluyendo con la valoración de las distintas teorías elaboradas para explicar la fundamentación dogmática de la operación de reemplazo. En este apartado se han recogido los frutos de esos desarrollos con miras a ofrecer una primera sistematización de la estructura y efectos de la figura a guisa de matriz disciplinaria.

---

<sup>1517</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 202, p. 293.

<sup>1518</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 202, pp. 293-294.

<sup>1519</sup> LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, cit., núm. 202, p. 294.

## CONCLUSIONES

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

Todo contrato genera una garantía de satisfacción del interés del acreedor. Este interés está representado por el resultado material que se pretende alcanzar con el contrato, y que constituye su sustancia económica. A su vez, funciona como el propósito práctico que informa el completo itinerario del programa de prestación. El patrimonio del deudor responde de la concreción de esa garantía, porque con tal fin ha comprometido sus bienes al obligarse (artículo 1911 CC).

El programa de prestación puede tener un desenlace normal y otro anormal. En el primer caso, la prestación ideal se corresponde con el comportamiento realizado por el deudor, y se reputa cumplimiento (artículo 1157 CC). Cuando no existe esa correspondencia, el resultado es el incumplimiento. Éste es cualquier desviación de las exigencias relacionadas con el programa contractual que redundan en la frustración del interés del acreedor. Los remedios que el ordenamiento reconoce como reacción ante él ofrecen cursos diversos adaptados a aquella configuración de la realidad que mejor se adapta a deseo actual del acreedor. De ahí que éstos puedan ser calificados de primarios o secundarios según la conducta que imponen al contratante incumplidor. Los remedios primarios fuerzan al cumplimiento de

la obligación de primer grado nacida del contrato que no ha sido ejecutado en la forma prevista, mientras que los remedios secundarios persiguen la actuación de obligaciones de segundo grado (de prestación en equivalente, indemnizatorias, restitutorias) surgidas como consecuencia del incumplimiento contractual.

Los remedios primarios de mayor importancia son la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria, que los ordenamientos continentales suelen disponer como cursos de acción equivalentes y de libre elección para el acreedor en caso de incumplimiento de un contrato bilateral (artículo 1124 CC). El remedio secundario por excelencia es la indemnización de perjuicios, que tiene por finalidad llenar todos aquellos vacíos dejados por los otros remedios con el fin de compensar al acreedor de cualquier pérdida efectiva o ganancia dejada de obtener en razón del incumplimiento (artículo 1106 CC).

En principio, el acreedor elegirá la pretensión de cumplimiento cuando quiera perseverar en el contrato, y la facultad resolutoria cuando desee poner fin a la regulación de intereses que éste comporta. Sin embargo, la elección de esta última no significa necesariamente que el acreedor no esté interesado en conseguir el resultado material que el contrato debía proporcionarle, pues la obtención de la prestación puede ser todavía un comportamiento adecuado para consumir el propósito práctico por el cual contrató. El inconveniente estriba, entonces, no en la frustración irrevocable de su interés, sino en su consumación a través del contrato incumplido y los cauces normales dispuestos por el ordenamiento con ese fin. En esos casos, la resolución desempeña una función económica, y permite que el contratante afectado por el incumplimiento recobre los recursos utilizados en el contrato incumplido y acuda al mercado para satisfacer su interés, evitando las dilaciones que supone el ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Los dos mecanismos se asemejan en su finalidad última, pero se diferencian en el concreto mecanismo dispuesto para conseguirlo.

Cuando el acreedor recurre al mercado para satisfacer su interés, se producen dos efectos: uno necesario y otro contingente. El efecto necesario de la cobertura es que el acreedor consigue una prestación que, por su similitud, casa con la descripción ideal contenida en la regla contractual incumplida. Dicho efecto es de orden económico antes que jurídico, porque el resultado de la operación de reemplazo no genera ninguna perturbación en la esfera de intereses de las partes directa o indirectamente intervinientes. El negocio de cobertura se concluye entre el acreedor y un nuevo deudor, de suerte que el primer deudor permanece ajeno, y no comporta más que una aplicación del ejercicio de la libertad de contratación, que permite negociar o abstenerse de ello, y hacerlo con determinada persona y no con otra, o bajo tales condiciones y no según otras. Por su parte, el efecto contingente concurre cuando el negocio de cobertura ha supuesto una diferencia desfavorable para el acreedor, porque entonces ésta se puede trasladar al deudor en virtud de la fuerza obligatoria del contrato incumplido que le obliga a permanecer como garante de la satisfacción del acreedor hasta que éste obtenga todo lo que le interesó el contrato. Se produce así un fenómeno de oponibilidad: el acreedor se sirve del negocio de reemplazo como medio de prueba que lo legitima para cobrar una indemnización por el daño emergente que ha sufrido. De ahí que comporte un método de valoración concreta del daño típico derivado de la resolución por incumplimiento, con presunción de su previsibilidad.

El resarcimiento se valora, igual que en cualquier otro incumplimiento, de acuerdo al interés positivo, vale decir, concediéndole una suma que coloque al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiese existido lesión contractual, pero descontando el valor de la prestación que el deudor no está obligado a soportar por el efecto liberatorio derivado de la facultad resolutoria y, quizá más importante todavía, por haberla conseguido el acreedor

en el mercado. Cualquier otro daño adicional puede ser igualmente reclamado conforme a la disciplina general del remedio indemnizatorio.

La resolución es, entonces, el presupuesto de la operación de reemplazo, pero no justifica el funcionamiento propio de la figura ni determina su sentido y alcance; éste se relaciona con el ámbito de la indemnización de perjuicios, lo que explica la decisión metodológica de introducir un excursus sobre la construcción sistemática de este remedio. De esta manera, el mayor o menor coste del negocio de reemplazo celebrado con un tercero para cubrirse de las consecuencias negativas que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso produce, es una de las partidas que integran el daño emergente sufrido por el acreedor. Como tal, no está sujeto a ninguna indagación enderezada a establecer la previsibilidad de ese perjuicio: éste es siempre previsible al tiempo de contratar, porque integra el riesgo de consecución de la prestación debida, que es un riesgo típico en cualquier contrato. La carga de mitigación no desempeña, por consiguiente, ninguna función en la delimitación del daño resarcible, dado que el acreedor tiene derecho en cualquier caso a conseguir la prestación y a ser resarcido de lo que ésta haya supuesto, sea merced a un negocio de cobertura, sea en virtud de una medida abstracta a partir del precio corriente o de mercado.

### **CONCLUSIONI**

L'obiettivo di questa investigazione è stato quello di stabilire le basi per una teoria generale dell'operazione di rimpiazzo in diritto spagnolo. Tale consiste in un negozio giuridico attraverso il quale la parte che soffre un inadempimento supplisce il comportamento aspettato dalla sua controparte, la quale rimane obbligata a sopportare la differenza sfavorevole tra il prezzo pattuito e quello che ha supposto la copertura. La tesi centrale che ha servito per condurre il testo, e che s'aspetta di aver dimostrato, è che l'operazione di rimpiazzo non è una delle applicazioni del dovere

di mitigare il danno che riguardano il creditore; piuttosto appartiene a un ambito più ampio, come è quello della gestione dei rischi dell'inadempimento, che compete entrambi parti per uguale sebbene con alcune differenze, e la cui incidenza concerne alla valutazione del danno emergente.

Tutto contratto genera una garanzia di soddisfazione dell'interesse del creditore. Questo interesse è rappresentato per il risultato materiale che con il quale si pretende raggiungere, e che costituisce la sua sostanza economica (articoli 1088, 1091 e 1254 CC). A sua volta, funziona come il proposito pratico che informa il completo itinerario del programma di prestazione (articolo 1274 CC). Il patrimonio del debitore risponde della concrezione di quella garanzia, perchè con quel fine ha compromesso i suoi beni al impegnarsi (articolo 1911 CC).

Il programma di prestazione può avere uno scioglimento normale e un'altro anormale. Nel primo caso, la prestazione ideale si corrisponde con il comportamento realizzato per il debitore, e si reputa adempimento (articolo 1157 CC). Quando non esiste quella corrispondenza, il risultato è l'adempimento. Questo è qualsiasi deviazione dalle esigenze relazionate con il programma contrattuale che ridonda nella frustrazione dell'interesse del creditore. I rimedi che l'ordenamento riconosce come reazione di fronte a lui offrono corsi diversi adattati a quella di configurazione della realtà che meglio si adatta al desiderio attuale del creditore. Da lì che questi possano essere classificati come primari o secondari d'accordo alla condotta che impongono al contraente che inadempie. I rimedi primari forzano all'adempimento dell'obbligazione di primo grado nata dal contratto che non è stato eseguito nella forma prevista, mentre i rimedi secondari perseguono la attuazione di quelle obbligazioni di secondo piano (di prestazione in equivalente, risarcitorie, restitutorie) sorte come conseguenza dell'inadempimento.

I rimedi primari di maggiore importanza sono la azione per l'adempimento e la risoluzione, la cui ordinamenti continentali

usualmente dispongono come risorse equivalenti e di libera scelta per il creditore in casi di inadempimento di un contratto con prestazioni correlative (articolo 1124 CC). Il rimedio secondario per eccellenza è il risarcimento del danno, che ha per finalità riempire tutti quei vuoti lasciati per gli altri rimedi con il fine di compensare il creditore di qualsiasi perdita subita o mancato guadagno in ragione dell'inadempimento (articolo 1106 CC).

In un principio, il creditore sceglierà la azione per l'adempimento quando vuole preservare nel contratto, e la risoluzione quando desidera finire la regolazione d'interessi che questo riguarda. Nonostante, l'elezione di quest'ultima non significa necessariamente che il creditore non sia interessato in ottenere il risultato materiale che il contratto dovrebbe fornirgli, perchè l'ottenzione della prestazione può essere ancora un comportamento adeguato per consumare il proposito pratico per il quale contrattò. L'inconveniente s'appoggia, quindi, non nella frustrazione irrevocabile del suo interesse, ma nella sua consumazione attraverso del contratto inadempito e le vie normale disposti per l'ordenamento con quel fine. In questi casi, la risoluzione disimpegna una funzione economica, e permette che il contraente leso recuperi le risorse utilizzate nel contratto ed accorra al mercato per soddisfare il suo interesse, evitando così le dilazioni che suppongono l'esercizio della azione per l'inadempimento. Tutti e due meccanismi si assomigliano nella sua finalità ultima, ma si differenziano nel concreto meccanismo disposto ad ottenerla.

Quando il creditore ricorre al mercato per soddisfarne il suo interesse, si producono due effetti: uno necessario e l'altro contingente. L'effetto necessario della copertura è che il creditore ottiene una prestazione che, per la sua similitudine, si assomiglia con la descrizione ideale contenuta nella regola contrattuale inadempita. Detto effetto è di ordine economico prima che giuridico, perchè il risultato dell'operazione di rimpiazzo non genera nessuna perturbazione nella sfera d'interessi delle parti



diretta o indirettamente intervenienti. Il negozio di copertura si conclude tra il creditore e un nuovo debitore, dunque il primo debitore non ha nessuna partecipazione, e non comporta più che una applicazione dell'esercizio della libertà contrattuale, che permette negoziare o astenersi di quello, e farlo con una determinata persona e non con un'altra, o sotto tali condizioni e non secondo altre (articoli 38 CE e 125 CC). Da sua parte, l'effetto contingente concorre quando il negozio di copertura ha supposto una differenza sfavorevole per il creditore, perchè quindi questa si può traslare al debitore in virtù della forza obbligatoria del contratto inadempito che lo obbliga a rimanere come garante della soddisfazione del creditore fino che questa ottenga tutto che gli interessò nel contratto. Si produce così un fenomeno di oponibilità: il creditore si serve del negozio di rimpiazzo come mezzo di prova che lo legitima per reclamare il resarcimento del danno emergente che ha sofferto. Da lì che comporta un metodo di valutazione concreta del danno tipico seguito dalla risoluzione per inadempimento, con presunzione della sua previsibilità (articolo 1107 CC).

Il risarcimento si stima, uguale che in qualsiasi altro inadempimento, d'accordo all'interesse positivo, cioè concedendoli una somma che colloca il creditore nella stessa situazione e con gli stessi risultati economici nel quale sarebbe se il contratto avesse avuto regolare esecuzione, ma restando il valore della prestazione che il debitore non è obbligato a sopportare per l'effetto liberatorio derivato dalla risoluzione e, forse ancora più importante, per averla conseguito il creditore nel mercato a scopo della sua effettiva soddisfazione. Qualsiasi altro danno adizionale può essere ugualmente richiamato conforme alla disciplina generale del risarcimento.

La risoluzione è, quindi, il presupposto dell'operazione di rimpiazzo, ma non giustifica il funzionamento proprio della figura nè determina il suo senso e conseguimento; questo è in relazione con l'ambito del resarcimento del danno, lo quale spiega la

decisione metodologica di introdurre un excursus sulla costruzione sistematica di questo rimedio. In questa maniera, il maggiore o minore costo del negozio di rimpiazzo compiuto con un terzo per coprirsi delle conseguenze negative che l'inadempimento o l'adempimento difettoso produce, è una dei danni che integrano la perdita subita sofferta per il creditore. Come tale, non è sottomesso a nessuna indagine per stabilire la prevedibilità di quel danno: questo è sempre prevedibile nel momento di contrattare, perché integra il rischio di raggiungimento della prestazione dovuta, che è un rischio tipico in qualsiasi contratto (articoli 1088, 1091 e 1254 CC). Il dovere di mitigazione non disimpegna, di conseguenza, nessuna funzione nella delimitazione del danno risarcibile, dato che il creditore ha il diritto in qualsiasi caso ad ottenere la prestazione e ad essere risarcito di cosa abbia supposto questa, sia per un negozio di copertura, sia in virtù di una misura astratta come è il prezzo corrente o di mercato.

## RESUMEN

La presente tesis versa sobre la operación de reemplazo en derecho español y tiene como propósito sentar las bases para una teoría general en torno ella. La elección de este tema se justifica por la falta de un tratamiento de conjunto dentro de la literatura científica, que lo ha abordado con criterios más o menos uniformes desde que la renovación del derecho mercantil llamó la atención sobre él al promediar el siglo XX. La jurisprudencia también ha tenido ocasión de hacer aplicación de la figura, pero sin que las decisiones vertidas gocen de la uniformidad que sería deseable.

A diferencia de los ordenamientos del entorno, el derecho español carece de una norma que reconozca una regla de cobertura al acreedor afectado por un incumplimiento. La única mención que existía, referida al muy particular caso de los contratos bursátiles (artículo 77 del Código de Comercio), desapareció al entrar en vigor la Ley de Mercado de Capitales (1988). La Propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006) colma en parte ese vacío, aunque de manera limitada. Esta limitación obedece a las propias características de la mentada Propuesta y a las prioridades de la Comisión General de Codificación. Ante todo, se trata de un texto que carece de fuerza legal, pese a que ello no impide que pueda originar un fenómeno de «jurisprudencia por anticipación», del que ya hay algunas señales. Enseguida, su ámbito es la disciplina de los contratos mercantiles, lo que significa que quedan excluidas todas aquellas relaciones que no sean concluidas por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional (artículo 50 de la Propuesta). Sin embargo, quizá la limitación más importante sea el itinerario de modernización que la citada Comisión ha trazado para el derecho mercantil, y que ya no queda referida al derecho de contratos, sino que supone la confección de un código de nueva planta para esta entera parcela del derecho (conformada con exclusión del derecho marítimo y

concurso), dispuesto bajo los criterios sistemáticos de la codificación a derecho constante. Fuera quedan otras manifestaciones del derecho de venta del acreedor, especialmente la reintegración de una sociedad anónima ante la mora del accionista (artículo 84 de la Ley de Sociedades de Capital), que responden a la protección de bienes jurídicos diversos y, por consiguiente, han sido excluidas de estudio pormenorizado. De ellas se trata sólo con un afán diferenciador.

Para la realización de esta investigación se han utilizado los fondos de la Universidad de Valencia, así como los disponibles en la Biblioteca del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y en la Bibliothèque Cujas merced a los períodos de permanencia en Roma y París respectivamente. Este estudio también ha resultado beneficiado con la estancia realizada entre abril y julio de 2011 en la Università degli Studi di Roma «Tor Vergata» bajo la dirección del profesor Mario Stella Richter jr.

El método utilizado es reconstructivo, vale decir, pretende unir, allegar, evocar las circunstancias e ideas necesarias para completar el conocimiento de la disciplina de la operación de reemplazo en derecho español, y de ahí que sea en parte histórico, exegético y dogmático. Cada uno de esos componentes no comparece, empero, en igual proporción en virtud de una previa exclusión. La investigación ha supuesto un período destinado a la indagación histórica de la figura, cuyos resultados no han sido consignados en la versión que ahora se presenta. Se ha decidido privilegiar la ordenación sistemática de los argumentos antes que su completitud, pues ello podría conducir, so pretexto de un deseo inalcanzable de perfección, a tornar farragosa la exposición de los pilares que sustentan las bases sobre las que debería asentarse la figura. Para evitar que este trabajo se convierta en un laberinto intelectual de senderos que se bifurcan, si se permite con cierta licencia el símil borgiano, la vertiente histórica permanece subyacente y aflora sólo esporádicamente, con el deseo de reprimir esa brecha en una oportunidad posterior. La sustancia

de este trabajo es, por ende, ofrecer una proposición doctrinal sobre la operación de reemplazo que se tenga por cierta e indiscutible, a guisa de matriz disciplinaria, de la cual se derivarán las lógicas consecuencias de su funcionamiento y engarce en el sistema de remedios ante el incumplimiento contractual. Todo, por cierto, con una impronta marcadamente mercantil, que ha sido el ámbito donde se ha redescubierto y desarrollado la figura desde la segunda codificación.

Esta decisión metodológica explica que el problema se acometa mediante la demarcación prospectiva del campo de trabajo, representado por el incumplimiento contractual y sus remedios (§ 1), con especial referencia a aquellos que comportan una función sustitutiva según distintos contenidos materiales (§ 2). Enseguida se procede a una división de géneros, y a la inquisición inductiva y comparativa de sus diferencias específicas desde el derecho español, para separar la figura de otras que se le parecen pero no comportan una finalidad de cobertura ante el incumplimiento (§ 3). A través de un procedimiento dialéctico se analizan a continuación los encuadres dogmáticos propuestos por la literatura científica española y comparada (§ 4), para llegar a una síntesis tras un proceso de valoración analítica de las ventajas e inconvenientes de cada teoría (§ 5). Esa síntesis se desarrolla posteriormente para explicar la función de la regla de cobertura y la estructura y efectos de la operación de reemplazo, aportando así la demostración requerida de la matriz disciplinaria proyectada (§ 6). Sólo de esta manera es posible ofrecer un ensayo de sistematización de las bases de la operación de reemplazo para el derecho español que dé primacía al problema abordado y lo enfrente con fórmulas de probada aceptación y orientación práctica. Corresponderá después a otros estudios, sin duda más solventes y asertivos, desarrollar la ciencia normal sobre las bases aquí trazadas.

Las hipótesis que se pretenden demostrar son básicamente tres: (i) la operación de reemplazo no comporta un

descubrimiento reciente de la literatura privatista; (ii) no encuentra su fundamentación última en la carga de mitigar las pérdidas que incumbe al acreedor como parte de la gestión del riesgo contractual que le corresponde; y (iii) tampoco posee autonomía dogmática suficiente para erigirse como un remedio autónomo de reacción ante el incumplimiento, por lo que su engarce en aquel sistema exige un reenvío a aquellos mecanismos que sí poseen una tipicidad más o menos clara. Estos remedios son la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria, que como remedios primarios deciden la suerte del contrato incumplido, y la indemnización de perjuicios, que compensa el interés del acreedor en la medida no cubierta por ellos.

La demostración de estas hipótesis de trabajo exige, ante todo, formular un concepto de operación de reemplazo e identificar los modelos de formulación de las reglas de cobertura. En términos generales, aquella comporta un expediente que permite al acreedor concluir provisionalmente la relación contractual incumplida, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias de ese incumplimiento. Por ser una facultad del acreedor, su ejercicio es potestativo, lo que no significa que no quede sujeto a determinados requisitos o que no produzca unos efectos típicos. Esa regularidad permite formular por abstracción una regla de cobertura, cuya particular concreción por parte de un sistema jurídico origina la dicotomía entre «reemplazo coactivo» y «negocio de reemplazo».

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

afecta al cumplimiento de un contrato y una deuda incumplida, el que explica que la figura comporte una forma de aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal con que la ley garantiza el cumplimiento de todo derecho de crédito.

La segunda modalidad se caracteriza por la celebración de un contrato mediante el cual la parte afectada por el incumplimiento suple la conducta esperada de su contraparte, la que queda obligada a satisfacer, por concepto de daños, la diferencia desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el contrato de cobertura. La diferencia con el reemplazo coactivo estriba en que, si bien en ambos existe la celebración de un negocio jurídico como medio de operar la sustitución de la prestación incumplida, la función que éste desempeña es distinta en uno y otro caso. Mientras en aquél el negocio comporta el medio por el cual se materializa el cumplimiento coactivo del contrato, en este segundo supuesto es el elemento que asigna sustancia al propio reemplazo. De ahí que quepa hablar cabalmente de la existencia de un negocio de reemplazo o de cobertura (o también en daño, sustitutivo o compensatorio), porque el nuevo contrato celebrado por el acreedor tiene precisamente esa finalidad: procurarle aquella prestación que no pudo obtener a través de aquel que originalmente había concluido con ese propósito, con traslación posterior de las consecuencias desfavorables que se siguen de esa cobertura.

La articulación de las sanciones ante un incumplimiento contractual dependen de la decisión de política legislativa que haya tomada cada ordenamiento. Los únicos criterios invariables son la fuerza obligatoria del contrato y la cabal satisfacción acreedor, pero nada condiciona que ellos adopten una materialidad diversa en razón de las particularidades históricas y culturales de cada sistema. No parece, por ende, que una de las modalidades que adopta la operación de reemplazo sea preferible en sí misma a la otra. Esa elección dependerá de cada sistema.

Quizá el único lineamiento sea que el reemplazo coactivo, por el modo en que acomete la cobertura, requiere de una norma expresa que dispense al acreedor de sujetarse a la disciplina general dispuesta para la ejecución forzosa de un derecho de crédito. Esto trae consigo que la manifestación natural de una regla de cobertura sea el negocio de reemplazo, que no engendra más problemas que los relacionados con la medida del daño reclamado con su invocación. Toda la discusión se traducirá así en determinar los criterios de oponibilidad del nuevo contrato como método de valoración del daño típico sufrido por el acreedor en su interés positivo.

### RIASSUNTO

La presente tesi si riferisce sull'operazione di rimpiazzo nel diritto spagnolo e ha come proposito stabilire le basi per una teoria generale attorno a questa. L'elezione di questo tema si giustifica per l'assenza di un trattamento di conglomerato dentro la letteratura scientifica, che lo ha affrontato con criteri più o meno uniformi dal momento nel quale il rinnovo del diritto commerciale chiamó l'attenzione su questo attorno in mezzo del XX secolo. La giurisprudenza ha anche avuto l'occasione di applicare la figura, ma senza che le decisioni scelte godino ancora dell'uniformità che sarebbe desiderabile.

A differenza di altri ordenamenti dintorni, il diritto spagnolo è carente di una norma che riconosca una regola di copertura al creditore che soffre un inadempimento. L'unica menzione che esisteva, riferita al molto particolare caso dei contratti di borsa (articolo 77 CCom), sparí quando è entrata in vigore la Legge di Mercato Finanziario (1988). La Proposta di Progetto preliminare di legge di modificazione del Codice di Commercio nella parte generale su contratti commerciali e sulla prescrizione e scadenza (2006) riempie quel vuoto, sebbene solo in maniera limitata. Questa limitazione obbedisce le proprie caratteristiche della Proposta allusa e alle attuali priorità della Commissione Generale



di Codificazione. Primo, si tratta su un testo carente di forza legale, sebbene tale carattere non impedisce che si origini un fenomeno di «giurisprudenza per anticipazione», del quale ci sono già alcune segnali in materia civile rispetto ad una proposta simile. Inmediatamente, l'ambito è la disciplina dei contratti commerciali, lo quale significa che restano escluse tutte quelle relazioni che non siano concluse per imprenditori nello sviluppo della sua attività professionale (articolo 50 PMCCom). Tuttavia, forse la limitazione più importante è l'itinerario di modernizzazione che l'allusa Commissione ha delineato per il diritto commerciale, e che non è riferita escusivamente al diritto di contratti, ma che anche supone la confezione di un codice di nuovo impianto pero questa parte completa del diritto (conformata con l'esclusione del diritto marittimo e fallimentare), disposto sotto i criteri sistematici dei testi unici. Restano fuori altre manifestazioni del diritto di vendita del creditore, specialmente la realizzazione del pegno per l'inadempimento della obbligazione principale (articolo 1858 CC) e il reinserimento di una società per azioni di fronte al mancato pagamento delle quote (articolo 84 LSC), che rispondono alla protezione di beni giuridici diversi e, per tanto, sono state escluse di studio dettagliato. Di queste si tratta soltanto con un desiderio diversificatore.

Per la realizzazione di questa investigazione è stato utilizzato el fondo bibliografico dell'Università di Valenza, e anche quelli disponibili nella Biblioteca dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT) e nella Bibliothèque Cujas nei periodi spenti a Roma e Parigi rispettivamente. Questo studio è stato beneficiato con il soggiorno realizzato tra aprile e giugno 2011 all'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata» sotto la direzione del professor Mario Stella Richter jr.

Il metodo utilizzato è ricostruttivo, cioè vuole unificare, riunire, fare notare le circostanze e idee necessarie per completare la conoscenza della disciplina d'operazione di rimpiazzo nel diritto spagnolo, e per questo è in parte storico, esegetico e dogmatico.

Ognuno di questi componimenti non appare, tuttavia, in uguale proporzione in virtù di una previa esclusione. Il corso di questa investigazione ha supposto un periodo destinato alla ricerca storica della figura, i cui risultati non sono stati raccolti nella versione che adesso si presenta. È stato scelto dare la priorità di ordinamento sistematico degli argomenti prima della loro complessità, perchè quello potrebbe condurre, come un pretesto di un desiderio irraggiungibile di perfezione, a fare confusa l'esposizione delle basi sulle quali dovrebbe stabilirsi la figura. Per evitare che questo lavoro diventi un labirinto intellettuale di sentieri che si biforcano, se si permette con una certa licenza il simile borgiano, la pendenza storica rimane sottostante e appare sporadicamente, con l'intenzione di rimprovero quella apertura per una opportunità posteriore. La sostanza di questo lavoro viene circoscritta dunque all'offrimento di una proposizione dottrinale sull'operazione di rimpiazzo che si abbia per certa e indiscutibile, in maniera di paradigma, dalla quale si dividono le logiche conseguenze del suo funzionamento e connessione nel sistema di rimedi di fronte all'inadempimento. Tutto, certamente, con un accento notoriamente commerciale, poiché questo è stato l'ambito dove si è riscoperta e sviluppata la figura dalla seconda codificazione.

Questa decisione metodologica spiega che il problema si intraprende attraverso la demarcazione prospettiva del campo di lavoro, rappresentato per l'adempimento contrattuale e i suoi rimedi (§ 1), con speciale riferimento a quelli che rivestono una funzione sostitutive d'accordo a diversi contenuti materiali (§ 2). Menzione speciale merita la costruzione sistematica del risarcimento del danno. Subito dopo si procede ad una divisione di generi, e alla inquisizione induttiva e comparativa delle sue differenze specifiche dal diritto spagnolo, per separare la figura di altre simili ma che non hanno una finalità di copertura dell'inadempimento (§ 3). Attraverso di un procedimento dialettico si analizzano a continuazione i delimitanti dogmatici proposti per la letteratura scientifica comparata e spagnola (§ 4),

per arrivare ad una sintesi dopo di un processo di valorizzazione analitica dei vantaggi e svantaggi di ogni teoria (§ 5). Quella sintesi si sviluppa dopo per spiegare la funzione della regola di copertura e la struttura ed effetti dell'operazione di rimpiazzo, aggiungendo così la dimostrazione necessaria del paradigma progettato (§ 6). Soltanto di questa maniera è possibile offrire un saggio di sistematizzazione delle basi d'operazione di rimpiazzo per il diritto spagnolo che abbia come priorità il problema proposto e lo affronti con formule di provata accettazione e orientazione pratica. Poi corrisponderà ad altri studi, senza dubbio più grave e assertivi, sviluppare la scienza normale sulle basi qui stabilite.

Le ipotesi che si pretendono dimostrare sono basicamente tre: (i) l'operazione di rimpiazzo non è una scoperta recente della letteratura privatista; (ii) il suo motivo principale non è quello di mitigare le perdite relazionate al creditore come parte della gestione del rischio contrattuale che li corrisponde; e (iii) neanche possiede una autonomia dogmatica sufficiente per trasformarsi come un rimedio autonomo di reazione contro l'adempimento, quindi la sua connessione in quel sistema richiede un rinvio a quei meccanismi che si possiedono una tipicità più o meno chiara. Questi rimedi sono la azione per l'adempimento e la risoluzione, che per il suo carattere primario decidono la fortuna del contratto inadempito, e il resarcimento del danno, che compensa l'interesse del creditore nell'ambito non coperto da loro.

La dimostrazione di queste ipotesi di lavoro esige, prima di tutto, formulare un concetto d'operazione di rimpiazzo e identificare i modelli di formulazione delle regole di copertura. In termini generali, quella suppone un incartamento che permette al creditore concludere provvisoriamente la relazione contrattuale inadempita, ottenendo la prestazione che di quella aspettava e ponendoli fine con l'obiettivo di fissare limiti certi alle conseguenze di quella violazione. Per essere una facoltà del creditore, il suo esercizio è facoltativo, lo quale non implica che

non abbia determinati requisiti o non produca certi effetti tipici. Quella regolarità permette di formulare per astrazione una regola di copertura, la cui particolare concrezione per parte di un sistema giuridico origina la dicotomia tra «rimpiazzo coattivo» e «negozio di rimpiazzo».

La prima de queste concrezioni consiste nella facoltà che ha uno dei contraenti per fare compiere la prestazione inadempita per conto e rischio dell'altra parte e, generalmente, per mezzo di un pubblico ufficiale. Il creditore dispone così, attraverso un nuovo negozio giuridico, di quella cosa del debitore che ritiene o della quale è in possesso e che è oggetto del contratto inadempito, oppure si procura direttamente la prestazione che dovrebbe essere stata eseguita e non lo è stata. Chiunque fossi stata la finalità di un contratto e un debito incompiuto, c'è un vincolo tra una cosa che riguarda l'adempimento di un contratto e un debito incompiuto, il quale spiega che la figura suppone una forma d'applicazione del principio di responsabilità patrimoniale universale purchè la legge garantisce l'adempimento di tutto diritto di credito.

La seconda modalità si caratterizza per la celebrazione di un contratto attraverso il quale la parte che soffre l'inadempimento sostituisce la condotta aspettata dalla sua contraparte, la quale rimane obbligata a soddisfare, per concetti di danni, la differenza sfavorevole tra il prezzo del contratto originario e quel del contratto di copertura. La differenza con il rimpiazzo coattivo è che, sebbene in tutti i due esiste la celebrazione di un negozio giuridico come mezzo di operare la sostituzione della prestazione inadempita, la funzione che questo realizza è diversa in uno e in altro caso. Mentre in quel affare sopporta il mezzo per il quale si materializza l'adempimento coattivo del contratto, in questo secondo supposto è l'elemento che assegna sostanza alla propria sostituzione. Da lì che si può parlare giustamente dell'esistenza di un negozio di rimpiazzo o di copertura (o anche in danno, sostitutivo o compensativo), perchè il nuovo contratto celebrato per il creditore ha precisamente quella finalità: procurargli quella

prestazione che non ha potuto ottenere attraverso di quel che originalmente aveva concluso con codesto proposito, con traslazione posteriore delle conseguenze sfavorevole che si seguono di quella copertura.

L'articolazione delle sanzioni contro un inadempimento contrattuale dipende dalla decisione della politica legislativa che abbia presso ogni ordinamento. Gli unici criteri variabili sono la forza obbligatoria del contratto e la giusta soddisfazione del creditore, ma niente condiziona che loro adottino una materialità diversa in ragione delle particolarità storiche e culturali di ogni sistema. Quindi, non sembra che una delle modalità che adotta l'operazione di rimpiazzo sia preferibile in sè stessa dall'altra. Quella decisione dipenderà d'ogni sistema. Forse l'unico lineamento sia che il rimpiazzo coattivo, per il modo in cui assalisce la copertura, intima di una norma esplicita che dispensi il creditore di sottomettersi alla disciplina generale disposta per l'esecuzione forzata di un diritto di credito. Questo porta con sè che la manifestazione naturale di una regola de copertura sia il negozio di rimpiazzo, che non genera più problemi che quelli relazionati con la misura del danno richiamato con la sua invocazione. Tutta la discussione si tradurrà così in determinare i criteri di oponibilità del nuovo contratto come metodo di valorizzazione del danno tipico rassegnato per il creditore in suo interesse positivo. Da sua parte, il contratto inadempito resterà estinto per effetto della risoluzione esplicita o tacita che accompagna la copertura.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. OBRAS GENERALES: TRATADOS, MANUALES, CURSOS, COMENTARIOS

- ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto commerciale*, I, Roma, «Il Foro Italiano», 1931.
- ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto commerciale*, II, Roma, «Il Foro Italiano», 3ª ed., 1937.
- ASCARELLI, T., *Appunti di diritto commerciale*, III, Roma, «Il Foro Italiano», 1932.
- ASCARELLI, T., *Istituzioni di diritto commerciale*, Milán, Giuffè, reed., 1938.
- ANTONMATTEI, P. H./RAYNARD, J., *Contrats spéciaux*, París, Litec, 6ª ed., 2008.
- BADOSA COLL, F., *Dret d'obligacions*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1990.
- BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, Giuffrè, 1946.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BENABENT, A., *Les contracts spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ª ed., 2011.
- BENABENT, A., *Les obligations*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2001.
- BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*, I, Madrid, Victoriano Suárez, 3ª ed., 1924.
- BESTA, E., *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*, Padua, CEDAM, 1936
- BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- BLANCO CONSTANS, F., *Estudios de derecho mercantil según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, I, Madrid, Reus, 4ª ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, 1936.

- BOLAFFIO, L., *La legislazione commerciale italiana*, Turín, UTET, 6ª ed., 1934.
- CARNELUTTI, F., *Processo di esecuzione*, I, Milán, CEDAM, 1929.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson-Reuters, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, Reus, 16ª ed. actualizada por Gabriel García Cantero, 1992.
- CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1922.
- COING, H., *Derecho privado europeo, I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.
- DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milán, Guiffrè, 3ª ed., 1979.
- DELEBECQUE, P./GERMAIN, M., *Traité de droit commercial*, II, París, L.G.D.J., 11ª ed., 2000.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, París, Arthur Rousseau, 1925.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, VI, París, Arthur Rousseau, 1931.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, XXIV, París, Auguste Duchand/L. Hachette et Cie., 1868.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 6ª ed., 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 5ª ed., 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M., *Los Principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, Boloña/Roma, Zanichelli/Foro Italiano, 1988.
- ENNECCERUS, L./LEHMANN, H., *Derecho de obligaciones*, I, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1954.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, I, París, PUF, 2ª ed., 2010.



- FRANCHI, L./PAGANI, C., *Del commercio in generale*, Milán, Francesco Vallardi, s.d.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, S. Aguirre, 1936.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, S. Aguirre Impresor, 1940.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, Imprenta de Silverio Aguirre Torre, 5ª ed., 1952.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado de Derecho mercantil*, III-1: *Obligaciones y contratos mercantiles*, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1963.
- GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de la legislación comercial española a base del Código de Comercio*, IV, Barcelona, Librería Bosch, 1930.
- GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, París, L.G.D.J., 3ª ed., 1993.
- GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, trad. de Juan M. Semon, Buenos Aires, Editora Argentina, 1957.
- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, II, trad. española, Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1909.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, ed. propia, 1976.
- GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, J. M.ª, *Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a toda la legislación comercial extranjera*, Valladolid, Imprenta Zapatero, s.d.
- HEINSHEIMER, K., *Derecho mercantil*, trad. de Agustín Vicente Gella, Barcelona, Labor, 1933.
- HEMARD, J., *Les contrats commerciaux. Les ventes commerciales – Le gage commercial*, París, Sirey, 1953.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ceura, 1983.
- HOLMES, O. W., *The Common Law*, Cambridge, John Harvard Library, 2009.

- JÖRS, P./KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. de Luis Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1937.
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civile positif français*, II, París, Sirey, 2ª ed., 1933.
- LACOUR, L./BOUTERON, J., *Précis de droit commercial*, I, París, Dalloz, 3ª ed., 1925.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii, *Elementos de derecho civil*, II-I, Madrid, Dykinson, 5ª ed., 2011.
- LANGLE Y RUBIO, E., *Derecho mercantil*, Madrid, Reus, 1931.
- LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, III, Bosch, 1959.
- LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general*, trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picaveda, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978.
- LAROMBIERE, L., *Théorie & pratique des obligations*, I, París, A. Durand, 1857.
- LARROUMET, C., *Droit civil*, III, París, Economica, 2ª ed., 1990.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, XVI, Bruselas/París, Bruylant/Marescq, 3ª ed., 1878.
- LORDI, L., *Le obbligazioni commerciali*, I, Milán, Libreria/«Athenaeum», 2ª ed., 1936.
- LYON-CAEN, C./RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, II, París, L.G.D.J., 4ª ed., 1909
- LYON-CAEN, C./RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, III, París, L.G.D.J., 4ª ed., 1909.
- LYON-CAEN, C./RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, IV, París, L.G.D.J., 4ª ed., 1907.
- MALAURIE, P./AYNES, L./GAUTIER, P-Y., *Les contrats spéciaux*, París, Defrénois/Lextenso, 5ª ed., 2011.
- MALAURIE, P./AYNES, L./STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, París, Defrénois, 2003.
- MARGHIERI, A., *Manuale di diritto commerciale*, Roma, Athenaeum, ed. renovada, 1922.

- MAZEAUD, H. y L./CHABAS, F., *Leçons de droit civil, II-1: Obligations, théorie générale*, París, Montchrestien, 8ª ed., 1991.
- MONTELLÁ, R., *Código de comercio español comentado (legislación, jurisprudencia y derecho comparado)*, III, Barcelona, Bosch Casa editorial, 1936.
- MOSSA, L., *Diritto commerciale*, I, Milán, Società Editrice Libreria, 1937.
- NAVARRINI, U., *Trattato teorico-prattico di diritto commerciale*, II, Turín, Fratelli Bocca, 1ª reimpr., 1920.
- PACCHIONI, G., *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Turín, Fratelli Bocca, 1927.
- PAZ RUBIO, J. M.ª *et alii*, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2000.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, II, París, L.G.D.J., 7ª ed., 1917.
- PUIG, P., *Contrats spéciaux*, París, Dalloz, 4ª ed., 2011.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, I-II, Barcelona, Bosch, 4ª ed., 1988.
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho civil español*, IV-1, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951.
- PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la navegación marítima*, Madrid, Tecnos, 2009.
- REDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padua, CEDAM, 1931.
- RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial*, París, L.G.D.J., 3ª ed., 1954.
- ROCCO, A., *Principii di Diritto commerciale. Parte generale*, Turín, UTET, 1928.
- RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, Nauta, 1969.
- SCHÄFER, H. B./OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. de Macarena von Carstenn-Lichtenfelde, Madrid, Tecnos, 1991.

- SCHEGGI, R., *Diritto commerciale. Parte generale. Lezioni universitarie*, Nápoles, Jovene, 1936.
- SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, trad. de Federico Werner, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- SERIAUX, A., *Contrats civils*, París, PUF, 2001.
- SERIAUX, A., *Droit des obligations*, París, PUF, 2ª ed., 1998.
- SOPRANO, E., *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, Turín, UTET, 1934.
- STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, París, Librairies Techniques, 1972.
- TAHLER, E./PERCEROU, J., *Traité élémentaire de droit commercial*, París, Arthur Rousseau, 8ª ed., 1931.
- TERRE, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *Les obligations*, París, Dalloz, 7ª ed., 1999.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, Londres, Sweet & Maxwell, 13ª ed. por Edwin Peel, 2011.
- TROPLONG, R. T., *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, XVI, París, Charles Hingray, 1846.
- VEIGA COPO, A., *Tratado de la prenda*, Madrid, Civitas/Thomson-Reuters, 2011.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1990.
- VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, La Académica, 4ª ed., 1960.
- VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, II, Milán, Ulrico Hoepli, 4ª ed., 1895.
- VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, V, Milán, Ulrico Hoepli, 4ª ed., 1896.
- VIVANTE, C., *Istituzioni di diritto commerciale*, Milán, Ulrico Hoepli, 55ª ed., 1935.
- VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, I, Milán, Francesco Vallardi, 5ª ed., 1922.
- VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milán, Francesco Vallardi, 5ª ed., 1923.

- VIVANTE, C., *Trattato di Diritto commerciale*, IV, 1926.
- VIVANTE, C., *Trattato di Diritto commerciale*, IV, Milán, Francesco Vallardi, 4ª ed., 1916.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, trad. de Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, 3ª ed., 1998.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon, 1987.

## II. OBRAS ESPECIALES: MONOGRAFÍAS Y TESIS

- ADAME GODDARD, J., *El contrato de compraventa internacional*, México D.F., McGraw-Hill, 1994.
- ANDREOLI, G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padua, CEDAM, 1937.
- AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español*, Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2011.
- ALTER, M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, París, L.G.D.J., 1972.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, Comares, 1997.
- ARE, G., *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, Asconia, 1928.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1998.
- ASQUINI, A., *Del contratto di trasporto*, Turín, UTET, 1935.
- AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, París, L.G.D.J., 1990.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Boloña, Real Colegio de España, 1987.
- BARCELLONA, M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico: formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milán, Guiffrè, 1980.

- BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007.
- BEDARRIDE, J./ABRAHAM, B., *Des achats et des ventes*, París, L. Larose/L. Tenin, 1909.
- BELLISSANT, J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, París, L.G.D.J., 2001.
- BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998.
- BARASSI, L., *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, Libreria, 1906.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
- CANO HURTADO, M.<sup>ª</sup> D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Madrid, Dykinson, 2005.
- CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas de acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Bosch, 1993.
- CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, 1989.
- CAPUTO, A., *La liquidazione coattiva dei contratti di borsa*, Roma, Il Foro Italiano, 1933.
- CASTREANA HERRERA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- CATTANEO, G., *Della mora del creditore*, Boloña/Roma, Nicola Zanichelli/Il Foro Italiano, 1973.
- CHANTIER, Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, París, Dalloz, 1983.
- CHENEDE, F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, París, Economica, 2008.

- CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
- CORRAL TALCIANI, H., *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot/LegalPublishing, 2010.
- COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Granada, Comares, 2005.
- CUENA BOY, F., *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el Derecho romano clásico*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010.
- CUTUGNO, D., *La tutela dell'acquirente di bene immobili, mobili e de consumo*, Milán, Guiffrè, 2009.
- D'ANGELO, A., *Contratto e operazione economica*, Turín, Giappichelli, 1992.
- DALMARTELLO, A., *L'esecuzione dei soci dalle società commerciali*, Padua, CEDAM, 1939.
- DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Ejecución forzosa en el proceso civil*, Granada, Comares, 2ª ed., 2008.
- DE GREGORIO, A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, Turín, UTET, 1938.
- DELAYEN, G./HOMBURG, R./CHOTIAU, G., *Des marchés commerciaux*, París, Goddé, 1927
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1996.
- DI MAJO, A., *La responsabilità contrattuale*, Turín, Giappichelli, 1997.
- DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali*, Turín, Giampichelli, 2009.
- DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho global?*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2008.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, José M.ª Bosch, 1990.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001.

- FERRARA, F., *L'esecuzione coattiva della compra-vendita commerciale*, Milán, Guiffrè, 1937.
- FERRER DE SAN SEGUNDO, M.<sup>a</sup> J., *La obligación negativa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- FRIED, C., *La obligación contractual. El contrato como promesa*, trad. de Pablo Ruiz Tagle Vial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- FUENTES GUÍÑEZ, R., *La extensión del daño contractual*, Madrid, La Ley, 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 3<sup>a</sup> ed., 2010.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, 2008.
- GARRIGES LÓPEZ-CHICHERI, L. J., *Imágenes de una vida: Joaquín Garrigues*, Madrid, ed. del autor, 1994.
- GHESTIN, J./JAMIN, C./BILLIAU, M. *Les effets du contrat*, París, L.G.D.J., 3<sup>a</sup> ed., 2001.
- GIMENO GIL, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa*, Granada, Comares, 2013.
- GIORGIANI, M., *L'inadempimento*, Milán, Guiffrè, 1959.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002.
- GORLA, G., *La compravendita e la permuta*, Turín, UTET, 1937.
- GRECO. P./COTTINO, G., *Della vendita*, Boloña/Roma, Nicola Zanichelli/Il Foro Italiano, 1962.
- GONZÁLEZ DE CARDENAL, O., *Alfonso Querejazu-Joaquín Garrigues. Correspondencia y escritos (1954-1974)*, Madrid, Trotta, 2<sup>a</sup> ed., 2005.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Valladolid, Lex Nova, 1999.



- GUZMÁN BRITO, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005.
- GUZMÁN BRITO, A., *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.
- HECK, P., *El problema de la creación del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Barcelona, Ariel, 1999.
- HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales*, The Hague, Kluwer Law International, 3ª ed., 1999.
- HUET, J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, tesis inédita, Université de Paris II, 1978.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994.
- KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Ciudad de México, Fondo de la Cultura Económica, 3ª ed., 2006.
- KUHN, T., *La tensión esencial: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de las ciencias*, Ciudad de México, Fondo de la Cultura Económica, 1983.
- KUHN, T., *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1989.
- LAGOS VILLARREAL, O., *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006.
- LAITHIER, Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, París, L.G.D.J., 2007.
- LAMARCA I MARQUÈS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Boloña, Real Colegio de España, 2001.
- LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, Bosch, 1958.

- LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la «aestimatio rei» y el «id quod interest»*, Madrid, Trivium, 1999.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia*, Murcia, Universidad de Murcia, 1960.
- LUMINOSO, A., *La compravendita*, Turín, G. Giappichelli, 4ª ed., 2004.
- LUPOI, M., *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milán, Guiffrè, 1969.
- MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, J., *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.
- MATEUCCI, N., *Domat, un magistrato giansenista*, Boloña, Il Mulino, 1959.
- MENÉNDEZ, A., *Sobre la moderna Escuela española de Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1993.
- MESSINEO, F., *I titoli di credito*, Padua, CEDAM, 2ª ed., 1933.
- MONFORT FERRRERO, M.ª J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslaticios de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2010.
- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Medios para forzar el cumplimiento*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
- MOXICA ROMÁN, J., *La compraventa mercantil e instituciones afines. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, con la colaboración de Gloria Moxica Pruneda, Elcano, Aranzadi, 2000.

- OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004.
- ORDUÑA MORENO, F. (dir.), *La protección patrimonial del crédito*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- ORDUÑA MORENO, F. (dir.), *La protección patrimonial del crédito*, II, Madrid, Civitas/ThomsonReuters, 2010.
- ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2005.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Montecorvo, 1986.
- PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, París, L.G.D.J., 1989.
- PINNA, A., *La mesure du préjudice contractuel*, París, L.G.D.J., 2007.
- PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, Giuffrè, 1935.
- RAMELLA, A., *La venta nel moderno Diritto*, I: *Parte generale*, Milán, Libreria, 1920.
- REIFEGERSTE, S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Madrid, Colex, 2000.
- ROMANO, S., *Vendita. Contratto estimatorio*, Milán, Francesco Vallardi, 1960.
- RUBINO, D., *La compravendita*, Milán, A. Guiffè, 1952.
- RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de propiedad*, Boloña, Real Colegio de España, 1993.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>ª</sup> E., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Civitas, 2000.
- SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, 1964.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

- SANPONS SALGADO, M., *El mandato*, Barcelona, Ánfora, 1964.
- SCHEGGI, R., *Compravendita, trasporto e noleggio, assicurazione. Lezioni universitarie di Diritto commerciale*, Nápoles, Jovene, 1937.
- SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- TARTUFARI, L./SOPRANO, E., *Della vendita e del riporto*, Turín, UTET, 6ª ed., 1936.
- VARGAS VASSEROT, C., *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez: dos mercantilistas almerienses*, Almería, Universidad de Almería, 1997.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 21ª ed., 2008.
- VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Boloña, Real Colegio de España, 1995.
- VIDAL OLIVARES, A., *La protección del comprador*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006.
- VINEY, G./JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, París, L.G.D.J., 3ª ed., 2006.
- WERY, P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruselas, Kluwer, 1993.
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de Tierno Galván, Madrid, Alianza, 2ª ed., 1979.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

### III. ARTÍCULOS Y COOPERACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- ADAME GODDARD, J., «El derecho natural y los contratos», en AYUSO, M. (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 189-200.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en*

- homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 1251-1274.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre si la moderación del artículo 1103 del CC es o no aplicable a la culpa extracontractual», AC 1 (2005), pp. 5-24.
- ANCEL, P., «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», RTDciv 4 (1999) pp. 771-810.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Artículo 1107», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, II, pp. 53-62.
- ÁNGEL YÁNGÜEZ, R. «Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 1322-1352.
- ARANA DE LA FUENTE, I., «Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 1353-1356.
- ASCARELLI, T., «Sulla derogabilità delle forme di cui all’art. 363 Cod. Comm.», RDPC III (1927), pp. 24-40.
- BADA DE COMINGES, M.<sup>a</sup>, «Artículo 40», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J./MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de transporte terrestre*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2010, pp. 495-499.
- BADOSA COLL, F., «Article 121-2», en LAMARCA I MARQUÈS, A./VAQUER ALOY, A. (ed.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 305-342.
- BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 1099», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 30-32.

- BARRÓN ARNICHES, P., «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de *efficient breach of contract*?», *Diario La Ley* 6839 (2007).
- BARROS BOURIE, E., «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», en BARROS, E./GARCÍA, M<sup>a</sup> P./MORALES, A. M., *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 135-192.
- BARROS BOURIE, E., «La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos», en CORRAL TALCIANI, H./RODRÍGUEZ PINTO, M.<sup>a</sup> S. (eds.), *Estudios de derecho civil II*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 721-752.
- BARROS BOURIE, E., «La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*», *Estudios Públicos* 112 (2008), pp. 309-338.
- BARROS BOURIE, E., «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS, E./GARCÍA, M.<sup>a</sup> P./MORALES, A. M., *Derecho de daños*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-78.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *RDBB* 102 (2006), pp. 303-316.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Biobibliografía del profesor Joaquín Garrigues», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, I, pp. xiii-lxxi.
- BERNARD, M., «Étude sur l'exécution en Bourse d'actions ou d'obligations non libérées», *Annales de droit commercial français, étranger et international* 18 (1904/1905), pp. 65-82 y 125-154.

- BETTI, E., «Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione» (1920), ahora en BETTI, E./CARNELUTTI, F., *Diritto sostanziale e processo*, Milán, Guiffrè, 2006, pp. 1-202.
- BISHOP, W., «The Choice of Remedy for Breach of Contract», *Journal of Legal Studies* 14 (1985).
- BOBBIO, N., «Sanzione», en AZARA, A./EULA, E. (dir.), *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Turín, UTET, 1969, pp. 530-540.
- BOLCHINI, F., «La vendita per autorità del creditore nel diritto italiano», *RDCom VI* (1908) 1, pp. 429-459.
- CANARIS, C.-W., «La mancata attuazione del rapporto obligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle *Leistungsstörungen*», *RDC XLIX* (2003) 1.
- CANNATA, C. A., «Dai giuristi ai codici, dei codici i giuristi (Le regole della responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)», *RTDPC* 35 (1981), pp. 993-1013.
- CARRASCO PERERA, A., «Contenido y realización del derecho de prenda posesoria», en CARRASCO, A./CORDERO, E./MARÍN, M., *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2ª ed., 2008.
- CASTRESANA HERRERO, A., «A propósito de un ensayo de síntesis: realidad histórica y experiencia jurídica», en CARVAJAL RAMÍREZ, P. (ed.), *Estudios de derecho Romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Santiago, Librotecnia, 2007, pp. 245-258.
- CASTRONOVO, C., «La risoluzione del contratto nel diritto italiano», en VACCA, L. (ed.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Turín, G. Giappichelli, 1999, pp. 205-243.
- CAVANILLAS MUGICA, S., «Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad», *CDJ* 8 (1996), pp. 619-640.
- CHÉNEDÉ, F., «Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones», *RChDP* 18 (2012), pp. 123-148.

- CIPOLLA, C. M., «Cuando messer Giotto alquilaba los telares», ahora en *Pequeñas crónicas*, trad. de María Pons, Madrid, Crítica, 2011.
- CIVETTA, M. G., «Il termino per l'esecuzione coattiva di cui all'art. 68», en RDCom XVII (1920) 2, pp. 398-401.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual», ADC XLI (1988) 4, pp. 1283-1289.
- CLEMENTE MEORO, M., «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», BMJ 2131 (2011).
- CLEMENTEL, V., «L'autotutela unilaterale attiva», en PASQUALE, G. (ed.), *La disciplina dell'autotutela*, Padua, CEDAM, 2010, pp. 113-141.
- CORRAL TALCIANI, H., «Influencia de Pothier en la consagración de la regla de la previsibilidad de los daños contractuales en las tradiciones de Derecho Civil y de *Common Law*» (2009), ahora en *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Abeledo-Perrot/LexisNexis, 2010, pp. 205-222.
- CRISCUOLI, G., «Buona fede e ragionevolezza», RDC 30 (1984), pp. 709-754.
- CRISCUOLI, G., «Il dovere di mitigare il danno subito», RDC XVIII (1972) 6, pp. 553-606.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii, *Elementos de derecho civil*, II-I, Madrid, Dykinson, 5ª ed., 2011.
- DELVAUX, P.-H., «Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 669-697.



- DE VRIES, G., «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil and Common Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR», *ERPL* 17 (2009) 4, pp. 581-597.
- DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil», *ADC* XLI (1988) 4, pp. 1133-1224.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 1888», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1943-1946.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El derecho de obligaciones en la codificación civil española», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, I, pp. 707-717.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Reforma de los códigos y Derecho europeo», *ADC* LVI (2003) 4, pp. 1565-1574.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., «Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno», *RDUdC* 209 (2001), pp. 7-27.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer», en LLAMAS POMBO, E. (ed.), *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, I, pp. 557-586.
- ESPINA, D., «El carácter mercantil de la unificación internacional del derecho contractual», *RCDI* 710 (2008), pp. 2431-2484 = FERRER VANDRELL, María Pilar/MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, pp. 102-153.
- ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, EUNSA, 1969, pp. 111-164.

- FENOY PICÓN, N., «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de modernización del Código Civil de 2009», en DE LA MAZA GAZMURI, Í. (coord.), CAJDP VII (2011), pp. 27-46.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: aspectos generales. El incumplimiento», ADC LXIII (2010) 1, pp. 47-136.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», ADC LXIV (2011) 4, pp. 1481-1685.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B., «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», RJC 108 (2009) 2, pp. 479-498.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, I., «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la “remoteness rule”», ADC LXIV (2011) 1, pp. 125-156.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, I., «*The Achilleas*: la *remoteness rule* sometida a debate en la *House of Lords*», CAJDP VII (2011), pp. 295-311.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones», RCDI 639 (1997), pp. 403-462.
- FRIEDMANN, D., «Rights and Remedies», en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford, Hart, 2004, pp. 3-17.
- FULLER, L./PERDUE, R., «The Reliance Interest en Contract Damages», *The Yale Law Journal* 46 (1936-1937), pp. 52-96 y 373-420.
- GABRIELLI, E., «Il contratto e l'operazione economica», RDC 49 (2003) 2, pp. 93-114.
- GABRIELLI, E., «L'operazione economica nella teoria del contratto», RTDPC 63 (2009) 3, pp. 905-940.

- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento. Algunas cuestiones», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 1881-1902.
- GARRIDO, J. M.<sup>a</sup>, «Teoría general de la preferencia», ADC LI (1998) 4, pp. 1769-1864.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., «Presuposición y riesgo contractual», ADC LX (1987) 2, pp. 525-600.
- GHESTIN, J., «Jean Domat et le Code Civil français», en CENDON, P. (ed.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milán, Guiffrè, 1994, pp. 533-557.
- GIRGADO, P., «Francesco Ferrara jr.», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, IV, pp. 524-526.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Artículo 1575», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, II, pp. 1147-1152.
- GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual», *InDret* 3 (2007).
- GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «El pensamiento de Joaquín Garrigues en relación con el método en la ciencia del derecho», en SÁNCHEZ CALERO, F. (ed.), *Joaquín Garrigues. Jurista y universitario ejemplar*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 131-143.
- GONZÁLEZ, J., «Materiales para una investigación fenomenológica sobre el dinero», *Arbor* 736 (2009), pp. 289-302.
- GORDLEY, J., «The Foreseeability Limitation on Liability in Contract», en HARTKAMP, A. *et alii* (ed), *Towards an European Civil Code*, WoltersKluwer/ArsAequi, Aphen aan de Rijn, 4<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 699-714.
- GUZMÁN BRITO, A., «De la “stipulatio” romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos códigos civiles», *ReA* 22 (2006), pp. 43-65.

- GUZMÁN BRITO, A., «La promesa obligacional en las “Partidas” como sede de la doctrina general de las obligaciones», RChD XXXIV-3 (2007), pp. 395-404.
- JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», RJUAM 19 (2009), pp. 155-179.
- JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual (primer y último repaso)», ADC XLI (1988) 3, pp. 817-836.
- JORDANO FRAGA, F., «¿Unas bases de la responsabilidad contractual?», ADC XLVII (1994) 2, pp. 325-340.
- JOURDAIN, P., «Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle», en MICHEAUX, P. (ed.), *Les métamorphoses de la responsabilité*, París, PUF, 1997, pp. 65 ss.
- KHAIRALLAH, G., «Le “raisonnable” en droit privé français. Développements récents», RTDciv 2 (1984), pp. 439-467.
- LANGLE RUBIO, E., «El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del derecho mercantil», RDM 80 (1961), pp. 319-373.
- LARROUMET, C., «Pour la responsabilité contractuelle», en VV. AA., *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, París, Litec, 2001, pp. 543 ss.
- LARROUMET, C., «A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente», CAJDP 1 (2003), pp. 17-32.
- LE GALL, J.P., «Le retard dans la livraison des marchandises vendues», RTDCom 1 (1963), p. 265.
- LEÓN ALONSO, J., «Artículo 1715», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1518-1540.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>, «Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil», en GARCÍA SÁNCHEZ, J. *et alii* (eds.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pp. 579-595.

- LEÓN GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en LLAMAS POMBO, E. (ed.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, II, pp. 133-148.
- LETOURMY, A., «La responsabilité délictuelle des contractants», RTDCiv (1998), pp. 839 ss.
- LIDIA NICOLAU, N., «El principio de razonabilidad en el derecho privado», RDP 94 (2010) 1, pp. 3-25.
- LLAMAS POMBO, E., «Artículo 1107», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (ed.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1219-1121.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Subrogación real (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, IV, pp. 637-638.
- LUNA YERGA, A. *et alii*, «Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *Indret* 2 (2002).
- MANTILLA ESPINOSA, F. «El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia», RChDP 16 (2011), pp. 187-241.
- MARSAL GUILLAMET, J./LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> E. , «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos: cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 2455-2470.
- MARTIN DE LA MOUTTE, J., «Les sanctions de l'obligation de délivrance», en HAMEL, J. (ed.), *La vente commerciale de marchandises*, París, Dalloz, 1951, pp. 187-240.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La prenda de cosa fructífera y el artículo 1868 del Código Civil», RCDI 593 (1989), pp. 1049-1112.

- MARTÍNEZ SANZ, F., «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil-Código de comercio?», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 509-524.
- MAZEAUD, D., «Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, pp. 295-314.
- MEMMO, D., «La responsabilidad por incumplimiento contractual: el modelo alemán», en GALGANO, F. (coord.), *Atlas de Derecho privado comparado*, trad. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000.
- MENÉNDEZ, A., «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate» (1983), ahora en *Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 59-76.
- MILLÁN PUELLES, A., «Para una fenomenología del dinero», *Anuario Filosófico* 4 (1971), pp. 245-271.
- MIRA ROS, C., «Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria», RGDP 16 (2008).
- MONTÉS PENADÉS, V., «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, II, pp. 2423-2462.
- MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa» (2003), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 93-144.
- MORALES MORENO, A. M., «Artículo 35», en DíEZ-PICAZO, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor, Civitas, 1997.
- MORALES MORENO, A. M., «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías» (1998), ahora

en *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 203-221.

MORALES MORENO, A. M., «Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de obligaciones» (2000), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. pp. 145-159.

MORALES MORENO, A. M., «Causa (Dº. Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, I, pp. 958-963.

MORALES MORENO, A. M., «Claves de la modernización del derecho de obligaciones», *Diario La Ley* 7765 (2011).

MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)» (1999), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 257-287.

MORALES MORENO, A. M., «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor» (2005), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 189-202.

MORALES MORENO, A. M., «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)» (1983), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 323-348.

MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 400-422.

MORALES MORENO, A. M., «Evolución del concepto de obligación en derecho español» (2005), ahora en *La modernización del*

*derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 17-54.

- MORALES MORENO, A. M., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)» (1992), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 223-256
- MORALES MORENO, A. M., «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria» (2006), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 55-92.
- MORALES MORENO, A. M., «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento de contrato», en BARROS, E./GARCÍA, M.<sup>a</sup> P./MORALES, A. M., *Derecho de daños*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 193-221.
- MORALES MORENO, A. M., «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos», *ARAJL* (2011), pp. 455-476.
- MORALES MORENO, A. M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC LXV* (2012) 1, pp. 5-28.
- MOZOS TOUYÁ, J. J., «En torno a la idea de incumplimiento en el derecho civil español», *ReA* 22 (2006), pp. 145-161.
- MORÁN BOVIO, D., «Incumplimiento», en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2<sup>a</sup> ed., 2003.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., «Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de "efficient breach"», *InDret* 2 (2012).
- NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios europeos de Derecho de los contratos (con especial referencia al Derecho español)», *AC* 4 (2000), pp. 1235-1262.



- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Artículo 1156», en CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Artículo 1157», en CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Artículo 1158», en CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- OLIVA SANTOS, A., «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS, J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 873-882.
- OLIVA SANTOS, A., «De la ejecución no dineraria», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS, J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 1178-1208.
- OLIVA SANTOS, «De los títulos ejecutivos», en OLIVA, A./DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS, J./BANACLOCHE, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 883-901.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Un Código Mercantil del siglo XXI», en GÓMEZ SEGADÉ, J. A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 53-62.
- PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), *Curso de derecho civil, II*, Madrid, Colex, 3ª ed., 2011, pp. 181-224.
- PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> L., «El remedio resolutorio en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 423-447.

- PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> L., «La resolución por incumplimiento como medio de tutela en caso de incumplimiento», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (coord.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y trasnacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009.
- SHAVELL, S., «The Design of Contracts and Remedies for Breach», *Quarterly Journal of Economics* 99 (1984).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación subjetiva», en JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, pp. 21-88.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», en PAZ-ARES, C. (ed.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1971-2003.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, I, pp. 973-976.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, II, pp. 1561-1591.
- PRIETO, F., «Culpa (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, pp. 1863-1866.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, pp. 1896-1899.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Incumplimiento (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, pp. 3507-3509.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Indemnización (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, pp. 3517-3520.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC XLIV* (1991), pp. 1019-1092.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC XLVI* (1993) 4, pp. 1719-1746.

- PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», ADC XLII (1989) 4, pp. 1152-1155.
- PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, IV, pp. 5922-5926.
- PAU, A., «Charles Dumoulin», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, II, pp. 174-177.
- PERERA, Á., «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», *InDret*, 1(2006).
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.<sup>a</sup> C., «Ficheros de solvencia patrimonial y de crédito: cuestiones civiles y su apreciación por los tribunales del contencioso-administrativo», RDP 28(2012), pp. 147-183.
- PÉREZ RAGONE, A., «El modelo orgánico de la ejecución civil desjudicializada desde el punto de vista del derecho comparado. Mitos y realidades de la desjudicialización», RDUCV XXXVIII (2012), pp. 393-430.
- PINORI, A., «La regola della c.d. causalità giuridica. Le conseguenze immediate e dirette e i danni prevedibili», en VISINTINI, G. (ed.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Milán, CEDAM, 2009, pp. 313-363.
- PIZARRO WILSON, C., «La influencia del *Code* en el Código de Bello en Derecho de obligaciones: ¿existe la responsabilidad contractual?» (2004), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 121-135.
- POSNER, R. A./RASMUSEN, E. B., «Creating and Enforcing Norms, with Special Reference of Sanctions», *International Review of Law and Economics* 19 (1999), pp. 369-382.
- PUIG BRUTAU, J., «Comentario final del traductor», en FULLER, L./PERDUE, W., *Indemnización de daños contractuales y protección de la confianza*, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 143-182.

- PUIG PEÑA, F., «Cuasicontratos», en MASCAREÑAS, C. E. (ed.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VI, Barcelona, Francisco Seix, 1954, pp. 47-62.
- RAMOS HERRANZ, I., «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *ADC LIX* (2006) 1, pp. 195-225.
- REMY, P., «La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept», *RTDCiv* 2 (1997), pp. 323-355.
- REMY, P., «Critique du système français de responsabilité civile», *Revue juridique de l’USEK* 5 (1997), pp. 49-68.
- ROCA I TRÍAS, E., «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ* 2132 (2011).
- ROCA JUAN, J., «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, Tecnos, 1976, II, pp. 521-548.
- ROCCO, A., «Studi sulla teoría generale del fallimento», *RDCom* 1 (1910), pp. 669-697 y 885.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo», en *Diario La Ley* 7322 (2010).
- ROJO, A., «El *Curso de Derecho mercantil* de Joaquín Garrigues», en Sánchez Calero, F. (ed.), *Joaquín Garrigues. Jurista y universitario ejemplar*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 231-254.
- ROJO AJURIA, L., «Dolo (en el cumplimiento de las obligaciones) (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, pp. 2584-2585.
- ROSELLO, C., «Il danno evitabile con l’ordinaria diligenza», en VISINTINI, G. (ed.), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milán, Guiffè, 1984.
- ROXIN, C., «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal» (1970), en *Problemas básicos del derecho*

*penal* (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, pp. 128-148.

- SABORIDO SÁNCHEZ, P., «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *InDret* 1 (2013).
- SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* 4(2009) = BMJ 2130 (2011).
- SALVADOR CODERCH, P., «Artículo 1600», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (ed.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1211-1212.
- SALVADOR CODERCH, P./AZAGRA MALO, A./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos», *InDret* 3 (2004).
- SALVADOR CODERCH, P./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad (tercera edición)», *Indret* 1 (2006).
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, IV, pp. 337-344.
- SÁNCHEZ CASTRO, J. D., «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?», *ADC* LXIII (2010) 4, pp. 1725-1787.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., «La compraventa: algunas singularidades a la luz del Proyecto de Marco Común de Referencia», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (ed.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 319-364.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho*

*contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 448-483.

SAN MARTÍN NEIRA, L., «El criterio de “lo razonable”. Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño», *Derecho y Justicia* 1 (2011), pp. 43-66.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Artículo 1124», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (ed.), *Comentario al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1247-1251.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC LXIV* (2011) 4, pp. 1685-1724.

SAVAUX, «La fin de la responsabilité contractuelle», *RTDCiv* (1999), pp. 1 y ss.

SERINET, Y.-M., «L’effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 589-668.

SERRAT, J. M.<sup>a</sup>, «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *InDret*, 1(2010).

SHAVELL, S., «Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis», *Texas Law Review* 84 (2006), pp. 831 y ss.

SHERWIN, E. L., «An Essay of Private Remedies», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 6 (1993), pp. 89-112.

SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* 1 (2009).

SOLER PRESAS, A., «Artículos 75-76», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 1997.

- SOLER PRESAS, A., «Artículo 77», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 1997.
- SRAFFA, A., «Il momento della notizia per l'inizio del procedimento nella esecuzione coattiva (art- 69 cod. di comm.)», *RDCom XV (1918) 2*, pp. 157-163.
- TALLON, D., *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, *RTDCiv 2 (1994)*, pp. 223-238.
- TALLON, D., «La inejecución del contrato: para otra presentación», *RDUdC 225-226 (2009)*, pp. 91-111.
- TALLON, D., «Pourquoi parler de faute contractuelle», en BEAUCHARD, J./COUVROT, P. (ed.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, París, PUF, 1994, pp. 429 ss.
- TORRALBA SORIANO, O., «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC XXIV (1971) 4*, pp. 1143-1166.
- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VÉRGEZ, M., «EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL: disciplina general», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil, II*, Madrid, Thompson-Civitas, 2ª ed., 2007 pp. 89-116.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cinco olvidos o confusiones en torno al concepto de justicia», *Verbo 103 (1973)*, pp. 227-239.
- VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad. ¿Supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC LXIV (2011) 1*, pp. 5-40 = ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 369-399.
- VAQUER ALOY, A., «Marco general del nuevo Derecho de contratos», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (ed.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 31-70.

- VERDERA SERVER, R., «Artículo 1096», CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- VERDERA SERVER, R., «Artículo 1098», CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- VERDERA SERVER, R., «Artículo 1099», CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (ed.), *Código Civil comentado*, Cizur Menor, Civitas/ThomsonReuters, 2011, III.
- VÉRGEZ, M., «Compraventa mercantil y contrato de permuta», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Contratos mercantiles*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pp. 77-95.
- VERGÉZ, M., «Compraventa mercantil y contrato de permuta», en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.), *Contratos mercantiles*, Aranzadi Thomson-Reuters, 4ª ed., 2009, I, pp. 143-167.
- VIDAL OLIVARES, Á., «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la *Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español*», RChDP 16 (2011), pp. 243-304.
- VIDAL OLIVARES, Á., «La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento» (2008), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 251-283.
- VIDAL OLIVARES, Á., «La construcción de la regla contractual en el Derecho civil de los contratos» (2000), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 33-57.
- VIDAL OLIVARES, Á., «La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión del jurista americano», en VV. AA., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 429-452.
- VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional» (2005),



- ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 219-249.
- VIDAL OLIVARES, Á., «La noción de persona razonable en la compraventa internacional», en CABANILLAS SÁNCHEZ, S. (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, II, pp. 3277-3305.
- VIDAL OLIVARES, Á., «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil» (2006), ahora en PIZARRO, C./VIDAL, A., *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 285-297.
- VILLEY, M., «Esquisse historique sur le mot responsable», en VV. AA., *La responsabilité*, París, Sirey, 1977, pp. 45-58.
- VILLEY, M., «Le contrat (Préface historique à l'étude de notion de contrat)» (1968), ahora en *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, París, Dalloz, 1969, pp. 234-246.
- VINEY, G., «Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français», en FONTAINE, M./VINEY, G. (ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 167-203.
- VINEY, G., «La responsabilité contractuelle en question», en VV. AA., *Le contrat au début du XXIe siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, París, L.G.D.J., 2001), pp. 925 ss.
- VIVANTE, C., «Il momento dell'esecuzione coattiva (art. 68 Cod. Comm.)», RDCom. XVIII (1921) 1, pp. 498-502.
- WIAECKER, F., «Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichehn Schuldrecht», en DIETZ, R./HÜNER, H. (ed.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, München/Berlin, C. H. Beck, 1965, I, pp. 783-812.

XIOL RÍOS, J. A., «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *BMJ* 2132 (2011).

ZURIMEDI ISLA, A., «Artículo 19», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J./MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de transporte terrestre*, Cizur Menor, Aranzadi/ThomsonReuters, 2010, pp. 239-251.

#### IV. NOTAS Y COMENTARIOS DE SENTENCIA

ARIJA SOUTULLO, C., «Los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento», *RDPat* 17 (2006), pp. 181-187.

ESPIAU, S., *CCJC* 54 (2000), § 1481, pp. 1277-1287.

GARCÍA VICENTE, J. R., *CCJC* 86 (2011), § 2276, pp. 767-784.

GARCÍA VICENTE, J. R., *CCJC* 87 (2011), § 2321, pp. 1775-1794.

GARCÍA VICENTE, *CCJC* 87 (2011), § 2322, pp. 1775-1794.

GILI SALDAÑA, *CCJC* 86 (2011), § 2288, pp. 1075-1096.

IGARTUA ARREGUI, F., *CCJC* 5 (1984), § 136, pp. 1631-1644.

SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1ª de 15-11-94)», *ADC XLVIII* (1995) 2, pp. 951-969.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., *CCJC* 75 (2007), § 2003, pp. 1319-1328.

#### V. FUENTES: ESPAÑOLAS, HISTÓRICAS Y COMPARADAS

*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861*, Darmstadt, Scientia, reimp., 1973.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (2nd) of Contract*, St Paul, Minn, ed. propia, 1981.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Principios del Derecho contractual comunitario (“Acquis Principles”)», en FERRER VANDRELL, M.ª P./MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (dirs.), *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Madrid, Dykinson, 2009.

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Projet de cadre commun de référence: Principes contractuels communs*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008.
- BENUSSI, A. (coord.), *Il Codice di Commercio Generale unitamente alle leggi complementari e alle principali disposizioni ministeriali nella materia con raffronti per l'uso pratico*, Innsbruck, Libreria Accademica Wagneriana, 1911.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC LX* (2007) 2.
- CATALA, P./MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme du Droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006.
- Code de Commerce allemand et Règlement général sur le contrat de change*, trad. de Victor Foucher y L. Tolhausen, París, Firmin Didot Frères et Fils/veuve Joubert, 1864.
- Codice de Commercio del Regno d'Italia*, Milán, Francesco Pagnoni, 1866.
- Código Civil alemán (BGB)*, edición comentada a cargo de Emilio Eiranova Encinas, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, edición dirigida por Albert Lamarca i Marquès, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Código Civil japonés*, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barberán y Rafael Domingo con la colaboración de Nobuo Hayashi, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.
- Código de Comercio alemán*, trad. de Alfonso Martínez-Echeverría, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial*, trad. de José María Garrido autorizada por The American Law Institute, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- BAR, C./CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, I, Munich, Sellier, 2009.

- BIGOT DE PREAMENEU, F. J., «Exposition des motifs sur le projet de loi, titre II livre III, du Code Civil, concernant les contrats et les obligations conventionnelles en général», en MAVIDAL, J./LAURENT, E., *Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860*, V, París, Paul Dupont, 1865, pp. 259-287.
- CABALLINUS, G., *De eo quod interest: tractatus ad theoricam*, Colonia, Joannes Gymnicus, 1576.
- CISG Advisory Council Opinion No. 7: *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa», BMJ 1988 (2005), pp. 2076-2092.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, «Propuesta de Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», BMJ 2006 (2006), pp. 605-618.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», BMJ LXIII (2009) [suplemento].
- CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidos en España*, Madrid, Imprenta Héroes, 1964.
- CUYACIO, J., *Operum*, V, Nápoles, Typis ac Sumptibus Michaelis Aloyssi Mutio, 1722.
- Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Publicaciones de la Universidad del Externado de Colombia, 2006.

- DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, aux Dépens de la Société, 1745.
- GANDOLFI, G. (ed.), *Code européen des contrats. Avant-projet, Livre premier*, Milán, Guiffrè, 1999.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, Cometa, 1974.
- GAYO, *Instituciones jurídicas*, trad. de Francisco Samper Polo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GROTIJ, H., *De jure belli ac pacis*, Ámsterdam, Iohannem Blaeu, editio nova, 1646.
- HONDIUS, E./HEUTGER, V./JELOSCHKE, C./SIVESAND, H/WIEWIOROWSKA, A., *Principles of European Law on Sales (PELS)*, Sellier/Bruylant/Staempfli, Múnich, 2008.
- LANDO, O./BEALE, H. (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, trad. de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- Lavori preparatorii del Codice de Commercio del Regno d'Italia*, Roma, Regia Tipografia, 1883.
- LENEL, O., *Essai de reconstitution de l'Edit Perpétuel*, trad. de Frédéric Peltier, París, Société du Recueil Général des Lois & des Arrêtes, 1903.
- MCGREGOR, H., *CONTRACT Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. de José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, Bosch, 1996.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, ed. propia, 2009.
- MOLINEO, C., *Extricatio labyrinthi de eo quod interest*, París, Vincetium Sertenas, 1555.
- PECES-BARBA DEL BRÍO, G./BARRIOS NAVARRO, I., *Leyes mercantiles (conforme a los textos oficiales) concordadas, anotadas y con índices completísimos*, Madrid, Lex, 1948.
- POTHIER, R., *Traité des obligations*.

- PIZARRO WILSON, C. (ed.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012.
- UNCITRAL, «Comentarios del Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparados por la Secretaría [Documento A/CONF.97/5]», en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. Documentos oficiales*, Nueva York, ed. propia, 1981, pp. 15-72.
- TERRE, F. (ed.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz-Sirey, 2008.
- UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, edición española bajo la dirección de Alejandro Garro, Roma, Thomson-Aranzadi, 2007.
- VIVES MONTERO, M.<sup>ª</sup> L., «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *ADC LV* (2002) 3.
- WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandecte*, II, trad. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, UTET, 1925.

#### VI. DICCIONARIOS Y OTROS MATERIALES

- BURTON, W. C., *Burton's Legal Thesaurus*, Nueva York, Macmillan, 3<sup>ª</sup> ed., 1998.
- ESCRICHE Y MARTÍN, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Rosa Bouret y Cía., nueva edición por Juan B. Guim, 1852.
- GARNER, B. (ed.), *Black's Law Dictionary*, Saint Paul, Thomson-West, 8<sup>ª</sup> ed., 2004.
- HATZFELD, A./DARMESTETER, A., *Dictionnaire général de la langue française du commencement du XVIIe siècle jusqu'à nos jours*, París, Delagrave, reimp., 1964.
- MARTIN, E. (ed.), *A Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 5<sup>ª</sup> ed., 2003.
- MILLÁN PUELLES, A., *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984.

BIBLIOGRAFÍA

---

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 21<sup>a</sup> ed., 1992.





## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

### I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 3/1983, de 25 de enero (BOE 41/1983)  
STC 58/1983, de 28 de junio (BOE 168/1983)  
STC 69/1983, de 26 de julio (BOE 197/1983)  
STC 61/1984, de 16 de mayo (BOE 146/1984)  
STC 67/1984, de 7 de junio (BOE 165/1984)  
SSTC 125/1987, de 15 de julio (BOE 180/1987)  
STC 167/1987, de 28 de octubre, BOE 279/1987  
STC 92/1988, de 23 de mayo (BOE 143/1988)  
STC 113/1989, de 22 de junio (BOE 175/1989)  
STC 194/1991, de 17 de octubre, BOE 274/1991)  
SSTC 14/1992, de 14 de febrero (BOE 54/1992)  
STC 26/1992, de 5 de marzo (BOE 66/1992)  
STC 153/1992, de 19 de octubre (BOE 276/1992)  
STC 141/1995, de 3 de octubre (BOE 269/1995)  
STC 159/1996, de 15 de octubre (BOE 267/1996)

### II. TRIBUNAL SUPREMO

STS de 20 de octubre de 1890  
STS de 3 de noviembre de 1892  
STS de 30 de mayo de 1925  
STS de 25 de noviembre de 1945 (RJ 1946/1183)  
STS de 16 de mayo de 1946 (RJ 1946/564)  
STS de 3 de mayo de 1949 (RJ 1949/710)  
STS de 26 de junio de 1950, RJ 1950/1030)  
STS de 1 de julio de 1950 (RJ 1950/1187)  
STS de 5 de marzo de 1956 (RJ 1956/1507)  
STS de 24 de abril de 1956 (RJ 1956/1945)  
STS 24 de mayo de 1956 (RJ 1956/2436)  
STS de 10 de octubre de 1959 (RJ 1959/3667)  
STS de 9 de febrero de 1960 (RJ 1960/470)  
STS de 14 de febrero de 1964 (RJ 1964/748)

STS de 26 de mayo de 1964 (RJ 1964/2772)  
SSTS de 22 de julio de 1967 (RJ 1967/2926)  
STS de 28 de junio de 1968 (RJ 1968/3845)  
STS de 9 de noviembre de 1968 (RJ 1968/4966)  
STS de 24 de marzo de 1975 (RJ 1975/1332)  
STS de 22 de febrero de 1979 (RJ 1979/579)  
STS de 16 de marzo de 1979 (RJ 1979/851)  
STS de 20 de junio de 1981 (RJ 1981/2533)  
STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403)  
STS de 17 de enero de 1985 (RJ 1985/179)  
STS de 31 de enero de 1985 (RJ 1985/225)  
STS de 29 de junio de 1985 (RJ 1985/3320)  
STS de 7 de octubre de 1986 (RJ 1986/5332)  
STS de 20 de mayo de 1988 (RJ 1988/4318)  
STS de 19 de enero de 1990, (RJ 1990/16)  
STS de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/5572)  
STS de 25 de julio de 1991 (RJ 1991/5491)  
STS de 4 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6885)  
STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8363)  
STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993/3564)  
STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6276)  
STS de 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9210)  
SSTS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/6787)  
STS de 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8488)  
STS de 15 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8979)  
STS de 2 de abril de 1997 (RJ 1997/2727)  
SSTS de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/3381)  
STS de 2 de julio de 1998 (RJ 1998/5123)  
STS de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550)  
STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9760)  
STS de 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9765)  
SSTS de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999/1400),  
STS de 14 de abril de 1999 (RJ 1999/2822)  
STS de 20 de abril de 1999 (RJ 1999/2589)  
STS de 18 de junio de 1999, (RJ 1999/4447)

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

---

STS de 29 de julio de 1999 (RJ 1999/6217)  
STS de 8 de noviembre de 1999 (RJ 1999/913)  
STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8439)  
STS de 28 de enero de 2000 (RJ 2000/454)  
STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2000/2976)  
STS de 30 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9319)  
STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5957)  
STS de 17 de marzo de 2001 (RJ 2011/2811)  
STS de 11 de abril de 2001 (RJ 2001/3639)  
STS de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/ 4749)  
STS 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4956)  
STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/6364)  
STS de 21 de septiembre de 2005, (RJ 2005/8863)  
STS 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8577)  
STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005/7352)  
STS de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10169)  
STS de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/291)  
STS de 5 de enero de 2006 (RJ 2006/131)  
STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007/388)  
STS de 26 de diciembre de 2006 (RJ 2007/400)  
STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/529)  
STS de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/2353)  
STS de 30 de septiembre de 2007 (RJ 2007/2391)  
STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007/6486)  
STS de 7 de noviembre de 2007 (RJ 2007/7414)  
STS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/3491)  
STS de 23 de mayo de 2008 (RJ 2008/3171)  
STS de 5 de julio de 2008 (RJ 2008/3210)  
STS de 14 de julio de 2008 (RJ 2008/3364)  
STS de 15 de julio de 2008 (RJ 2008/4479).  
STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/2976)  
STS de 18 de marzo de 2010 (RJ 2010/3703)  
STS de 15 de junio de 2010 (2010/5151)  
STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950)

STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/4748)

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>SUMARIO</b> .....	1
<b>ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9

### § 1. INCUMPLIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL ACREEDOR

I.	LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO GARANTÍA DE RESULTADO.....	24
1.	El alcance de la vinculación contractual.....	25
2.	La distinta construcción del programa de prestación y su convergencia en la idea de resultado.....	49
(a)	<i>El contenido de la prestación</i> .....	50
(b)	<i>El riesgo de obtención de la prestación</i> .....	60
3.	Recapitulación sobre el alcance de la obligación contractual como garantía de resultado.....	64
II.	EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS.....	74
1.	La fuerza obligatoria del contrato y el Concepto de incumplimiento.....	76
2.	Los efectos del incumplimiento y la protección del acreedor.....	87
3.	Los remedios ante el incumplimiento y su tipología.....	93
III.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	96

### § 2. LA SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO MEDIANTE EL REEMPLAZO

I.	LA TIPOLOGÍA DE LA SUSTITUCIÓN POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO.....	101
1.	La sustitución económica.....	108
2.	La sustitución jurídica.....	109
3.	La sustitución negocial.....	120

II.	LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS.....	122
1.	La pretensión de cumplimiento.....	122
	(a) <i>Las medidas dirigidas a lograr el cumplimiento del deudor en sus propios términos.....</i>	136
	(b) <i>Las medidas sustitutivas del comportamiento del deudor.....</i>	140
2.	La pretensión por el equivalente pecuniario: entre la autonomía procesal y la unidad del remedio indemnizatorio.....	147
	(a) <i>Los gastos en que ha incurrido el acreedor para satisfacer su derecho mediante un sustituto material de la prestación.....</i>	157
	(b) <i>El equivalente pecuniario acordado en reemplazo de la prestación que no ha sido efectivamente ejecutada.....</i>	158
	(c) <i>El resarcimiento de los daños sufridos por el ejecutante.....</i>	167
3.	La operación de reemplazo.....	175
III.	Excurso: la construcción sistemática del remedio indemnizatorio.....	180
1.	La imputación subjetiva: las esferas de riesgo.....	180
	(a) <i>El riesgo típico.....</i>	194
	(b) <i>El riesgo previsible.....</i>	206
2.	La imputación objetiva: necesidad y previsibilidad.....	215
	(a) <i>La necesidad del curso causal.....</i>	222
	(b) <i>La previsibilidad del daño.....</i>	232
3.	Recapitulación sobre el carácter objetivo de la responsabilidad contractual y sus consecuencias.....	252
IV.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	259

---

**§ 3. DELIMITACIÓN DEL REEMPLAZO EN DERECHO ESPAÑOL:  
CONCEPTO, RECEPCIÓN Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**

I.	APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS REGLAS DE COBERTURA.....	267
II.	LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.....	269
1.	El derecho mercantil.....	270
	(a) <i>Los contratos bursátiles.....</i>	271
	(b) <i>La compraventa mercantil.....</i>	275
2.	El derecho civil.....	292
3.	Las propuestas de modernización del derecho de obligaciones preparadas por la Comisión General de Codificación.....	302
	(a) <i>La Propuesta de anteproyecto de ley sobre modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006).....</i>	304
	(b) <i>La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009).....</i>	306
4.	El derecho del trabajo.....	313
III.	ALGUNAS DISTINCIONES DE FIGURAS AFINES.....	316
1.	La ejecución a costa del deudor por un tercero sustitutivo.....	316
2.	La ejecución por el acreedor con autorización judicial.....	321
3.	La ejecución con finalidad conservativa.....	327
4.	Los contratos de necesidad.....	328
5.	El contrato celebrado por el deudor para liberarse de una obligación de custodia.....	334
6.	El contrato de reemplazo celebrado por el deudor como una concreción de	

	la diligencia promotora.....	341
7.	Los contratos celebrados por el acreedor como una medida de mitigación del daño.....	347
8.	El cumplimiento sustitutivo por parte del propio deudor.....	349
9.	El derecho de venta reconocido al acreedor en ciertos casos.....	354
IV.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	366

#### § 4. LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LAS REGLAS DE COBERTURA

I.	LAS TEORÍAS BASADAS EN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO DEL CONTRATANTE INSATISFECHO.....	373
1.	La ejecución coactiva del contrato.....	373
2.	La sustitución del contrato incumplido.....	415
3.	La ejecución coactiva con carácter procesal.....	416
4.	La ejecución privada del contrato por autoridad del acreedor.....	418
II.	LAS TEORÍAS BASAS EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE.....	428
1.	Una forma de valoración de los daños típicos derivados de la resolución por incumplimiento.....	428
2.	Una medida concreta de mitigación del daño contractual.....	449
III.	OTRAS TEORÍAS.....	457
1.	Un instrumento <i>sui generis</i> .....	458
2.	Un modo especial de extinción del contrato incumplido.....	461
3.	Una aplicación de la gestión de negocios ajenos.....	465
IV.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	466



## § 5. UNA VALORACIÓN COMPARATIVA

I.	LA EJECUCIÓN COACTIVA DEL CONTRATO.....	470
II.	LA SUSTITUCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO.....	481
III.	LA EJECUCIÓN COACTIVA CON CARÁCTER PROCESAL.....	485
IV.	LA EJECUCIÓN PRIVADA DEL CONTRATO POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR.....	489
V.	UNA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS TÍPICOS DERIVADOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.....	505
VI.	UNA MEDIDA CONCRETA DE MITIGACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL.....	523
VII.	UN INSTRUMENTO <i>SUI GENERIS</i> .....	538
VIII.	UN MODO ESPECIAL DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO.....	545
IX.	UNA APLICACIÓN DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS.....	547
X.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	555

## § 6. UNA ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN

I.	LA FUNCIÓN DE LAS REGLAS DE COBERTURA.....	557
	1. La eficacia de la sustitución.....	558
	2. El procedimiento de realización.....	562
II.	LA ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO.....	571
III.	CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	574
	<b>CONCLUSIONES/CONCLUSIONI</b> .....	575
	<b>RESUMEN/RIASSUNTO</b> .....	583
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	595
	<b>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA</b> .....	637
	<b>ÍNDICE SISTEMÁTICO</b> .....	641