

**Isué Natalia VARGAS BRAND, Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)\***

*Ernesto Rengifo García*

Profesor de Derecho privado  
Universidad Externado De Colombia

Es cierto que el derecho privado tiene hoy en día dos grandes retos: su adaptación a una economía basada en la información y en los servicios; y su ajuste al entorno digital en el cual se están desarrollando una multitud de relaciones comerciales. Sin embargo, la discusión de las facultades unilaterales en el derecho privado también impregna la economía de servicios y el entorno digital en el cual esta se desarrolla. Su presencia es incuestionable -las de las facultades- en la contratación moderna, así como la discusión acerca de su aceptabilidad y conformidad con el ordenamiento.

La autora Vargas Brand, acorde con las nuevas tendencias orientadas a explicar una moderna teoría general del contrato, estimulada fundamentalmente por la globalización y por proyectos de unificación contractual, principalmente europeos, y proyectos nacionales de modificación de los códigos de derecho privado, se sumerge con aprovechamiento en el «*Interés en el Cumplimiento del Contrato y Operación de Reemplazo*», título de su tesis doctoral, que se ajusta perfectamente al contenido de su extraordinario libro.

¿Qué es una operación de reemplazo en el derecho contractual moderno? En términos generales, se podría decir que es un modo de gestión privada de los remedios que el ordenamiento le ofrece al acreedor cuando el deudor ha incumplido su débito prestacional, sin intervención judicial y en expresión del deber de mitigación del daño. En otras palabras: la operación de reemplazo implicaría la ejecución de la prestación del deudor por el mismo acreedor o por un tercero, sin necesidad de autorización judicial.

\* VARGAS BRAND, Isué Natalia, *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023.

La autora se vale, para explicarnos la figura de la operación de reemplazo, principalmente del derecho americano, del derecho inglés, del derecho alemán, del italiano, del francés, belga, por supuesto, del derecho español, de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías de 1980 (en adelante, CISG), los famosos textos o proyectos de unificación del derecho contractual europeo: *Principles of European Contract Law* (PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (DRAFT), los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (principios UNIDROIT), y se lamenta que la figura haya sido pretermitida, como en efecto lo fue, en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC).

Para introducirnos en el tema, citaré dos fuentes de las muchas que nos expone la autora. Comencemos por la CISG, en esencia, por la incidencia que esta tiene en la moderna Doctrina General del Contrato:

Señala dicha convención en su artículo 75 lo que sigue:

«Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74».

Este último artículo, el 74 CISG, con el cual comienza la sección II sobre Indemnización de daños y perjuicios de la Convención por el incumplimiento del contrato, reconoce los tradicionales criterios del daño emergente y del lucro cesante y recoge el criterio de la previsibilidad del daño en el momento de la celebración del contrato.

De regreso, al artículo 75 CISG, se debe decir que la norma por interpretación se ha extendido a otros tipos de contratos, en tanto no solo aplica al contrato de compraventa, sino a muchas otras formas contractuales; tales como el arrendamiento, el contrato para la confección de obra material o inmaterial, el suministro. También, la operación de reemplazo implica la resolución del contrato y aplica tanto para el vendedor como para el comprador. El vendedor sustituye extrajudicialmente al comprador o este sin autorización judicial sustituye a aquel.

Como su fundamento se halla en el deber de mitigar el daño, es pertinente leer el artículo 77 CISG:

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

En cuanto a reformas de Códigos nacionales refirámonos al *Code civil* francés. La Ordenanza No. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, hoy con valor de ley por haber sido ratificada por la ley de ratificación del 20 de abril de 2018, modificó las disposiciones relacionadas con la ejecución forzosa del contrato o las sanciones por el incumplimiento contractual. Se ha dicho a propósito de los remedios que frente al incumplimiento en el Code Civil se podría emplear la fórmula de «El Principito» de *Antonie de St Exupery*, en el sentido de que «lo esencial es invisible a los ojos». En efecto, el código civil de 1804 no trataba de manera concreta y completa los remedios frente al incumplimiento. O mejor, *las normas relativas al incumplimiento se encontraban dispersas a lo largo del código*. No se determinaba de manera ordenada cuáles eran las consecuencias del incumplimiento.

Veamos, pues, la nueva regulación:

El artículo 1217 del Código civil francés (tras la reforma de la Ordenanza No.2016-131) señala lo que sigue:

«La parte respecto de la cual se ha incumplido la obligación o se ha cumplido de forma imperfecta, puede: negarse a ejecutar o suspender la ejecución de su propia obligación; buscar la ejecución forzosa in natura de la obligación; solicitar la reducción del precio; provocar la resolución del contrato; demandar la reparación de las consecuencias de la inejecución. Las sanciones que no son incompatibles se pueden acumular. La indemnización de perjuicios siempre puede acompañar a las demás».

El artículo 1221 del Código civil francés (tras la reforma de la Ordenanza No.2016-131) señala:

«Después de la constitución en mora, el acreedor de una obligación puede exigir la ejecución forzosa, a menos que esta ejecución sea imposible o que exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés que implica para el acreedor».

En el derecho francés, la regla ha sido la ejecución *in natura* (el principio de la prevalencia de la ejecución forzosa) y cuando esta resulta imposible, opera el subrogado pecuniario. Esto aparece recogido en el nuevo artículo 1221, es decir, la ejecución *in natura* de la

obligación y aplica el equivalente pecuniario cuando (i) la ejecución sea imposible o, ante una nueva hipótesis normativa, (ii) «que exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés que implica para el acreedor». De este artículo surgirían tres comentarios:

Diferente es la situación en los países del *Common Law*, en donde el «*specific performance*» es un remedio excepcional, porque allí prevalece la idea de que el contratante tiene que indemnizar perjuicios, si no cumple. Esta solución está acorde con la visión de la eficiencia económica del contrato. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que el débito primario en ocasiones se debe imponer así en el tema de la resolución y en general en el tema de las obligaciones, el equivalente pecuniario se prefiere por ser más expedito y eficiente, «pero la ejecución específica tiene y continúa teniendo grande importancia, y quizá mayor en la actualidad, no simplemente como garantía de la firmeza del contrato, sino en la medida de la rapidez de la solución, pese a la argumentación economicista. El acreedor insatisfecho sopesará la situación, la economía del contrato y su interés, y optará, según su mayor conveniencia», señala HINESTROSA (2015: 856).

La autora Vargas Brand destaca la importancia que la ejecución específica ha tomado en el derecho norteamericano y la manera como la restricción del cumplimiento específico se ha flexibilizado. Señala que las enmiendas hechas en 2003, al párrafo 2-176 (1) del *Uniform Commercial Code*, admitieron de manera novedosa, la posibilidad de que las partes, en la celebración del contrato, pudieran acordar el ejercicio del cumplimiento específico en caso de incumplimiento del contrato, siempre que no se tratara de contratos con consumidores. «Ello es de gran interés, pues abrió otra alternativa, por medio de la autonomía de la voluntad, a la discrecionalidad del ejercicio del incumplimiento específico en el derecho estadounidense» (VARGAS BRAND, 2023: 115).

Asimismo, sostiene, que, según Farnsworth, la eficiencia en la administración de los recursos económicos no se puede llevar a cabo en los sistemas donde usualmente está disponible la pretensión de cumplimiento, pero, que recientemente el profesor norteamericano matizó su opinión, en cuanto reconoce que actualmente el enfoque del análisis comparado de los diferentes remedios se dirige más a determinar *cuál es el remedio más efectivo para la satisfacción del interés del acreedor*. (VARGAS BRAND, 2023: 119).

El segundo: Sobre la imposibilidad práctica de la ejecución *in natura* Zimmermann trae el siguiente ejemplo:

«El ejemplo paradigmático es el del anillo (valor 100 euros) que se cae al lago después de haber sido vendido, pero antes de que se haya transmitido la propiedad al adquirente. El coste del drenaje del lago y de recuperación del anillo ascendería a 100.000 euros. Lógicamente no sería razonable esperar que el deudor incurriera en tales gastos, teniendo en cuenta que el interés del acreedor es de 100 euros, i. e., el valor del objeto» (ZIMMERMANN, 2005: 48-49).

Conviene destacar que el abuso del derecho opera como instrumento de control incluso ante la exigencia de lo imposible o de lo desproporcionado. Si el acreedor solicita la ejecución específica de la obligación y lo hace por capricho o para perjudicar al deudor, sin obtener con ello un beneficio real, el juez lo puede privar del ejercicio de esta prerrogativa y ordenar, en cambio, la terminación del contrato y la indemnización de perjuicios. Es decir que la insistencia en el débito primario o ejecución específica de la obligación, como primera opción que tiene el acreedor en los ordenamientos de tradición romanista, vale en tanto ese débito sea posible ejecutarlo y el acreedor mantenga un interés serio y real en que se ejecute. Si no hay un interés serio y razonable, habría un abuso del derecho que el juez deberá estar presto a reprimirlo. Si el contrato ha perdido la utilidad o la finalidad que la parte prefiguró al momento de su celebración, resultaría irrazonable o desproporcionado insistir en su ejecución.

Volviendo al Derecho francés, tras su reforma de Código civil, el artículo 1222 indica:

«Después de la constitución en mora, el acreedor puede también, en un plazo y con un costo razonables, hacer ejecutar la obligación por un tercero o, previa autorización judicial, destruir lo que había sido hecho en violación de la obligación. El acreedor puede solicitar al deudor el reembolso de las sumas invertidas para estos fines. El acreedor también puede pedir al juez que se ordene al deudor que se pague por adelantado los montos correspondientes a esta ejecución o a esta destrucción».

Como se puede inferir *se suprimió el requisito de la previa autorización judicial* para ejercer la facultad de reemplazo; pero se mantiene respecto del incumplimiento de las obligaciones de no hacer, es decir, que para destruir lo hecho por el deudor, sí se requiere de la previa autorización judicial. Pero lo importante es, como lo señala la autora del libro que recensiono, que facilitando la operación de reemplazo sin autorización judicial se cumplió con el propósito de la reforma, esto es, *la desjudicialización de remedios del acreedor de manera que el juez solo intervendría cuando el deudor impugnara el pago de la operación de reemplazo, llevada por el acreedor*.

Esta norma suscitó dos posturas en el derecho francés: La primera sostiene que la operación de reemplazo es una forma de ejecución *in natura* del contrato, es decir, una modalidad de la pretensión de cumplimiento. La segunda que es una forma de resolución unilateral del contrato e indemnización de los daños. Para sus defensores el mecanismo del reemplazo se inscribe en el sistema de remedios del acreedor, y no solo en la ejecución del contrato.

Para la autora, la operación de reemplazo cobra relevancia como una vía alternativa y extrajudicial de satisfacción del interés del acreedor: «En mi opinión, es cierto que la operación de reemplazo es una medida típica de la mitigación del daño (carga del acreedor), donde justamente está su fundamento y donde debe ser estudiada. Empero su estudio no debe acotarse allí, pues, a mi juicio, la operación de reemplazo también es una medida de autotutela del acreedor, por la que tiene derecho al daño real-concreto que el reemplazo le haya irrogado». (VARGAS BRAND, 2023: 325- 326).

Es, en pocas palabras, una autogestión privada del remedio ofrecido por el ordenamiento sin intervención judicial. La satisfacción del interés del acreedor puede conseguirse sin que necesariamente el deudor deba ejecutar su prestación. Su satisfacción se producirá mediante un tercero, con cargo al deudor por medio de la indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, cabría preguntarse si cabe aplicar la operación de reemplazo a la totalidad de las relaciones contractuales incumplidas. La respuesta es sí y se aplicaría no solo cuando el incumplimiento ha sido total, sino también cuando ha habido un cumplimiento imperfecto como, por ejemplo, en el contrato de obra cuando ha habido entrega defectuosa de la obra.

Por otra parte, se ha señalado que la operación de reemplazo halla su fundamento en la obligación de mitigar los daños. Pues bien, y debido a la predisposición de la autora por abreviar en estudios histórico-dogmáticos, me llamó particularmente la atención que ella le haya dedicado agudas reflexiones al origen en el derecho de tradición continental-, tanto de la operación de reemplazo como al deber de mitigar los daños en la obra de Pothier. La autora señala que Pothier, en sus famosos casos prácticos, enseña cómo la operación de reemplazo aparece como mecanismo práctico en la delimitación objetiva de los daños y perjuicios contractuales.

En el número 161 del Tratado de Obligaciones de 1761, se lee:

«Supongamos que yo haya vendido a alguien un caballo, y que me haya obligado a entregarlo dentro de cierto tiempo, lo que no me haya sido posible hacer. Si dentro de ese tiempo los caballos hubiesen aumentado de precio, *lo que el comprador habrá pagado de más por no haber adquirido el mío, y siendo de su misma calidad, es un precio del cual le debo indemnización [...]*» (cursiva mía). Para la autora en la expresión que destaco se halla la operación de reemplazo.

«De ahí que, a mi modo de ver, cabe pensar que, conforme a la doctrina de Pothier, el acreedor podría, una vez requerido el deudor al pago de la obligación sin éxito, celebrar una operación de reemplazo y reclamar, posteriormente, la indemnización de daños y perjuicios» (VARGAS BRAND, 2023: 292).

En el número 162 *ibidem*, se lee:

«Algunas veces el deudor es responsable de daños y perjuicios del acreedor, bien que extrínsecos, a saber: cuando parece que por el contrato han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de incumplimiento de su obligación. Por ejemplo, yo he vendido mi caballo a un canónigo, con una cláusula expresa en el contrato, por la cual me había obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos. Si en ese caso, faltó por mi culpa, bien que sin dolo, a llenar mi obligación, *y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de los daños extrínsecos resultantes de la pérdida que haya sufrido en sus pingues frutos; pues por la cláusula del contrato, el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose por lo tanto que yo me había encargado del mismo*» (cursiva mía).

En opinión de la autora Vargas Brand, con el adverbio «fácilmente», Pothier parece suponer que el reemplazo no debe implicar mayor esfuerzo para el acreedor, de manera que, si el acreedor acredita que la obtención del bien sustituto le suponía dificultad, el criterio del reemplazo no limitaría la indemnización de los daños extrínsecos previstos.

Ahora, cuando Pothier hace referencia *no solo a otro caballo, sino a otro carruaje*, ello muestra que no solo se refiere a una prestación completamente equivalente a la del contrato original, sino, en general, *a cualquier medida por la que el acreedor hubiese podido conseguir el fin del contrato*.

«Aquí estaría la clave del pensamiento de Pothier, pues, de esta forma se evita que, por la inactividad del acreedor, se produzcan daños y perjuicios no necesarios como consecuencia del incumplimiento. Con ello, Pothier estaría favoreciendo la actual idea del deber de mitigar los daños y perjuicios y la operación de reemplazo como un mecanismo útil para esta finalidad» (VARGAS-BRAND, 2023: 293).

Es copiosa la bibliografía que el libro tiene sobre los antecedentes o las fuentes que el deber de mitigación tiene a la luz del derecho anglosajón; pero quería subrayar esa precisión histórica y jurídica, si se quiere, por cierta tendencia en creer en la superioridad del *Common law* sobre el *Civil law*. El valor histórico de la tradición no parece llevar a esa conclusión. Lo único cierto que tiene el presente es precisamente su pasado.

¿Es necesaria la previa resolución de la relación contractual para poder realizar una operación de reemplazo? Y se podría ampliar la pregunta en este sentido: ¿Se debe tratar siempre de un incumplimiento esencial? Para la doctora Vargas la operación de reemplazo no requiere la resolución y no debería limitarse a incumplimientos resolutorios.

Señala: «[...] La resolución en la operación de reemplazo no sería necesaria si las prestaciones son fraccionables y el incumplimiento no se extiende a toda la relación contractual, o cuando la operación de reemplazo se requiere para subsanar un incumplimiento no esencial a efectos de la resolución; por ejemplo, pensemos en el incumplimiento de un contrato de obra por defectos en la construcción». (VARGAS-BRAND, 2023: 280)

Frente al valor de la operación de reemplazo la autora expone que el precio puede ser el corriente o el de una prestación fácilmente sustituible en el mercado, ya que con ello se asegura una adecuada satisfacción del interés contractual del acreedor y, además, una rápida y correcta liquidación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Destacando que la operación de reemplazo, como regla prioritaria de cálculo antes que la del valor del mercado, debe estar precedida del criterio de la razonabilidad y del principio de la buena fe.

Entre el escogimiento del valor de la operación de reemplazo y el cálculo abstracto del valor de la prestación en el mercado para efectos de la indemnización se inclina por la primera. Con base en la experiencia del derecho norteamericano y la doctrina española la autora señala que debería concederse el daño real y concreto del acreedor al realizar una «razonable operación de reemplazo». «En este sentido, debe darse prioridad a la regla de la operación de reemplazo sobre la regla del mercado». Y se destaca el principio de su razonabilidad en tanto no siempre la operación de reemplazo va a ser más económica que la regla del mercado.

Acoge, pues, la autora la norma sobre la prueba del daño en caso de operación de reemplazo, indicado en los Principios UNIDROIT, artículo 7.4.5, según el cual



«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».

En una afirmación totalizadora, la autora concluye:

«Respecto de la positivización de la regla del reemplazo considero que podría traer ciertos beneficios al sistema de responsabilidad contractual. El primero es que se fomentaría el uso de una práctica muy habitual en la práctica mercantil, como una vía normal de satisfacción de interés de cumplimiento del acreedor, favoreciendo la mitigación del daño. El segundo, es que, al establecerse condiciones claras sobre la realización del reemplazo, el acreedor gozaría de una garantía de liquidación extrajudicial de sus daños, evitando acudir a la cuantificación hipotética de la regla del mercado. Y el tercero es que, si el sistema de cálculo concreto del daño desplaza al abstracto, se evitaría la posibilidad de una sobre indemnización del daño, puesto que el acreedor ya habría obtenido su interés de cumplimiento con la razonable operación de reemplazo. Lo que, en mi opinión, les proporciona cierta seguridad jurídica tanto al acreedor como al deudor» (VARGAS-BRAND,2023: 361).

Este magnífico trabajo constituye, en últimas, y ese es uno de sus valores, *una reflexión sobre la gestión razonable de los efectos del incumplimiento por la parte cumplidora del acuerdo o también sobre un medio de autogestión del remedio o de autotutela del acreedor mediante el ejercicio de una operación de reemplazo*, lo cual significa nada menos que el reconocimiento a la autonomía privada en la búsqueda de soluciones extrajudiciales ante incumplimientos o descuidos contractuales, o a la reducción de conflictos para ser resueltos por un juez y que sean las mismas partes, en ejercicio de aquella su autonomía privada-, las dueñas de su problema y a la vez de su solución.

El libro deja una constancia sobre la necesidad de actualizar nuestro derecho y ponerlo al día con las tendencias actuales, que buscan evitar recurrir al juez al reconocerle a las partes las posibilidades de solucionar de manera extrajudicial sus problemas contractuales. La solución a la crisis de la eficiencia práctica que tiene nuestro derecho debe apelar al sentido común de los particulares que, como titulares de sus actos de disposición de intereses, deben serlo también de la resolución de sus conflictos. La *desjudicialización* del conflicto es un buen comienzo en el propósito de garantizar la eficiencia de un abigarrado sistema jurídico, que ha mitificado la presencia ineluctable del juez en la solución de todo conflicto que surge de las complejas relaciones humanas. *Las partes son los mejores jueces de sus intereses en juego*. Es el momento de avivar -por supuesto con ciertos resguardos- el ejercicio de la autonomía privada en la solución

particular y extrajudicial de muchos de los conflictos provenientes de las relaciones jurídicas entre particulares.

Esto último es, en mi concepto, el mérito de este trabajo sobresaliente, el cual me siento honrado de recensionar. La Academia colombiana progresa y retorna con creces, con experiencias sanas e irrepetibles, el esfuerzo diario que ella implica. Vale la pena dedicarle años de trabajo. «El hombre está hecho para la búsqueda de la verdad, no para su posesión», enseñó Pascal. Y yo agregaría: Y para compartir.

#### BIBLIOGRAFÍA

HINESTROSA Fernando (2015), *Tratado de las Obligaciones II*, Vol. II., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

VARGAS BRAND (2023), *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid.

ZIMMERMANN (2005), *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, trad. Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, Barcelona.

Fecha de recepción: 22.03.2024

Fecha de aceptación: 25.02.2024