

2. MERCANTIL

LOS REMEDIOS DEL VENDEDOR EN LAS COMPRAVENTAS DE ACCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LUCRO CESANTE EN LA COMPRAVENTA DE AUTOS.—III. LA POSIBILIDAD DE LA VENTA DE REEMPLAZO COMO REMEDIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100522, núm. de Recurso 1594/2006 y núm. de Resolución 509/2010), resuelve un recurso de casación en relación con un contrato de compraventa de acciones, donde se discutió en la instancia y posterior apelación el incumplimiento del mismo, y las partidas indemnizatorias solicitadas.

Los hechos fueron los siguientes:

Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros (Preventiva) había realizado en su día una oferta para la adquisición de las acciones de Límite, S. A. (Límite) mejorando en cien millones de pesetas la efectuada por otra compañía, Almudena, S. A. (Almudena).

El día 15 de marzo de 2002, Preventiva otorgó un contrato de compraventa en virtud del cual adquiría la totalidad de las acciones de Límite, pagándose una cantidad a cuenta del precio y aportándose un balance de la situación financiera de la entidad adquirida que había sido el adjuntado a Almudena.

Tras la compra Preventiva efectuó una auditoría en la que se reflejaba que Límite tenía unas pérdidas de 66 millones de pesetas, por lo que la compradora pidió a la vendedora un ajuste del precio acordado y, en caso contrario, la resolución del contrato. El 17 de mayo de 2002, Límite respondió que se había producido un incumplimiento por parte de la compradora Preventiva, por lo que daba por resuelto el contrato y retenía la parte del precio entregada a cuenta para aplicarlo a una indemnización de daños y perjuicios causados por Preventiva.

A continuación se vendieron las acciones de Límite a Almudena por un precio menor al inicialmente ofertado por dicha compañía.

Preventiva demandó a los accionistas de Límite y pidió que se declarara la resolución del contrato de compraventa y la devolución de la parte del precio pagado y retenido por los socios de Límite. Alegó que no se habían conocido las reales circunstancias económicas de la sociedad Límite hasta que se efectuó el informe de auditoría encargado por la propia demandante, por lo que estaba en su derecho de pedir una reducción del precio pactado.

Los demandados contestaron la demanda y al mismo tiempo formularon reconvencción, en la que pidieron que al haber obtenido de Almudena un valor por las acciones inferior al inicialmente ofrecido, debido a la venta primeramente concertada por Preventiva, debía reconocerse una indemnización consistente en la diferencia entre lo primeramente ofertado por Almudena y lo realmente obtenido.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Madrid, de 12 de julio de 2004, desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. Declaró: a) que la compradora Preventiva, *«no supeditó el buen fin de la operación a ningún tipo de estudio o análisis contable de cuyos resultados hubiera de depender el precio de la venta»*; b) por ello, el contrato celebrado era perfecto y desplegaba toda su eficacia; c) de aquí debía deducirse que Preventiva *«no respetó, de manera adecuada, el proceso lógico en la adquisición de las acciones de Límite, siendo pues, a ella imputable la inobservancia de la due diligence que resulta exigible en casos como el analizado [...]»*; d) se declara válida la resolución efectuada por los demandados y entendió que el precio del contrato con Almudena se fijó de acuerdo con el valor patrimonial de Límite en el momento de dicho contrato, *«según las cuentas de 2001, anexadas al contrato»*.

Asimismo, la cuantía establecida por la juzgadora de instancia, como indemnización de cien millones de pesetas, fue la suma entregada por Preventiva y que no fue devuelta.

Ambas partes recurrieron la sentencia de instancia, lo que se resolvió por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/188144), desestimando ambos recursos, diciendo que la compraventa no se sometió a ninguna condición referida al resultado de las cuentas anuales. En relación con el recurso de Límite, único recurrente a la postre en casación, se afirma que: a) a pesar de la cantidad que se reclama como indemnización, por la comparación entre el precio que deberían haber recibido de Preventiva y el que finalmente recibieron de Almudena, *«[...] no se constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma»*; b) *«[...] ello merma las posibilidades de estimación de una reclamación, cuyo monto no se acredita guarde la debida relación con el concepto de daño y perjuicio tal como se acepta por la doctrina jurisprudencial»*; c) además la suma ofrecida inicialmente por la definitiva compradora, Almudena, era una oferta, susceptible de ser modificada con la firma del contrato definitivo; d) la suma entregada por Preventiva no la dota *«[...] de un carácter similar al contrato de arras, sino que [...] es el resultado de efectuar un cálculo ponderado de las consecuencias adversas que tuvo para los accionistas de Límite el injustificado incumplimiento de sus obligaciones por Preventiva, que dio lugar a una pérdida de las expectativas de sus ganancias de estos socios vendedores, que precisamente habían renunciado a otra oferta anterior, por una mejora de cien millones de pesetas en el precio, suma que por ello [...] es la que mejor evalúa los daños y perjuicios sufridos por estos demandados»*.

Uno de los motivos del recurso de casación fue la infracción del artículo 1106 del Código Civil, ya que la sentencia de apelación rechazó que se tuviera derecho a indemnización por lucro cesante constituido por el precio que habría de haberse obtenido de Preventiva si ésta hubiera cumplido sus obligaciones, una vez descontado el precio finalmente recibido de Almudena.

Esta infracción del artículo 1106 del Código Civil, en cuanto al lucro cesante, se desestima por el Tribunal Supremo en base a las siguientes razones:

- «1.º Es cierto que cuando la recurrente vendió a Almudena, ésta pagó por las acciones un precio inferior al inicialmente ofrecido. Pero la sentencia recurrida señala que no se ha probado que la cuantía reclamada esté en relación con los daños y perjuicios causados con la resolución del contrato. Por esto hay que decir que en el primer punto del recurso de casación, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida dice claramente que no existe prueba del daño que reclama.
- 2.º No debía expresarse ningún elemento para lo que el recurso denomina “cálculo ponderado”. Simplemente, la sentencia recurrida no considera probado que se hubiesen generado los daños que hubieran dado lugar a admitir la reclamación cuando afirma que no se “constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni en el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma”. Se trata, en definitiva, de un problema de prueba.
- 3.º Lo mismo ocurre con la pretendida infracción de los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, a los que se deben aplicar los mismos argumentos utilizados hasta aquí».

Por otro lado, se esgrime también por el recurrente la no apreciación de la doctrina de las operaciones de reemplazo, como método de cálculo del daño causado, la cual es denegada por el Tribunal Supremo, del siguiente modo:

«Se insiste en el motivo primero en la infracción de lo que se denomina “compraventa de sustitución” con la cita del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, las SSTs de 7 de junio de 1969, 3 de mayo de 1949, 6 de marzo de 1979, 27 de octubre de 1992 y 14 de mayo de 2003.

Para rechazar esta argumentación, hay que determinar en qué consiste una compraventa de sustitución. La doctrina ha considerado que una compra de reemplazo o de sustitución “consiste en permitir al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, y siempre que actúe de buena fe, adquirir de una fuente alternativa mercancías similares (de igual cantidad y calidad), y en permitirle que reclame al vendedor la diferencia que, en su caso, haya tenido que satisfacer al tercero por esa compraventa de reemplazo”. En la argumentación del recurso se plantean dos cuestiones: una, la pretensión de aplicar el esquema de las compras de reemplazo, y otra, la asimilación con el lucro cesante.

En relación a la primera cuestión, la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2.d) de la Convención su aplicación a las compraventas de “valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio”; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente.

Pero, además no puede equipararse la compraventa de reemplazo con el lucro cesante, como claramente pone de relieve la propia sentencia citada como infringida, de 14 de mayo de 2003, en la que en relación a la compra de unas partidas de mosto, se afirma que “[...] es patente la confusión en que incurre la sentencia recurrida entre las compraventas de reemplazo y el lucro cesante”, porque “efec-

tivamente, si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, será un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas fundadas de ganancia con la reventa de lo adquirido”.

Además, las sentencias alegadas como infringidas no son aplicables al presente supuesto, puesto que se refieren a supuestos muy distintos del ocurrido en el caso actual en el que el objeto de la venta son unas acciones a un precio inferior al primeramente ofertado y la recurrente pretende aplicar las reglas de las compraventas de reemplazo, centrada en bienes como cosechas, vino, etc., supuesto distinto del que realmente ocurrió».

Del examen de los hechos expuestos, son dos las cuestiones que llaman la atención de los fundamentos de la sentencia de casación y que merecen ser objeto de análisis, a saber: (i) si la venta a un menor precio que el inicialmente contratado con el comprador incumplidor puede tener o no la consideración de lucro cesante; (ii) y si pudiera ser aplicable al presente incumplimiento del comprador, como método de cálculo del daño, el precio obtenido en la venta de reemplazo producida.

II. EL LUCRO CESANTE EN LA COMPRAVENTA DE AUTOS

Para poder analizar si en el presente caso pudiéramos estar ante un supuesto de lucro cesante, resulta conveniente volver a reiterar parte de los hechos del caso, como que los accionistas de Límite que habían vendido la totalidad de dichas acciones —no habían incurrido en nuestra opinión— en incumplimiento contractual por las diferencias valorativas de las acciones que se pusieron de manifiesto por Preventiva con posterioridad a dicha compraventa.

En este sentido, cabe recordar que la sentencia de apelación (FJ segundo) se pronuncia al respecto del siguiente tenor: *«Ciertamente la Sala, tras visualizar la grabación y analizar los citados documentos, no puede sino coincidir con el acertado criterio valorativo de la prueba que efectúa el Juzgador de instancia, la testigo doña Carolina, testigo propuesto por ambos litigantes, lo que otorga una mayor imparcialidad de su testimonio que fue contundente, el documento número 10 de la contestación fue el que ella personalmente entregó a quien se identificó como secretario del Consejo de Administración de Preventiva el 15-3-2002, constando ya en ese documento la existencia de pérdidas por valor de los 66 millones, sin que Preventiva efectuara objeción alguna, precisando que el documento número 7 de la demanda no es más que un borrador entregado al Consejo de Administración para la elaboración de sus cuentas anuales. Esta prueba es un dato adveraticio decisivo de la falta de ocultación de datos contables por Límite a la adquirente, y mal puede apreciarse vicio oculto referido a un balance inexacto, cuando el que se entregó en el momento de la adquisición, extremo reconocido por la propia testigo que identifica el documento en cuestión, contiene ya las pérdidas que son el motivo de su denuncia».*

Es decir, Preventiva fue conocedora en el momento de la celebración del contrato de las pérdidas contables existentes en la sociedad cuyas acciones fueron objeto de adquisición, sin manifestar nada en contra sobre las mismas, y sobre las cuales pretende posteriormente una reducción de precio en base a una auditoría posterior y no anterior a la celebración del contrato de compra-

venta de acciones, de ahí que la sentencia de apelación considerara (FJ sexto) que «...*Ciertamente la actitud incumplidora de Preventiva frustró las expectativas de los accionistas de Límite en relación con el contrato firmado, y la posterior firma del contrato con Almudena, no consiguió mantener ni el precio inicialmente ofertado por esta entidad ni aquel al que se obligó Preventiva*».

Pues bien, si como afirma la sentencia de instancia «...*el precio del contrato con Almudena, S. A. se fijó de acuerdo con el valor patrimonial de Límite en el momento de dicho contrato, "según las cuentas de 2001, anexas al contrato"*», ante la mejora de oferta existente por Preventiva en relación con la postura inicial de Almudena, la pretendida reducción de precio por Preventiva, la reducción de la oferta llevada a cabo inicialmente por Almudena y ante la falta de más datos en las sentencias analizadas (como, por ejemplo, criterios contables para la fijación del valor patrimonial de las acciones de Límite en la venta con Preventiva) puede presumirse que tanto en la venta pretendida con Preventiva como en la inicialmente proyectada por Almudena había existido una sobrevaloración de las acciones de Límite en relación con el precio real de las mismas.

La referida sobrevaloración que pudo tener lugar el 15 de marzo de 2002 (fecha de la venta frustrada con Preventiva), se evidenció en mayo de 2002 (fecha de la venta con Almudena), lo que supuso la rebaja del precio inicialmente ofertada por ésta, así como en relación con el pactado por Almudena.

De ahí, que si bien pese a la inexistencia de un mercado organizado para el objeto de la compraventa analizada, no es menos cierto que en la práctica de este tipo de operaciones, el precio es fijado tras un minucioso análisis, entre otra documentación, de los estados financieros de la sociedad objeto de adquisición con el objeto de poder ofrecer al comprador una correcta imagen valorativa de los activos y pasivos de la sociedad para poder ofertar un valor razonable por las acciones que pretende adquirir.

Es decir, la práctica del *Due Diligence* (1) y los mecanismos posteriores al cierre de la operación, como son las revisiones del precio pactado (2), en

(1) Entre los motivos para llevar a cabo una *Due Diligence*, Ángel PENDAS AGUIRRE, *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL, dirs.), Editorial Bosch, 2010, pág. 162, cita: «El resultado de la *Due Diligence* también puede tener un impacto en el precio o valoraciones económicas que las partes estaban inicialmente considerando para la operación en cuestión. Es muy habitual que en la carta de intenciones que las partes suelen firmar antes de comenzar la *Due Diligence* se haga mención al precio que una parte está dispuesta a pagar a la otra, eso sí, siempre condicionado a, entre otras cosas, que el resultado de la *Due Diligence* sea satisfactorio para los intereses de la parte que compra y que no aparezcan contingencias que puedan tener un impacto en la valoración de la empresa objeto de compraventa y por lo tanto en el precio que el comprador estaba inicialmente dispuesto a pagar».

(2) En cuanto a los ajustes de precio, FRANCISCO PEÑA GONZÁLEZ, *Fusiones y adquisiciones de empresas* (José M.º ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA, dirs.), Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 426, se refiere a las modalidades del mismo del siguiente modo: «En la práctica contractual se observan dos modalidades de pacto para ajustar el precio, que pueden coexistir en el mismo contrato (si bien existen otras modalidades de menor aplicación práctica): pacto de ajuste del precio por diferencias entre los estados financieros garantizados por el vendedor a una fecha determinada, y el resultado de su auditoría o revisión limitada por tercero independiente de esos estados financieros después de la compra; y pacto de ajuste del precio por omisiones o inexactitudes en las demás manifestaciones del vendedor cuya realidad y veracidad ha garantizado el transmitente frente al comprador, comprometiéndose en otro caso a una fórmula de revisión de

función de resultados incluso posteriores de la compañía, se ofrecen como indicadores del valor de las acciones objeto de adquisición.

En el presente caso, la ausencia de dichos mecanismos investigadores y correctores pueden implicar junto a las diferencias valorativas de las acciones objeto de adquisición, la existencia de una sobrevaloración de las mismas, que de los hechos del caso no parece haberse visto afectada por el breve transcurso de tiempo existente entre las dos compraventas.

Asumiendo dicha sobrevaloración, es cuando entendemos que en el caso de autos, sí podríamos encontrarnos ante un supuesto de lucro cesante, el cual no pretendemos cuantificar ante la insuficiencia de los datos del caso que proporcionan las sentencias analizadas, de ahí que sólo valoremos en abstracto la posible existencia de un lucro cesante y no la cuantificación del mismo, para lo cual sería necesario por otro lado la práctica de una completa actividad probatoria en términos de probabilidad, tal y como afirma la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Recientemente MORALES MORENO (3) en su análisis de las posibles manifestaciones del lucro cesante en la responsabilidad contractual, expone que: «En los contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero, la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado ofrece a uno de los contratantes una ventaja económica: obtener bienes o servicios a precio infe-

precio. Caso distinto es el del pacto por el que el vendedor se responsabiliza de los daños que el comprador sufra como consecuencia directa de omisiones o inexactitudes en sus manifestaciones (acciones de rescimiento por incumplimiento contractual del vendedor o de saneamiento por omisiones o vicios ocultos), donde por pacto se acuerda que el tercero actuará como un experto (perito) y decidirá la procedencia del rescimiento en caso de discrepancia».

Sobre la impugnación del precio determinado por el tercero, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, págs. 2766 y 2782.

(3) ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número, págs. 39 y 40.

Este mismo autor propone (págs. 40-41) las siguientes tres formas de manifestarse el interés relacionado con la ventaja o desventaja del intercambio:

a) El contratante favorecido por la ventaja del intercambio tiene *interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato*. Por ejemplo: el que vende una cosa a diez tiene interés en obtener ese precio, aunque en el momento del cumplimiento del contrato valga cinco. Igualmente, el que compra una cosa a diez tiene interés en obtenerla a ese precio, aunque en el momento de cumplimiento valga quince.

b) El interés en la ventaja del intercambio puede, en algunos casos, ir más allá del interés en obtener la cosa al precio del contrato. Puede incluir, además de la obtención del bien, *el interés en incorporar al patrimonio (patrimonializar) un determinado valor*: el valor que tenía la cosa en el momento en que debió serle atribuida al acreedor.

Pondré un ejemplo. El que compra unas acciones a un precio de diez, para que le sean transmitidas un mes después, momento en el que su precio es de quince, tiene interés en patrimonializar esos quince. No satisface ese interés, aunque sí el de obtener las acciones (de existir), si, entregadas con retraso, valen diez en el momento de la entrega.

c) El interés relacionado con el intercambio tiene otra posible manifestación, referida no tanto a la obtención de un beneficio cuando al límite del perjuicio producido por el efecto desfavorable de la evolución del mercado. Es el interés del contratante perjudicado en que ese defecto no le sea atribuido más allá del tiempo en que, conforme al contrato, le corresponda soportarlo».

rior al del mercado o a transferirlos (“prestarlos”) a un precio superior. A esta ventaja podemos denominarla la ventaja del intercambio (...) La lesión al interés del intercambio se manifiesta, en ocasiones, como un lucro cesante. Para el contratante que transmite bienes o presta servicios a un precio superior al del mercado, la pérdida de esa ventaja es, en alguna medida, un lucro cesante, intrínseco al intercambio del contrato. No es un lucro obtenible con posterioridad al cumplimiento del contrato, sino un lucro que le proporciona el propio contrato y se satisface con el cumplimiento del mismo. De modo parecido sucede al contratante que obtiene bienes o servicios a un precio inferior al del mercado».

Coincidimos con MORALES MORENO en que en determinadas ocasiones, el interés de intercambio derivado del contrato supone un lucro cesante intrínseco al mismo, consistente en obtener el precio del bien contratado superior al del mercado.

De esta forma el interés del intercambio puede obtenerse por el acreedor correspondiente mediante la acción de resolución contractual donde la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el obtenido en la operación de reemplazo, supondría la satisfacción del acreedor y donde la denominada «lesión al interés del intercambio» se puede considerar producida, en este caso, como un lucro cesante intrínseco al propio contrato incumplido, debido a la sobrevaloración del objeto del mismo.

De ahí que entendido, en estos casos, el lucro cesante, como la ganancia frustrada dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual, esto es, generalmente como el provecho o utilidad (4) del que se ha visto privado la parte *in bonis*, la frustración producida por la imposibilidad de obtener la ganancia intrínseca existente y propia del contrato que se hubiera materializado en la obtención del mayor precio, suponga a nuestro juicio la existencia de un lucro cesante contractual.

Pues bien, ante dicha situación uno de los remedios de los que puede hacer el uso el acreedor, es a nuestro juicio, la operación de reemplazo, como solución aceptada generalizadamente y acorde con el deber de mitigar el daño que ha de soportar el acreedor del mismo. En relación con esto, MORALES MORENO (5) expone el siguiente ejemplo clarificador: «En una subasta de venta de un bien, en la que el primer postor no paga el resto del precio por él debido y el vendedor resuelve el contrato, podemos considerar como operación de reemplazo la venta al posterior postor. El lucro cesante del vendedor es la diferencia entre el precio de la primera venta y el de la segunda. A este daño se pueden añadir los intereses por el retraso en obtener el vendedor la suma equivalente al precio de la primera venta (a través del precio cobrado en la segunda venta y la indemnización complementaria por el menor precio cobrado). Un caso así es el resuelto por la STS de 23-7-2007. Pero en esta sentencia la Audiencia no reconoce al vendedor (un Ayuntamiento) indemnización por la diferencia entre la primera y segunda postura y ese criterio no es modificado por el TS. La Audiencia admite, en cambio, que es posible la indemnización por lucro cesante consistente en “...no disponer el Ayuntamiento del dinero ofrecido por Hogar y Jardín, S. A., desde el momento en que... hubiera

(4) Sobre el concepto del lucro cesante, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, *El lucro cesante (Las bases para la construcción dogmática)*, Madrid, 2004 (tesis doctoral. Dir.: don Luis Díez-Picazo), Biblioteca de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

(5) Vid. *op. cit.*, nota 81.

tenido que pagar el resto del precio... hasta el en que... se otorga finalmente la escritura de compraventa”, a favor del segundo postor. Pero no llegan a conceder esa indemnización porque los intereses “no exceden del importe de la fianza incautada”».

De ahí que, en supuestos de incumplimientos de un contrato de compraventa donde el precio fuera superior al de mercado, lo que en diversas situaciones puede ser difícil probar, máxime cuando no exista un propio mercado del bien objeto de la compraventa, entendemos reclamable dentro del concepto del lucro cesante (art. 1106 del CC), la frustración producida al vendedor por el incumplimiento del comprador, ya que como hemos apuntado, dicha frustración vendría cuantificada por la imposibilidad de obtener dicha sobrevaloración ante el incumplimiento del deudor. No obstante, dicha dificultad probatoria —propia, por otro lado de cualquier pretensión de resarcimiento por lucro cesante—, no ha de suponer la no consideración de la misma *ab initio* como partida resarcitoria en aras de procurar la satisfacción íntegra del acreedor del daño.

Cuestión distinta serán los supuestos donde no puede constatarse el referido lucro implícito contractual al no existir una sobrevaloración del bien objeto de la compraventa, los casos de lucros cesantes por pérdida de volumen de negocio en las compraventas mercantiles, así como los supuestos generales relativos a las compras de reemplazo (diferentes al caso aquí analizado) que resuelve la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Al hilo de lo anterior, conviene citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3210) (6), sobre un supuesto de incumplimiento de comprador, pero en el seno de una compraventa mercantil, donde se indemniza como lucro cesante la pérdida de volumen de negocio de la vendedora, ya que: *«El argumento empleado por la Sala de Apelación para desestimar la pretensión choca frontalmente con el concepto económico de beneficio industrial, puesto que no podemos olvidar que nos hallamos en el ámbito del tráfico mercantil, en el que la empresa denunciante se dedica a la adquisición y reventa de maquinaria industrial, siendo dicha actividad su objeto social, por lo que la pérdida de una venta perfeccionada supone, en sí misma, una pérdida de beneficio y una disminución de su negocio (...) De haberse vendido esta máquina a un precio inferior al pactado con la demandada, la actora habría sufrido un daño aún mayor materializado, por un lado, en el mencionado lucro cesante por el incumplimiento de la demandada, y por otro, en el daño emergente resultado de una minoración del precio no seguida de la del coste de adquisición»*.

Por lo tanto, de la doctrina de esta sentencia pueden extraerse dos conclusiones para las compraventas mercantiles, ante incumplimientos del comprador: (i) el lucro cesante para el vendedor consiste en la pérdida de volumen de negocio, y (ii) el menor valor obtenido en una operación de venta reemplazo sería un supuesto de daño emergente.

Sin embargo, y pese a lo anterior, el Tribunal Supremo también razona para las ventas civiles lo siguiente: *«Distinto razonamiento merecería el hipotético caso de frustración de una venta no mercantil. En este caso, ante la falta de venta de cualquier bien, de forma puntual y sin que la actividad de venta forme parte de la actividad económica del vendedor, se podría utilizar el argumento de la Sala de Apelación, consistente en que, acreditada la venta posterior en los mismos términos que la pactada con el incumplidor, no podríamos hablar de*

(6) Vid. Nieves FENOY PICÓN, «Sentencia de 5 de junio de 2008», en *Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, pág. 580.

lucro cesante. Pero ello es así porque es un único acto de venta, mientras que en el caso que nos ocupa, la actora se dedica a esta actividad económica con el fin de obtener beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta concreta por voluntad de la parte compradora lleva necesariamente acarreada la pérdida del beneficio derivado de esa venta, sin que las demás circunstancias concurrentes afecten a este hecho».

El argumento de la Sala de Apelación, como recoge la propia sentencia del Tribunal Supremo, para denegar el lucro cesante derivado de la venta de reemplazo fue la ausencia de prueba de que dicho bien hubiese sido revendido por un precio inferior. Así, se pronuncia el Tribunal Supremo al respecto: «*La Audiencia Provincial, por su parte, estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, al entender que, si bien se confirmaba el pronunciamiento relativo al incumplimiento del contrato por parte de la demandada, y, con ello, la declaración de resolución de dicho contrato, se revocaba el pronunciamiento relativo a la indemnización por lucro cesante. En concreto, se estimaba que no había constancia verdadera de los daños y perjuicios puesto que no "basta con traer la propia contabilidad de Grau Maquinaria i Servei Int., S. A., aportando factura de 13.902.049 pesetas, pagadas a AEBI MFH AG (folio 30-32), si el legal representante de la actora reconoce que la máquina barredora de autos ha sido vendida a otro comprador (...), sin precisar su precio de venta, y, por tanto sin probar que fuera por cantidad inferior a la convenida con BESERNET, S. L., de donde se sigue que falta el elemento básico para estimar el daño y perjuicio reclamado pues para su estimación debía quedar probado por el actor que el precio obtenido por el nuevo comprador ha sido inferior al pactado con BESERNET"*».

Así las cosas, del último razonamiento expuesto por el Tribunal Supremo en esta última sentencia, no es menos cierto que parece deducirse que en las compraventas civiles, la acreditada venta de reemplazo a un precio inferior podría ser indemnizada como lucro cesante (7).

(7) En este sentido, resulta apropiado recordar la calificación jurídica de las compraventas de empresas (en cualquiera de sus modalidades, por ejemplo, compraventa de activo y pasivo o de acciones, opinamos, con carácter general y a salvo las particularidades de cada compraventa concreta) que realizara Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el 26 de junio de 1980. Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXIV, con el siguiente razonamiento:

«La venta de la empresa, ¿es un contrato civil o mercantil? La mayor parte, por no decir la casi totalidad de nuestros mercantilistas, defienden la segunda calificación. A mi juicio, sin embargo, esta toma de posición es cuando menos discutible. El Derecho Mercantil español positivo no es, todavía, el Derecho de la empresa, sino el Derecho de los actos de comercio. Siendo esto así, resulta difícil encajar la venta de la empresa dentro del concepto, estrecho, limitado y poco claro, de la compraventa mercantil que fluye de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. Creo que en lo esencial tiene razón Vicent CHULIÁ cuando afirma que la compraventa de la empresa, como el arrendamiento o la constitución de usufructo por acto *inter vivos* es un contrato civil. La inclusión de su estudio en el Derecho Mercantil se hace —dice el autor citado— por razón de la materia, y no por la índole de las normas aplicables. Y si examinamos las obras de nuestros más ilustres mercantilistas, tanto de los que han tratado el tema en obras generales como monográficamente, comprobaremos que, para resolver los problemas más importantes que plantea el supuesto, recurren casi siempre al Código Civil y no al Código de Comercio. Esto no quiere decir que la disciplina de la compraventa de la empresa quede sustraída por completo a la normativa del Código de 1885. Como subraya

Diferente es también la cuestión suscitada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749) —citada en su argumentación por esta sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010— que ante un incumplimiento, en este caso del vendedor, se califican las partidas indemnizatorias de la siguiente forma: «*Efectivamente, si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, serán un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas fundadas de ganancia con la reventa de lo adquirido*».

Conveniente resulta volver a exponer en este momento el tratamiento de los lucros contractuales por MORALES MORENO (8), cuando analiza el interés de cada parte contratante en obtener los lucros del contrato, exponiendo también lo siguiente: «Si el propietario de una cosa la vende a precio de mercado, la venta, por sí misma, no le genera un lucro. Le permite realizar el valor del bien, preexistente en su patrimonio. Pero si la vende a un precio superior al del mercado, la venta le produce un beneficio; determina un incremento de su patrimonio. Igualmente produce un beneficio la reventa de una cosa, recientemente adquirida con ese fin (en el ejercicio de una actividad mercantil), cuando esa reventa se produce a un precio superior al de adquisición. En este caso, a diferencia del anterior, no tomamos en cuenta el valor de la cosa en el patrimonio del vendedor, en el momento de celebración del contrato. El paso de la cosa por el patrimonio del vendedor es fugaz y puede no ser tomado en cuenta para calcular el beneficio o lucro de la reventa. El lucro o beneficio es la diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa, menos los costes que haya podido generar la operación».

En suma, no creemos que en función de las circunstancias del caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010, no pudiera calificarse en abstracto como lucro cesante la partida indemnizable al vendedor por incumplimiento del comprador, aunque cuestión distinta sería la correcta cuantificación del mismo.

III. LA POSIBILIDAD DE LA VENTA DE REEMPLAZO COMO REMEDIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR

Uno de los argumentos utilizados por la recurrente para la admisión de sus propósitos fue el remedio del negocio de sustitución, con invocación (suponemos) indirecta del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE, núm. 26, de 30 de enero de 1991).

Uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para el rechazo de la tesis de la recurrente fue precisamente que «...la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2.d) de la Convención su aplicación a las compraventas de “valores mobiliarios, títu-

GALGANO —de acuerdo con la opinión mayoritaria, que se niega a ver en la empresa un objeto autónomo de derechos—, no existe una ley de circulación propia de la empresa, sino que la empresa circula según las normas propias de los diferentes bienes singulares que la componen. Y es claro que entre estas normas hay que tener en cuenta determinados preceptos del Código de Comercio».

(8) Vid. *op. cit.*, pág. 50.

los o efectos de comercio»; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente».

Atendamos a la primera parte del anterior razonamiento. Que la Convención de Viena de 1980 no se aplica al presente caso, estamos totalmente de acuerdo, como no podía ser de otro modo, ya que el objeto del contrato de compraventa era las acciones de una sociedad mercantil. Así, el referido artículo 2.d) de la Convención de Viena de 1980, excluye precisamente de su ámbito de aplicación a los valores mobiliarios, naturaleza de la que gozan las acciones de una sociedad anónima (art. 92 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo nuestra opinión también que el texto convencional tampoco resultaría de aplicación a las compraventas de empresas o bien a las compraventas de cuotas sociales o participaciones sociales (aunque éstas no tengan la consideración de valor mobiliario), ya que no entran dentro del concepto de «mercadería», que supone el ámbito de aplicación de la Convención de Viena (9). Pero la inaplicación de la Convención de Viena de 1980 al presente caso, ¿ha de suponer necesariamente que no se pueda acudir al negocio de sustitución como parámetro del daño sufrido? ¿Está, como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia, circunscrito el negocio de sustitución a mercaderías propiamente dichas propias del tráfico mercantil y no a otros objetos contractuales? En nuestra opinión, no.

De hecho este remedio ya fue argumentado en un recurso de casación cuyo objeto era también el incumplimiento de un contrato de compraventa de acciones, y aunque si bien, no fue concedida la indemnización solicitada por el recurrente, lo fue, no por desestimar el negocio sustitutivo como método idóneo para el cálculo del daño producido, sino porque en función de las particulares características de ese caso, ya que el negocio de sustitución se había demorado tanto en el tiempo (tres años) por lo que la depreciación de las acciones durante dicho período, no podía ser atribuida íntegramente al deudor.

Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1534), sobre el caso, don Gerardo S. D. y Grandes Almacenes del Siglo, S. A., vs. Don Ramón A. R. y El Corte Inglés, S. A. (Ponente: Excmo. Señor don Tomás OGAYAR Y AYLLÓN).

Los hechos que motivaron la casación y su fallo fueron los siguientes. De conformidad con el contrato de compraventa de 6 de febrero de 1958, la parte actora debía entregar al señor A. la totalidad de las acciones correspondientes al capital social de El Siglo, S. A., antes de 1 de marzo de 1958, debiendo dejar

(9) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Dir. y coord.: Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN). Editorial Civitas, 1997, pág. 48, analiza el concepto de mercadería de la siguiente forma: «Son mercancías, a efectos de la Convención, las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. Como sucede, por ejemplo, en la venta de cosecha futura, las cosas objeto de la misma deben tener naturaleza mueble al tiempo de la entrega, no de la conclusión del contrato. Aun cuando puedan ser objeto de compraventa, quedan, por consiguiente, excluidos de la Convención las empresas, los bienes inmuebles, así como los derechos incorpóreos [por ejemplo, cesiones de créditos, los denominados derechos (patrimoniales) de autor o las licencias de patentes]. En la nota (13) de la pág. 48 citada, el mismo autor se refiere también a que: «...La transferencia de partes sociales también está excluida del concepto de mercancía de la CV. Vid., en este sentido, Cámara de Comercio Húngara, 20-XII-93, comentado por A. VIDA, «Keine Anwendung des UN-KaufrechtsÜbereinkommens bei Übertragung des Geschäftsanteils einer GMBH», en *IPrax*, 1995, págs. 52-53».

en esta fecha libres los locales con todas las instalaciones, obligaciones que fueron cumplidas según quedó acreditado en autos, lo que legitimaba a la parte actora a solicitar la resolución por incumplimiento de la parte recurrida.

El Tribunal Supremo concedió el derecho de resolución contractual, pero fijó las bases de la indemnización contractual de forma diferente a la pedida por la parte actora, razonando del siguiente tenor:

«CDO.: Que si bien es cierto que la compra de acciones se hizo en cumplimiento del pacto, como las mismas, se vendieron el 3 de marzo de 1961, tres años después de su adquisición, la depreciación que hubieran sufrido no es, a tan gran distancia de tiempo, consecuencia necesaria del incumplimiento, y al no existir nexo de causalidad no puede estimarse esta petición, así como tampoco la depreciación sufrida por las mercancías enajenadas, pues el contrato sólo obligaba al actor a retirarlas, dejando los locales libres, pero no imponía su venta, por lo que los únicos perjuicios derivados del incumplimiento serían los que la traslación de las existencias hubiera podido ocasionar, los que no se reclaman ni acreditan».

Es decir, la operación de sustitución realizada por el vendedor —contratante cumplidor— mediante la venta de las acciones no fue desestimada por su propia naturaleza en el fallo de esta casación, sino por la demora producida en el tiempo en la realización de la misma, ya que medió un plazo de tres años.

Ante dicha negativa, los daños y perjuicios concedidos se razonaron así:

«CDO.: Que obligada la parte recurrente a dejar libres de existencias los locales el 1 de marzo de 1958, fecha en que para cumplir el contrato debía cesar El Siglo en su negocio, y cumplido este deber, al no llevarse a efecto dicho contrato por incumplimiento imputable al señor A., no cabe duda que la entidad actora sufrió un perjuicio al tener que cesar en su negocio comercial en fecha determinada, pues tuvo que soportar los gastos del mismo como si estuviera en plena actividad, sin obtener beneficio hasta que reanudó su empresa, por lo que entre el cierre, el incumplimiento y los daños causados a Grandes Almacenes El Siglo, S. A., sí hay nexo causal necesario para hacer responsable de dichos daños a la parte demandada, pero no en la extensión pedida en la demanda, sino que no habiéndose justificado que el cierre hubo de durar hasta el 12 de julio de 1958, los únicos gastos resarcibles son los generales que tenía la entidad actora por todo el tiempo que se determinará en ejecución de sentencia, como preliminar para la fijación de la cuantía de este concepto, así como el beneficio dejado de obtener durante dicho período, siendo la diferencia entre ambos conceptos el perjuicio resarcible».

De esta forma, el Tribunal Supremo estimó el lucro cesante por la paralización de la actividad industrial, consecuencia del incumplimiento contractual del comprador de las acciones y no por el menor precio obtenido por la reventa de las mismas, pero únicamente —en nuestra opinión— porque el negocio de sustitución se produjo tres años después del incumplimiento, por lo que la depreciación de dichas acciones durante ese largo lapso temporal no podía imputarse exclusivamente al comprador, no habiendo realizado el vendedor su deber de mitigar el daño con la diligencia debida.

En nuestra doctrina la aceptación generalizada del coste de sustitución efectivo como indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual del comprador, fue analizada con detalle por SOLER PRESAS (10).

(10) Cfr. Ana SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Editorial Aranzadi, 1998, así como la abundante bibliografía allí citada.

Coincidimos con esta autora en el análisis de los criterios de mercado y del coste de sustitución efectivo, ante los incumplimientos del comprador, admitiéndose con carácter general la regla de mercado (*market rule*) y, en su caso, el coste de sustitución efectivo mediante el oportuno negocio de reemplazo como remedio del vendedor.

Así, de forma general SOLER PRESAS (11) estima que el *quantum* de la partida resarcitoria ha de ser el de mercado, ya que: «...Conforme al mismo podrá determinarse el valor que, en general, puede obtener el vendedor por el bien rechazado o pagado por el comprador, valor que restado al precio pactado al contratar y sumado a otras posibles pérdidas reflejará la cuantía normalmente necesaria para situarle en la posición de cumplimiento o, lo que es lo mismo, para que conserve el beneficio que esperaba obtener del cumplimiento del contrato».

Ahora bien, cuando el bien carezca de mercado para acudir al mismo en aras de poder fijar el cálculo de la pérdida sufrida, está claro que no podemos acudir a la utilización de dicha regla. Pero ello, no impide —en nuestra opinión— la aplicación del remedio consistente en el coste de sustitución efectivo que haya tenido que realizar el acreedor del daño, con el objeto de mitigar el mismo.

Esta regla del coste de sustitución efectiva ha sido positivizada en algunos ordenamientos jurídicos como es, por ejemplo, el caso del artículo 85 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUVI) de 1964, y el artículo 75 de la meritada Convención de Viena de 1980, el artículo 215.1 del Código de Obligaciones suizo, el artículo 37 del Código Civil holandés y la Sección 2-706 del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de América, que prevé lo siguiente:

«Bajo las condiciones impuestas por la sección 2-703, relativa a los remedios al alcance del vendedor, éste puede revender los bienes afectados o las partidas no entregadas. Cuando la reventa se celebre de buena fe y de forma comercialmente razonable, el vendedor podrá recobrar la diferencia entre el precio de reventa y el precio del contrato, así como cualesquiera daños incidentales resarcibles conforme a lo previsto por el presente artículo (sección 2-710), minorados por los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento del comprador.

(...) La reventa deberá identificarse razonablemente como resultante del contrato incumplido, si bien no es necesario que se disponga en efecto de los bienes o que alguno o todos ellos se hubieren especificado para la entrega antes del incumplimiento.

Cuando la reventa sea privada, el vendedor deberá notificar razonablemente al comprador su intención de revender.

El vendedor no debe al comprador cualquier beneficio que obtuviera con cualquier reventa».

También en los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales está prevista la operación de reemplazo (2004), en el artículo 7.4.5 como prueba del daño, al establecer lo siguiente: «*Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional*» (12).

(11) Vid. *La valoración*, pág. 204.

(12) *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. The Global Law Collection, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

Por otro lado, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (13), en su artículo 9:506 admiten el negocio de reemplazo o de sustitución al establecer lo siguiente: «*Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección*».

En este sentido, Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (14) califican el negocio de sustitución, diciendo que «la operación de reemplazo es un daño típico en caso de resolución, que como tal está especialmente tratado en los PECL».

Igualmente, LANDO y BEALE (15) se hacen eco de la generalización de este remedio del siguiente modo:

«La valoración de los daños y perjuicios en función de un negocio sustitutivo en el sentido del artículo 9:506 resulta posible en todos los ordenamientos jurídicos; sin embargo, en algunos de ellos se encuentra sujeto a restricciones.

En el artículo 1144 del Código Civil francés, belga y luxemburgués se halla una norma general en materia de negocios de sustitución en la denominada *faculté de remplacement* del acreedor. En principio, tal facultad ha de ser concedida por los tribunales, pero los usos en Francia permiten que el perjudicado la aplique por sí mismo en los negocios mercantiles. La jurisprudencia belga también lo ha aceptado así, incluso en casos no mercantiles, siempre que el incumplimiento haya tenido carácter suficientemente esencial (*van Ommeslaghe R.C.J.B.* 1986, núms. 98-100). En otros ordenamientos, en los que el negocio de reemplazo es una «auto-ayuda», las normas se localizan en la normativa sobre compraventa, ver *Sale of Goods Act* Danesa 25, 30 (2) y 45; *Sale of Goods Act* finlandesa y sueca, 68; HGB alemán y austríaco, 376 (3) (aplicable a las compraventas mercantiles pero generalizado en la práctica); el BW Neerlandés, artículo 7:37; y el Código Civil italiano, artículos 1515 y 1516. El artículo 75 CISG y el artículo 7.5.4 Unidroit son similares al artículo 9:506; al igual que la jurisprudencia griega y española: ver, respectivamente, AP 1137/1990, EEN 58 (1991) 444-445 y Vicent Chuliá, II, 107.

El BW neerlandés, la jurisprudencia belga, la *Sale of Goods Act* Danesa, alemana e italiana, contienen normas de procedimiento; en Italia las normas han limitado el uso de los negocios de sustitución, ver Cass. de 14 de julio de 1956, n. 2670 y 18 de junio de 1957, n. 2313 en Mass. Foro. It. 156 y 1957.

El Derecho inglés no adopta específicamente el «precio de sustitución» como medida del daño. No obstante, en los casos en que no hay salida para la prestación y no sea posible establecer un precio corriente de mercado, ver notas al artículo 9:507, los tribunales ingleses considerarán el precio de cobertura como una prueba importante en torno al importe de la pérdida, ver Beale, Remedies, 196-197. El Derecho escocés es similar».

(13) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II* (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo». Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 662.

(14) Vid. Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de contratos*, Madrid, 2002, pág. 375.

(15) Vid. *op. cit.*, pág. 663.

El reciente *Draft Common Frame of Reference* (16) también prevé este remedio en su artículo 3:706. *Substitute Transaction*:

«*A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the differences between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss*» (17).

Pero no sólo en la práctica internacional, sino que también el coste de sustitución efectivo está presente en nuestra jurisprudencia española, como puede observarse en los casos de liquidación de costes de coberturas específicos en las SSTs de 8 de febrero de 1955 (RJ 339); 10 de octubre de 1959 (RJ 3667); 18 de junio de 1963 (RJ 3065); 7 de junio de 1969 (RJ 3287); 5 de febrero de 1974 (RJ 438); 26 de enero de 1978 (RJ 546); 25 de abril de 1989 (RJ 3261); 1 de julio de 1991 (RJ 5312); 15 de julio de 1991 (RJ 5572); 21 de septiembre de 1991 (RJ 6276); 27 de octubre de 1992 (RJ 8363); 31 de diciembre de 1997 (RJ 9409); 4 de julio de 2000 (RJ 6678) y 15 de abril de 2005 (RJ 3241).

Como regla generalizada de cálculo del daño es calificado también el negocio de reemplazo por FENOY PICÓN (18) cuando dice que: «El sistema del cálculo abstracto y el concreto del negocio de cobertura son reglas ampliamente asentadas. Algo en principio no cuestionado», al igual que hiciera SOLER PRESAS (19) al referirse a la adopción de este remedio en la legislación internacional del siguiente modo: «Esta positivación no es más que el reconocimiento expreso de una práctica largamente consolidada por la jurisprudencia americana que, a imagen de la inglesa, admite la liquidación del daño conforme a la reventa efectivamente realizada por considerarla razonable y equivalente al precio de mercado, a menos que otra cosa se pruebe. La misma práctica puede observarse en la jurisprudencia alemana e italiana y, en general, también en la española».

MORALES MORENO (20) vuelve a pronunciarse en estos términos en su análisis del interés de los lucros por las partes contractuales: «En estos casos, si el vendedor impone al comprador la ejecución del contrato y cobra el precio, obtiene el lucro que le proporciona la venta de la cosa. Pero si el vendedor no puede imponer al comprador el cumplimiento o no está interesado en impo-

(16) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

Con carácter reciente sobre el DFCR, resulta muy instructivo consultar el documento elaborado por SCHÜLTE-NOLTE, ZOLL y BUSCH, solicitado por el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, *From the Draft Common Frame of Reference (DFCR) to the current EU contract law debate* (<http://www.europarl.europa.eu/studies>), octubre de 2010.

Asimismo, resulta interesante consultar sobre el DFCR, la Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2010, estableciendo la creación de un Grupo de Expertos sobre el DFCR en el área del Derecho Contractual europeo, Diario Oficial de 27 de abril de 2010 (L 105/109).

(17) Sobre el tratamiento del negocio de sustitución en los PECL y en el DFCR, vid. Ana SOLER PRESAS, *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR*. Indret 2/2009.

(18) Vid. *op. cit.*, pág. 580.

(19) Vid. *La valoración...*, pág. 213.

(20) Vid. *op. cit.*, págs. 50-51.

nérselo ante las dificultades que esto implica, la vía para obtener el lucro es la operación de reemplazo, acompañada de la indemnización de la diferencia, por el menor precio cobrado con respecto al de la primera venta».

De *lege ferenda*, se ha incluido también el negocio de sustitución en la Propuesta de Anteproyecto de modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006) (21), cuando en el artículo 64.1 de la misma se dice: «*La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazos razonables después de la resolución del contrato; en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional*», aunque la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (2009), no recoge este sistema de liquidación del daño (22) (23).

Entre los requisitos para que el precio de reventa pueda ser tenido en consideración, se encuentra —con carácter principal— el de la razonabilidad, según hemos podido comprobar, el cual ya fue tratado por SOLER PRESAS (24) diciendo que: «Con este requisito se pretende evitar que el vendedor, confiando en la recuperación del coste de sustitución por vía de la indemnización, relaje las condiciones del contrato de reventa o no contraste suficientemente las posibles ofertas. Ahora bien, si tenemos en cuenta que, considerada *ex ante*, la concesión de una indemnización y, más aún, su alcance, es del todo incierta o hipotética, concluiremos que no es éste, precisamente, el tipo de comportamiento propio de un acreedor insatisfecho. Por ello, y por tratarse de un método de estimación principalmente dirigido a reforzar la posición crediticia, parece sensato presumir cumplida esta exigencia de razonabilidad de cobertura e imputar al deudor la prueba en contrario.

Dicha prueba no es sino la del incumplimiento de la carga de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor del resarcimiento. A estos efectos, corresponderá al deudor acreditar que el acreedor no desempeñó el esfuerzo que le es exigible en la búsqueda de la mejor oferta, que no se comportó como lo haría una persona prudente en su posición. La medida de este esfuerzo o diligencia exigible varía, como es sabido, dependiendo del sector del tráfico al que pertenezca el vendedor, de manera que si se dedica al comercio de ese tipo de bienes, el incumplimiento del deber de mitigar quedará evidenciado con la simple acreditación de un precio de mercado superior al obtenido por el vendedor con la cobertura, y vigente en la plaza y momento en el que el mismo debería haberse cubierto. Ante semejante prueba, el vendedor sólo podrá sustentar su pretensión si demuestra que las particulares circunstancias en que el incumplimiento le había situado, imponían la celebración de una reventa que, siendo objetivamente desventajosa, le permitiera mitigar o evitar la producción de ulteriores pérdidas.

(21) Vid. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2006, pág. 203 y sigs. *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad*.

(22) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

(23) Sobre el incumplimiento contractual en ambas Propuestas, vid. Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.

(24) Vid. *La valoración...*, págs. 214 y 215.

Si, por el contrario, el vendedor es un particular o un comerciante que se dedique a otra actividad, difícilmente podrá demostrar el deudor que la reventa no fue razonable, porque el objeto de la misma será, por definición, un bien de segunda mano y carecerá, normalmente, de un mercado homogéneo conforme al cual realizar la comparación».

Por ello y según hemos expuesto, la razonabilidad medida no sólo en términos formales sino también temporales, es decir, «forma y plazos razonables» (*substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner*), han de ser los parámetros para admitir de forma generalizada la validez del coste de sustitución efectivo como liquidación del daño.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. y coord.: Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN). Editorial Civitas, 1997.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado, el 26 de junio de 1980. Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXIV.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Sentencia de 5 de junio de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.
- *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)*. Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 662.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- PENDAS AGUIRRE, Ángel: *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL, dirs.), Editorial Bosch, 2010.
- PEÑA GONZÁLEZ, Francisco: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (José M.ª ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA, dirs.), Thomson-Aranzadi, 2004.
- REDONDO TRIGO, Francisco : *El lucro cesante (Las bases para la construcción dogmática)*, Madrid, 2004 (Tesis doctoral. Dir.: Luis Díez-PICAZO), Biblioteca de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704.
- *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. The Global Law Collection, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

- SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Editorial Aranzadi, 1998.
— *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR*. Indret 2/ 2009.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1955 (RJ 339).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1959 (RJ 3667).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1963 (RJ 3065).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1534).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1969 (RJ 3287).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1974 (RJ 438).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1978 (RJ 546).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1989 (RJ 3261).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1991 (RJ 5312).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1991 (RJ 5572).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1991 (RJ 6276).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1992 (RJ 8363).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1997 (RJ 9409).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2000 (RJ 6678).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2005 (RJ 3241).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2008 (RJ 3210).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/188144).

RESUMEN

LUCRO CESANTE VENTAS DE REEMPLAZO

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010, se resuelve la casación sobre un incumplimiento contractual del comprador en un contrato de compraventa de acciones, donde se trata acerca de la calificación de la indemnización de daños y perjuicios y el quantum de la misma, en función de la negativa al tratamiento del daño como un supuesto de lucro cesante, sin admitirse además como regla de liquidación del daño la posibilidad de la venta de reemplazo. En este trabajo se propone una revisión de dicha calificación como posible lucro cesante, en función de las características del caso, así como la viabilidad en términos generales del coste de sustitución efectiva como sistema de liquidación del daño.

ABSTRACT

LOSS OF PROFITS REPLACEMENT SALES

The Supreme Court's judgment of 3 September 2010 rules on an appeal concerning breach of contract by the buyer in a share-purchase contract. At issue is the classification of the damages and the amount thereof. The court refused to regard the damage as a case of loss of profits, and did not accept the possibility of a replacement sale as the rule for liquidating damages. This paper proposes a revision of the classification of the case as one of a possible loss of profits, depending on the characteristics of the case, and suggests the viability, in general terms, of the cost of actual substitution as a damage-liquidation system.