

La estructura de la obra es clásica, siguiendo la distribución de materias del llamado sistema de Pandectas, anteponiendo el estudio de los derechos reales al de obligaciones, e incorporando una teoría general del negocio jurídico que a quienes nos hemos formado cerca de d'Ors —y me excusará el lector la continuada alusión al maestro— nos resulta quizá extemporánea, por no existir en la construcción de los juristas romanos. Como apartado de cierre de las instituciones de derecho privado figura una exposición del sistema procesal civil romano, que una vez más hubiésemos algunos preferido anteponer al estudio del derecho sustantivo.

La edición es pulcra, como todas las del BOE, y viene precedida por un amable prólogo de los traductores, y de otros presentes en las ediciones alemanas, y cerrada con índices de materias y fuentes, así como una detallada relación de emperadores y reglas jurídicas latinas. La traducción vierte en buen castellano, sin pérdida de precisión pero con naturalidad, la no siempre fácil prosa jurídica alemana. No puede sino agradecerse a los traductores, ambos romanistas de excelente formación y valía intelectual, que hayan dedicado generosamente su tiempo a una labor que revierte directamente en bien de toda la comunidad científica y que encontró particular aliento, como dan cuenta los propios traductores, en el director de esta revista.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

VARGAS BRAND, Isué Natalia: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023, 396 pp.

Las líneas que siguen se dirigen a presentar y analizar el libro que lleva por título el que rubrica esta recensión. Lo haré en las próximas páginas tomando el punto de vista, indudablemente subjetivo, que deriva de mis casi cuatro décadas de labor de investigación jurídica; de bastantes menos años, pero ya unos cuantos, de trabajo en la Comisión General de Codificación, tratando de contribuir en el necesario proceso de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil español, y como no podía ser de otra manera, del trabajo esmerado que la autora de la obra empeñó para hacer posible el resultado que ahora me toca presentar. Las menciones críticas que pueda realizar, que ya anticipo que serán pocas y de talla menor, conviven perfectamente con el afecto y aprecio que tengo desde hace años por Isué, convencida como estoy que ambas cosas son perfectamente compatibles y hasta convenientes en el ámbito académico que ambas compartimos.

Pero antes de entrar en el análisis pormenorizado de la obra adelantaré algunas características de la misma que, en mi opinión, nos colocan en el lugar idóneo para afrontar la tarea que me propongo realizar. Esas características son básicamente tres: es un libro cuyo origen está en una tesis doctoral, convenientemente revisada, dirigida por los profesores Morales Moreno y Fenoy Picón, quienes además firman el Prólogo; es un libro dedicado a un tema que se ubica en el ámbito del incumplimiento del contrato y de los remedios con los que cuenta el acreedor frente a ello; finalmente, es un libro que en su primera parte contiene una relevante aportación de Derecho com-

parado, mostrando de manera rigurosa algunos modelos foráneos, de Derecho uniforme y de *soft law*, siempre con el objeto de que sean útiles para preparar el proceso discursivo que la autora aborda en la segunda parte, destinada a clarificar el presente del Derecho español y a trazar sus líneas de modernización en el tema tratado; se incluyen, sobremanera, propuestas claras y valientes de *lege ferenda*. No se extrañen, pues, si les digo ya desde ahora que tales puntos de partida nos permiten afirmar que estamos ante un buen libro de Derecho civil.

El asunto central de la monografía es la operación de reemplazo, que en caso de incumplimiento del contrato constituye una vía alternativa de satisfacción *in natura* del interés del acreedor, en principio a través de un tercero y con cargo al deudor, como recuerda la propia autora. Se trata de una respuesta que se halla muy elaborada en los sistemas del *Common law*, pero que también tiene un cierto recorrido en los de corte continental, por lo que el contraste entre ambos constituye una de las columnas que vertebran el libro, ahora en palabras de los prologuistas, quienes además añaden otras dos: el estudio de la pretensión de cumplimiento y el de la indemnización de daños.

Es esta una de las ocasiones en las que el análisis de Derecho comparado, y en especial, el cotejo de los dos sistemas jurídicos de referencia en el mundo occidental, junto con sus derivaciones en el moderno Derecho de contratos, comporta mucho más que un aseado o incluso un riguroso trabajo de erudición. Lejos de ello, constituye un presupuesto absolutamente imprescindible para la comprensión de la figura estudiada, así como para darle una ubicación y un sentido en nuestro propio ordenamiento. El detalle con el que la Dra. Vargas estudia el Derecho inglés y, muy especialmente, el Derecho estadounidense, sobre el que realiza una titánica labor de comprensión y exposición, cobra todo su sentido al observar cómo a lo largo de la monografía se van destilando las derivaciones emanadas de su cabal entendimiento. Es justo reconocer, sin embargo, que los ordenamientos continentales foráneos no son tratados, ni mucho menos, con la misma profundidad que los anglosajones, en particular, como he dicho, que el Derecho estadounidense. No puedo afirmar que ese desequilibrio sea causa de alguna conclusión precipitada en la parte relativa al Derecho español, pero es un riesgo con el que conviene contar. En favor de la opción de la autora diré que la operación de reemplazo ha tenido mucho más recorrido en el ámbito angloamericano que en el continental, y que ella misma, lejos de ocultar el mentado desequilibrio, lo pone de relieve en numerosas ocasiones, empezando por el propio subtítulo del libro, al considerar que es precisamente del *Common Law* de donde puede extraer mejores enseñanzas. Además, uno de los puntos destacables de este trabajo es, para quien esto escribe, la evidencia de las diferencias metodológicas que separan el *Common Law* y el *Civil Law* a la hora de analizar problemas similares, lo que no impide a la Dra. Vargas dominar las respectivas herramientas de uno y otro.

En efecto, la operación de reemplazo se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito anglosajón, donde, como línea de principio y con matices según sea el ordenamiento de referencia, el acreedor solo puede exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación al deudor en casos excepcionales. Por el contrario, en los ordenamientos del *Civil Law* esa misma exigencia constituye un remedio ordinario que puede utilizar el acreedor ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, con lo que, en principio, no tendría demasiado sentido que la pretensión se consiguiera en el mercado a través de un tercero. Si no fuera porque, frecuentemente, el recurso a este

remedio ordinario requiere del ejercicio judicial del derecho, obliga al acreedor a conseguir un título ejecutivo para lograr la satisfacción y, en definitiva, retrasa, cuando no impide, la satisfacción oportuna del acreedor. A lo cabe añadir que la figura que nos ocupa resulta perfectamente coherente con la idea de satisfacción del interés del acreedor y de la obligación como garantía de la obtención de un resultado, que son propias de la concepción moderna del contrato. Razones de sobra para que la posibilidad de recurrir a una operación de reemplazo haya ido ganando espacio también en el ámbito continental, tanto a través de los textos de Derecho transnacional de distinto alcance (entre otros, la omnipresente CISG, muy influida, a su vez, por el Derecho estadounidense), como de las modificaciones o reformas introducidas en los códigos civiles de los diferentes países que han culminado su proceso de modernización de las normas generales de obligaciones y contratos o, en su caso, de las específicas en materia de compraventa.

Una vez bosquejada la figura, las cuestiones más relevantes que se plantean y que la Dra. Vargas aborda a lo largo de la monografía, pisando sin miedo el barro de los distintos ordenamientos analizados, son las siguientes:

La primera, es la pregunta por el tipo de relaciones obligatorias a las que se puede aplicar la operación de reemplazo. Dando la respuesta en nuestra jerga serían, fundamentalmente, las obligaciones genéricas, puesto que carece de sentido pretender una operación de reemplazo de una prestación específica del deudor e incluso de una relativa a un bien escaso en el mercado. En la mayor parte de los casos analizados se trata de obligaciones derivadas de contratos de compraventa de cosas fungibles, pero también es una figura de interés en otro tipo de relaciones obligatorias, como las dimanantes del contrato de servicios, y en especial, el de obra.

La operación de reemplazo es susceptible de ser utilizada tanto el supuesto de incumplimiento total –incluido el incumplimiento anticipado– de la prestación por parte del deudor, como en el caso de prestación no conforme. Se trata de una respuesta al incumplimiento del deudor, entendido este en el sentido genérico y neutral que ya nos resulta hoy bien conocido.

Uno de los temas centrales de la figura es el relativo a la cuantificación de la cantidad que puede reclamar el acreedor que ha realizado la operación de reemplazo al deudor incumplidor. Aquí se oponen dos posibles modelos: el cálculo abstracto según la regla del mercado *versus* el cálculo concreto para el caso; precisamente las dos opciones que separan la respuesta general del Derecho inglés de la que proporciona el Derecho estadounidense post *Uniform Commercial Code*. En el primero, el daño se concreta en la diferencia entre al precio acordado en el contrato y el del mercado del día de vencimiento del contrato. En el segundo se utiliza el método del cálculo concreto del daño, conforme a la razonable operación de reemplazo realizada, método que consagra el *Uniform Commercial Code*, que solo se toma en cuenta la regla de mercado como mecanismo subsidiario.

Otra de las cuestiones fundamentales es la de calificar la figura de la operación de reemplazo; más en concreto, la de decir si es una modalidad de la pretensión de cumplimiento o, más bien, de la indemnización de daños, asunto que para quienes estamos formados en ordenamientos presididos por la idea de sistema tiene un valor didáctico indiscutible, además de derivaciones prácticas varias. Lo cierto es que la segunda calificación es clara en el Derecho anglosajón y en el CCcivil holandés, pero mucho más discutible en la mayor parte de los textos transnacionales (donde, además, parece apostarse por la previa resolución del contrato) y continentales. Al respecto cabe subra-

yar que el BGB, el CCit, y sobre todo el nuevo art. 1222 Code francés siguiendo su propia tradición, parecen seguir, no sin discusión, la primera; cabe añadir también que esta es igualmente la respuesta del CC belga tras su reciente modificación operada por la Ley de 28 de abril de 2022, novedad que, por razones temporales, no se refleja en el libro. La autora toma partido y no duda, desde la temprana Introducción, de que la ubicación indemnizatoria es la más correcta técnicamente, para lo que desarrolla a lo largo de la obra una pléyade de argumentos que refuerzan su inicial intuición.

Me permito señalar en este punto que el nuevo art. 1222 del Code civil francés suprime para las obligaciones de dar y de hacer el requisito de la previa autorización judicial para el ejercicio de la facultad de reemplazo, el cual es sustituido, en coherencia por la apuesta por la desjudicialización que hace la Reforma de 2016-2018, por la puesta mora y la realización del reemplazo en un tiempo y a un coste razonable. Es interesante aportar, como complemento de esta parte del trabajo, la respuesta del Código civil belga, tras la reforma de su derecho de obligaciones y contratos de 2022. En el nuevo CC belga el art. 5.235 mantiene como regla general en las relaciones obligatorias el recurso a la autorización judicial previa para que el acreedor pueda ejecutar por él mismo o por un tercero la prestación incumplida por el deudor; pero, como norma especial en materia de contratos, el art. 5.85 permite que «en caso de urgencia o de otras circunstancias excepcionales» se prescinda de la autorización judicial que se sustituye por una notificación unilateral escrita hecha al deudor.

Por otro lado, en la línea consagrada en el CC holandés y por la mayor parte de los textos de *soft law*, considera la autora que la operación de reemplazo ofrece un criterio mínimo de cuantificación del daño, lo que significa que no excluye, por sí mismo la indemnización de otros mayores.

La doctora Vargas estudia asimismo la relación entre la operación de reemplazo y el deber de mitigar el daño, figura esta última de procedencia anglosajona pero que está ya plenamente consolidada en prácticamente todos los ordenamientos modernos. La autora se ocupa de esta relación en los distintos modelos comparados, concluyendo que aquella operación es precisamente una expresión de este deber. Añade además que realizar la operación puede incluso llegar a constituir un deber del acreedor (pero nunca una genuina obligación, pues puede acudir a los otros remedios) frente a la cadena de daños que se pueden producir por el incumplimiento del deudor.

El quinto y último capítulo del libro se centra en el Derecho español, aunque también se incluyen en él unos párrafos muy interesantes destinados a buscar indicios de la operación de reemplazo en la obra de Pothier, los cuales, tal vez, hubieran debido ser desplazados a otro lugar en la obra; por ejemplo, a la parte dedicada a la exposición de la figura en los ordenamientos de corte continental, y más concretamente, en los antecedentes de la misma en el Code civil francés.

Cuando la Dra. Vargas trata de proyectar sus convicciones relativas a la operación de reemplazo sobre el CC español vigente encuentra las obvias dificultades derivadas de sus influencias y de sus más de ciento treinta años de redacción. La figura no tiene un reflejo directo en el articulado o este es muy tenue (arts. 1096. II y 1098. I, reglas que la autora califica de naturaleza procesal ejecutiva). Tampoco ha contado con una recepción mayoritaria en nuestra doctrina clásica, más bien reticente a su admisión, con contadas pero muy relevantes excepciones (nada menos que el Pr. Garrigues). Hay que reconocer que la incorporación de la CISG a nuestro ordenamiento supuso,

en este como en otros temas, un cambio revolucionario. Con todo, los autores que tratan de hacer una lectura de nuestro sistema desde el moderno Derecho de contratos, apostando en este caso por la importancia de la operación de reemplazo en nuestro Derecho, se pueden considerar excepciones a las que ahora se suma la autora, siguiendo el camino trazado por sus dos maestros y prologuistas del libro.

Como ella misma pone de relieve, no resulta fácil el análisis de la operación de reemplazo en el Derecho español tomando como punto de partida las vigentes normas codificadas sobre obligaciones y contratos, sea en el Código Civil sea en el Código de Comercio; no obstante, la autora es capaz de detectar sus huellas y de estudiar su uso por la jurisprudencia.

En el libro se reproducen, ahora enfocados hacia el Derecho español, algunos de los puntos más relevantes que ya han sido mencionados con anterioridad. Así, a pesar de la filiación de nuestro Código civil y de la postura adoptada por los autores de otros trabajos anteriores de solvencia que plantean la misma cuestión, la Dra. Vargas se aparta de la tesis que la considera un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento y defiende que la naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo realizada extrajudicialmente. Esta opción le lleva a plantear dos cuestiones subsiguientes: si la operación de reemplazo efectuada por el acreedor supone o no la resolución del contrato –como en la mayoría de los textos transnacionales que ha analizado y que a la autora le parece necesaria para evitar que el deudor incumplidor siga obteniendo la ventaja del intercambio– y la de cohonestar las reglas generales del remedio indemnizatorio con la operación de reemplazo. También analiza el modo en el que la doctrina y la jurisprudencia españolas combinan los dos mecanismos de cálculo del daño. Evidentemente, añade el asunto de su relación con la mitigación del daño, figura esta reconocida por nuestra jurisprudencia y doctrina, además de por el art. 77 CISG, explorando asimismo la relación entre la regla de la mitigación del daño y la causalidad del daño resarcible.

En la última parte del libro, la autora se pregunta si es necesaria la positivización de la operación de reemplazo en el Derecho español, a lo que implícitamente responde de forma afirmativa. Menciona el antecedente que supone en tal sentido la regulación de la venta de reemplazo en el CC catalán como particular forma de ejecución del contrato. Entre los trabajos prelegislativos que maneja analiza la recepción de la operación de reemplazo en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 muy inspirado en esta materia por el art. 75 CISG y que, por varias razones excelentemente expuestas, tampoco le acaba de convencer.

La Dra. Vargas termina realizando, en fin, unas conclusiones, para que puedan ser utilizadas a modo de propuesta de *lege ferenda*, sobre la operación de reemplazo con el fin de incorporarla a Derecho positivo español, como una norma general de obligaciones y contratos y ante una eventual reforma integral de esta materia. Reiterando lo expuesto a lo largo del libro, entiende que tal norma se debe encuadrar dentro del remedio indemnizatorio; que dicha indemnización se refiere al interés en el cumplimiento del contrato y no a otros daños, los cuales, sin embargo, no se excluyen; que este daño debe ser considerado previsible; que se debe dar prioridad al cálculo concreto del daño frente al abstracto del mercado cuando el acreedor ha realizado la operación de reemplazo; que esa operación de reemplazo debe cumplir con el criterio de la razonabilidad y la buena fe, en los que está presente la idea de la mitigación del daño; y que frente a la reclamación de daños del acreedor,

el deudor cuenta con ciertas excepciones relacionadas con la operación de reemplazo.

Por razones temporales obvias, la autora no ha podido incluir en el libro la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, reformada en el seno de Comisión de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en julio de 2023. Reproduzco a continuación el artículo 1194 de esta Propuesta, situado entre las normas relativas a la indemnización de daños en caso de incumplimiento, y cuya rúbrica es, precisamente, «Indemnización en lugar de incumplimiento». Dice así el citado precepto:

1. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor.

2. Para que el acreedor tenga el derecho que le atribuye el apartado anterior será necesario:

1.º Que conserve la pretensión de cumplimiento.

2.º Que la sustitución de la actuación del deudor por la del tercero se haga en condiciones razonables.

3.º Que, previamente, el acreedor haya fijado al deudor un plazo razonable para cumplir, advirtiéndole de las consecuencias de no atender a este requerimiento.

Este requerimiento no será necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir.

3. La indemnización prevista en este artículo no excluye la de otros daños derivados del incumplimiento.

No es esta la sede adecuada para hacer un análisis exhaustivo del artículo que acabo de transcribir, pero poca imaginación hace falta para concluir que las ideas vertidas por la autora del libro que estoy presentado han sido, en gran medida, estimulantes para quienes hemos tenido el honor de hacer la labor de reforma y puesta al día de la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de Obligaciones y Contratos. Solo me queda, pues, darle las gracias por haber realizado este trabajo y por escribir un libro tan inspirador.

M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

