

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Profesor Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho de Granada

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Presentación de la Reforma. 2. El punto de partida de la Reforma. 3. La gran solución *versus* la pequeña solución. 4. Cronología de la Reforma. 5. Los objetivos de la Reforma: 5.1 Mayor claridad y transparencia en el ordenamiento jurídico privado; 5.2 Modernizar el Derecho de obligaciones; 5.3 Recuperar la centralidad del BGB en el ordenamiento jurídico privado alemán; 5.4 Reordenación de las instituciones básicas en el Derecho de obligaciones; 5.5 La codificación de figuras jurisprudenciales; 5.6 Un BGB más europeo; 5.7 Un BGB más internacional. 6. Metodología de la exposición de la Reforma de 1 de enero de 2002.-II. *La integración del derecho del contratante débil y del derecho de consumo contractual*: 1. El arte de integrar directivas comunitarias y leyes especiales en el BGB. 2. La integración de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: 2.1 La solución de la integración en bloque; 2.2 El problema de la ubicación; 2.3 Adaptación mínima con motivo de la Reforma. 3. La integración del Derecho de consumo contractual: 3.1 La Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos; 3.2 La Ley de Crédito de Consumidores; 3.3 La Ley sobre aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial; 3.4 Trasposición de las recientes Directivas; 3.5 El deber legal de información en los contratos con consumidores.-III. *Principales instituciones del nuevo derecho de obligaciones*: 1. La prescripción: 1.1 Un nuevo modelo de prescripción; 1.2 El plazo ordinario de las pretensiones; 1.3 Plazos más largos; 1.4 Comienzo de la prescripción ordinaria; 1.5 Comienzo de la prescripción de otras pretensiones; 1.6 Pactos sobre la prescripción; 1.7 Suspensión de la prescripción; 1.8 Nuevo comienzo de la prescripción; 1.9 Consecuencias jurídicas de la prescripción. 2. Revisión del régimen jurídico de la contravención de la prestación (*Leistungsstörungsrecht*): 2.1 Mayor transparencia y mejora de la regulación legal de la contravención de la prestación; 2.2 Supuestos de imposibilidad de la prestación: a) La unificación de los supuestos de imposibilidad; b) Supuestos diferenciados: b') La imposibilidad fáctica; b'') La imposibilidad por causas personales ajenas al deudor. 2.3 La responsabilidad del deudor: a) La regla básica sigue siendo la

responsabilidad por culpa; *b*) Excepciones a la regla básica; *c*) Dero-gación de la responsabilidad *ex* § 279. 2.4 La simplificación de la mora del deudor: *a*) Presupuestos de la mora; *b*) Efectos de la mora. 2.5; La admisión legal de la lesión positiva de la pretensión contractual; 2.6 La indemnización de daños por lesión de un deber de prestación: *a*) La necesidad de un supraconcepto: la lesión del deber (*Pflichtverletzung*); *b*) El requisito de la culpa del deudor; *c*) Los supuestos de indemnización en lugar de la prestación (*Schadenersatz statt der Leistung*) y sus requisitos: *c'*) No prestación, prestación defectuosa; prestación parcial, negativa a la prestación; *c''*) Lesión de un deber *ex* § 241.2; *c'''*) En los casos de exclusión (imposibilidad) del deber de prestación. *d*) Resarcimiento por gastos infructuosos; *e*) Restitución del resarcimiento. 2.7 La reorganización de la resolución en los contratos: 2.7.1 Los presupuestos de la resolución en los contratos bilaterales: *a*) El intento de unificar las causas de resolución; *b*) El derecho de resolución por no prestación o prestación no conforme al contrato; *c*) El derecho de resolución por prestación parcial; *d*) La resolución por prestación defectuosa irrelevante; *e*) La exclusión del derecho de resolución por imposibilidad de la prestación de la que responde el acreedor; *f*) El derecho de resolución por lesión de deberes *ex* § 241.2; *g*) El derecho de resolución por exclusión del deber de la prestación (casos de imposibilidad). 2.7.2 Los efectos de la resolución: *a*) Equiparación de los efectos de la resolución legal y contractual; *b*) Liquidación de la resolución: *b'*) Restitución de las prestaciones. Satisfacción de otras prestaciones; *b''*) Prestación del valor equivalente en caso de imposibilidad de la restitución. Supresión de la remisión al enriquecimiento injusto por imposibilidad de la prestación de restitución; *b'''*) Exclusión del deber de prestación del valor equivalente. *b''''*) Deber de indemnización. *c*) El mantenimiento de los antiguos §§ 355, 356, 357, 359, 360 (que pasan a ser ahora los §§ 350, 351, 353, 354). 2.7.3 La revocación en los contratos de consumo: *a*) La Reforma de 27 de junio de 2000; *b*) El derecho de revocación; *c*) El derecho de sustitución; *d*) Las consecuencias jurídicas de los derechos de revocación y de sustitución; *e*) La incidencia del derecho de revocación en los contratos conexos; *f*) El deber de información sobre los derechos de revocación y de sustitución. -IV. *Codificación de figuras jurisprudenciales*: 1. La culpa *in contrahendo*: *a*) Ideas generales; *b*) Supuestos de culpa *in contrahendo*; *c*) La culpa *in contrahendo* de terceros. 2. La alteración de la base del negocio jurídico (*Störung der Geschäftsgrundlage*): *a*) Ideas generales; *b*) Supuestos de alteración de la base del negocio jurídico. 3. La lesión positiva de la pretensión contractual. 4. El desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante: *a*) Ideas generales; *b*) Presupuestos del desistimiento. 5. La imposibilidad fáctica. -V. *La reforma de determinados contratos*: 1. La compraventa: *a*) Ideas generales; *b*) Obligaciones típicas de la compraventa; *c*) Vicios en la compraventa: *c'*) Vicio de la cosa; *c''*) Vicio jurídico. *d*) Remedios y efectos jurídicos por vicios en la compraventa: *d'*) Cumplimiento posterior; *d''*) Resolución; *d'''*) Reducción del precio; *d''''*) Indemnización. *e*) Prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa; *f*) Conocimiento del comprador de los vicios; *g*) Garantías; *h*) Exoneración de la responsabilidad; *i*) Transmisión del riesgo y de las cargas;

j) Otros aspectos de la compraventa. 2. La compraventa de bienes de consumo: a) Ideas generales; b) Normas específicas de la compraventa de bienes de consumo; b') Pactos no vinculantes; b'') Inversión de la carga de la prueba; b''') Garantías; b''''') Acción de regreso del empresario final. Prescripción de la acción. 3. Los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial. 4. El contrato de préstamo, el contrato de préstamo de consumo (y los instrumentos financieros auxiliares) y los contratos de suministro a plazos: a) Ideas generales; b) El contrato de préstamo (dinerario); c) El contrato de préstamo de consumo y los instrumentos financieros auxiliares; d) Los contratos de suministro a plazos. 5. El contrato de mediación de préstamo. 6. El contrato de obra.—VI. *El derecho transitorio.*—VII. *Primera valoración.*

I. INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA

Desde que entró en vigor el BGB, el 1 de enero de 1900, no ha habido una Reforma tan importante del Derecho de obligaciones como la articulada en la Ley de 1 de enero de 2002. Muy poco después de cumplirse el primer centenario, el BGB ha vuelto a renacer para convertirse nuevamente en el código básico del ciudadano. En un plazo relativamente breve se ha sabido reelaborar y modernizar una parte importante del Derecho de obligaciones del BGB. La Reforma comprende instituciones tan relevantes para el tráfico jurídico como la prescripción extintiva de las acciones y el incumplimiento de las obligaciones en algunos de sus apartados, como la imposibilidad de la prestación, la mora del deudor y la indemnización de daños por lesión del deber. Con la Reforma se ha modificado en parte la compraventa y el contrato de obra, en particular el sistema de vicios. Todo el Derecho de consumo contractual ha pasado al BGB, y también se ha integrado en él el Derecho de las condiciones generales de la contratación. Se ha aprovechado la Reforma para codificar algunas figuras jurisprudenciales, entre las cuales destacan, de modo singular, la culpa *in contrahendo* y la alteración de la base del negocio jurídico.

La Reforma del BGB, en virtud de la Ley de 1 de enero 2002, merece ser conocida y estudiada por nosotros, no ya sólo por su amplitud, sino, sobre todo, porque ha supuesto una verdadera modernización del Derecho de obligaciones, acercándolo al siglo XXI, para que el BGB sea más europeo y más internacional. Un autor alemán

ha afirmado –no sin cierta exageración– que la Reforma constituye una revolución del Derecho de obligaciones¹. La verdadera importancia de la Reforma es que con ella se ha dado un paso importante en la modernización del sistema de las relaciones de intercambio de bienes y derechos. Es donde reside su verdadero interés, sobre todo para quien desde fuera se quiere acercar a la Reforma 2002 del BGB.

2. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA REFORMA

El principal detonante de la Reforma fue la necesidad de la trasposición de la Directiva 1999/44/, de 25 de mayo de 1999, sobre las garantías de la venta de bienes de consumo al ordenamiento jurídico alemán. Han sido también decisivas las trasposiciones de las Directivas 2000/35, de 29 de junio de 2000, sobre la morosidad en las operaciones comerciales, y 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico. En vez de trasponer estas Directivas mediante leyes especiales, el Gobierno Federal tuvo claro que el mejor camino sería el de una reforma más amplia que comprendiera parte del Derecho de obligaciones, aprovechando los materiales de estudio que se elaboraron en los años ochenta y noventa, para modernizar este sector tan dinámico del ordenamiento jurídico. El Gobierno Federal actuó con una astucia política poco común al someter desde el primer momento la iniciativa legislativa a la opinión pública, en particular al mundo universitario, atrayéndose hacia sí algunos juristas de máximo prestigio, y supo encajar muchas de las críticas que se formularon durante la redacción hasta el proyecto final. Sin lugar a dudas, el Título de la Ley, «La Modernización del Derecho de Obligaciones», expresa perfectamente la voluntad del legislador. Y el resultado, como se podrá constatar a lo largo del nuevo articulado del BGB, es, efectivamente, la modernización de algunas instituciones civiles, en particular la prescripción y la compraventa.

3. LA GRAN SOLUCIÓN *VERSUS* LA PEQUEÑA SOLUCIÓN

Para la trasposición de las tres directivas antes mencionadas hubiera sido suficiente articular las respectivas leyes de la venta de bienes de consumo, de la morosidad en las operaciones comercia-

¹ Así, WIESER, «Eine Revolution des Schuldrechts», *NJW*, 2001, p. 121.

les y del comercio electrónico. El recurso técnico-político de la ley especial había sido hasta ahora la tendencia. Las razones de una ley especial para cada trasposición de una directiva son de sobras conocidas. La exigencia de un lenguaje más específico –a veces muy técnico–, la necesidad de un desarrollo amplio del contenido de las normas, la presencia de normas procesales y administrativas son algunos de los argumentos en favor de una ley especial para armonizar y desarrollar el derecho comunitario. Después está el tiempo, la obligación de cumplir con las directivas en un plazo determinado. En caso de modificaciones posteriores a nivel comunitario, una ley especial se presta más fácilmente a introducir las adaptaciones que sean necesarias. Aunque se ha criticado ampliamente la hipertrofia de leyes especiales en detrimento del BGB y del HGB, se había asumido que la ley especial era el recurso técnico-político más adecuado para responder a los cambios continuos en las relaciones jurídicas privadas. No es de extrañar, pues, que algunos discreparan de las intenciones del Gobierno Federal cuando éste propuso que la armonización de las tres Directivas se hiciera dentro del BGB, para reformar, al mismo tiempo, algunas partes del BGB. Se esgrimió otra razón importante. Cualquier reforma –tanto las últimas como las futuras– siempre tendría un carácter temporal dado el estado incipiente en el que se encuentra el Derecho privado europeo y las incertidumbres que existen sobre un futuro Código de los contratos y un Código de consumo a nivel europeo y el contenido de ellos. En definitiva, por destacados juristas se propuso que era preferible la «pequeña solución» (*Kleine Lösung*), es decir, que se articularan las tres Directivas mediante leyes especiales².

Pero además de estas razones, había otra de un calado más hondo. Reformar el BGB en algunas de sus partes es una tarea que requiere tiempo, un amplio debate y un consenso, difícil de lograr cuando la fecha límite de la trasposición estaba fijada para el 31 de diciembre de 2001. El objetivo de la modernización del Derecho de obligaciones, aunque sólo parcial, exigía un gran esfuerzo en un tiempo demasiado breve. Tocar el BGB, modernizándolo, son, al fin y al cabo, palabras mayores³.

² Cfr. ERNST Y GSELL, «Nochmals für die kleine Lösung», *ZIP*, 2000, pp. 182 ss.

A favor de la pequeña solución LIEB, en «Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts», en *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübinga, 2001, pp. 553 ss.

³ DAUNER-LIEB dijo que buenas intenciones y metas políticas sugerentes no son suficientes para una buena ley, en «Die geplante Schuldrechtsmodernisierung-Durchbruch oder Schnellschuß?», *JZ*, 2001, p. 18.

A pesar de todos estos argumentos, el Gobierno Federal rojo-verde, con el apoyo del Partido Socialista Democrático, sacó adelante lo que se ha llamado la «gran solución» (*Große Lösung*), frente a la oposición, principalmente la fracción formada por la Unión Cristiano-Demócrata y la Unión Cristiano-Social. Puede resultar significativo que un código conservador, como es el BGB, haya sido modernizado por la izquierda con oposición de las fuerzas de la derecha⁴. También la Ley de Condiciones generales de la contratación, uno de los monumentos más importantes del Derecho privado alemán, fue aprobada en 1976 a iniciativa de un Gobierno socialdemócrata. Si entonces el principal destinatario de aquel proceso codificador fue el contratante débil, ahora, con la Reforma de 2002, uno de los destinatarios es el consumidor.

La «gran solución» tuvo en muy poco tiempo una acogida favorable⁵. Se acertó en abrir un debate amplio sobre el primer proyecto, que fue llamado por el Ministerio Federal de Justicia «proyecto de discusión» (*Diskussionsentwurf*), presentándolo a la opinión pública, especialmente al mundo científico, lo cual permitió la celebración de varios simposios jurídicos⁶. Todos estaban de acuerdo en que el plazo que se había dado el legislador era demasiado breve para emprender una reforma tan amplia del BGB. Pero había que aprovechar el momento, sobre todo teniendo en cuenta que había un trabajo ya realizado en los años ochenta y noventa que podía servir de base para modernizar de una vez el BGB. Canaris lo dice, desde un punto de vista político, muy claramente: No vamos a encontrar tan fácilmente otro momento para optar por la «gran solución». Hay que aprovechar —dijo— este momento. Celebró, además, que el Ministerio Federal de Justicia encargase a una Comisión, compuesta casi exclusivamente por profesores universitarios, para

⁴ Con un tono sarcástico dos historiadores del Derecho, SCHRÖDER Y THIESSEN, analizan el *iter* parlamentario de la Reforma, en «Von Windscheid zu Beckenbauer—die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag», *JZ*, 2002, pp. 325 ss.

⁵ Cfr. el informe de la Ministra Federal de Justicia, la Profesora Dr. Herta Däubler-Gmelin, «Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2001, pp. 2281 ss.

Sobre la necesidad de iniciar un nuevo proceso codificador en Alemania, *vid.*, con carácter general, R. ZIMMERMANN, «Schuldrechtsmodernisierung», *JZ*, 2001, pp. 171 ss.; ídem, el mismo trabajo en la obra colectiva, *Zivilrechtswissenschaft... op. cit.*, pp. 1 ss.

⁶ Se pueden consultar las discusiones del simposio celebrado en Regensburg, en los días 17 y 18 de noviembre de 2000, publicadas en la obra colectiva, dirigida por ERNST y R. ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tubinga, 2001.

Al año siguiente, en el mes de enero, se celebró un simposio en Münster, cuyas aportaciones están publicadas en la obra colectiva, dirigida por SCHULZE Y SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Tubinga, 2001.

En Berlín, los días 30 y 31 de marzo de 2001, se celebró una sesión extraordinaria de la *Zivilrechtsleherversammlung*. Las ponencias están publicadas en *JZ*, núm. 10, 2001, pp. 473-561.

que revisara el régimen jurídico de la contravención de la prestación (*Leistungsstörungsrecht*). Todo un ejemplo de lo que debería ser, según Canaris, el diálogo entre el legislador y la ciencia jurídica⁷.

4. CRONOLOGÍA DE LA REFORMA⁸

Aunque por el tiempo en que se ha llevado a cabo la Reforma se puede creer que ha habido un interés excesivo de legislar lo más rápidamente posible, lo cierto es que tiene su primer antecedente en un proyecto que fue presentado en 1978 en el Parlamento Federal y a la 52 Asamblea de Juristas alemanes.

Durante el período 1981-1983 profesores de diversas universidades alemanas elaboraron dictámenes sobre una futura reforma del Derecho de obligaciones⁹⁻¹⁰. En el año 1984 se creó, a instancia del Ministerio Federal de Justicia, una Comisión para la revisión del Derecho de obligaciones, la cual presentó en 1991 un proyecto para la modificación del derecho de prescripción, del derecho de contravención de la prestación, del derecho de compraventa y del derecho de contrato de obra. Este proyecto tuvo como constante referencia la Convención de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. La falta de un verdadero debate sobre la propuesta dejó caer en el olvido el proyecto. El debate sobre una reforma surgió de nuevo con motivo de la trasposición de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. En agosto de 2000 se presentó el Proyecto de Discusión de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones¹¹. La reacción no se hizo esperar, sobre todo por el profesorado universitario que fue muy crítico con este Proyecto. A raíz de ello, se elaboró una «Redacción consolidada

⁷ Cfr. las observaciones últimas de CANARIS, en «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, 2001, pp. 523-524.

⁸ Es muy completa la reseña histórica de Infante Ruiz en el primer trabajo que se ha publicado en España sobre la Reforma 2002, elaborado un poco antes de su entrada en vigor como aclara el propio autor en la nota 9 de la publicación, en «Apuntes sobre la Reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *RdP*, 2002, núm. 8, pp. 153 ss.

⁹ Se pueden consultar en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, tomos I y II, editados por el Ministerio Federal de Justicia, Colonia, 1981.

¹⁰ Un resumen de las principales cuestiones que se plantearon puede encontrarse en DIEDERICHSEN, «Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts», *AcP*, 1982 (182), pp. 101 ss.

¹¹ Viene recogido en la obra colectiva *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, dirigida por los Profesores Ernst y Zimmermann, Tübinga, 2001.

También en la obra de documentación legal, de CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Múnich, 2002. En esta misma obra se recogen los demás textos hasta la aprobación definitiva de la Reforma.

del Proyecto de Discusión», mejorando en parte el texto anterior. En el mes de enero de 2001 se constituyeron comisiones sobre la reelaboración del régimen jurídico de la contravención de la prestación y sobre los derechos de compraventa y del contrato de obra. El 2 de marzo de 2001 concluyeron los trabajos sobre el Derecho de la contravención de la prestación y el 6 de marzo se publicó el proyecto que sirvió de base al Gobierno Federal. El 9 de mayo de 2001 se presentó el Proyecto del Gobierno, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*¹², acompañado con una explicación y justificación de la Reforma¹³. El Consejo Federal informó sobre el Proyecto el 13 de julio de 2001¹⁴. Este informe fue contestado por el Gobierno Federal el 31 de agosto de 2001¹⁵. Más la Comisión de Derecho del Parlamento Federal presentó el 25 de septiembre y el 9 de octubre de 2001 una recomendación final¹⁶. Se introdujeron algunos cambios importantes respecto del Proyecto de 9 de mayo de 2001. El 11 de octubre fue aprobado por el Parlamento Federal, y pasó sin problemas por el Consejo Federal el 9 de noviembre de 2001. La Ley entró en vigor, como estaba previsto desde el principio, el 1 de enero de 2002.

5. LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

5.1 Mayor claridad y transparencia en el ordenamiento jurídico privado

La claridad y la transparencia deben constituir una de las exigencias de cualquier ordenamiento jurídico que quiere estar cerca del ciudadano. Cuando un ordenamiento jurídico crece a base de leyes, cada vez más técnicas y complejas, el resultado puede ser contrario al que se pretende, a saber, la protección que se quiere dar se puede convertir muchas veces en una desprotección del ciudadano. En el ordenamiento jurídico privado alemán, como en cualquier otro país, hay tal abundancia de leyes que impide conocer y aplicar de verdad el Derecho. Se trata de una realidad sobre la que había que reflexionar, y así se hizo cuando se propuso reformar el Dere-

¹² En *Schuldrechtsmodernisierung...*, CANARIS, *op. cit.*, pp. 429 ss.

¹³ Recogido en la obra citada anteriormente, pp. 569 ss.

¹⁴ La contestación se puede consultar en la obra de CANARIS, citada en el número anterior (pp. 935 ss.).

¹⁵ La contestación del Gobierno Federal se recoge en la obra ya citada, pp. 995 ss.

¹⁶ Recogida en la obra citada, pp. 1051 ss.

cho de obligaciones. De alguna manera había que conseguir que se redujera la lista de leyes especiales, que se unificaran las instituciones articuladas en estas leyes, mediante refundiciones y reformulaciones en normas más generales y que se recundujeran a un único cuerpo legal. La opción podía haber sido un Código de consumo al afectar gran parte de estas leyes al Derecho de consumo. Otra opción era llevar la legislación especial de consumo en materia de contratos al propio BGB¹⁷. Todo ello, con el objetivo de articular un sistema jurídico privado más claro y transparente en el ámbito de las relaciones obligatorias con consumidores. La opción por la integración en el BGB podía tener, además, la ventaja de establecer una mayor coherencia entre las instituciones civiles generales y especiales y las relaciones obligatorias en las que intervienen los consumidores. Detrás de este objetivo hay un propósito concreto: que el Derecho de los consumidores deje de ser un Derecho especial.

Pero el propio BGB necesitaba –y sigue necesitando– de una mayor claridad y transparencia. Hay materias que resultan poco claras. Así, por ejemplo, surgieron duras críticas, en el mismo momento en que entró en vigor el BGB, contra el sistema legal del derecho de contravención de la prestación (§§ 275 ss.). Esta materia es una de las que más ampollas ha levantado en el mundo de la ciencia jurídica alemana¹⁸, en particular la defectuosa sistematización de la figura de la imposibilidad –entendida en un sentido amplio– como causa de extinción de la obligación. También a lo largo de la discusión sobre la Reforma el debate ha sido muy vivo, como lo demuestra el informe elaborado por la Comisión, que fue creada específicamente para analizar el régimen jurídico de la contravención de la prestación¹⁹.

5.2 Modernizar el Derecho de obligaciones

Una de las consignas de la Reforma era la necesidad de modernizar el Derecho de obligaciones. Esto queda claramente patente en

¹⁷ Vid., en particular, ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz und BGB», *JZ*, 2001, pp. 475 ss.

¹⁸ Las obras de Huber constituyen un buen ejemplo de la preocupación que existe sobre esta materia. Vid. *Leistungsstörungen*, tomos I y II, Tubinga, 1999. En relación con el proyecto de discusión sobre este tema, HUBER ofrece un estudio muy amplio en «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», en la obra colectiva, *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 31 ss.

¹⁹ Vid. CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, quien agradece las sugerencias de Huber aun cuando no formó parte de la Comisión; cfr. los trabajos que se citan en el capítulo dedicado al incumplimiento de las obligaciones.

la nueva regulación de la prescripción extintiva de las acciones. Tal como estaba regulada la prescripción en el BGB ya no era defendible: la duración era excesiva y había demasiados plazos. El plazo ordinario de treinta años resultaba excesivo. Aunque el BGB conocía ya el efecto suspensivo de la prescripción, había que generalizar este efecto en detrimento del efecto interruptivo de la prescripción. La Reforma permite una revisión completa de la prescripción, regulándola de nuevo, con el resultado de un sistema de prescripción mucho más moderno que el anterior.

Donde queda muy patente la modernización del Derecho de obligaciones es en la compraventa. El sistema edilicio de la compraventa resultaba totalmente insatisfactorio –sobre todo en la praxis jurisprudencial–, desconectado, además, de la teoría general del incumplimiento de las obligaciones. En vez de mantener el sistema vigente hasta entonces, el legislador optó por tomar como suyo algunos postulados de la Convención de Viena de 1980 y de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. El resultado es altamente positivo por cuanto los vicios constituyen un supuesto más de incumplimiento de las obligaciones, con algunas particularidades propias de la compraventa. Con ello, se logró, además, una conexión armónica con el régimen general del incumplimiento. Por otra parte, la venta de bienes de consumo tiene su base legal en la compraventa ordinaria, sin perjuicio de estar sujeta a algunas reglas especiales.

Ello ha permitido modernizar, al mismo tiempo, el contrato de obra, acercándolo, así, a la compraventa.

5.3 Recuperar la centralidad del BGB en el ordenamiento jurídico privado alemán

El BGB había dejado de ser, desde hace tiempo, el código de todos los ciudadanos. Muchas de las operaciones jurídicas que se realizaban diariamente, se hacían al margen del BGB. La Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G) se había convertido en un serio «competidor» del BGB. La sucesiva aparición de leyes especiales estaba vaciando el BGB. Con la aparición del Derecho de los consumidores el BGB estaba perdiendo su rol. Si quería seguir ocupando un lugar central en el ordenamiento jurídico privado, había que reaccionar. Con la Reforma se integra en el BGB todo el Derecho que hasta entonces había sido especial: la AGB-G y todas las leyes de contratos con consumidores. Lo que nunca debió haber salido del BGB vuelve a ser parte de él. Con la entrada del consumidor en el BGB, en virtud de la Ley de 30 de

junio de 2000, se coloca la piedra fundamental para que el BGB sea el marco legal por excelencia de las relaciones con consumidores. Sólo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano. Es una de las principales filosofías de la Reforma. Cualquier otro planteamiento iría en contra de la realidad. La integración del Derecho contractual de los débiles en el BGB supone un adiós definitivo a un Código de consumo y el rechazo de considerar a este Derecho como un Derecho especial, negándole, para siempre, su posible naturaleza mercantil.

5.4 Reordenación de las instituciones básicas del Derecho de obligaciones

Desde los años ochenta se venía trabajando sobre la prescripción, el régimen jurídico de la contravención de las prestaciones, la compraventa y el contrato de obra. Entre los objetivos de una posible reforma se señalaba la necesidad de reordenar estas instituciones básicas. En la Ley de 1 de enero de 2002 se puede observar que, efectivamente, se ha intentado establecer un nuevo orden de las principales instituciones reformadas. Esto se puede comprobar sobre todo en la regulación legal de la prescripción y del régimen jurídico de la contravención de la prestación.

5.5 La codificación de figuras jurisprudenciales

Otro de los objetivos de la Reforma es la codificación de algunas figuras jurisprudenciales. Si durante décadas se han consolidado figuras elaboradas por la jurisprudencia, basadas muchas veces en construcciones doctrinales, siendo, además, eficaces para el buen funcionamiento del Derecho, parece lógico que, finalmente, sean articuladas mediante normas positivas. Éste fue el principal argumento de la Reforma para incorporar figuras como la culpa *in contrahendo*, la alteración de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento en las relaciones obligatorias duraderas.

5.6 Un BGB más europeo

La incorporación de leyes especiales, cuyo origen fue la trasposición de determinadas directivas, y el imperativo de la trasposición de las presentes y futuras directivas al BGB convierten a éste en un cuerpo legal cada vez más europeo. Pero no sólo las directivas están «europeizando» el BGB, sino también por el hecho de que la Refor-

ma 2002 ha tomado muchas notas de los informes elaborados por las Comisiones Lando y Papper. No sin razón se está hablando en la doctrina alemana de una progresiva «europeización» del BGB desde que se incorporó en él la contratación a distancia por la Ley de 27 de junio de 2000. Este proceso de europeización ha sido especialmente fuerte con motivo de la Ley de 1 de enero de 2002²⁰⁻²¹. La Reforma se ha hecho en el contexto del Derecho privado europeo²². De eso no cabe duda. Ahora mismo se puede afirmar que entre todos los códigos europeos el BGB es el más europeo.

5.7 Un BGB más internacional

El hecho de que el BGB está asumiendo el Derecho privado europeo hace que sea también más internacional. Sobre todo por lo que concierne a la reforma de la compraventa, en la que se ha tenido en cuenta, aunque no con la intensidad que algunos hubieran querido, la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980. Si en el siglo xx el Derecho contractual internacional ha recurrido a las elaboraciones doctrinales de los Derechos nacionales, ahora, en el siglo xxi, es el Derecho internacional el que está contribuyendo a la modernización de los Derechos nacionales.

La propia Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo tiene su base en la Convención de Viena. Con la Reforma se ha trasladado, en el fondo, no la Directiva, sino la Convención de Viena al BGB. El nuevo régimen jurídico de la venta ordinaria y de consumo del BGB tiene una estrecha conexión con el régimen jurídico de la venta de mercaderías entre profesionales.

6. METODOLOGÍA DE LA EXPOSICIÓN DE LA REFORMA DE 1 DE ENERO DE 2002

Para tener un primer contacto con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, puede ser útil un estudio básico de la

²⁰ Vid. BRÜGGEMEIER/REICH, «Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes», *BB*, 2001, pp. 213 ss.

²¹ Vid., también, un trabajo mío, «La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», *RDP*, 2002, número correspondiente al mes de marzo, pp. 187 ss.

²² Cfr. ROTH, «Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 225 ss. Vid., también, SCHULZE y SCHULTE-NÖLKE, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

Reforma en su conjunto. Éste es el principal objetivo del presente trabajo²³. Para ello, lo vamos a dividir en cinco grandes bloques: La integración del Derecho del contratante débil y del Derecho de consumo contractual en el BGB (II), Principales instituciones del Derecho de obligaciones afectados por la Reforma (III), La codificación de figuras jurisprudenciales (IV), La reforma de determinados contratos (V) y El Derecho transitorio (VI). Hemos tenido la posibilidad de poder estar bastante cerca de la Reforma a través de las muchas publicaciones que sucedieron desde que se presentó el proyecto para su discusión (DiskE) y el contacto directo con el Profesor H.P. Westermann, uno de los redactores de la Reforma. Con la finalidad de facilitar la comprensión de la Reforma se adjunta una traducción de los nuevos párrafos del BGB.

II. LA INTEGRACION DEL DERECHO DEL CONTRATANTE DÉBIL Y DEL DERECHO DE CONSUMO CONTRACTUAL EN EL BGB

1. EL ARTE DE INTEGRAR DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y LEYES ESPECIALES EN EL BGB

La elección del legislador por la gran solución ha sido decisiva para la integración en el BGB de una parte del acervo del Derecho comunitario y de determinadas leyes proteccionistas del consumidor. El legislador estaba totalmente convencido de que la única manera de vitalizar el BGB era mediante la integración del Derecho comunitario y de algunas leyes especiales en materia de contratos con consumidores. El punto de partida, como se ha resaltado en páginas anteriores, fue la Directiva sobre las garantías en venta de bienes de consumo. En el momento en que estuvo claro que la adaptación de esta Directiva al Derecho interno debería hacerse integrándola en el BGB, y no mediante la articulación de una ley especial, se abrió la posibilidad de llevar al BGB leyes ya vigentes en materia de protección del contratante débil y de los consumidores.

Son muchos los argumentos a favor y en contra de una integración del Derecho comunitario y de leyes proteccionistas del contra-

²³ Las líneas maestras de la Reforma vienen esbozadas en el trabajo realizado por RUIZ INFANTE, *op. cit.*, en particular pp. 158 ss. Nosotros hemos preferido esperar hasta la promulgación de la Reforma 2002 para analizar más exhaustivamente la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones.

tante débil²⁴⁻²⁵. A favor de la integración se proclama, sobre todo, la transparencia de un Derecho contractual cada vez menos claro. Los defensores se apoyan también en la re-sistematización del Derecho civil y en la recuperación del BGB como centro del ordenamiento jurídico privado. En contra, se alega la ruptura interna del BGB que aun siendo viejo es un texto de una gran calidad técnico-jurídica.

La posición decidida de integrar la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en el BGB no sólo es valiente sino seguramente la más acertada. Ello obligó al legislador a reformar al mismo tiempo la compraventa. Sin embargo, puede resultar más discutible el traslado directo de otras leyes especiales vigentes al BGB, al tratarse de Derechos ya legislados. No resulta fácil incorporar a un código sectores jurídicos que están perfectamente articulados en otras leyes. La trasposición a un código civil se convierte, a partir de ese momento, en un arte –diría yo– de integrar lo nuevo en un edificio viejo. Las técnicas pueden ser varias (traslado en bloque, traslado por partes de forma sistemática, recodificación de las instituciones –nuevas y viejas–). Los problemas son muchos (armonizar el lenguaje, ubicar las normas, buscar el equilibrio entre lo viejo y lo nuevo, armonizar los intereses). Existe el evidente peligro de que a partir de ahora el BGB se convierta en un lugar permanente de obra. Pero sobre todo hay que plantearse el sentido, el fundamento y el fin de esta técnica de codificación²⁶. La fórmula elegida por el legislador alemán abrirá probablemente un debate sobre la recodificación de los Derechos nacionales, con miras, al mismo tiempo, al Derecho privado europeo y al Derecho internacional.

En el BGB ya estaban colocadas las primeras piedras para optar por esta técnica de integración. Por una parte, se habían formulado los conceptos del consumidor y del empresario en los §§ 13 y 14 (en la Sección referida a la persona)²⁷. Por otra, la Directiva sobre la

²⁴ Una posición favorable, aunque con muchos matices, podemos encontrar en Pfeiffer, en «Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 481 ss. Claramente a favor, SCHMIDT-RÄNTSCH, «Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 169 ss. En la misma obra colectiva, Dörner plantea los problemas que se pueden dar a la hora de legislar, en *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, pp. 177 ss.

²⁵ Más crítico, ROTH, en «Europäischer Verbraucherschutz...», *JZ*, 2001, en especial pp. 486 ss. En contra, HONSELL, en «Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *JZ*, 2001, p. 19.

²⁶ Apoyado por MEDICUS, en «Schlussbetrachtung», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 607 y 609. Todavía resulta más llamativa la postura favorable de Reich, uno de los principales defensores del Derecho de los consumidores como un Derecho especial (así lo subraya ROTH en «Europäischer Verbraucherschutz...», *op. cit.*, nota 126).

²⁷ Cfr. PFEIFFER, «Der Verbraucher nach § 13 BGB», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

contratación a distancia fue traspuesta parcialmente al BGB en los §§ 361.a) y 361.b), que después fueron modificados por la Reforma, siendo, ahora, los §§ 312.b) a 312.f). Ya con bastante anterioridad se había regulado el contrato de viaje, el cual fue reformado después en aplicación de la Directiva, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados (§§ 651.a)-651.k) (hay un Reglamento sobre los deberes de información de los organizadores de viajes, de 13 de noviembre de 1994, que ha sido reformado por un Reglamento posterior de 2 de enero de 2002²⁸). Existían, pues, las premisas políticas para seguir por este camino cuando se planteó la necesidad de adaptar dentro del BGB las Directivas sobre las garantías en venta de bienes de consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y la sociedad de la información y el comercio electrónico.

2. LA INTEGRACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

2.1 La solución de la integración en bloque

La integración en bloque significa que ha pasado en su totalidad, con algunas ligeras modificaciones, el contenido material o sustancial de la AGB-G al BGB. Era, sin lugar a dudas, la solución más fácil y quizá la más aconsejable para mantener la armonía interior del BGB, después de que la reforma sólo iba a afectar, además sólo parcialmente, al Derecho de obligaciones. La integración mediante la técnica de la sistematización²⁹ planteaba cuestiones de mucha hondura. Hubiera exigido una recodificación más profunda que habría afectado al negocio jurídico regulado en los §§ 104 ss. Uno de los principales críticos a la integración de la AGB-G fue Ulmer quien subrayó el carácter codificador que tuvo en 1976 esta ley especial. Según él, las condiciones generales de la contratación constituyen por delante de la doctrina del negocio jurídico, una categoría jurídica independiente³⁰. Después del BGB, según muchos, la AGB-G ha sido el mejor logro de la cultura jurídica iusprivativista alemana. ¿Por qué había que romper este edificio tan bien diseñado?

²⁸ Puede consultarse en el *Palandt*, tomo complementario, ed. 61, Múnich, 2002, pp. 381-382.

²⁹ A favor de la sistematización de la AGB-G, PFEIFFER, «Die Integration...», *op. cit.*, pp. 502-504.

³⁰ «Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk», *JZ*, 2001, p. 496. Idem, «Integration des AGB-Gesetzes in das BGB?», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 215 ss.

A pesar del consejo de Ulmer, proponiendo a los legisladores que se concentraran más en los muchos problemas que suscitaba la proyectada Reforma del Derecho de obligaciones, la suerte estaba echada desde el momento en que se presentó el primer proyecto de la Reforma. La propuesta de la integración de la ABG-G en el BGB, que fue formulada mucho antes por H.P. Westermann en 1983 en el informe y propuestas para una revisión del Derecho de obligaciones, era una de las estrellas de la Reforma. Desde luego, es una de las que más brillan, pero esto no quiere decir que sea la más importante. Con el tiempo, seguro que el jurista alemán se acostumbrará a que la regulación de las condiciones generales forma parte del BGB, como una parte más del Derecho contractual general.

2.2 El problema de la ubicación

La integración en bloque del contenido material de la AGB-G planteó el lógico problema de su ubicación en el BGB. Quizá el lugar más acorde con la estructura del BGB hubiera sido en el Libro Primero que regula la Parte General (en los §§ 104-185 se regula el negocio jurídico). Sin embargo, se optó por situar el contenido material en el Libro Segundo que se ocupa del Derecho de las Relaciones Obligatorias. En concreto, se colocó después de la Sección Primera, referida al «Contenido de las relaciones obligatorias». La Sección Segunda tiene por título «La configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales». Y la Sección Tercera regula «Las relaciones obligatorias que nacen de los contratos».

Conviene subrayar que, a diferencia de otras leyes de los países comunitarios, la AGB-G es una verdadera ley de condiciones generales, no dirigida a los consumidores, sino a los contratantes débiles. Ni siquiera después, con la reforma de 1998, que inserta el § 24.a) en favor de los consumidores como consecuencia de la adaptación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, ha dejado de ser lo que siempre ha sido, a saber, una ley de condiciones generales. Se hace esta precisión porque la integración no significa ninguna brecha en el sistema del BGB al tener por destinatario al contratante, sea o no consumidor, que no está en la misma situación que el contratante que negocia el contenido con la otra otra parte. Aunque el BGB, como cualquier Código decimonónico, parte de la autonomía privada, la libertad y la igualdad contractual, ello no debe ser un obstáculo para que pueda acoger las condiciones generales de la contratación, puesto que éstas tienen por objeto fijar, aunque sin negociación, el contenido de las relaciones obligatorias. Esta consi-

deración última puede explicar que las condiciones generales hayan encontrado, finalmente, su lugar después de la Sección del «Contenido de las Relaciones Obligatorias».

2.3 Adaptación mínima con motivo de la Reforma

El legislador ha querido tocar lo menos posible la regulación legal de las condiciones generales de la contratación³¹. Por razones obvias, han quedado para una Ley especial los aspectos formales y procesales de las condiciones generales, en concreto, mediante la Ley de 1 de enero de 2002 se ha articulado la Ley de Acciones de Cesación (incluye también la acción de retractación)³².

Se mantienen, con algunas ligeras modificaciones, los contenidos de los §§ 1 a 7 de la AGB-G, que pasan a ser los §§ 305 (que reúne, en un mismo precepto, el concepto de las condiciones generales de la contratación y los requisitos de incorporación), 305.b) (prevalencia de las cláusulas particulares sobre las condiciones generales), 305.c) (en un mismo precepto se regula la consecuencia de las cláusulas de sorpresa y la regla de interpretación en caso de duda), 306 (las consecuencias jurídicas de la no incorporación) y 306.a) (la prohibición de eludir la ley). Las normas sobre el control de contenido, los §§ 9, 10 y 11, pasan a ser ahora los §§ 307 (cláusula general), 308 (cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración) y 309 (cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración). Se han mantenido los §§ 23 (pero sólo en parte), 24 y 24.a), que se refieren al ámbito objetivo y subjetivo, y que han quedado integrados en el § 310.

Un presupuesto básico de la legitimidad de las condiciones generales de la contratación es que sean conocidas por los destinatarios de las mismas. El conocimiento del contenido de las condiciones generales de la contratación se debe facilitar, igualmente, a los que están impedidos físicamente. Lo exige expresamente el § 305.2.2. para asegurar, así, la integración de las condiciones generales en el contrato que se suscriba. Cabe resaltar la supresión del § 8 que establecía los límites del control de contenido. Se ha considerado que, en realidad, se trataba de un precepto innecesario. El privilegio de los contratos de la telecomunicación desaparece después de la liberación del mercado de telecomunicaciones. Por la misma razón, tampoco tiene sentido excluir del control específico

³¹ Para una primera valoración, cfr. V. WESTPHALEN, «AGB-Recht ins BGB-Eine erste Bestandsaufnahme», *NJW*, 2002, 12 ss.

³² El título completo es *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz-UKlaG)*.

los contratos de suministro de gas y de electricidad (ello ha supuesto una mutilación importante del antiguo § 23).

Como principal novedad, además de la eliminación de algunas cláusulas abusivas y la inserción de otras nuevas en los dos listados, hay que destacar, sobre todo, la codificación de la doctrina jurisprudencial del abuso formal de las cláusulas por falta de transparencia como otro supuesto de ineficacia por ser contrarias a la buena fe³³. El BGH, a finales de los ochenta, había defendido que la «abusividad» no sólo puede ser material sino también formal. Con la nueva jurisprudencia se había dado un paso importante para poder controlar las cláusulas que, aun habiendo sido aceptadas por el adherente, causaban por falta de transparencia un perjuicio a él, debiendo, en este caso, ser declaradas ineficaces con apoyo en la cláusula general de la buena fe. Esta jurisprudencia se ha codificado ahora al añadir en la cláusula general de la buena fe del § 307.1 que «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible». De este modo, el mandato de transparencia del artículo 5.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas queda elevado a rango normativo.

Otra novedad interesante es que a partir de ahora, en virtud del § 310.4, frase 2.^a, las condiciones generales que se utilizan en los contratos de trabajo están sujetas igualmente a los §§ 305 ss., excepto los apartados 2 y 3 del § 305. El § 310.4 precisa, no obstante, que habrá que tener en cuenta las particularidades del Derecho de trabajo.

Como consecuencia de la modernización de la compraventa y del contrato de obra hubo que articular nuevamente las cláusulas abusivas en supuestos de exclusión de responsabilidad y demás garantías que tiene el contratante débil en casos de vicios (cfr. § 309.8).

El verdadero interés de la Reforma no es tanto la consecuencia de la integración de las condiciones generales de la contratación en el BGB como –al menos, momentáneamente– la incidencia que va a tener el nuevo Derecho de obligaciones en la praxis contractual de las condiciones generales, en particular en la compraventa³⁴⁻³⁵,

³³ Vid. WEICK, «Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik», *JZ*, 2002, pp. 444-445.

³⁴ Cfr. H. P. WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 13-15. También CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXIII-XXXV, teniendo en cuenta que la compraventa se ha hecho a semejanza de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo (vid. LITZENBURGER, «Das Ende des vollständigen Gewährleistungsausschlusses beim Kaufvertrag über gebrauchte Immobilien», *NJW*, 2002, pp. 1244 ss.

³⁵ Su trascendencia en el ámbito de las relaciones mercantiles es analizada por SCHUBEL, en «Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf», *JZ*, 2001, pp. 1103 ss.

y en la jurisprudencia. La transparencia de las cláusulas exige que la terminología sea adaptada al nuevo lenguaje jurídico y a las nuevas instituciones de la Reforma. Ello obligará a las empresas a revisar sus clausulados. Problemas singulares plantean las cláusulas de los contratos *software* por cuanto con el nuevo § 651 resulta problemática su ubicación en el contrato de obra.

3. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO CONTRACTUAL

A lo largo de la exposición de la Reforma del Derecho de obligaciones se hará mención, en los momentos que corresponda, a la integración de cada uno de los sectores del Derecho de consumo contractual, algunos de los cuales estaban ya regulados y otros pendientes de ser adaptados a las Directivas aún no traspuestas. Con la integración ha dejado de existir la lista, que era cada vez más amplia, de leyes especiales en materia de consumo contractual. De momento, sólo mencionaremos los ámbitos normativos del Derecho de consumo contractual que ahora forman parte del BGB³⁶.

El legislador ha optado, en ocasiones, por normas generales para los contratos con consumidores. Así, por ejemplo, ha regulado en una norma básica los derechos de revocación y de sustitución que tiene el consumidor (§§ 355 y 356) y las consecuencias jurídicas en caso de que sean ejercitados estos derechos por el consumidor (§ 357). También contiene el BGB una norma general para los contratos conexos en los que uno de los contratantes es consumidor (§ 358) y también contempla las excepciones que se pueden formular cuando los contratos son conexos (§ 359).

3.1 La Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos

Unas de las primeras leyes en materia de consumo, compuesta por nueve párrafos, es la Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos, de 16 de enero de 1986. Con la reforma, sólo el § 312 se ocupa directamente de este derecho.

³⁶ Para una visión de conjunto sobre lo que algunos llaman formas especiales de empresa (venta a domicilio, contratos a distancia, el comercio electrónico), *vid.* GRIGOLEIT, «Besondere Vertriebsformen», *NJW*, 2002, 1151 ss. De interés es también el estudio de MICKLITZ, «Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsmodalitäten? – Zur Integration von Haustür-, Fernabsatzgeschäft und E-Commerce in das BGB», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, Tubinga, 2001, pp. 177 ss.

El § 312.a) establece, a continuación, la relación con otros preceptos del BGB. Una novedad importante, conforme al § 312.2, es que el vendedor debe informar al consumidor de las consecuencias jurídicas de la revocación y, en su caso, de la sustitución de los bienes.

3.2 La Ley de Crédito de Consumidores

Esta Ley, de 17 de diciembre de 1990, ha pasado casi íntegramente al BGB en los §§ 491-498 (contrato de préstamo del consumidor), 499-504 (instrumentos financieros auxiliares entre empresario y consumidor), 505 (contratos de suministro por entrega), 506 (norma de prohibición) y 655.a)-655.e) (contrato de mediación de préstamo).

3.3 La Ley sobre aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial

Los preceptos que dan contenido a esta Ley, de 20 de diciembre de 1996, constituyen, con algunas ligeras modificaciones, los §§ 481-487. Desaparece el largo § 4 sobre la indicación de los deberes en el prospecto y en el contrato (cfr. el nuevo art. 242 de la Ley de Introducción al BGB).

3.4 Trasposición de las recientes Directivas

Con la decisión de la integración del Derecho de consumo contractual, cualquier Directiva sobre esta materia tendrá su correspondiente respuesta en el BGB. Así, las Directivas sobre las garantías en la venta de bienes de consumo (específicamente en los §§ 477-479, aunque su proyección, como se sabe, es mucho más amplia), y el comercio electrónico [§ 312.e)]³⁷.

3.5 El deber legal de información en los contratos con consumidores

Aunque el BGB contiene, después de la Reforma, algún precepto sobre el deber de información del empresario frente al consumidor [así, § 312.c)], se ha optado por dejar su regulación legal mediante reglamentos de acuerdo con los artículos 238 (contratos

³⁷ La Ley de Comercio Electrónico (EGG) es de fecha anterior, de 14 de diciembre de 2001. El § 312.e) es una mera sombra al lado de la Ley básica.

de viaje), 239 (deber de información de los institutos de crédito), 240 (contratos a distancia), 241 (contratos en el comercio electrónico), 242 (contratos de aprovechamiento de vivienda tiempo parcial) y 245 (derechos de revocación y de sustitución) de la Ley de Introducción al BGB (EGBGB). Estos preceptos constituyen la Parte Séptima de la EGBGB, que fue añadida por la Reforma de 1 de enero de 2002.

III. PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES

1. LA PRESCRIPCIÓN

1.1 Un nuevo modelo de prescripción

Se puede afirmar, sin exagerar, que con la Reforma se articula en el BGB un nuevo modelo de prescripción³⁸⁻³⁹. Una reforma que era necesaria según hicieron ver los dictámenes de Peters y Zimmermann⁴⁰. La nueva normativa se distancia claramente de la regulación anterior, y también del modelo que propuso en su día la Comisión de Derecho de Obligaciones. En el nuevo modelo han influido algunos de los *Principles of European Contract Law*, siguiendo la Comisión Lando en cuanto a los criterios que se deben tener en cuenta para unificar el Derecho de prescripción (cfrs. arts. 17:102 y 17:105)⁴¹. También ha servido de referencia el antiguo § 852 que regula el plazo y los presupuestos de la prescripción de la responsabilidad delictual.

³⁸ Para una primera aproximación, *vid.* LEENEN, «Die Neuregelung der Verjährung», *JZ*, 2001, pp. 552 ss. Un estudio muy completo sobre la reforma es el realizado por MANSEL, en «Die Reform des Verjährungsrecht», en la obra colectiva de Ernst y R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 333 ss. Una valoración global de la reforma la ofrece BYDLINSKI en «Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts», en la obra colectiva de SCHULZE y SCHULTE-NÖLKE, *op. cit.*, pp. 381 ss. Desde la perspectiva de la eficiencia, EIDENMÜLLER, «Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldmodernisierungsgesetz», *JZ*, 2001, pp. 283 ss.

³⁹ Una exposición sobre el nuevo régimen legal de la prescripción ofrece MANSEL, «Die Neuregelung des Verjährungsrechts», *NJW*, 2002, pp. 89 ss. En el *Palandt*, ed. 61, Múnich, 2002, tomo complementario, Heinrichs comenta los §§ 194 ss. *Vid.*, también, WITT, «Schuldmodernisierung 2001/2002-Das neue Verjährungsrecht», *JuS*, 2002, p. 105 ss.

⁴⁰ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ Una visión a partir del Derecho comparado puede encontrarse en el estudio de R. ZIMMERMANN, «... ut sit finis litium», *JZ*, 2000, pp. 853 ss.

Uno de los principales criterios de la Reforma es la uniformidad y la claridad del instituto de la prescripción⁴². La uniformidad y la claridad sólo se logra cuanto más supuestos específicos de prescripción se eliminan⁴³. En el sistema anterior, la regla general de la prescripción de las pretensiones de treinta años (§ 195) se había convertido en una regla casi excepcional por el tiempo tan excesivo que contemplaba el BGB. Para superar este obstáculo, los tribunales han recurrido, más allá del tenor literal, a los §§ 196 y 197, los cuales contemplaban supuestos específicos de prescripción con plazos sensiblemente inferiores –dos y cuatro años–. Un régimen, como denunció la doctrina, excesivamente barroco. Con la Reforma el casuismo que había desaparece por la derogación de los §§ 196 y 197. Hay un plazo ordinario para todas las pretensiones derivadas de relaciones legales, contractuales y extracontractuales, que es de tres años, según establece el nuevo § 195. Existe, pues, un único plazo, que caracteriza a partir de ahora el instituto de la prescripción, para exigir de otro una pretensión de naturaleza obligatoria. Ello beneficia claramente al sistema. Aunque, también, es verdad que la uniformidad no se logra totalmente. Así, por ejemplo, hay plazos diferentes para los vicios en la compraventa (§ 438) y en el contrato de obra [§ 634.a)].

Con la unificación se persigue una doble tendencia jurídico-política: los derechos de garantía, excesivamente cortos, se alargan, y los plazos excesivamente largos se reducen, para que, así, el acreedor ejercite sus pretensiones de forma lógica y efectiva⁴⁴.

A diferencia de la normativa anterior, que no estaba dividida en subtítulos, la regulación actual de la sección quinta se articula distinguiendo tres títulos: objeto y duración de la prescripción (1.º), suspensión, comienzo de la suspensión y comienzo nuevo de la prescripción (2.º) y consecuencias jurídicas de la prescripción (3.º).

La Reforma introduce, en concreto en el § 199, el criterio del conocimiento a los efectos del cómputo de la prescripción. El legislador se ha decidido por el régimen subjetivo de la prescripción, en contra de la Comisión del Derecho de obligaciones, incluso en contra también del Proyecto de Discusión, triunfando, finalmente, la tesis de Peters y Zimmermann. Se ha dicho que la opción por el régimen subjetivo es el precio de la reducción del plazo ordinario y de la unificación de la prescripción. Sin embargo, el régimen obje-

⁴² Subrayado por PFEIFFER, en «Verjährungsrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., p. 217; también por CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. XLIX.

⁴³ Sin embargo, la Reforma no ha establecido las necesarias conexiones con los Derechos de familia y de sucesiones (así, MANSEL, «Die Neuregelung...», op. cit., p. 99).

⁴⁴ PFEIFFER, «Verjährungsrecht», op. cit., p. 217.

tivo de la prescripción es el que se sigue en los nuevos §§ 438 (prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa), 479 (prescripción de las pretensiones de regreso en la cadena contractual entre empresarios) y 634.a) (prescripción de las pretensiones por vicios en la obra). El legislador ha querido diferenciar claramente la prescripción de las pretensiones en estos casos. Por consiguiente, como se ha señalado anteriormente, no existe un tratamiento jurídico unitario en esta materia. Habrá que diferenciar, por tanto, entre la prescripción ordinaria (rige el criterio subjetivo) y la prescripción especial (rige el criterio objetivo).

Otra novedad importante del instituto de la prescripción es que la suspensión de la prescripción se convierte en la regla general (§§ 203 ss.), mientras que el nuevo comienzo de la prescripción (interrupción en la regulación anterior) sólo tiene lugar en casos muy concretos (§ 212).

El nuevo régimen de la prescripción ha sido recibido positivamente por la doctrina. Se tiene la confianza de que va a permitir soluciones más justas y menos conflictivas. El sistema asegura una compensación entre los intereses del acreedor y del deudor⁴⁵.

1.2 El plazo ordinario de las pretensiones

La estructura de la prescripción ordinaria ha sido alterada sustancialmente por la Reforma⁴⁶.

Se ha tomado como referencia el plazo de tres años previsto para la pretensión indemnizatoria del daño derivado de un acto ilícito en el § 852.1, salvo que otra norma establezca otro plazo. No hay razones para un plazo inferior y tampoco para uno superior. De este modo, se logra la deseada unificación y simplificación de la prescripción de las pretensiones, rigiendo el mismo plazo para las pretensiones contractuales, extracontractuales y legales (se sigue, así, a las principales tendencias modernas de la prescripción; cfr. además de la Comisión Lando, la *Law Commission Consultation Paper*). Resulta indiferente, igualmente, el contenido de la prestación. La generalización del plazo de tres años, prevista en el § 195, tendrá un efecto muy positivo en aquellos ámbitos en los que el vínculo no es propiamente contractual pero tampoco exactamente extracontractual (por ejemplo, casos de culpa *in contrahendo*, gestión de negocios ajenos, determinadas prestaciones de profesionales...).

⁴⁵ Cfr. MANSEL, «Die Neuregelung...», *op. cit.*, p. 99.

⁴⁶ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 10.

1.3 Plazos más largos

Excepcionalmente se prevén otros plazos más largos para ejercer determinadas pretensiones. El plazo de pretensiones de derechos sobre una finca –la transmisión de la propiedad o la constitución, transmisión o extinción de un derecho que grava la finca o la modificación de su contenido– prescribe, según el mandato del § 196, a los diez años. Se ha mantenido el plazo de treinta años mientras no exista otra disposición, conforme al § 197, para aquellas pretensiones que tienen por objeto la reivindicación de la propiedad y otros derechos reales⁴⁷, así como para las pretensiones familiares o sucesorias y las pretensiones por las que se solicita la ejecución de derechos ya constatados (por ejemplo, pretensiones que son ejecutables).

1.4 Comienzo de la prescripción ordinaria

¿Cuándo comienza la prescripción? En el antiguo § 198 el comienzo de la prescripción está enlazado con el nacimiento de la pretensión. Aunque el § 198 se puede considerar como una regla general para determinar el comienzo de la prescripción, muchas eran también las excepciones en la regulación anterior. También en este importante apartado de la prescripción se ha querido uniformar los criterios para una mayor claridad en su aplicación. Ha servido de inspiración nuevamente el § 852.1, el cual señala, como comienzo de la prescripción de la pretensión delictual, el momento en que el perjudicado haya obtenido conocimiento del daño y de la persona obligada a la indemnización. Esta regla se extiende con la Reforma a cualquier pretensión que esté sujeta al plazo ordinario de prescripción. Por tanto, la regla general ahora es que el comienzo de la prescripción se inicia en el momento en que el acreedor tenga conocimiento de las circunstancias que pueden dar lugar al ejercicio de la pretensión y de la persona obligada a hacer frente a ella. Siempre que se trata de una pretensión subsumible en el § 195, que fija el plazo de tres años para ejercitar la pretensión, la prescripción comienza conforme a la nueva regla contenida en el § 199. En este sentido, el § 199 complementa el § 195. Esta regla no rige para otras pretensiones como las previstas en los §§ 196 y 197 o las pretensiones por vicios en la compraventa.

⁴⁷ No se ha seguido la tesis de Peters y Zimmermann que propusieron en su dictamen que las pretensiones reivindicatorias no estuvieran sujetas a ningún plazo de prescripción. La principal razón, en contra de esta tesis, es que hay proteger al tercer adquirente de buena fe.

Hay que precisar que la prescripción, cuando se dan los presupuestos para computar la prescripción, comienza con la terminación del año (§ 199.1). Si bien se quiso suprimir en un primer momento este plazo, según el Proyecto de Gobierno, se optó en la Comisión jurídica, finalmente, por mantenerlo (el antiguo § 201 lo establecía para el comienzo de las prescripciones cortas).

Dos son los requisitos, según el § 199.1, para que empiece a computarse la prescripción ordinaria. En primer lugar, es necesario que haya nacido la pretensión. Se incorpora, pues, la regla del antiguo § 198. Sólo se sustituye el término nacimiento o *Entstehung* por el de vencimiento o *Fälligkeit*. Si la pretensión tiene por objeto una omisión, la prescripción comienza con el acto en contra. Esta regla del antiguo § 198 pasa a formar parte del apartado cuarto del § 199.

En segundo lugar, el tiempo empieza a correr sólo cuando el acreedor llegue a tener conocimiento de las circunstancias de la persona obligada –nombre y dirección principalmente– o cuando debería adquirirlo sin culpa grave. El § 852, del que se ha servido el legislador, se refiere sólo al conocimiento que puede tener el acreedor. Ahora también se incorpora el desconocimiento que no sea negligentemente grave (esta exigencia aparece en el § 277 –no reformado– y también en el § 12 de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos –ProdHaftG–). Corresponde, pues, probar al deudor que el acreedor tenía conocimiento o que ha habido negligencia grave por parte del acreedor. En definitiva, el elemento subjetivo constituye un presupuesto fáctico del comienzo de la prescripción⁴⁸. Esto supone, aparte de la inversión de la carga de la prueba, que el comienzo de la prescripción es circunstancial, pudiendo ser diferente en cada caso particular (será interesante seguir aquí lo que va a decir la jurisprudencia). La renuncia al criterio objetivo –una de las opciones planteadas en el debate de la Reforma– puede suponer una inseguridad para el deudor. Pero, por otra parte, le obliga a cumplir la obligación.

Con la incorporación del conocimiento para el cómputo de la prescripción se planteó, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, la necesidad de un plazo máximo, con independencia de que el acreedor haya obtenido conocimiento o debería haberlo adquirido. De este modo, se corrige el sistema subjetivo. Este plazo máximo se fija en diez años, el cual tiene un carácter absoluto, desde su nacimiento. El legislador ha seguido el criterio del plazo de diez años desde el nacimiento previsto para la extinción de la responsa-

⁴⁸ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. L.

bilidad por productos defectuosos conforme al § 13.1 de la regulación especial (ProdHaftG). Este plazo puede resultar excesivamente corto para ciertas pretensiones. Por esta razón, según el § 199.2, este plazo absoluto no rige para las pretensiones por lesión de la vida, del cuerpo, de la salud o de la libertad. En estos supuestos, sólo se aplica la regla general contenida en el § 199.1.

El legislador ha establecido un segundo plazo máximo –tiene carácter absoluto–, con independencia de que haya nacido la pretensión y que el acreedor tenga conocimiento o que debería haberlo adquirido. Este segundo plazo absoluto es de treinta años, según el § 199.3, el cual rige sólo para pretensiones indemnizatorias por actos ilícitos (ya lo preveía el antiguo § 852), por actos de riesgos y por lesiones del deber nacido de una relación obligatoria. El plazo de treinta años comienza desde que tenga lugar el acto, la realización del riesgo o la lesión del deber.

1.5 Comienzo de otras prescripciones

La prescripción de otras pretensiones –no sometidas al plazo ordinario de tres años– comienza, conforme al § 200, a computarse desde el nacimiento de la pretensión, salvo que se haya determinado otro comienzo para contar la prescripción. El apartado cuarto del § 199 es de aplicación cuando la pretensión tiene por objeto una omisión; en este caso, la prescripción comienza con el acto en contra.

Para las pretensiones previstas en los números tres a cinco del apartado primero del § 197, el § 201 fija el comienzo a partir de la firmeza de la resolución, la constatación en el procedimiento de insolvencia o la constitución del título ejecutable, pero no antes del nacimiento de la pretensión. También aquí es de aplicación el apartado cuarto del § 199. El § 201 recoge la jurisprudencia que se ha dictado en la aplicación del antiguo § 218.

1.6 Pactos sobre la prescripción

Con carácter general, el anterior § 225 establecía que la prescripción no puede excluirse ni entorpecerse por negocio jurídico⁴⁹. Es admisible la facilitación de la prescripción, en especial el acortamiento del plazo de la misma. Era, además, la tendencia en la praxis jurídica⁵⁰ El legislador ha considerado necesario «corregir»

⁴⁹ PFEIFFER subraya la complejidad de la regulación del BGB por lo que respecta a los pactos sobre la prescripción, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 240.

⁵⁰ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 20.

el § 225, redactando una nueva norma, el § 202, que sólo prohíbe determinados pactos sobre el alargamiento de la prescripción. Con ello, se da una mayor autonomía para configurar el instituto de la prescripción. Por una parte, la facilitación de la prescripción es una regla general del derecho contractual; en consecuencia, no hace falta ninguna aclaración mediante una norma. Sin embargo, por congruencia con el nuevo § 276.3, sobre todo para que no sea burlado su finalidad, se establece la prohibición del pacto previo de facilitación de la prescripción en caso de responsabilidad por dolo. Por otra parte, la prohibición de cualquier pacto para entorpecer la prescripción puede resultar excesivamente rígida (por ejemplo, el alargamiento de la prescripción con una finalidad sólo mediata puede resultar ventajoso; estaba expresamente admitido en los antiguos §§ 477 y 638). El § 202 prohíbe sólo el pacto en virtud del cual se entorpece el plazo de prescripción de treinta años a partir del comienzo legal de la prescripción. Lo que había sido una regla especial para la compraventa (§ 477) y el contrato de obra (§ 638), en los que se admitía el alargamiento de la prescripción, se ha convertido ahora en la regla general, de modo que se puede alargar la prescripción, salvo en el caso previsto en el § 202.2. Así sucedía en la práctica en la que eran frecuentes los pactos que intentaban esquivar la prohibición del antiguo § 225. También el acortamiento del plazo ordinario a tres años ha influido en que, a partir de ahora, se puede alargar el plazo de prescripción. No obstante, sigue siendo un tema complejo los pactos sobre la prescripción⁵¹.

Los límites de los pactos sobre la prescripción vienen establecidos en las normas de las condiciones generales de la contratación [cfr. el § 307, y para las condiciones que facilitan la prescripción está el límite del § 309, núms. 7 y 8.b), ff)] y, con carácter general, en el § 242. También habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre la venta de bienes de consumo (§ 475.2) y la garantía en la compraventa común (§§ 443 y 444).

1.7 Suspensión de la prescripción

En el BGB se mantienen, entre las modalidades de cómo transcurren los plazos de prescripción, la suspensión (*Hemmung*), la suspensión a partir de un momento (*Ablaufhemmung*) y el nuevo comienzo de la prescripción (*Neubeginn*). El primer fenómeno se caracteriza por el no cómputo de la prescripción en determinados

⁵¹ PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 240.

casos (§§ 203-208). El segundo contempla casos en los que la suspensión de la prescripción tiene lugar a partir de un momento determinado (§§ 210 y 211). Y el tercero implica que el comienzo del plazo de prescripción empieza a computarse de nuevo después de la interrupción (§ 212). La principal novedad de la Reforma es que a partir de ahora la regla general será la suspensión, mientras que la interrupción constituirá la excepción (antes era al revés).

La suspensión de la prescripción se produce cuando hay negociaciones sobre la pretensión o las circunstancias que la justifiquen (§ 203). El § 852.2, en su anterior redacción, permitía como causa de suspensión de la prescripción las negociaciones entre acreedor y deudor sobre la responsabilidad delictual. Con la Reforma, esta causa de suspensión se convierte en una causa general. En cualquier relación obligatoria las pretensiones que se deriven de la misma se suspenden cuando sean objeto de negociación entre las partes —entendida la negociación aquí en un sentido amplio—. Por lo que respecta al término de pretensión no queda reducido al significado puramente material/procesal: todo lo que puede significar la satisfacción de un interés queda comprendido en ese término. La suspensión de la prescripción por negociaciones concluye cuando una u otra parte se niega a la continuación de las mismas. Durante, al menos dos meses queda suspendido el comienzo de la prescripción. Esta brevedad es bastante lógica, puesto que el acreedor de la pretensión seguramente está pensando en exigir su cumplimiento.

En el § 204 se recogen hasta catorce casos de suspensión de prescripción por persecución jurídica (*Rechtsverfolgung*). Los casos contemplados en los antiguos §§ 209 y 210 (a excepción del núm. 5 del § 209) como supuestos de interrupción son ahora casos de suspensión de la prescripción (la interposición de la acción y los otros actos mencionados en el § 209 que se equiparan a ella). La suspensión concluye a los seis meses desde que exista una resolución firme o que haya terminado el procedimiento iniciado por cualquier otra causa.

A continuación se configuran distintas causas específicas de suspensión, en concreto la negativa a la prestación (§ 205), el entorpecimiento de la pretensión por fuerza mayor (§ 206), las pretensiones familiares y otras semejantes (§ 207) y la pretensión por lesión de la libertad sexual (§ 208).

Una regla común de todas las causas de suspensión es que el período de tiempo durante el cual está suspendida la prescripción no se computa en el plazo de la misma (el antiguo § 205 pasa a ser ahora el § 209).

Otra regla común, prevista en el § 213, es que la suspensión rige igualmente para las pretensiones que coexisten con la pretensión o

que la sustituyen (esta regla ya se recogía para supuestos específicos; cfr. los antiguos §§ 477.3, 638 y 639.1)

Los supuestos anteriores de consumación de la suspensión, regulados en los §§ 206 y 207, se trasladan, con algunas modificaciones ligeras en el apartado primero del § 206, a los §§ 211 y 212.

1.8 Nuevo comienzo de la prescripción

La Reforma ha sustituido el término interrupción (*Unterbrechung*) por el término comienzo nuevo (*Neubeginn*). Este cambio terminológico no supone ninguna modificación en cuanto al significado y alcance de la interrupción de la prescripción⁵².

El nuevo § 212, que enumera los casos en los que el plazo de prescripción empieza a computarse de nuevo, recoge el antiguo § 208 –el reconocimiento de una pretensión– y el antiguo núm. 5 del § 209 –la realización de un acto de ejecución–. La protección que dispensaba en estos casos al acreedor había que mantenerla. En beneficio del acreedor, la prescripción empieza a correr de nuevo si el obligado reconoce frente al titular la pretensión mediante el pago a cuenta, pago de intereses, prestación de garantía o de cualquier otra forma. Igualmente, en su beneficio, comienza de nuevo la prescripción cuando se inicia o se solicita un acto de ejecución por vía judicial o administrativa.

El nuevo comienzo de la prescripción rige igualmente, según establece el § 213, para las pretensiones que coexisten con la pretensión o la sustituyen.

1.9 Consecuencias jurídicas de la prescripción

El antiguo § 222 ha dado resultados positivos en la praxis jurídica. No había ninguna razón, por tanto, para modificarlo. Con algunos pequeños retoques pasa a ser ahora el § 214. De acuerdo con esta norma, después de que haya tenido lugar la prescripción, el deudor está facultado a negar la prestación. En términos casi idénticos, también se determina, en el apartado segundo del § 214, que lo entregado para satisfacción de una prestación prescrita no puede restituirse, aunque se haya prestado con desconocimiento de la prescripción. Lo mismo regirá para un reconocimiento contractual o la prestación de garantía por parte del deudor.

⁵² PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 233.

El antiguo § 390, frase segunda, establece una regla específica, según la cual la prescripción no excluye la compensación si el crédito prescrito no había prescrito aún al tiempo en que pudo ser compensado con el otro crédito, cuando la regla general es, conforme a la frase primera del citado precepto, que un crédito al que puede oponerse una excepción no puede ser compensado. Aquella regla especial se integra ahora en la normativa general de las consecuencias jurídicas de la prescripción (§ 215). Más se añade que la misma regla se aplica, por influencia de la jurisprudencia, a los casos en los que existe el derecho de retención. Por consiguiente, el acreedor puede, además, hacer valer el derecho de retención respecto de una pretensión ya prescrita cuando en el momento de su reclamación aún estaba vigente.

También se mantiene la redacción del antiguo § 223, regulador del efecto de la prescripción respecto de las pretensiones garantizadas, que pasa a ser el § 216, pero con una novedad importante, al incluir también la reserva de dominio (sólo posible cuando se trata de bienes muebles). Según el § 223, la prescripción de una pretensión para cuya garantía existe una hipoteca, una hipoteca naval o un derecho de prenda, no impide al titular obtener su satisfacción a costa del objeto gravado. Esta misma regla rige ahora también para la reserva de dominio, cuya afinidad con estos derechos de garantía es evidente (en la jurisprudencia se aplicaba por analogía el § 223 a la reserva de dominio).

El actual § 217, que es casi una transcripción literal del antiguo § 224, asume, igualmente, el principio de accesoriedad en las obligaciones: «Con la pretensión principal prescribe la pretensión a recibir pretensiones accesorias, incluso cuando la pretensión prevista para esta última aún no se ha producido».

2. REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN (*LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT*)⁵³

2.1 Mayor transparencia y mejora de la regulación legal de la contravención de la prestación

Cuando una pretensión no se cumple, y tampoco tiene lugar una subrogación, se habla de la contravención de la prestación (*Leis-*

⁵³ Quiero agradecer al Profesor H. P. Westermann su amabilidad de proporcionarme sus apuntes elaborados a partir de la Reforma del Derecho de obligaciones sobre el régimen jurídico de la contravención de la prestación.

tungsstörung)⁵⁴. El régimen jurídico que configura jurídicamente los casos de contravención de la prestación constituye en palabras de Medicus, una parte esencial del Derecho general de obligaciones⁵⁵. El BGB distingue varias clases de contravención de la prestación. También la jurisprudencia ha elaborado categorías de insatisfacción de prestación, en particular, la llamada figura de la lesión positiva de la pretensión contractual (*Die positive Forderungsverletzung*).

Debe precisarse que la ausencia de cumplimiento de la obligación en el Derecho alemán gira, sobre todo, en torno a la figura de la imposibilidad de la prestación (*Unmöglichkeit der Leistung*), y, por supuesto, contempla también la mora y la prestación defectuosa como posibles causas de contravención de la prestación. El hecho de que el BGB concentrara su tratamiento sobre todo en la imposibilidad y en la mora (§§ 275 ss.) fue severamente criticado al poco de entrar en vigor el BGB, puesto que en él había, según denunció Staub, un «boquete gigante» relativo a una serie de supuestos de incumplimiento, como son el incumplimiento inexacto o defectuoso y el incumplimiento de los deberes accesorios⁵⁶. Pero lo más grave era el estado incompleto de la regulación legal de la imposibilidad de la prestación⁵⁷.

En un primer momento de la reforma del régimen jurídico de la contravención de la prestación se quería «romper» con el sistema vigente⁵⁸. La propuesta consistía en que la imposibilidad dejara de ser la figura central del Derecho de obligaciones. Su lugar lo podría

⁵⁴ El término *Leistungsstörung* se podría traducir directamente por incumplimiento. Pero este término, que en alemán es *Nichterfüllung*, no se utiliza por norma general en la teoría jurídica alemana. Los traductores de obras alemanas optan por la infracción de la prestación para ser más fiel a la terminología alemana (así, Santos Briz en la traducción de la obra de Larenz y, sobre todo, Martínez Sarrión en la traducción de la obra de Medicus). En el trabajo de Infante Ruiz sobre la Reforma 2002 se utilizan los términos alteración o perturbación.

El término *Störung* tiene muchos significados. También podría ser traducido por violación, insatisfacción o lesión (de la prestación). Para el lector español, sin embargo, ambas expresiones –infracción y violación– resultan un poco forzadas.

Nosotros, sin embargo, proponemos el término contravención, sobre todo porque aparece literalmente recogido en el artículo 1101 del CC, de cuyo contenido se puede colegir que se identifica con el significado jurídico *Leistungsstörung*.

⁵⁵ *Schuldrecht*, I, ed. 5.ª, Múnich, 1990, p. 137. Puede consultarse también la traducción española de MARTÍNEZ SARRIÓN, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, 1995, Quinta parte, titulada «Las interrupciones de la prestación», pp. 141 ss.

⁵⁶ Dato tomado de GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, en «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1999, Universidad de Extremadura, p. 408.

⁵⁷ Denunciado, entre otros autores, por MEDICUS, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁸ Para conocer a fondo todas las cuestiones sobre la reforma del Derecho de la contravención de la prestación es necesaria la consulta del trabajo de HUBER –bastante crítico–, «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», *op. cit.*, pp. 31 ss.

ocupar el supraconcepto lesión del deber (*Pflichtverletzung*)⁵⁹. Sin embargo, las críticas no se dejaron de esperar, por lo que se volvió a considerar el sistema instaurado por el BGB, si bien existía la opinión generalizada de que no se podía dejar como estaba el régimen legal de la contravención de la prestación. Al final, se optó por dar una mayor transparencia a la regulación legal y por la inclusión de los supuestos de imposibilidad que no contemplaba el BGB⁶⁰. Mucho tuvo que ver en este cambio la frase lapidaria de Medicus: «No queríamos renunciar a la imposibilidad, sólo queríamos definirla»⁶¹.

Desde esta perspectiva, reordenando el régimen legal de la contravención de la prestación, lógicamente había que retocar esta materia siempre compleja. Hay que llamar la atención sobre el debate que hubo sobre la propuesta de introducir un supraconcepto en el BGB que permitiera agrupar todos los casos de la contravención de la prestación. En tiempos atrás, Huber propuso como concepto global *Nichterfüllung* (incumplimiento). Razones semánticas pero también de contenido llevaron a los redactores del proyecto de discusión a la elección de la palabra *Pflichtverletzung* (lesión del deber). La lesión del deber permite incluir los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, infracción positiva de la prestación... Sin embargo, aunque en la redacción del segundo proyecto desaparece la lesión del deber en el § 275, este concepto constituye en el § 280 el presupuesto básico en los casos de indemnización por contravención del interés del acreedor⁶².

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que se ha articulado un nuevo cuadro del sistema alemán de la contravención de la prestación⁶³,

⁵⁹ El § 275 decía «Besteht die Schuld nicht in einer Geldschuld, kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Die Recht des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, bis 282 und 323».

⁶⁰ Para una primera aproximación, *vid.*, CANARIS, «Die Reform...», *JZ*, 2001, pp. 499 ss.

⁶¹ «Wir wollten die Unmöglichkeit nicht abschaffen, sondern definieren», cita tomada de CANARIS, «Die Reform...», p. 504.

⁶² Para SCHULTZ, en su estudio sistemático sobre el régimen jurídico de la contravención de la prestación, manifiesta, sin embargo, que la lesión del deber constituye el supraconcepto, aun cuando no aparece expresamente recogido en el § 275.1 (*op. cit.*, p. 19). Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina deberán a partir de ahora trabajar este concepto (p. 21). Aunque admite que la lesión del deber no comprende probablemente todos los supuestos de insatisfacción de la prestación (p. 22). Pero, en cualquier caso, la lesión del deber permite, a su juicio, encontrar los puntos de conexión entre los distintos supuestos de contravención de la prestación (p. 23).

También para MATTHEUS la lesión del deber constituye el supuesto fáctico central de la contravención de la prestación (*op. cit.*, p. 211). En el mismo sentido, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 63.

⁶³ Para una primera aproximación, ZIMMER, «Das neue Recht der Leistungsstörungen», *NJW*, 2002, pp. 1 ss.; MATTHEUS, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts», *JS*, 2002, pp. 209 ss.; un trata-

que no rompe con el pasado pero que mira al futuro, con algunas influencias, a veces notables, de las nuevas directrices del Derecho europeo y el Derecho internacional. Este nuevo cuadro abarca no sólo el Derecho general de obligaciones, sino también las instituciones específicas más directamente enlazadas con la teoría general de la contravención de la prestación, en particular la compraventa y sus modalidades. Está por ver si se ha logrado un cuadro realmente armónico o existen imperfecciones o desajustes en él. Sólo expondremos este cuadro, siguiendo principalmente el orden del BGB, que no varía con el anterior, pero mucho mejor sistematizado. Este cuadro está compuesto, en primer lugar, por las normas reguladoras de la imposibilidad de la prestación. En segundo y tercer lugar aparecen la responsabilidad y la mora del deudor. Para una mejor comprensión hemos dejado para el final la indemnización por lesión del deber de la prestación, aunque viene regulado antes que la mora del deudor. El BGB ha mantenido la separación entre la contravención de la prestación en general (§§ 275 ss.) y la contravención de la prestación en los contratos bilaterales (§§ 323 ss.). En la parte especial encontraremos reglas específicas, introducidas por la Reforma, para la compraventa y el contrato de obra.

2.2 Supuestos de imposibilidad de la prestación

a) *La unificación de los supuestos de imposibilidad*

El § 275.1, en su nueva redacción, alude igualmente a la imposibilidad de la prestación, pero de un modo muy genérico: «El derecho a recibir una prestación queda excluido siempre y cuando sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona». Con esta fórmula tan amplia queda comprendido en el § 275.1 la imposibilidad objetiva, cada vez menos frecuente por los avances de la tecnología, y la imposibilidad subjetiva del deudor o de una tercera persona, como se deriva de la expresión «imposible para el deudor o para cualquier persona» –quedando equiparados los dos tipos de imposibilidad–. También se incluye la imposibilidad inicial⁶⁴, que se iguala a la imposibilidad posterior, la cual está

miento amplio puede encontrarse en SCHULTZ, «Leistungsstörungenrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., pp. 19 ss.

⁶⁴ Todavía sobre el proyecto de la Reforma, GRUNEWALD, «Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens», *JZ*, 2001, pp. 433 ss.

admitida al decir el § 275.1 «cuando ésta –la prestación– sea imposible». Otra novedad, además de equiparar la imposibilidad objetiva y subjetiva y admitir la imposibilidad inicial, es la identificación –totalmente justificada– de la imposibilidad responsable con la imposibilidad sin responsabilidad. Finalmente, el § 275.1 comprende también la imposibilidad parcial –ya admitida en el antiguo § 275–. Ha quedado fuera, a pesar de haber estado incluido en el segundo proyecto, la imposibilidad temporal o transitoria. Los casos de imposibilidad transitoria deberán seguir encontrando su solución en el § 242⁶⁵.

Con la nueva redacción del § 275.1, el deudor queda liberado de cumplir el deber de prestación en los casos de imposibilidad –no prestación–, siendo indiferente que el deudor sea responsable o no de la imposibilidad de la prestación. Ello no excluirá, en su caso, la responsabilidad por daños *ex* § 280. La liberación de la prestación es automática en los supuestos de imposibilidad comprendidos en el § 275.1. Y, con ello, el acreedor queda eximido de su deber de contraprestación (*Gegenleistungspflicht*). Conforme al § 311.1, el contrato no por eso deja de ser existente. La imposibilidad como categoría jurídica no es desconocida en el Derecho comparado, más aparece mencionada como una causa de exclusión del deber de prestación en el artículo 9,102, apartado segundo, de *les Principles European Contract Law* y el artículo 7.2.2, letra a), de los Principios Unidroit.

b) *Supuestos diferenciados*

b') La imposibilidad fáctica

El § 275.2 articula legalmente, por primera vez, los presupuestos de la imposibilidad fáctica, llamada también de hecho o práctica (*faktische o praktische Unmöglichkeit*), que fue reconocida y admitida por la jurisprudencia y la doctrina alemana a principios del siglo xx. Aunque la prestación no es imposible, puede resultar imposible para un determinado deudor, atendiendo a los elementos fácticos del caso en particular. Se debe precisar que en la imposibilidad fáctica se debe tener en cuenta más el interés del acreedor que el del deudor. El acreedor pone y debe poner por delante sus propios intereses. Así lo expresa, además, el § 272.2 cuando dice «que teniendo en consideración el contenido de la relación obligatoria y

⁶⁵ Sobre las categorías de imposibilidad, *vid.*, CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 499-505; MATTHEUS, *op. cit.*, pp. 211-215; ZIMMER, *op. cit.*, pp. 2-5; SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 23-28, 36-41 y 73-75.

los imperativos de la buena fe excede en gran medida del interés que sobre el cumplimiento de la prestación pueda tener el acreedor». Esto significa que el acreedor debe valorar e incluso reconocer que existen causas fácticas que impiden realizar la prestación por parte del deudor⁶⁶. No obstante, habrá que diferenciar si la imposibilidad fáctica se subsume en el apartado primero o en el apartado segundo del § 275 según lo grave que sea para el interés del acreedor⁶⁷. El peligro de que esta causa de imposibilidad sea una puerta falsa para dar entrada a la imposibilidad económica y ponga en peligro el principio *pacta sunt servanda* es rechazado tajantemente por Canaris⁶⁸.

La imposibilidad física se convierte, así, en una causa de oposición o de denegación de la prestación (*Leistungsverweigerungsrecht*), como si de una excepción se tratara.

No está comprendido en el § 275.2 la llamada imposibilidad simplemente económica⁶⁹. Tampoco la imposibilidad inmoral (*sittliche Unmöglichkeit*). Estos casos de imposibilidad se intentan ubicar en la figura de la desaparición de la base del negocio jurídico, que ahora tiene su formulación legal en el nuevo § 313. Por consiguiente, a partir de la presente Reforma, las causas de imposibilidad de hecho e inmoral son también causas legales. El § 275.2 no alcanza igualmente la imposibilidad de la prestación por problemas de conciencia y, por supuesto, quedan fuera los casos de agravación de la prestación (*Unerschwinglichkeit*). En este caso también habrá que recurrir al § 313.

b") La imposibilidad por causas personales ajenas al deudor

A veces el deudor no puede realizar la prestación por causas personales (morales o psicomorales). Aunque esta imposibilidad es encuadrable en la imposibilidad subjetiva, se ha considerado que debe ser diferenciada, por lo que se han articulado los presupuestos necesarios para justificar la denegación de la prestación según el § 275.3 (antiguamente se recurría a los §§ 4 GG y 242 BGB). Puede prevalecer el interés del deudor sobre el interés del acreedor. En este caso, puede el deudor denegar la prestación. Este tipo de imposibilidad es frecuente en los contratos de servicios, obra y gestión, y también en los contratos laborales.

⁶⁶ Sobre los posibles supuestos, cfr. SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 39-42.

⁶⁷ CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, p. 501.

⁶⁸ *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XII.

⁶⁹ Expresión que utiliza SCHULTZ (*Bloße wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Con ello delimita los casos de imposibilidad fáctica por causas en las que se tiene en consideración elementos económicos y financieros (*op. cit.*, pp. 40 y 42-43).

2.3 La responsabilidad del deudor

a) *La regla básica sigue siendo la responsabilidad por culpa*

La Reforma no se aparta de lo que siempre ha sido la regla básica en el BGB en cuanto a la responsabilidad del deudor en la contravención de la prestación. El § 276 decía que «el deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder de dolo y de la culpa». También ahora, en la nueva redacción, se parte de la premisa de que el deudor responde por dolo y por culpa, pero, a diferencia de la norma anterior, ahora se precisan algunos de los supuestos que pueden constituir excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa. En lo demás, el § 276 describe la culpa, siendo referencia el cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico, y excluye cualquier pacto anticipado de exención de responsabilidad por dolo. En realidad, nada cambia con la redacción del § 276 en la Reforma. Lo que sí ha habido es una mejora material y de redacción del actual § 276⁷⁰. Por eso, se mantienen inalterados los §§ 277 –responsabilidad por culpa grave– y 278 –responsabilidad por auxiliares– y se deroga, por inútil, el § 279 después de la redacción del § 276.1 –responsabilidad en caso de obligaciones genéricas–.

b) *Excepciones a la regla básica*

El § 276 admitía excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa al decir «en tanto no esté determinada otra cosa». Las excepciones pueden ser establecidas por la ley o el negocio jurídico. Pero también del contenido de la relación obligatoria y de la naturaleza de la obligación pueden derivarse excepciones a la regla básica. En particular, refiriéndose al contenido de la relación obligatoria, las excepciones pueden venir de la responsabilidad por garantía (*Garantiehaftung*) y del riesgo de suministro (*Beschaffungsrisiko*).

La responsabilidad por garantía, consistente a veces en garantizar un resultado, puede ser establecida expresamente en virtud de un acuerdo o por imposición de la ley. A falta de un resultado, el deudor ha de responder, en este caso, frente al acreedor al margen de su comportamiento negligente o doloso.

El otro supuesto reseñado por el § 276 es el riesgo del suministro. En atención a la naturaleza de la obligación, sea ésta genérica o

⁷⁰ Así, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 51.

específica, el deudor asume el riesgo cuando se le suministra una cosa. Este supuesto estaba comprendido en el § 279, pero sólo referido a las cosas genéricas. Ahora, con la Reforma, se generaliza el supuesto del riesgo de suministro.

c) *Derogación de la responsabilidad ex § 279*

La literatura jurídica alemana ha sido siempre crítica con este precepto. Ha sido tildado por algunos de norma inexacta. Según el § 279, el deudor en las obligaciones genéricas, en tanto que la prestación del género es posible, debe responder también de su insolvencia cuando no le es imputable una culpa. La responsabilidad que prevé el antiguo § 279 puede resultar a veces excesivamente gravosa. También puede resultar inexacto en tanto y en cuanto al deudor se le puede exigir en determinados supuestos el riesgo del suministro de una cosa (genérica y también específica). Visto así, el § 279 ya no tiene sentido desde la Reforma del BGB.

2.4 La simplificación de la mora del deudor

a) *Presupuestos de la mora*

Un segundo supuesto de la contravención de la prestación es la mora del deudor⁷¹. Los presupuestos y efectos de la mora del deudor venían articulados en los §§ 284 a 288. Estos cinco preceptos se reagrupan ahora en los §§ 286, 287 y 288, con algunas ligeras modificaciones y novedades.

El § 286.1 comienza, al igual que el antiguo § 284.1, con la nota más característica de la mora: siendo aún posible la prestación, y vencida ésta, el deudor incurre en mora después de ser requerido por el acreedor. También precisa el § 286.1, como ya lo hacía el § 284.1, que la interposición de la demanda para exigir la prestación y la orden de pago en un proceso monitorio producen el mismo efecto que el requerimiento.

El requerimiento no es necesario en determinados casos según el § 286.2. Así, cuando la prestación –su cumplimiento– está sujeta a un día del calendario (en realidad se trata de una reformulación del antiguo § 284.2). Tampoco hace falta el requerimiento cuando se haya previsto un aviso y un tiempo prudencial para la prestación, de forma que la misma se pueda computar por el calendario a partir

⁷¹ A partir de la Reforma, una visión general ofrece SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 29-34. También MATTHEUS, *op. cit.*, pp. 215-218.

del momento en que se produce el aviso. Aunque hubo dudas sobre si convenía mantener el término *Kündigung* del antiguo § 284.2, triunfó, finalmente, la tesis de sustituir este término por el de *Ereignis*, el cual permitirá incluir casos que se asemejan al aviso, como, por ejemplo, el suministro de la mercancía o la entrega de la factura. Al § 286.2 se añaden, en los números tres y cuatro, dos supuestos más en los que tampoco es necesario el requerimiento. Así, es totalmente nueva la obstrucción del deudor a cumplir la prestación como causa de exención del requerimiento (por su comportamiento de rebeldía negando a realizar la prestación). En este caso, no tiene ya ningún sentido el requerimiento; y, además, no es cuestión de seguir beneficiando al deudor. El otro supuesto encierra, en realidad, una cláusula general, al eximir el § 286.2 al acreedor de requerir al deudor cuando esté justificado el inmediato comienzo de la mora por motivos especiales, valorando los intereses de ambos sujetos de la relación obligatoria (puede suscitar, no obstante, problemas de concurrencia con el § 242).

Un supuesto especial de mora es cuando al deudor se le entrega una factura, de modo que tiene conocimiento de la deuda, con la obligación, por tanto, de cumplirla en el momento en que esté vencida. En este caso hay que agilizar el pago. Ésta es la principal *ratio* del § 286.3, que parte del no tan antiguo § 284.3, fijando un plazo máximo de treinta días para una obligación vencida cuando se le ha entregado también una factura. Este plazo puede ser recortado por los particulares, debiéndose tener en cuenta, en este caso, los límites para cuando se trata de condiciones generales de la contratación. La reforma del § 286.3 tiene su origen en la Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales, de 29 de junio de 2000 (en particular, cfr. art. 3), que, a su vez, se mueve en la línea de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías⁷². En una de las propuestas de la Reforma se quería que el § 286.3 abarcase cualquier prestación y no sólo las deudas remuneratorias. Pero en la redacción definitiva este supuesto de mora se reduce exclusivamente a las obligaciones remuneratorias (*Entgeltforderungen*). Una vez vencida la obligación remuneratoria, y habiéndose entregado la factura (o una liquidación equivalente), hay un plazo máximo de treinta días para cumplir con el pago, incurriendo en mora el deudor después de haber transcurrido el plazo. En caso de que se cuestione el momento de la presentación

⁷² Sobre su adaptación al Derecho alemán, *vid.* SCHMIDT-KESSEL, «Die Zahlungsrichtlinie und ihre Umsetzung», *NJW*, 2001, pp. 99 ss. Desde una perspectiva más amplia, *vid.*, SCHULTE y BRAUCKS, «Zahlungsverzug in der Europäischen Union», *NJW*, 2001, pp. 103 ss.

de la factura o de la liquidación, el plazo máximo de treinta días se computa a partir del devengo y de la recepción de la contraprestación (cfr. nuevamente, el art. 3 de la mencionada Directiva).

Cuando el deudor tiene la condición de consumidor, para evitar que el plazo legal o contractual le resulte excesivamente drástico, el § 286.3 exige que esté debidamente informado de las consecuencias que se deriven de este tipo de mora.

El deudor ha de responder por la mora en tanto que sea responsable de la misma. La situación de mora se debe a su culpa. Esto se deriva a *sensu contrario* del § 286.4, que sigue al antiguo § 285, al liberar al deudor de la responsabilidad cuando la prestación se hace imposible por alguna circunstancia de la que él no es responsable. Aunque a la misma conclusión se llega en atención a lo establecido en el § 280.1, el legislador ha considerado necesario establecerlo nuevamente al constituir uno de los presupuestos de la mora del deudor. El deudor tiene siempre la posibilidad de probar que él no es el responsable del retraso en el cumplimiento de la obligación.

b) *Efectos de la mora*

Aunque se ha mantenido el antiguo § 288, que determina que la deuda dineraria produce durante la mora un interés, había que adaptarlo a la Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales [cfr. art. 3.1, letra *d*)], fijando un interés superior al tipo de interés básico, diferenciando el § 288 en su redacción actual según se trata de deudas dinerarias (cinco puntos porcentuales más altos) o de deudas remuneratorias (ocho puntos porcentuales más altos). El § 288 se debe poner en relación con el § 247⁷³, el cual determina el tipo básico de interés –el 3,62 por 100– y los criterios que se deben seguir para su actualización –se revisa cada año el 1 de enero y el 1 de julio, siendo el índice de referencia el tipo de interés aplicado para la más reciente operación principal de refinanciación del Banco Central Europeo, inmediatamente anterior al primer día del calendario del correspondiente semestre–.

Cualquier daño causado con posterioridad a la mora debe ser reparado por el deudor. Por eso, el actual § 288 repite lo que proclamaba el BGB en 1900: «No está excluida –la posibilidad– de hacer valer otro daño».

Durante la mora se agrava la responsabilidad del deudor. Ya lo decía el antiguo § 287. También en su nueva redacción se hace hin-

⁷³ Sobre el precepto, PETERSHAGEN, «Das neue Basisinsatz des BGB, eine kleine Lösung in der großen Schuldrechtsreform?», *NJW*, 2002, pp. 1455 ss.

capié en que el deudor moroso debe responder de toda negligencia. Incluso responde en caso fortuito, a no ser que la imposibilidad de la prestación se hubiera manifestado en el tiempo oportuno. Nada ha cambiado, pues, con la Reforma en lo que respecta a la agravación de la responsabilidad del deudor durante la mora.

2.5 La admisión legal de la lesión positiva de la pretensión contractual

Aunque se podría analizar la figura jurisprudencial de la lesión positiva de la pretensión contractual (*positive Foderungsverletzung*), como otro supuesto de la contravención de la prestación, nos fijaremos en ella en el capítulo referido a la codificación del Derecho judicial.

2.6 La indemnización de daños por lesión de un deber de prestación

a) *La necesidad de un supraconcepto: la lesión del deber («Pflichtverletzung»)*

Para una mejor comprensión de los §§ 280-285 y del régimen jurídico de la contravención de la prestación se debe partir del concepto de lesión del deber, del que parte la Reforma después de una discusión que no ha sido, ni mucho menos, pacífica. Se disputaban el lugar central los conceptos de no cumplimiento (*Nichterfüllung*) y de la lesión del deber (*Pflichtverletzung*). Triunfó, finalmente, la lesión del deber a pesar de las importantes objeciones que formuló Huber⁷⁴⁻⁷⁵. Desde la perspectiva alemana, el concepto de no cumplimiento podía ser excesivamente reduccionista, teniendo en cuenta, sobre todo, los precedentes legislativos. Por otra parte, responde mejor a lo que se pretende con la Reforma de englobar todos los supuestos de la contravención de la prestación que se produzcan después de la celebración del contrato –incumplimiento, cumplimiento defectuoso, lesión de deberes accesorios⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷⁴ «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 98 ss.

⁷⁵ Sobre la terminología más adecuada, *vid.*, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁶ Así, HEINRICHS en el comentario al § 280, *op. cit.*

⁷⁷ Para una visión completa, SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 60-88. Según este autor, a partir de ahora, cabe hablar de un derecho indemnizatorio trimembre: la indemnización de daños en lugar de la prestación, la indemnización de daños por mora y las demás indemnizaciones por daños (p. 60).

Se puede afirmar, con Canaris, que el § 280 constituye, a partir de ahora, la norma central de la indemnización de daños cuando tiene su causa en un comportamiento del deudor que da derecho a la reclamación por este concepto después de haber nacido la relación obligatoria⁷⁸.

El § 280.1 está articulado sobre la base de unificar todos los casos de responsabilidad derivada de una relación obligatoria, tanto los comprendidos en el § 275 como los casos de mora del deudor *ex* 286 [para la imposibilidad inicial, *cfr.* § 311, letra *a*)⁷⁹]. En este sentido, se puede hablar de una verdadera cláusula general (*Generalklausel*), que tiene como supuesto fáctico la lesión del deber y cuya consecuencia jurídica –en clara consonancia con el § 249, frase primera– es la pretensión a una indemnización a causa del daño producido por la lesión del deber⁸⁰. De modo genérico establece el § 280.1 que «si el deudor lesiona un deber de la relación obligatoria, puede el acreedor solicitar indemnización por el daño producido». Y añade que «esto no rige cuando el deudor no sea responsable de la lesión del deber». Se debe precisar que el texto legal utiliza la expresión «*vertreten müssen*» en vez de «*verschulden*». Esto tiene como consecuencia que el deudor deberá responder por los daños causados aunque él no tenga culpa (*cfr.* §§ 276, 278, 279 y 463).

Al § 280.1 se añaden dos grupos de casos, con sus requisitos propios, en concreto, la responsabilidad por mora (§ 280.2, con remisión al § 286) y la indemnización de daños en lugar de la prestación (§ 280.3, con remisión a los §§ 281, 282 y 283).

b) *El requisito de la culpa del deudor*

La responsabilidad exige la culpa del deudor. Esta exigencia no sólo vale para los contratos, sino también para las relaciones obligatorias comprendidas en el § 311. Al referirse el § 280.1 genéricamente a la lesión del deber, queda comprendido cualquier tipo de lesión –incumplimiento, cumplimiento defectuoso, negativa al cumplimiento, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, lesión positiva de la pretensión contractual–. Toda imposibilidad de la prestación por culpa del deudor es encuadrable en el § 280. Y el comportamiento negligente del deudor puede darse en cualquier tipo de deber –principal, accesorio, genérico, de protección–.

⁷⁸ «Die reform...» *Op. cit.*, p. 511.

⁷⁹ El § 280.1 rige también en casos de lesión positiva de la pretensión contractual y de la culpa *in contrahendo*.

⁸⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XV.

El requisito de la culpa para poder pedir indemnización de daños está íntimamente enlazado con los §§ 276 (en particular el ap. 1, que amplía el supuesto de hecho), 277 y 278.

Aunque no lo dice el § 280.1, probada objetivamente la lesión del deber (o no prestación) y la relación de causalidad entre lesión del deber y el daño por el acreedor, se presume la culpa del deudor de la lesión, correspondiendo a él desvirtuar esta presunción mediante pruebas en contra.

- c) *Los supuestos de indemnización en lugar de la prestación («Schadenersatz statt der Leistung»⁸¹) y sus requisitos*
- c') No prestación, prestación defectuosa, prestación parcial y negativa a la prestación

La indemnización de daños en lugar de la prestación, articulada en el nuevo § 281, que es un concepto nuevo⁸², cumple una función claramente compensatoria⁸³. En lugar de la prestación, el acreedor puede reclamar la indemnización (es el llamado interés positivo). Además del § 281, están los §§ 282 y 283, que constituyen un triásico en el que tres constelaciones y la diferenciación de los criterios valorativos se reflejan de modo adecuado⁸⁴.

El § 281.1, que se ocupa de los tres primeros supuestos mencionados, se apoya en el § 280.1. Los dos primeros casos que contempla el § 281.1 son la no prestación, después de estar vencida, y la prestación defectuosa, es decir, cuando la prestación no se realiza conforme a lo acordado por las partes⁸⁵. Por consiguiente, contempla los casos que desde el punto de vista práctico son los más importantes, como el incumplimiento, el cumplimiento tardío, la negativa al cumplimiento y el cumplimiento defectuoso en el que se incluyen las prestaciones viciadas⁸⁶. Para pedir en estos casos la indemnización en lugar de la prestación hace falta un requisito más: el otorgamiento al deudor de un plazo –razonable– para realizar o repetir aún la prestación –cumplimiento posterior– sin éxito alguno

⁸¹ Según SCHULTZ, la indemnización de daños por incumplimiento no se puede equiparar con la indemnización de daños en lugar de la prestación (*op. cit.*, p. 63). No es lo mismo que se pida la indemnización de daños por incumplimiento, siendo entonces una pretensión que acompaña a otras pretensiones, que la indemnización de daños en lugar de la prestación, la cual se puede solicitar en todos los casos de lesión del deber (*op. cit.*, pp. 63 y 64).

⁸² Sobre el concepto, RECKER, «Schadenersatz statt der Leistung-oder: Mangelschaden und Mangelfolgschaden», *NJW*, 2002, pp. 1247 ss.

⁸³ ZIMMER, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁴ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XVI.

⁸⁵ Cfr. §§ 437, núm. 3, y 634, núm. 4.

⁸⁶ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XV.

(o, en su caso, un requerimiento atendiendo a la naturaleza de la obligación —cfr., 281.3—). Subyace aquí la idea de que hay que salvar antes el contrato.

El segundo supuesto previsto en el § 281.1 es la prestación parcial. Sólo tiene sentido la indemnización de daños en lugar de la prestación cuando el acreedor no tiene ya interés en el cumplimiento total (o ha dejado de tener interés para él)⁸⁷. Cuando no hay disponibilidad por parte del deudor de querer realizar la prestación o hay alguna circunstancia excepcional que lo impida, conforme al § 281.2, el acreedor puede optar directa e inmediatamente por la indemnización de daños, si bien habrá que valorar los intereses de ambos. En este caso, no tiene sentido que se fije un plazo previo⁸⁸.

Lógicamente es incompatible la pretensión de la prestación con la indemnización de daños en lugar de la prestación. Por eso, el § 281.4 declara que la primera pretensión queda en este caso excluida.

En cuanto al alcance de la indemnización, el acreedor puede elegir entre la pequeña y la gran indemnización de daños (*kleiner o grosser Schadenersatz*). Para el caso de que opte por la gran indemnización, ha de restituir al deudor la parte de la prestación que éste haya realizado (esto supone que la gran indemnización no está reñida con la prestación parcial cumplida por el deudor). El § 281.5 remite a los §§ 346-348.

c'') Lesión de un deber *ex* § 241.2

Se contempla en el § 282 un caso muy específico. No basta sólo que se trate de un deber de los comprendidos en el § 241.2. —por ejemplo, infracción de un deber de protección y, por tanto, no un deber principal o accesorio—, sino que la realización de este deber no sea ya exigible al deudor. Sólo en este caso procede la indemnización de daños en lugar de la prestación.

c''') En los casos de exclusión (imposibilidad) del deber de prestación

Cuando la prestación resultare imposible (§ 275.1), sólo cabe ya la indemnización de daños al estar totalmente descartado el

⁸⁷ La indemnización total de daños en lugar de la prestación es un concepto nuevo. El acreedor que no recibe la prestación prometida puede exigir la indemnización de daños en lugar de la prestación total (*vid.* SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 65 y 66).

⁸⁸ Puede haber lesión de deberes no directamente relacionados con la prestación, como, por ejemplo, los deberes pre y postcontractuales. Entonces sólo rige para la indemnización lo dispuesto en el § 280.1.

cumplimiento posterior⁸⁹, con lo cual la categoría de la imposibilidad pasa a un plano totalmente secundario⁹⁰. Para que pueda tener lugar la sustitución es necesario que se cumpla el principal requisito del § 280.1: que la imposibilidad se deba a la negligencia del deudor [cfr. § 311.a), ap. 2]. El § 283 remite a los §§ 281.1.1 y 3 y 281.5 que también pueden tener su debida aplicación.

d) *Resarcimiento por gastos infructuosos*

No cualquier gasto empleado por el acreedor puede ser resarcido por el deudor. Es más, el acreedor siempre asume un riesgo cuando negocia con otro para obtener a cambio un beneficio. Ahora bien, cuando no se logra el fin pretendido puede haberse producido algún perjuicio al acreedor como consecuencia de los gastos realizados. No se trata propiamente de un daño en el sentido tradicional. La jurisprudencia ha recurrido con frecuencia a la figura de la presunción de rentabilidad que puede ser combatida por el deudor. La posibilidad, no obstante, de que pueda ser resarcido el acreedor necesita de algún límite. Conforme al § 284 sólo son resarcibles los gastos –en particular las inversiones– que el acreedor haya realizado en la confianza de obtener la prestación. También se exige que los gastos respondan a un motivo, a una causa (el texto alemán utiliza las expresiones *billigerweise machen durfte*). Aun dándose estos dos requisitos, no es viable el resarcimiento por gastos infructuosos cuando la finalidad de la prestación de todas maneras no se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor. El resarcimiento tiene un claro carácter alternativo a la indemnización por daños, como se desprende del propio texto del § 284 (cfr. § 439.2 que impone al vendedor los gastos que sean necesarios desembolsar para el cumplimiento posterior en casos de vicio de la cosa en la compraventa).

e) *Restitución del resarcimiento*

El § 285 prevé la posibilidad de subrogarse el acreedor en el crédito que un tercero (por ejemplo, una entidad aseguradora) haya satisfecho al deudor (por ejemplo, una indemnización de daños). En lugar de la satisfacción de la prestación, el acreedor podrá subrogarse en la indemnización. Éste es básicamente el alcance del § 285

⁸⁹ Una pretensión independiente viene contemplada en el § 311, letra a), apartado segundo (imposibilidad objetiva inicial por culpa del deudor). Cfr. SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 75 y 76. También CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 506-508.

⁹⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XIII.

que repite en lo principal el antiguo § 281, si bien adaptado al § 275, que ahora contempla varias causas de exclusión –imposibilidad– de la prestación (en relación con el § 285, principalmente la imposibilidad inicial objetiva o subjetiva) y exige para la liberación del deber de prestación que se haya formulado la debida excepción por parte del deudor.

3. LA REORGANIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS BILATERALES

3.1 Los presupuestos de la resolución en los contratos bilaterales

a) *El intento de unificar las causas de resolución*

El jurista alemán se ha sentido muchas veces incómodo con las normas que regulan la resolución del contrato por imposibilidad de la prestación tanto en lo que respecta a las causas para resolver el contrato como en lo referente a los efectos de la resolución. No han faltado voces que exigían una mayor unificación en materia de resolución de los contratos, a semejanza de los artículos 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales y 25 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías (en ambas normas internacionales el supuesto fáctico de resolución es el incumplimiento esencial). El tema central de la resolución del contrato ha sido en Alemania siempre el de considerar la imposibilidad de realizar la prestación como causa resolutoria, pero, al mismo tiempo, el BGB contemplaba otros supuestos de resolución contractual en casos de incumplimiento de la prestación (cfr. los antiguos §§ 306, 323, 325, 326...) ⁹¹.

La resolución es un derecho de configuración (*Gestaltungsrecht*) y tiene un efecto liberatorio (*Befreiungswirkung*).

En un primer momento, se propuso que en el § 323.1 fuese la lesión de un deber del deudor la causa de resolución («*Verletzt der Schuldner eine Pflicht...*»), previo requerimiento por parte del acreedor al deudor para que cumpla con el contrato en un plazo determinado. Conforme a la primera redacción, una vez transcurrido el plazo fijado, el acreedor puede desistir del contrato. La lesión

⁹¹ Para conocer el Derecho antiguo y la reforma proyectada sobre la resolución y la revocación de los contratos, puede consultarse a HAGER, en «Das Geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 429 ss.

de un deber debería comprender cualquier lesión del deber de prestación (no prestación por imposibilidad, negativa a realizar la prestación por otra causa, cumplimiento moroso...), y el deber lesionado puede ser de cualquier tipo (sinalagmático, accesorio...). Con esta fórmula amplia se pretendía lograr la deseada unificación de los supuestos fácticos de resolución (*Vereinheitlichung des Rücktrittbestandes*) de los contratos bilaterales.

Esta fórmula tan genérica fue criticada duramente por un amplio sector de la doctrina. Sin renunciar a una mayor unificación de los supuestos de la resolución, se defendió que había que volver, de alguna manera, a las antiguas normas del BGB.

El ejercicio del derecho de resolución presupone, obviamente, la lesión de un deber por parte del deudor. Pero en la nueva y definitiva redacción del § 323, el derecho de resolución lo puede ejercitar el acreedor cuando no se cumple la prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, pero para poder ejercitar este derecho el acreedor deberá haber otorgado previamente un plazo razonable para que el deudor pueda realizar aún la prestación. Vemos aquí la total sintonía de los §§ 323, 324 y 326.5 con los §§ 281, 282 y 283. Se distingue, pues, el supuesto de la imposibilidad de la prestación y la prestación no ajustada a lo establecido en el contrato. La pretensión del cumplimiento se convierte, de este modo, en uno de los puntos centrales de la Reforma. Antes que resolver se debe dar la posibilidad al deudor de que cumpla todavía con su obligación. El mismo § 323 contempla otros supuestos (cfr. apartados cuarto y quinto), como también los §§ 324 y 326. En cualquier caso, la nueva redacción responde a uno de los motivos de la Reforma, cual es una mayor transparencia en la regulación del Derecho de obligaciones. Los derechos de resolución tendrán a partir de ahora una mayor trascendencia jurídica. La principal razón es la reforma efectuada al mismo tiempo de la compraventa y del contrato de obra, en plena armonía con la parte general del Derecho de obligaciones, admitiendo el derecho de resolución en los casos en que la cosa o la obra tenga vicios (cfr. §§ 437, núm. 2; 440; 634, núm. 4 y 636)⁹².

La resolución no depende ya, a diferencia del antiguo § 326, de la responsabilidad o no del deudor. Es una de las principales diferencias respecto de las pretensiones de indemnización por daños (cfr. §§ 280 ss.). Para Canarias es uno de los mayores avances de la Reforma del Derecho de la contravención de la prestación. La mayor facilidad que tiene ahora el acreedor para resolver el contra-

⁹² SCHULTZ, *op. cit.*, p. 89.

to no va en detrimento del principio *pacta sunt servanda*, sino que, al contrario, garantiza una mayor justicia contractual⁹³.

b) *El derecho de resolución por no prestación o prestación no conforme al contrato*

El § 323 distingue con toda claridad entre no prestación (*Nichtleistung*) y prestación no conforme al contrato (*nicht vertragsgemäß*). Es preceptivo para que el acreedor pueda resolver el contrato (*zurücktreten*), que él haya requerido previamente al deudor para que realice la prestación en un plazo razonable. Transcurrido el plazo adicional, sólo entonces es posible la resolución del contrato⁹⁴. De este modo, se vuelve a recuperar en parte el antiguo § 326. La no prestación o la prestación no conforme al contrato debe producirse en contratos perfectamente sinalagmáticos (para los demás contratos es de aplicación el § 275 cuando la prestación no se realiza o se realiza pero no satisfactoriamente). La no prestación significa aquí, en el contexto del § 323, retraso en la prestación (*Verzögerung der Leistung*). Cuando no tiene lugar la prestación (*Ausbleiben der Leistung*), se deberá estar al nuevo § 326. El § 323.1 no se refiere explícitamente a la mora como presupuesto del derecho de resolución. Es suficiente que la prestación sea exigible y que no se haya realizado la misma en el plazo acordado por las partes (ausencia de prestación)⁹⁵. Ello beneficia claramente al acreedor.

La prestación efectuada no conforme a lo estipulado –principio de conformidad– supone una prestación defectuosa, siendo indiferentes, en principio, las causas por las que no se haya realizado la prestación según el tipo de contrato. El requerimiento posterior implica, como también cuando se trata de un supuesto de no prestación, que la prestación aún puede ser cumplida por el deudor.

A diferencia del antiguo § 326, en el nuevo § 323.1 se suprime la exigencia en virtud de la cual el acreedor debía al mismo tiempo declarar que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del tiempo (*Ablehnungsandrohung*). La razón de la supresión es que el deudor debe saber que el incumplimiento del plazo adicional, que le ha dado el acreedor para realizar aún la prestación, va a tener consecuencias negativas para sus propios

⁹³ «Die Reform...», *op. cit.*, p. 522.

⁹⁴ A juicio de SCHULTZ, la fijación de un plazo no es un requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de resolución (*op. cit.*, p. 91).

⁹⁵ Según ZIMMER, «mit der Entkoppelung der Rücktrittsberechtigung beim gegenseitigen Vertrag des Schuldners kommt das Schuldrechtmodernisierungsgesetz zu einer Abstufung in den Folgen einer Nichterbringung oder nicht vertragsgemäßen Erbringung der Leistung» (*op. cit.*, p. 5).

intereses. El deudor debe tomar en serio el requerimiento de realización de la prestación en el plazo adicional que le ha concedido el acreedor (cfr. la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, sobre las garantías en la venta de bienes de consumo). La supresión de esta declaración tiene el efecto positivo de que el acreedor puede exigir incluso el cumplimiento de la prestación después de haber transcurrido el tiempo adicional. Sólo cuando ejercita el derecho de resolución es cuando ya queda extinguida la pretensión de exigir la prestación.

El plazo adicional tiene principalmente razón de ser cuando el deudor esté dispuesto al cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*). Sin embargo, cuando el cumplimiento posterior puede descartarse, no es necesario dar un plazo adicional al deudor para que cumpla. En estos casos se debe eximir al acreedor que añada un plazo para poder resolver el contrato. El § 323.2 establece tres supuestos claramente diferenciados: *a)* un comportamiento serio y definitivo por parte del deudor de no querer realizar la prestación (las reglas desarrolladas en la aplicación del antiguo § 326 por la jurisprudencia siguen válidas); *b)* el incumplimiento, la prestación en el tiempo fijado en el contrato o dentro de un plazo, siempre y cuando el acreedor hubiese ligado su interés en el cumplimiento de la obligación al interés suyo de mantener el contrato, *c)* o se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes (es una cláusula general de cierre que permite a los Jueces actuar con mayor libertad para dar por resuelto el contrato).

El § 323.4 prevé la resolución anticipada del contrato cuando es patente que se van a producir los presupuestos para resolver el contrato (cfr. con el primer supuesto del § 323.2 en el que no hace falta añadir un plazo por parte del acreedor para ejercer el derecho de resolución contractual).

c) El derecho de resolución por prestación parcial

La Reforma se ha decidido claramente por admitir en el § 323.5 sólo la resolución parcial del contrato cuando la prestación se ha realizado en parte, a no ser que el acreedor no tuviera ningún interés en el cumplimiento parcial. El énfasis en el adverbio «sólo» (*nur*) indica claramente que el acreedor no puede ejercer, en principio, la resolución de todo el contrato en caso de que el deudor haya cumplido una parte de la prestación. Por consiguiente, una lesión parcial del programa de prestaciones sólo puede dar lugar a una resolución parcial del contrato. La resolución

total únicamente es posible cuando al acreedor no le interesa el cumplimiento parcial.

d) *La resolución por prestación defectuosa irrelevante*

En el § 323.5 se aclara que el acreedor no podrá resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia. Se refiere al caso de la no prestación conforme a lo pactado en el contrato, esto es, la prestación defectuosa (cfr. con los §§ 323.1 y 2, 434.3 y 437.2).

e) *La exclusión del derecho de resolución por imposibilidad de la prestación de la que responde el acreedor*

El antiguo § 324 establece que si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la otra parte, conserva aquélla su pretensión a la contraprestación. La Reforma amplía en el § 323.6 el antiguo § 324, en el sentido de que no sólo la imposibilidad ocasionada por el acreedor excluye el derecho de resolución, sino también por cualquier retraso del acreedor en la aceptación de la prestación, generalizando⁹⁶, pues, los casos en los que la no prestación es debida al comportamiento del acreedor (cfr. el § 275 que establece otros supuestos de exclusión del deber de prestación, así como el § 326.2, inciso primero).

f) *El derecho de resolución por lesión de deberes ex § 241.2*

Además de los deberes típicos de un contrato bilateral específico, pueden existir otros deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato. En un primer momento, se pensó que la lesión de otros deberes, cuando es sustancial, debe dar lugar al derecho de resolución sobre la base de que al acreedor ya no se le puede seguir imponiendo el mantenimiento del mismo. La redacción que se dio al § 324 resultó excesivamente genérica. De ahí que en la redacción definitiva del § 324 se haya precisado que ha de tratarse de la lesión de un deber de los previstos en el § 241.2 (por ejemplo, un deber de protección/*Schutzpflicht*). El quebrantamiento de estos deberes da lugar al derecho de resolución.

El § 324 tiene un claro paralelismo con el § 282 que admite la indemnización de daños en lugar de la prestación por lesión de cualquier otro deber *ex § 241.2*.

⁹⁶ La exclusión del derecho de resolución es *per se*. El Juez ha de examinar de oficio las causas de exclusión (así, SCHULTZ, *op. cit.*, p. 92).

g) *El derecho de resolución por exclusión del deber de prestación (casos de imposibilidad)*

Conforme al § 326.5, el acreedor podrá resolver el contrato si el deudor no tiene que cumplir según lo previsto en el § 275.1 a 3 (cfr. § 283). El derecho de resolución se da para cualquier caso de imposibilidad de la prestación y también cuando se agrava la prestación. Está pensado, sobre todo, en aquellos casos en los que fracasa el cumplimiento posterior, ya que, conforme al § 326.1, frase segunda, la contraprestación no decae *ipso iure*⁹⁷. Hay casos en los que no es posible la subsanación. Los presupuestos del ejercicio de este derecho hay que buscarlos en el § 323, al que remite expresamente el § 326.5.

3.2 Los efectos de la resolución

a) *Equiparación de los efectos de la resolución legal y contractual*

En los antiguos §§ 346 ss. se regulaba lo que por la doctrina alemana se ha denominado la extinción o liquidación de la resolución. Estos preceptos se referían sólo a la resolución contractual, es decir, la resolución expresamente pactada. La resolución legal, prevista en los antiguos § 325 y 326, convivía con otros supuestos de resolución legal, tanto en el BGB (por ejemplo, los antiguos §§ 467 y 634) como fuera de él (§§ 13 UWG, 7 VerbrKrG y 3 HausTWG). En principio, sólo cabe un tratamiento conjunto de la resolución contractual y legal. El propio § 327⁹⁸ remitía a los §§ 346 a 356, siendo, por tanto, de aplicación a la resolución legal los efectos de la resolución contractual. En este sentido, el actual § 346 no supone ninguna novedad cuando regula, en una misma norma, los efectos de ambos tipos de resolución⁹⁹.

El objetivo principal de la Reforma¹⁰⁰ en esta materia, basada en las propuestas de la Comisión de Derecho de Obligaciones, es lograr la mayor simetría en el ámbito de los efectos de la resolución, que más que extinguir la relación obligatoria da paso a una fase de liquidación para que aquélla se extinga totalmente¹⁰¹. La

⁹⁷ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. XVIII.

⁹⁸ Derogado por la Ley de 1 de enero de 2002.

⁹⁹ Bastante crítico con la Reforma, KOHLER, en «Das Rücktrittsrecht in der Reform», *JZ*, 2001, pp. 325 ss.

¹⁰⁰ Sobre el proyecto del Gobierno, cfr. KAISER, «Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform», *JZ*, 2001, pp. 1057 ss.

¹⁰¹ Con bastante profundidad CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., pp. XXXV-XLIX.

Reforma intenta superar una de las partes más débiles de la codificación alemana¹⁰². Para ello, equipara la resolución contractual y la resolución legal. Deroga los §§ 350 y 351. Y la responsabilidad por daños tiene, a partir de ahora, su base en los §§ 280 ss. (antes la base legal era el § 989). Que la Reforma lo haya logrado está aún por ver¹⁰³.

b) *Liquidación de la resolución*

b') Restitución recíproca de las prestaciones. Satisfacción de otras prestaciones

El efecto principal no puede ser otro, según ordena el § 346, que la restitución mutua de las prestaciones recibidas. Se mantiene, pues, el efecto principal de la resolución ya previsto en el anterior § 346. Junto a este efecto, la resolución puede dar lugar a efectos secundarios (*Nebenfolgen*)¹⁰⁴. Entre estos efectos, está la restitución de los provechos obtenidos. Se incorpora, así, la frase segunda del antiguo § 347 en el § 346.1 (cfr. los §§ 100 y 987), con la precisión de que el deudor debe también restituir el desgaste que se haya producido, atendiendo al uso normal de la cosa.

Además de los provechos recibidos, están los provechos que podría haber logrado el deudor de haber actuado conforme a las reglas normales de la economía; cuando se trata de una resolución legal, el facultado para resolver el contrato sólo ha de utilizar la diligencia que emplea en sus asuntos propios. En el caso de que no sea así, el deudor está obligado, de acuerdo con el nuevo § 347, apartado primero, a satisfacer al acreedor el valor equivalente.

El deudor de la restitución tiene también derecho a que le sean abonados los gastos necesarios y los gastos de mantenimiento. Así lo establece el apartado segundo del § 347, el cual no excluye el abono de otros gastos en la medida en que el acreedor se haya enriquecido por ello.

Otros efectos secundarios de la resolución son los costes de celebración y ejecución del contrato que habrá que desembolsar el deudor conforme al § 284.

¹⁰² Así, HEINRICH, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰³ Una primera visión completa de la nueva regulación ofrece KAISER, en «Rücktrittsrecht», en *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 183-214.

¹⁰⁴ Cfr. KAISER, «Rücktrittsrecht», en *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 205-212 (en adelante sólo citaremos este trabajo de Kaiser).

b") Prestación del valor equivalente en caso de imposibilidad de la restitución. Supresión de la remisión al enriquecimiento injusto por imposibilidad de la prestación de restitución.

La Reforma introduce como novedad la supresión de la exclusión de la resolución en casos de imposibilidad de la restitución, derogando, con ello, los §§ 350 a 353¹⁰⁵. Esta supresión tiene un alcance importante: el contratante que está facultado para ejercer la resolución legal o contractual no pierde este derecho aun cuando es el responsable de la imposibilidad de la restitución. Aunque no lo dice la norma, se debe matizar que la no exclusión de la resolución sólo tiene sentido cuando el facultado para resolver el contrato lo haya manifestado antes de que se produzca la imposibilidad de la restitución; en caso contrario, se extingue el derecho a la resolución. La no exclusión de la resolución en caso de imposibilidad de la restitución es una tendencia cada vez más generalizada en el Derecho contractual, sobre todo en el Derecho de los consumidores, que ahora se incorpora, con carácter general, en el Derecho de la contratación general (cfr. los antiguos §§ 7, ap. 4, de la Ley de Crédito de Consumidores y 5 de la Ley de Revocación de los Negocios a Domicilio y Negocios Análogos).

En lugar de la obligación de la restitución, cuando no es posible, el deudor debe prestar el valor equivalente (*Wertersatz*)¹⁰⁶. Por consiguiente, en vez de excluir la resolución, cabe pedir expresamente la resolución o se produce por ley, si bien la restitución de la prestación es sustituida, por imposibilidad, por un valor equivalente. La prestación del valor equivalente está prevista para: a) cuando la obligación de la restitución o la entrega de lo obtenido según la naturaleza esté excluida, convirtiéndose, así, en una regla general (cfr. § 346, frase segunda, que contiene la misma regla sólo para prestaciones de servicio); b) cuando el deudor haya consumido, transmitido, gravado, especificado o transformado el objeto (cfr. los antiguos §§ 352 y 353); o el objeto recibido haya empeorado o haya perecido (cfr. los antiguos §§ 347, 350 y 351). En este último caso, no se tiene en consideración el empeoramiento de la cosa por haber seguido el deudor las oportunas instrucciones. Desaparece con la Reforma el § 347. La regla que contenía no convenía para la resolución contractual, y tampoco para la resolución legal. Según el antiguo § 347, la responsabilidad por resolución se retrotrae al momento de la recepción de la prestación, y no desde el momento

¹⁰⁵ Sobre la regulación anterior y la actual, cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 190-193.

¹⁰⁶ Vid. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXVI-XXXIX.

de la declaración por la que se resuelve el contrato. Este precepto contenía además una remisión explícita al § 989 –regulador de la responsabilidad del poseedor en caso de litispendencia–, cuya aplicación suscitaba problemas, sobre todo, en relación con la frase segunda del antiguo § 327. En concreto, en caso de resolución legal, se prevenía el supuesto de resolución por una circunstancia de la que la otra parte no ha de responder. De acuerdo con el antiguo § 327, frase segunda, la otra parte sólo tiene que responder según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto, en particular el § 818.2, el cual establece si la restitución no es posible a causa de la naturaleza de lo obtenido o si el receptor no está en condiciones de realizarla por otra circunstancia, ha de indemnizar el valor. La remisión al enriquecimiento injusto desaparece igualmente con la Reforma suprimiendo totalmente el § 327. Con ello, de un plumazo, desaparece toda la polémica que había suscitado la frase segunda del § 327 y demás normas conexas (así, por ejemplo, el antiguo § 347, el § 989), sobre todo por el alcance que se había dado a la expresión «no ha de responder la otra parte». Según la interpretación que se ha seguido hasta ahora, unos defendían que el § 327 sólo estaba pensado para el oponente de la resolución; otros, por el contrario, consideraban preferentemente la interpretación según la cual el régimen del enriquecimiento injusto era de aplicación a cualquier contratante que no sea responsable de la resolución.

En definitiva, la restitución de una contraprestación realizada no está sujeta, en los casos del § 326, al enriquecimiento injusto. Rige exclusivamente el derecho de resolución¹⁰⁷.

b'') Exclusión del deber de prestación del valor equivalente

El nuevo § 346.3 prevé tres supuestos de exclusión del deber de prestación del valor equivalente¹⁰⁸. El primero recoge lo que ya establecía el § 467: la redhibición –ahora resolución– no está excluida si el vicio sólo se ha manifestado al elaborarse o transformarse el objeto –el § 346.3 distingue entre *Verarbeitung* y *Umgestaltung*–¹⁰⁹. El segundo sigue el criterio jurídico según el cual no se puede imponer al obligado de la restitución la prestación cuando del mejoramiento o del deterioro es responsable la otra

¹⁰⁷ Se pregunta ZIMMER si esto tiene sentido (*op. cit.*, p. 4).

¹⁰⁸ Cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 193-204; CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXIX-XLV.

¹⁰⁹ El típico caso de la compraventa de un bien que tiene un vicio en el momento de la fabricación (por ejemplo, compra de un coche nuevo cuyo fallo en los frenos produce un siniestro total; la compradora puede resolver el contrato de compraventa sin tener que restituir el valor equivalente del coche –cfr. KAISER, *op. cit.*, p. 193–).

parte. Y el tercero contempla el supuesto de cuando el empeoramiento o el perecimiento tiene lugar por el que está facultado para ejercer la resolución legal, aun cuando haya actuado con la diligencia que él normalmente emplea en sus asuntos propios ¹¹⁰.

b'''') Deber de indemnización

El apartado cuarto del § 346 contiene una norma meramente aclaratoria. En otro precepto anterior, el § 325, se establece igualmente que el derecho a solicitar indemnización de daños, tratándose de contratos bilaterales, no queda excluido por la resolución del mismo. El acreedor puede, en cualquier caso, pedir siempre la indemnización cuando el deudor lesiona el deber de restitución conforme a los §§ 280-283. La concurrencia de la indemnización por daños y de la resolución es uno de los cambios positivos de la Reforma (anhelada desde hacía tiempo).

c) *El mantenimiento de los antiguos §§ 355, 356, 357, 359, 360 (que pasan a ser ahora los §§ 350, 351, 352, 353, 354)*

En el BGB está prevista la extinción del derecho de resolución según se haya fijado o no un plazo para resolver el contrato. El actual § 350 sólo matiza que rige para casos de resolución contractual. Ha quedado intacto el anterior § 356 que prevé el supuesto de la resolución ejercitada por todos o contra todos. Sólo se altera la numeración, siendo ahora el § 351. A diferencia de la redacción anterior del § 357, que sólo era de aplicación a la resolución contractual, el actual § 352 se extiende ahora a la resolución legal. Este precepto prevé la ineficacia de la resolución en caso de compensación por la otra parte. El § 358, que establece el reparto de la carga de la prueba, se considera innecesario porque son de aplicación las reglas generales. Los §§ 359 y 360 se convierten en los §§ 353 y 354 (el primero se refiere a las arras penitenciales en caso de resolución y el segundo a la pérdida de derechos en caso de incumplimiento por parte del deudor).

3.3 La revocación en los contratos de consumo

a) *La Reforma de 27 junio de 2000*

Con la Reforma del BGB por la Ley de 27 de junio de 2000 se introdujo después del antiguo § 361 el derecho de revocación en los

¹¹⁰ Este apartado plantea muchos interrogantes. Cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 194-204.

contratos de consumo [§ 361, letra a)] y el derecho de sustitución [§ 361, letra b)]. Estos mismos preceptos, con ligeras modificaciones, se mantienen en la presente Reforma en los nuevos §§ 355 y 356. Para una mayor claridad, después de regular los efectos en general de la resolución, se inserta un subtítulo llamado «Los derechos de revocación y de sustitución en los contratos de consumo». La Reforma de junio del año 2000 no debe quedar desapercibida por la importancia que tiene la primera alusión al consumidor y a los contratos de consumo en el mismo BGB y que, de alguna manera, ha podido influir en la presente Reforma en seguir el camino iniciado entonces, a saber, que el Derecho de consumo ha dejado de ser una parte especial del Derecho privado al quedar integrado en el BGB.

b) *El derecho de revocación*

El nuevo § 355 repite el contenido del § 361 a) con algunos retoques en los términos y dividiendo el primer apartado en dos¹¹¹. El consumidor que por ley tiene reservado a su favor un derecho de revocación lo puede ejercitar sin que sea necesario alegar una causa de revocación. Sólo es preceptivo que lo haga por escrito en el plazo de dos meses. En ese momento ya no está vinculado a la oferta del empresario. El plazo empieza a computarse desde el momento en que el consumidor esté informado claramente sobre su derecho de revocación (se debe atender a los distintos modos de comunicación).

Al derecho de revocación había que poner un plazo máximo, sobre todo, en bien de la paz jurídica. Las leyes especiales que reservaban al consumidor el derecho de revocación contemplaron plazos máximos diferentes (un año –crédito al consumo–, cuatro meses –contratación a distancia–, tres meses –aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial– y un mes –contratos fuera de establecimientos mercantiles–). La Reforma de 2002 unifica estos plazos, lo que no se pudo hacer en la anterior reforma, fijando el plazo máximo de seis meses desde la celebración del contrato. Se precisa, por imperativo, además de la Directiva sobre la contratación a distancia, que cuando se trata de suministro de mercancías el plazo no comienza hasta el día en que sean entregadas al receptor.

c) *El derecho de sustitución*

El derecho de sustitución puede ser reemplazado contractualmente por el derecho de revocación, debiéndose dar determinados

¹¹¹ Cfr. HAGER, *op. cit.*, pp. 446 ss.

presupuestos según el § 356, repitiendo literalmente los del antiguo § 361.b).

d) *Las consecuencias jurídicas de los derechos de revocación y de sustitución*

La idea básica del § 357 es que a los derechos de revocación y de sustitución son de aplicación las normas para la resolución legal de los contratos. Ya lo decía, pero no tan claro, el anterior § 361.a), con la importante novedad de que ahora se han unificado las consecuencias jurídicas de la resolución legal y contractual.

El consumidor ha de asumir los costes y el riesgo de la sustitución de la mercancía. El coste máximo que se puede imponer contractualmente al consumidor es de cuarenta euros, a no ser que la mercancía enviada no corresponda con la que se haya pedido.

El legislador ha corregido lo que para algunos autores se ha considerado excesivamente desventajoso para el empresario. Según se deriva del antiguo § 361.a), frases cuarta y quinta del apartado segundo, el consumidor que ejercita los derechos de revocación o de sustitución no responde del uso de la mercancía, aunque disminuya el valor (toda mercancía deja de ser nueva en el momento en que es usada –por ejemplo, la depreciación es grande cuando se trata de vehículos de motor–). En la práctica contractual este riesgo se evita entregando la mercancía cuando haya concluido el plazo para revocar. No obstante, el legislador ha considerado que es necesario establecer reglas –otra de las novedades de la Reforma– para evitar los perjuicios que se puedan producir al empresario cuando el consumidor haga uso de los derechos de revocación o de sustitución (cfr. 357). Se ha intentado compensar el interés del empresario –que no tiene por qué asumir el riesgo de la disminución del valor de la mercancía por su uso– y el interés del consumidor –el derecho de revocar o de sustituir–. De ahí que el § 357.3 se aparta del § 346.2 y 3.

e) *La incidencia del derecho de revocación en los contratos conexos*

El legislador ha unido en un mismo precepto los §§ 9 de la Ley de Crédito de Consumidores, 4 de la Ley de Contratación a Distancia y 6 de la Ley de Aprovechamiento de Viviendas a Tiempo Parcial. El resultado es la redacción del § 358 que establece los efectos de la revocación de un contrato de suministro de mercancía o de la obtención de cualquiera otra prestación sobre otros contratos conexos,

constituyendo todos una unidad económica. Aunque no se produce un significativo cambio jurídico, sí supone una mejor sistematización de los efectos que produce la revocación en contratos conexos, la cual está integrada, además, en los efectos generales de la resolución de los contratos y de los efectos generales de la revocación y la sustitución en los contratos de consumo.

Hay contratos conexos cuando existe entre ellos una unidad económica. Esta característica, que aparece como elemento descriptor principal de los contratos conexos en la legislación especial, es asumida por el § 358. Constituye un indicio de que hay unidad económica cuando el propio empresario financia la contraprestación del consumidor. También constituye un indicio cuando el prestamista se sirve de la participación del empresario en el momento de la preparación o celebración del préstamo.

La revocación del consumidor conforme a los §§ 355 y 356 no sólo tiene como efecto su desvinculación del contrato con el empresario, sino también su desvinculación con los contratos conexos. El § 358 se refiere, particularmente, al contrato de préstamo como contrato conexo. Pero también puede suceder que el contrato de préstamo —de consumo— esté conectado a un contrato para la adquisición de una mercancía o la obtención de una prestación. La desvinculación del primer contrato por revocación se extiende al otro contrato.

La conexión entre contratos permite, en principio, alegar ciertas excepciones de uno y otro contrato frente al deber de cumplimiento de las obligaciones. El § 359, para ser fiel al § 9.2 y 4 de la Ley de Crédito de Consumidores, faculta al consumidor a oponerse a la devolución del préstamo cuando puede alegar excepciones que tienen su base en el contrato conexo (por ejemplo, la compraventa). Esta regla de conexión no se aplica a los contratos en los que el precio es inferior a 200 euros y tampoco rige cuando las excepciones descansan en una modificación contractual acordada entre el consumidor y el empresario con posterioridad a la celebración del contrato de préstamo. En el caso de que el consumidor pueda exigir el cumplimiento posterior de la prestación, sólo se puede oponer a la devolución del préstamo cuando haya fracasado el cumplimiento posterior.

f) *El deber de información sobre los derechos de revocación y de sustitución*

El antiguo § 361.a), apartado tercero, que se introdujo para la adaptación de la Directiva sobre contratos a distancia, en concreto el artículo 5, garantizaba al consumidor las informaciones y mani-

festaciones relacionadas con el contrato que haya suscrito con un empresario. En un primer momento, se consideró que había que mantener esta garantía en beneficio del consumidor, trasladándola al § 361. Pero se dudaba de su correcta ubicación normativa. Al final, se ha optado por añadir un apartado al § 358, estableciendo en el apartado quinto que la información necesaria sobre el derecho de revocación o de sustitución debe estar orientada sobre las consecuencias previstas en los apartados primero y segundo del mismo precepto. La información que se debe garantizar queda reducida, por tanto, a las consecuencias jurídicas de los derechos de revocación y de sustitución.

No obstante, el Ministerio Federal de Justicia queda autorizado por el artículo 245 de la EGBGB para regular la información de estos derechos, cuando no sea necesaria la autorización del Consejo Federal, mediante el correspondiente reglamento (*vid.* también los artículos 240 y 242 de la misma Ley).

IV. CODIFICACIÓN DE FIGURAS JURISPRUDENCIALES

Postulados tan importantes como la legitimación, la transparencia y la seguridad jurídica permiten que ciertas figuras jurídicas de relieve doctrinal pero sobre todo judicial puedan ser codificadas en algún momento, y también porque han demostrado una eficiencia durante largo tiempo, llegando a ser parte del sistema jurídico. Después de cien años de acreditada eficiencia de algunas figuras relevantes para el Derecho de obligaciones, como son la culpa *in contrahendo*, la desaparición de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante, a los redactores de la Reforma les parecía inevitable su inserción en el sistema legal. Con su codificación se pretende clarificar el régimen jurídico de la contravención de la prestación¹¹². Existe, eso sí, el peligro, como apunta Dauner-Lieb, de que la articulación legal contenga normas vacías de contenido, meras vainas (*Normhülsen*), que seguirán necesitando de la interpretación judicial¹¹³. Según Dauner-Lieb, a pesar del esfuerzo realizado por el legislador, no se ha logrado la transparencia y la seguridad jurídica que se pretendía con la codificación.

¹¹² CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XIX.

¹¹³ «Kodifikation von Richterrecht», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, p. 327.

1. LA CULPA IN CONTRAHENDO

a) Ideas generales

El BGB, al igual que muchos otros códigos decimonónicos, no contiene un precepto que se refiera, con carácter general, a la figura de la culpa *in contrahendo*, lo que no significa que lo desconociera, puesto que viene contemplada en algunos supuestos específicos (así, en los §§ 307, 309, 523.1, 524.1, 600, 694; para muchos, incluso, el § 122 sirve de apoyo para su admisión en el BGB). Por otra parte, existían también grandes problemas de concurrencia con algunas normas del BGB (así, p. e., §§ 459 ss., 463 y 477). A pesar de su reconocimiento en el BGB, sus perfiles han tenido que ser desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Cada vez más se da una mayor importancia a la protección de quienes entran en negociaciones, sin que por ello tengan que concluir un contrato. La lesión de ciertos deberes, en particular los de comportamiento (así, por ejemplo, el deber de lealtad, que, a su vez se concreta en deberes de información, comunicación y discreción), puede causar daños al otro negociador (representado muchas veces por otra persona), debiendo responder, en este caso, de los mismos quien haya lesionado culposamente los deberes de la negociación.

El legislador ha aprovechado el momento de la Reforma para codificar la culpa *in contrahendo*¹¹⁴. Una vez tomada esta decisión, el problema no era tanto la ubicación del precepto que acogiera esta figura como el contenido del precepto. A partir de la Reforma, el BGB centra las relaciones obligatorias no sólo en el contrato sino también en otras relaciones de «contacto negocial» que crean también deberes. Por eso, en el título que encabeza ahora los §§ 311 y siguientes se omite toda referencia al contrato (en la redacción anterior los entonces §§ 305 ss. tenían por título «Relaciones obligatorias –derivadas– del contrato»), refiriéndose sólo a la «Constitución, contenido y extinción». El primero de los preceptos, el § 311, regula lo que ahora se denomina «Relaciones obligatorias negociales» (*Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*). El primer apartado transcribe literalmente el antiguo § 305, según el cual «para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es

¹¹⁴ Una primera aproximación a la codificación de la culpa *in contrahendo* puede encontrarse en CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 519-521. Puede consultarse también el trabajo de KÖNDGEN, «Die Positivierung der culpa *in contrahendo* als Frage der Gesetzgebungsmethodik», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, p. 231 ss.

necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa». En los dos siguientes apartados articula lo que algunos autores llaman la relación jurídica de negociación contractual (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*). Esta relación, que es jurídica, también implica deberes y, por tanto, constituye una relación obligatoria en los términos del § 241.2. Así entendido, parece adecuada la ubicación de la figura de la culpa *in contrahendo* después de referirse el § 311 al contrato como presupuesto de la relación obligatoria, diferenciándola claramente, por otra parte, del contrato.

b) *Supuestos de culpa in contrahendo*

Mucho más complejo es el contenido de la norma que acoge la culpa *in contrahendo*. Los contornos de esta figura son difíciles de describir. Se ha optado por una cláusula general estableciendo –abiertamente– supuestos que son relaciones obligatorias sin ser propiamente relaciones contractuales. Una particularización era prácticamente imposible¹¹⁵. Pero el contenido de los deberes de estas otras obligaciones y las consecuencias del daño en caso de lesión tienen su respuesta fuera del § 311, en particular en el § 241.2, al que remite expresamente el § 311 en su apartado segundo, y en el § 280. También las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, conforme al § 280, la correspondiente indemnización por lesión del deber (p. e., lesión del deber de comportamiento).

Seguindo la jurisprudencia, se consideran como casos encuadrables en la culpa *in contrahendo*, conforme al apartado segundo del § 311, los que son una relación jurídica derivada de negociaciones contractuales, a saber, la iniciación de negociación para la celebración de un contrato o la preparación de un contrato (*Aufnahme von Vertragshandlungen*), la negociación potencial o preparación de un contrato (*Anbahnung eines Vertrages*) y los contactos negociales análogos (*Ähnliche geschäftliche Kontakte*). El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo supone simplemente una invitación a contratar, un primer contacto para captar posibles contratantes. Otros supuestos que no tienen cabida ni en el primero ni en el segundo apartado pueden tener encaje en el tercero que se refiere a contactos negociales análogos. Siempre que haya un contacto negocial, aunque no se está negociando o no se

¹¹⁵ Un estudio muy sistemático se encuentra en el comentario del *Palandt*, *op. cit.*, pp. 165 ss., realizado por HEINRICHS.

está invitando a contratar, puede haber una relación obligatoria. Esta amplitud, aunque deseable, no deja de ser oscura en algunos casos concretos.

c) *La culpa in contrahendo de terceros*

El apartado último contempla la culpa *in contrahendo* de personas que no van a ser partes del contrato, pero cuya intervención ha podido influir en la iniciación o celebración de un contrato. Estas personas —que son terceros— pueden ser responsables cuando ellas mismas utilizan la confianza para influir en otros para que contraten. Y en este sentido, cabe igualmente hablar de una relación obligatoria conforme a la cual nacen deberes *ex* § 241.2. También aquí se debe traer a colación el § 280 que permite al acreedor exigir indemnización en caso de lesión de un deber que nazca de una relación obligatoria. La confianza de la que se sirve una tercera persona para que otros contraten no es la confianza normal que se exige en los contratos, sino una confianza especial (p. e., cuando el tercero manifiesta que garantiza o asegura la relación obligatoria que se va a constituir). También entraría en el supuesto normativo de la culpa *in contrahendo* el tercero que informa a los contratantes cuando no hay un contrato establecido con ellos (p. e., el contrato de mediación). Por la cualificación profesional y la neutralidad del tercero, los contratantes confían en él para contratar. En el contexto del § 311 cabe hablar, pues, en estos casos de una relación obligatoria.

El supuesto normativo es tan amplio que permite no sólo la legitimación pasiva sino también la legitimación activa de terceros. Los contornos de la culpa *in contrahendo* de terceros no están ni mucho menos elaborados, por lo que habrá que seguir prestando atención a la evolución de la jurisprudencia y a la nueva doctrina. En cualquier caso, el apartado tercero del § 311 es una invitación para que los tribunales vayan por este camino cuando personas ajenas a un vínculo contractual influyan notablemente en su nacimiento.

2. LA ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO (*STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE*)

a) *Ideas generales*

Parece que el legislador se ha visto obligado a codificar la figura de la base del negocio jurídico —elaborada por la doctrina y la

jurisprudencia— una vez que estaba claro que la Reforma iba a afectar al régimen jurídico de la contravención de la prestación. También la codificación de la culpa *in contrahendo* ha sido otra razón poderosa para codificar esta figura doctrinal y judicial. Cualquier otra solución, habría creado una mala conciencia al legislador. La principal dificultad ha sido la de codificar el propio concepto y su contenido —que para algunos es imposible de codificar—, máxime cuando los supuestos que pueden quedar subsumidos en esta figura —todos ellos problemáticos— son de contornos muy diferentes. Con la elevación a norma jurídica de la alteración de la base del negocio jurídico puede surgir, en el futuro, el peligro de una excesiva generalización en la práctica judicial¹¹⁶, si bien hay que precisar que el § 313 es una norma subsidiaria.

El § 313 traza los elementos fundamentales que reúne la figura de la base del negocio jurídico, en concreto su alteración y las consecuencias que de ella se derivan¹¹⁷. Ello no supone, sin embargo, el eclipse de otros preceptos directamente relacionados con la base del negocio jurídico, como el § 242, que seguirá cumpliendo una función en el desarrollo del § 313. Otro precepto relacionado con el § 313 es el § 275, que, al fijar los límites del deber de prestación, tiene preferencia sobre aquél.

b) *Supuestos de alteración*¹¹⁸ *de la base del negocio jurídico*

Entre los supuestos de imposibilidad posterior de la prestación se puede incluir lo que Larenz ha denominado la desaparición de la base objetiva del negocio jurídico (*Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage*). La imposibilidad posterior de la prestación puede darse también cuando los contratantes yerran sobre lo que constituye el presupuesto o la base del contrato o uno de ellos tiene una representación falsa sobre lo que es el presupuesto o la base del contrato. Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia este otro supuesto debe ser encuadrado en la teoría de la base subjetiva del negocio jurídico, y más concretamente en el Derecho del error (así, también se deriva de los *Principles of European Contract Law*). El legislador ha codificado esta doctrina en el § 313 regulando en el mismo precepto, en

¹¹⁶ DAUNER-LIEB, *op. cit.*, p. 323.

¹¹⁷ HEINRICHS, en el comentario *Palandt, op. cit.*, ofrece un estudio muy sistematizado del § 313.

¹¹⁸ El término *Störung* es más amplio que el que se utiliza por norma general —*Wegfall* o *Fortfall*—. El primero se puede traducir por alteración, mientras que el segundo significa desaparición.

apartados separados, las situaciones anómalas de la base objetiva y subjetiva del negocio jurídico con el título «Alteración de la base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Consecuentemente, la alteración de la base del negocio jurídico aparece regulada en el título dedicado a la constitución, contenido y extinción de los contratos (no obstante, cabe objetar que la alteración subjetiva del negocio jurídico pertenece al ámbito normativo del error). El efecto de la alteración de la base del negocio jurídico no es la resolución, sino la adecuación del contrato (*Anpassung des Vertrages*) a las nuevas circunstancias. Con la Reforma, la adecuación contractual se ha convertido en una pretensión cuando anteriormente era por ley. Sin embargo, esto no fue la voluntad del legislador. Habrá que entender, pues, que el tribunal puede acordar también después de la Reforma que se adecue el contrato cuando se dan los presupuestos del § 313 aunque no se haya pedido expresamente. Se ha seguido claramente a la jurisprudencia que prefiere, antes de la resolución por imposibilidad de la prestación, adecuar el contrato a la nueva realidad (cfr. en especial, con la teoría de la reconstrucción o *Herstellungstheorie*). Sólo cuando no cabe ajustar el contrato a las nuevas circunstancias o no es exigible a una de las partes, el contratante perjudicado puede resolver el contrato. En las relaciones obligatorias duraderas, en lugar del derecho de resolución, existe el derecho de desistimiento. Esta última solución –resolver o desistir– tiene un carácter claramente subsidiario.

Entre los requisitos que fija el § 313 para ambos supuestos de alteración de la base del negocio jurídico, es fundamental que hayan cambiado sustancialmente las circunstancias después de la celebración del contrato. Estas circunstancias no deben formar parte del contrato. Las partes no deberían haber celebrado el contrato o deberían haberlo celebrado con otro contenido si hubieran podido prever los cambios. El mantenimiento no obstante del contrato inalterado ha de ser inexigible al deudor, debiéndose tener en cuenta para ello las circunstancias particulares de cada caso, en especial el reparto del riesgo contractual o legal.

3. LA LESIÓN POSITIVA DE LA PRETENSIÓN CONTRACTUAL

Un capítulo importante del Derecho de obligaciones alemán ha sido y es el referido a la figura de la lesión positiva de la pretensión

contractual (*Die positive Forderungsverletzung*)¹¹⁹. Comúnmente está aceptada como otra clase de contravención de la prestación, junto con la imposibilidad y la mora del deudor. Es admitida en el Derecho alemán como un derecho consuetudinario, con una eficacia comprobada sobre todo en la compraventa. En realidad, comprende supuestos diversos –por ejemplo, cumplimiento deficiente (*schlechte Erfüllung*) de una prestación principal o el incumplimiento de un deber de protección o de comportamiento–, que no encontraban una exacta ubicación legal (se recurría al § 276 mediante la técnica de la interpretación extensiva o a los §§ 280 y 286 por analogía). Este vacío legal se ha querido cubrir con la nueva redacción dada a los §§ 280, 282, 323 y 324, que se refieren, con carácter general, a la lesión del deber. De modo que la lesión positiva de la pretensión contractual es un supuesto más de lesión del deber¹²⁰, comprendiendo casos de desviación de la prestación (cumplimiento deficiente o defectuoso y la lesión de otros deberes relacionados con la prestación (*leistungsbezogenen Pflichten*))¹²¹. Para Canaris constituye un verdadero avance por mucho que se diga que el BGB de hace cien años daba argumentos suficientes para la admisión de esta singular figura jurídica¹²².

4. EL DESISTIMIENTO DE RELACIONES OBLIGATORIAS DURADERAS POR CAUSA IMPORTANTE

a) *Ideas generales*

Las relaciones obligatorias duraderas deben terminar cuando es por una causa importante. Esta regla, totalmente asentada en la doctrina y en la jurisprudencia, pasa ahora al § 314, convirtiéndose, así, a ser una regla general aplicable a cualquier relación obligatoria duradera. Es un verdadero principio jurídico (*Rechtsgrundsatz*) que debe ser respetado en las relaciones obligatorias duraderas (especialmente importante en el ámbito de los contratos con condiciones generales, entre los cuales cada vez más hay contratos duraderos). Cuando existe alguna causa importante para concluir una relación duradera las partes deben tener el derecho de poder desistir (*Kündigungsrecht*) del contrato. Se trata, según la doctrina y la

¹¹⁹ Para una primera aproximación, resulta fundamental el capítulo 35 que dedica MEDICUS a esta figura, *op. cit.*

¹²⁰ SCHULTZ, *op. cit.*, p. 20.

¹²¹ Cfr. nuevamente SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹²² «Die Reform...», *op. cit.*, p. 522.

jurisprudencia, de un desistimiento extraordinario, diferente, pues, del desistimiento ordinario. Para que tenga lugar el desistimiento extraordinario es necesario que haya una causa importante (*wichtiger Grund*) que pueda justificar que se termine antes de tiempo el vínculo contractual. El legislador ha renunciado a definir las relaciones obligatorias duraderas. La cuestión de cuándo estamos o no ante una relación jurídica duradera seguirá abierta en la doctrina y en la jurisprudencia.

El desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante puede entrar en colisión con el § 275, que establece los límites del deber de prestación, y también con el § 313, que sólo admite excepcionalmente la extinción por desistimiento de las relaciones obligatorias duraderas por alteración de la base del negocio jurídico.

Se recuerda en el apartado último del § 314 que el desistimiento no excluye el derecho de indemnización (cfr. §§ 280, 281 y 325).

b) *Presupuestos del desistimiento*

En cuanto a los presupuestos del desistimiento se han seguido totalmente los criterios elaborados por la jurisprudencia.

Cada parte puede desistir de un contrato duradero por causa importante sin observancia de un plazo para desistir. La no necesidad de tener que respetar el plazo para desistir es consecuencia de que el desistimiento es extraordinario, puesto que sólo tiene lugar cuando existe una causa importante (la inobservancia del plazo para desistir ya lo contemplaba el BGB en el § 626.1 para el contrato de servicios).

El § 314, en su apartado primero, sólo establece con carácter muy general cuándo existe una causa importante para desistir antes del plazo previsto para la terminación del contrato duradero. Hay causa importante cuando a la parte que desiste no se le puede exigir la continuación de las relaciones contractuales –verdaderamente decisivo para desistir–, debiéndose tener en cuenta, para ello, todas las circunstancias del caso concreto y valorando los intereses de ambos contratantes.

Cuando la causa importante consiste en la lesión de un deber del contrato –uno de los supuestos más frecuentes–, el desistimiento sólo es posible después de que haya concluido el plazo para desistir o no haya tenido éxito la intimidación. Es de aplicación, consecuentemente, el § 323.2, según el cual, en determinados casos, no es necesario respetar el plazo para resolver el contrato.

La otra parte del contrato, frente a la cual se quiere hacer uso del desistimiento, debe tener conocimiento de la causa del desistimiento. Por otra parte, quien quiera desistir lo debe hacer dentro de un plazo razonable, ya que de lo contrario falta el presupuesto principal de la causa para desistir, esto es, que no le sea exigible la continuación de las relaciones contractuales duraderas. En cuanto a los plazos para desistir se pueden fijar plazos específicos en función de la naturaleza de los contratos duraderos (cfr. § 626, ap. 2, que fija para el contrato de servicios el plazo de dos semanas para desistir).

5. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA

La imposibilidad fáctica, que ha sido descrita en páginas anteriores como uno de los supuestos de la contravención de la prestación, ha quedado codificada en el § 275.2.

V. LA REFORMA DE DETERMINADOS CONTRATOS

1. LA COMPRAVENTA

a) *Ideas generales*

Al decidirse el legislador por la «gran solución», la reforma de la compraventa era inevitable¹²³. Las innovaciones en el régimen jurídico de la prestación, sobre todo en cuanto a la contravención de la prestación y la lesión del deber, no podía dejar indiferente la regulación de la compraventa, la cual, por otra parte, peca de serias deficiencias que ni siquiera han podido ser enmendadas a lo largo del siglo XX por la jurisprudencia. Algunos de los principios que inspiran la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo han pasado a formar parte de la regulación genérica de la compra-

¹²³ Para conocer a fondo la Reforma de la compraventa, *vid.* los recientes trabajos de H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchgüterkaufs», *JZ*, 2001, pp. 530 ss., y «Kaufrecht im Wandel», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 109 ss. Para un acercamiento a la discusión de la reforma de la compraventa, *cfr.* ZIMMER, «Das geplante Kaufrecht, en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 1991 ss. *Vid.*, igualmente, GSELL, *op. cit.*, pp. 65 ss., y HONSELL, *op. cit.*, pp. 278 ss.

venta¹²⁴. Pero la Reforma va más allá de trasladar las reglas de la Directiva a la compraventa al intentar armonizar al mismo tiempo las normas del régimen jurídico de la prestación. Se ha tenido también en consideración la Convención de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. El resultado es altamente positivo para el Derecho de obligaciones, teniendo en cuenta sobre todo que la compraventa es la principal institución del tráfico jurídico¹²⁵. La nueva normativa¹²⁶ rige para todas las compraventas¹²⁷, incluidas las mercantiles¹²⁸. Además, la Reforma alcanza también, como tendremos ocasión de comprobar, el contrato de obra¹²⁹.

Dentro de la Sección Séptima del Libro Segundo del BGB, que tiene por objeto las relaciones obligatorias en particular, el título primero sigue denominándose compraventa-permuta, el cual ahora está dividido en cuatro subtítulos –disposiciones generales, formas especiales de compraventa, compraventa de consumo y permuta–. Los §§ 494-514, que se ocupan de las formas especiales de compraventa –a prueba, retracto y tanteo–, no han sido reformados. Sólo se suprime la compraventa según prueba. También se mantiene el § 515 que remite a las disposiciones de la compraventa para el régimen jurídico de la permuta. Estos preceptos pasan a ser ahora los §§ 454-473 y 480 respectivamente. Por estar totalmente desfasadas las normas sobre vicios en los animales, se han derogado los §§ 481-492. Su régimen jurídico, aparte de las normas administrativas previstas específicamente, puede ser perfectamente suplido por las normas generales de los vicios en la compraventa.

¹²⁴ En relación con la Reforma, *vid.* SCHLECHTRIEM, «Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf», *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹²⁵ Cfr. GRUNDMANN, «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht-warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtslinie so ähnlich?», *AcP*, 2003, pp. 40 ss.

¹²⁶ Entre los primeros trabajos sobre el nuevo texto legal, cfr. H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht», *NJW*, 2002, pp. 19 ss. Un estudio global puede encontrarse en la obra colectiva *Das Schuldrecht 2002*, *op. cit.*, de BUCK, «Kaufrecht», pp. 105 ss. Un estudio sistemático completo en el *Palandt*, *op. cit.*, de PUTZO, pp. 237 ss. Un breve resumen ofrece SCHUBER, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Kaufrecht», *JuS*, 2002, pp. 313 ss.

¹²⁷ Afecta también a la compraventa de bienes inmuebles. *Vid.* BRAMBRING, «Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag», *DNotZ*, 2001, 590 ss.

¹²⁸ *Vid.* GRUBER, «Das neue deutsche Zwischenhändler-Schutzrecht-eine Benachteiligung inländischer Hersteller und Großhändler», *NJW*, 2002, pp. 1181 ss.; GAUL, «Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmerkauf», *ZHR*, 2002, pp. 35 ss.

¹²⁹ H. P. WESTERMANN, «Mit der Neuregelung ist also insoweit ein Gleichklang zwischen Sach- und Rechtsmängeln sowie zwischen Kauf- und Werkvertrag erreicht», en «Das neue...», *op. cit.*, pp. 242-243.

b) Obligaciones típicas de la compraventa

La regulación de la compraventa (*Kaufvertrag*) comienza en el § 433 estableciendo las obligaciones básicas del vendedor y el comprador –ahora reciben la calificación de típicas–, consistentes en la obligación de entrega de la cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad de la misma y la obligación de pagar el precio al vendedor y a recibir la cosa comprada. Sólo se ha suprimido la frase segunda del párrafo primero del antiguo § 433, según la cual el vendedor de un derecho está obligado a proporcionar el derecho al comprador y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle la cosa. Esta frase ha sido sustituida por la siguiente: «El vendedor ha de proporcionar al comprador la cosa libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos». La falta de vicios se convierte, así, en uno de los temas centrales –por no decir el principal– de la compraventa. Además de las obligaciones de entrega de la cosa y de la transmisión de la propiedad, es una obligación típica del vendedor la de entregar la cosa sin ningún vicio. A diferencia del sistema anterior del BGB, en el que la falta de vicios no formaba parte del deber de prestación del vendedor, a partir de ahora, la falta de vicios se integra en el deber de prestación del vendedor. El legislador se ha decidido claramente por la teoría del cumplimiento. Ello tiene como principal consecuencia que con la Reforma el régimen jurídico general de la contravención de la prestación y la responsabilidad por vicios constituyen –no como antes– sistemas de responsabilidad independientes (cfr. §§ 275 y 281). La concurrencia de diversos sistemas de responsabilidad planteaba en el sistema antiguo no pocos problemas en su aplicación por los tribunales. Con la Reforma estos problemas deben desaparecer. Además, al concebir la falta de vicios como un deber de prestación del vendedor, el comprador puede exigir, en caso de su contravención, el cumplimiento posterior de la compraventa o la resolución del contrato –en vez de la redhibición o la reducción del precio aparte de la indemnización de daños–. Son los derechos de garantía de prestación que tiene el comprador. En el fondo, sin embargo, la reforma de la compraventa supone un régimen de responsabilidad muy próximo al sistema de la contravención de la prestación, pero con algunas reglas específicas. Con este nuevo enfoque de los vicios en la compraventa, el vendedor asume una mayor responsabilidad por indemnización sustitutoria, si bien se debe matizar que su responsabilidad sólo tiene lugar conforme a los presupuestos de los §§ 440, 280, 281, 311 a) y 284.

c) *Vicios en la compraventa*

Los principales puntos de la Reforma giran, por tanto, sobre los vicios en la compraventa, en particular, sobre la distinción entre el vicio de la cosa (*Sachmangel*) y el vicio jurídico (*Rechtsmangel*), las pretensiones y los derechos del comprador en caso de vicios, la prescripción de las pretensiones por vicios, el cumplimiento posterior, la resolución, la indemnización sustitutoria, la minoración, las garantías y la exoneración de la responsabilidad.

La ubicación de los vicios en la compraventa en los §§ 434 y 435, después de establecer las obligaciones típicas del contrato, es una clara confirmación de la voluntad del legislador de erigir la falta de vicios en el tema central de la reforma de la compraventa, separando debidamente el vicio de la cosa y el vicio jurídico, aunque el régimen jurídico es prácticamente el mismo.

El comprador puede recurrir también al § 119.2 para impugnar el contrato de compraventa por error en la cosa¹³⁰.

c') *Vicio de la cosa*

El legislador tiene en consideración la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, en particular el artículo 2, el cual desarrolla el principio de conformidad con el contrato, para fijar los presupuestos del vicio de la cosa. Según el § 434, la cosa está libre de vicios cuando ella es conforme a lo acordado en el momento de la traslación del riesgo. Pero a diferencia de la Directiva, no se recogen en el § 434 las presunciones de conformidad que establece el artículo 2. El legislador no lo ha considerado necesario, sobre todo porque entiende, a diferencia de la Directiva, que la descripción de la cosa forma parte de la justicia contractual (*ein Element der Vertragsgerechtigkeit*). Incluso la renuncia a las presunciones en el fondo beneficia aún más al comprador. En un sistema basado en la autonomía privada, como el alemán, no puede dejar fuera del acuerdo pactado la descripción de la cosa. Lo verdaderamente importante es que la cosa esté conforme al contrato de compraventa. La distinción entre falta y falta de cosas cuya aptitud ha sido preestablecida por el contrato (antiguo § 459) desaparece en el § 434. El principio de conformidad, del que parte ahora el § 434, rige para cualquier contrato de compraventa (y también para la permuta y otros contratos próximos a la compraventa). Una regla que podía haber sido especial en

¹³⁰ En relación con la Reforma, *vid.* BIRK, «§ 199 -Die Regelung für Kenntnisirrtümer», *JZ*, 2002, pp. 446 ss.

el caso de que se hubiera trasladado sólo la Directiva al ordenamiento privado alemán, se ha erigido en una regla general para cualquier contrato de compraventa. Ello ha alterado todo el sistema de garantías de la compraventa, desapareciendo el sistema edilicio, que ahora es sustituido por otro sistema basado en el cumplimiento. La siempre difícil distinción entre el cumplimiento defectuoso y la teoría del *aliud pro alio* va a dejar de ser un quebradero de cabeza para los tribunales.

El § 434 parte de la premisa de que el concepto de la falta ha de ser siempre subjetivo ¹³¹, en tanto y en cuanto depende de lo que hayan acordado el vendedor y el comprador sobre la aptitud (*Beschaffenheit*; cfr. art. 35 CISG). Sólo cuando no existe un acuerdo se puede partir de premisas objetivas. En el caso de que no se haya pactado la conformidad, la cosa está libre de vicios cuando ella es apta para el uso preestablecido según el contrato (cfr. el antiguo § 459). Igualmente la cosa es libre de vicios cuando ella es apta para el uso habitual (cfr. nuevamente, el antiguo § 459) y demuestra una conformidad que es la usual en cosas de idéntica naturaleza y es la que puede esperar el comprador según la naturaleza de la cosa. Quedan también comprendido en este supuesto las características que puede esperar el comprador respecto de determinadas cualidades de la cosa según las declaraciones públicas, en especial por la publicidad o la indicación, del vendedor, del productor (*vid.* 4 aps. 1 y 2, de la Ley de Responsabilidad por productos defectuosos) o de su auxiliar (*Gehilfe*), a no ser que el vendedor no conocía o no tenía por qué conocer la declaración o la misma no podía influir en la decisión de la compra. El legislador ha querido seguir aquí los pasos de la Directiva trasladando las reglas contenidas en el artículo 2 al § 434 ¹³². También aparece recogido en el § 434 el apartado quinto del artículo 2. Hay igualmente vicio de la cosa cuando la instalación –montaje– acordada no haya sido ejecutada conforme a la cosa por el vendedor o el auxiliar (*Erfüllungsgehilfe*) (§ 434.2.1). Precisa igualmente el § 434 que hay vicio de la cosa en la instalación de una cosa determinada cuando la instrucción de la instalación es deficiente, a no ser que la cosa ha sido instalada por el comprador sin ningún defecto (§ 434.2.2).

Por último, el § 434.3 establece que cuando el vendedor suministra una cosa distinta a la pactada o una cantidad excesivamente menor, ésto equivale a un vicio de la cosa (debe formar parte del

¹³¹ Ya lo era antes, si bien con la nueva normativa se ha reforzado el elemento subjetivo frente a los elementos objetivos, así, H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht», *NJW*, 2002, p. 243.

¹³² Sobre el particular, ampliamente, BUCK, *op. cit.*, pp. 112-116.

programa prestacional)¹³³. Con ello, desaparece la distinción entre falta y el *aliud* o entrega insuficiente, así como también los problemas de delimitación con los vicios en la cosa¹³⁴, pero pueden surgir otros como la inclusión en el § 434.3 de la prestación parcial o defectuosa del § 323.4 (cfr. frase primera y segunda)¹³⁵.

Nada establece la Reforma sobre la cosa usada, cuyos vicios deben encontrar su respuesta, entre otros preceptos, en los §§ 275, 276, 437, 475¹³⁶.

Resulta indistinto que el vicio sea relevante o no. Esta distinción sólo tiene alguna importancia en cuanto a los remedios que tiene el comprador ante la contravención de la prestación (así, para resolver la compraventa es necesario que sea considerable el vicio –§ 323.5.2–; sin embargo, es posible la minoración aunque el vicio no sea relevante –§ 441.1.2–).

c”) Vicio jurídico

A continuación se establecen en el § 435, por separado, los presupuestos para determinar cuándo el vicio es jurídico. Se debe partir de la premisa de que exista un tercero que puede hacer valer sus derechos contra el comprador (cfr. art. 42 CISG). La cosa está libre de vicios jurídicos cuando no se pueden oponer derechos por el tercero contra el comprador en relación con la cosa o que sólo han sido asumidos en la compraventa. Es indiferente al vicio jurídico la inscripción de un derecho que no existe en el Registro de la Propiedad.

Los vicios jurídicos que se pueden eliminar permiten el cumplimiento posterior (cfr. § 437), mientras que los demás vicios jurídicos constituyen un caso de imposibilidad o de falta de patrimonio que sólo dará lugar al derecho de indemnización (cfr. § 276.1).

d) Remedios y efectos jurídicos por vicios en la compraventa

Tanto el vicio de la cosa como el vicio jurídico se consideran a partir de ahora como una contravención de la prestación (también puede enfocarse como una lesión del deber). Este enfoque tiene como principal consecuencia que el vicio debe ser integrado en el régimen jurídico de la contravención de la prestación, si bien, al tratarse de la compraventa, existen reglas específicas. Estas reglas son las mismas para cualquier vicio.

¹³³ Vid. BORS, «Die Falschlieferung in der Schuldrechtsreform», *JR*, 2002, pp. 133 ss.

¹³⁴ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXII.

¹³⁵ CANARIS, *idem*, p. XXII.

¹³⁶ Vid. H. P. WESTERMANN, «Das neue...», *op. cit.*, p. 244.

Las principales consecuencias jurídicas por la existencia de un vicio en la compraventa vienen articuladas con mucha precisión en el BGB en los §§ 434, 439, 440 y 441. La nueva normativa no sigue totalmente la Directiva, la cual pone en el centro de la defensa del consumidor la reparación o la sustitución de la cosa (cfr. art. 3.3). Uno de los efectos del nuevo sistema de garantía es la práctica desaparición entre cosas genéricas y específicas. Por coherencia con la pretendida reforma, el BGB concede al comprador, en caso de vicio, el derecho de pedir el cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*) o la resolución (*Rücktritt*) del contrato. Ambos derechos son nuevos en el BGB. Los otros derechos que tiene el comprador son la reducción del precio, la indemnización y la restitución de los gastos realizados (todas estas pretensiones son prestaciones de garantía). Se objeta que la eliminación de la acción redhibitoria perjudica al comprador, y, con ello, también al consumidor. Y también cabe cuestionarse si el cumplimiento posterior no debería decidir el vendedor (al menos en las compraventas que no tengan por objeto bienes de consumo).

d') Cumplimiento posterior

El cumplimiento posterior o saneamiento (§ 439) puede consistir en la eliminación del vicio (pretensión a una mejora posterior) o en el envío de una cosa libre de vicio (pretensión a la sustitución)¹³⁷. No es idéntico a la pretensión originaria de cumplimiento (*ursprünglicher Erfüllungsanspruch*), aunque no es, por principio, diferente¹³⁸. En la práctica, el cumplimiento posterior de una y otra modalidad puede plantear problemas¹³⁹. El cumplimiento posterior tiene carácter preferencial sobre las demás pretensiones de garantía. Este derecho corresponde elegir al comprador (en concordancia con la Directiva, art. 3.2). Esta elección a favor del comprador puede resultar gravosa en la compraventa mercantil (puede acordarse que la elección corresponda al vendedor, que es lo usual en la vida económica)¹⁴⁰. También se plantearán problemas prácticos para el vendedor de cosa específica que tenga que asumir el cumplimiento posterior¹⁴¹. Los costes que se produzcan como consecuencia del

¹³⁷ Con carácter general, *vid.* HUBER, «Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht», *NJW*, 2002, pp. 1004 ss.

¹³⁸ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXV.

¹³⁹ Cfr. BUCK, *op. cit.*, pp. 124-125. También CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXIV.

¹⁴⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXV.

¹⁴¹ *Vid.* ACKERMANN, «Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers», *JZ*, 2002, pp. 378 ss.

cumplimiento posterior, en particular los costes laborales y materiales y los costes de transporte, son a cargo del vendedor. El vendedor puede negarse al cumplimiento posterior cuando ello lleva consigo unos costes excesivos (cfr. art. 3.3 de la Directiva). Para ello se tendrá en cuenta el valor de la cosa, la importancia del vicio y si es posible la sustitución de la cosa viciada por otra sin causar perjuicios considerables al comprador. En este supuesto, la pretensión del comprador queda limitada a este otro tipo de cumplimiento posterior (*zweite Andienung*). Ello no impide que el vendedor pueda oponerse al cumplimiento posterior si su realización le causa unos costes excesivos. El cumplimiento posterior por parte del vendedor le da derecho a exigir al comprador la devolución de la cosa viciada. El posible ejercicio abusivo de este derecho por el comprador se evita, en parte, por lo dispuesto en el § 349.3.

d'') Resolución

El legislador ha eliminado del BGB la figura de la redhibición para aproximar la compraventa aún más al régimen jurídico general de la contravención de la prestación (cfr. el art. 3 ap. 5 de la Directiva). A partir de ahora, el comprador tiene a su alcance la resolución —es un derecho de configuración— de la compraventa cuando el objeto vendido padece de un vicio. El vicio de la cosa vendida supone una contravención de la prestación. Por ello, el § 437, núm. 2, remite a los §§ 323 (resolución del contrato por no cumplimiento de la prestación o no conforme al contrato) y 326.1, frase tercera (el acreedor queda eximido de realizar la contraprestación cuando el deudor no está obligado a cumplir su prestación, pudiendo el comprador pedir la resolución del contrato). Conforme al § 323, para que tenga lugar la resolución del contrato, hace falta que haya transcurrido el plazo para cumplir. En la normativa antigua la redhibición no estaba sometida a ningún plazo —ni siquiera contractual—; entonces era posible su ejercicio inmediato cuando el comprador comprobaba la existencia de un vicio (cfr. los antiguos §§ 440 y 462 ss.). Ahora no sucede así, por lo que el vendedor está facultado aún para cumplir la prestación mediante el cumplimiento posterior. No se debe olvidar que en los casos de vicio la prestación se ha cumplido, sólo que defectuosamente. Antes de que el comprador pueda pedir la resolución de la compraventa, el vendedor debe tener la posibilidad de poder cumplir aún la prestación mediante el cumplimiento posterior. Este derecho es, como se ha señalado antes, preferente al derecho de resolución de la compraventa por vicios, salvo que el vendedor se niegue a cualquiera de los tipos de cumpli-

miento posterior o cuando haya fracasado el cumplimiento posterior o resulte excesivo para el comprador (cfr. art. 3, ap. 5, de la Directiva con el nuevo § 440). El cumplimiento posterior tampoco tiene lugar cuando se dan los presupuestos del apartado 2 del § 323.

La resolución no excluye la acción indemnizatoria por daños a causa de la lesión del deber (§ 325).

d''') Reducción

El BGB contempla en su nueva redacción, al igual que en la anterior, el derecho de minoración o reducción del precio. El § 437 número 2 lo concibe como un derecho alternativo al derecho de resolución. Pero, a diferencia de este último derecho, el derecho de reducción del precio no forma parte del régimen jurídico de la contravención de la prestación. Es un derecho típico de la compraventa y de otros contratos afines.

El comprador puede estar interesado en quedarse con la cosa viciada a cambio de una reducción del precio de la compraventa. El § 441 desarrolla este derecho, estableciendo que el comprador, en lugar de la resolución, puede manifestar al vendedor mediante una declaración su voluntad de minorar el precio. Esto significa que se tienen que dar los mismos presupuestos que para resolver la compraventa por vicios. Cuando son varios los compradores o varios los vendedores la declaración se debe efectuar por todos o se debe dirigir a todos. Para valorar la cosa hay que estar al momento de la celebración del contrato. Como punto de referencia se debe tomar en consideración el precio de la cosa que se ha vendido y no el valor de la cosa en sí. La valoración será determinada pericialmente en el caso de que sea necesario. El comprador tiene derecho a la devolución de lo que haya pagado en exceso. Tres son las novedades que introduce la Reforma: 1) La minoración del precio también cabe pedirla cuando la cosa padece de un vicio jurídico. 2) La minoración sólo es posible después de que haya resultado infructuoso el cumplimiento posterior. 3) La minoración es un derecho de configuración.

d''''') Indemnización

Por último, debemos referirnos al derecho de indemnización. En el BGB se contemplaba el derecho de indemnización sólo para los casos previstos en los antiguos §§ 463 y 480, ap. 2. La jurisprudencia ha generalizado el derecho de indemnización para cualquier caso de daño causado por vicios en la compraventa. Era necesaria,

pues, la incorporación de la jurisprudencia en el BGB. La indemnización como un derecho más a favor del comprador también se justifica en el momento en que se considera, como así lo han defendido los redactores del proyecto de la reforma, que la prestación defectuosa por vicios en la compraventa por culpa del vendedor es una lesión del deber de prestación. Esto explica la remisión del número 3 del § 437 a los §§ 280, 281 y 283, que regulan con carácter general el derecho de indemnización en caso de incumplimiento, y también al § 311 a). La principal norma es el § 280.1¹⁴². El comprador puede exigir sólo la indemnización en lugar de la prestación (§ 280.3). A excepción de lo dispuesto en el § 440, que admite el derecho de indemnización aun antes del derecho del cumplimiento posterior, el legislador no ha considerado necesario introducir reglas específicas para la compraventa. Ello abre el camino para integrar los vicios de la cosa en el régimen jurídico de la contravención de la contraprestación.

El comprador puede reclamar, en vez de la indemnización, la restitución de los gastos que haya realizado en consideración a la obtención de la prestación y que haya podido realizar razonablemente, a no ser que tampoco se hubiera logrado el fin con la insatisfacción de la prestación por parte del deudor. El número 3 del § 437 remite expresamente al § 284, el cual regula, con carácter general, la restitución de los gastos inútiles. La regla especial que establecía el antiguo § 467 (la indemnización por el vendedor al comprador de los gastos del contrato) no tenía ningún sentido (además era sólo para el caso de la redhibición). La remisión al régimen general responde a este nuevo planteamiento de considerar los vicios como uno de los supuestos de lesión del deber de prestación.

e) *Prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa*

Por determinadas razones, el legislador entendió que había que establecer unos plazos específicos para el ejercicio de las pretensiones de cumplimiento posterior, indemnización y restitución de los gastos inútiles en casos de vicio (§ 438). Quedan expresamente fuera de los plazos de prescripción los derechos de resolución y de reducción por ser derechos de configuración.

Cuando se trata de casos de evicción (cosa gravada por un derecho real a favor de un tercero), el plazo es de treinta años (cfr. § 197.1 que establece el plazo de treinta años para las acciones de restitución de la propiedad y de otros derechos reales).

¹⁴² Cfr. en relación con la compraventa, BUCK, *op. cit.*, pp. 152-154.

En casos de vicios de la obra causados por la utilización de materiales usuales el plazo es de cinco años (cfr. § 634 *a*) que establece el mismo plazo para vicios en la obra como consecuencia de un contrato de obra).

En los demás casos, el plazo es de dos años. Se sigue aquí la Directiva, la cual, en el artículo 5, establece como plazo mínimo dos años para pedir responsabilidades al vendedor. En el BGB este plazo se convierte en el plazo ordinario de las pretensiones por vicios en la compraventa. Supone un claro avance en la protección del comprador ante la brevedad del plazo que concedía el antiguo § 477 (seis meses). Estos plazos pueden ser más cortos. Así, por ejemplo, en la compraventa de un bien de consumo ya utilizado (un año, cfr. § 475 ap. 2). Cuando se establece mediante una condición general de la contratación, el límite es de un año (cfr. § 309, ap. 8, letra *b*, ff)).

En cuanto al cómputo de los plazos de prescripción, la regla general es que se empieza a contar desde la entrega (o suministro) de la cosa. Cuando se trata de fincas, el plazo empieza en el momento de la tradición (se sigue aquí el antiguo § 477, ap. 1; se podría haber elegido otro momento posterior, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad al ser la inscripción constitutiva). No triunfó la propuesta de fijar como plazo de comienzo de la prescripción el transcurso de cinco años desde la conclusión de la construcción transmitida en virtud de una compraventa [hay que estar exclusivamente a las normas del contrato de obra; cfr. §§ 634, 643 *a*) y 638].

Cuando el vendedor ha ocultado dolosamente el vicio, rigen los plazos ordinarios de la prescripción (cfr. § 199).

El § 438 termina estableciendo que aun cuando es ineficaz la resolución conforme al § 218, ap. 1, el comprador puede negarse al pago del precio de compra siempre que estuviera facultado para ello con base en la resolución (cfr. el antiguo § 478).

f) *Conocimiento del comprador de los vicios*

El comprador queda privado, según el § 442, de los derechos que conceden los §§ 439, 440 y 441 cuando en el momento de la celebración del contrato de compraventa tiene conocimiento –siempre ha de tratarse de un conocimiento positivo– del vicio. No se distingue entre vicio de la cosa y vicio jurídico. Se sigue aquí, en parte, los antiguos §§ 439 y 460 y también el artículo 2, ap. 3, de la Directiva. Si el vicio es desconocido por negligencia grave del comprador, éste sólo podrá hacer valer sus derechos por vicios cuando

el vendedor lo haya silenciado maliciosamente o haya asumido una garantía para la aptitud de la cosa (comprende el supuesto del ap. 3 del artículo 2 de la Directiva cuando dice que «el comprador no podía ignorar el vicio fundadamente...»).

El vendedor está obligado a suprimir el derecho inscrito –cualquier derecho real inmobiliario– en el Registro de la Propiedad aun cuando el comprador tenga conocimiento de ese derecho. En el Derecho alemán, el comprador adquiere, como muy tarde, conocimiento de un derecho real inscrito cuando firma ante Notario la compraventa (el documento notarial es un requisito imprescindible para la validez de la compraventa de un bien inmueble). El ap. 2 del § 442 es, en realidad, una simplificación de lo dispuesto en el antiguo § 439, ap. 2.

g) *Garantías*

El BGB no contemplaba hasta ahora las garantías añadidas (*unselbständige Garantien*), cada vez más frecuentes en el tráfico jurídico, y que suponen una ampliación de las garantías legales por vicios. La asunción de garantizar los vicios que pudieran aparecer durante un determinado tiempo (garantía de aptitud) o durante un período de uso (garantía de mantenimiento) resulta muchas veces económicamente positivo para el fabricante o el vendedor, y lo es igualmente, desde el punto de vista jurídico, para el comprador. El contenido de estas garantías es muy variado y puede ser predeterminado en determinados sectores del mercado y tiene su límite en los §§ 305-309 cuando se establece mediante condiciones generales de la contratación. Así, por ejemplo, las garantías de mantenimiento (*Haltbarkeitsgarantien*) no restringen los derechos legales de garantía que tiene el comprador en caso de vicios; al contrario, amplían sus defensas. Lo mismo se puede decir de las garantías de aptitud (*Beschaffenheitsgarantien*).

En la decisión del legislador de insertar garantías en el BGB ha influido la jurisprudencia, que en más de una ocasión se ha pronunciado sobre ellas. Más sobre todo ha contribuido la Directiva que impone ciertas exigencias en cuanto a la declaración de garantía –forma y contenido– para la compraventa de bienes de consumo. La decisión política de acercar la compraventa común a la compraventa de consumo, y viceversa, llevó al legislador a la redacción del § 443. También ha ayudado el artículo 36, ap. 2, del CISG.

Conforme al nuevo § 443, ap. 1, la garantía de aptitud o de mantenimiento tiene para el vendedor un carácter vinculante (o en su

caso para un tercero) tanto la que está establecida en el documento de garantía como la que figura en la publicidad.

El ap. 2 del § 443 tiene un origen claramente jurisprudencial. El comprador tiene el deber de probar que la aptitud de una pieza o de un objeto está incluida en la garantía, así como que el vicio se ha producido durante el plazo de garantía. Cuando estas dos circunstancias han sido demostradas por el comprador, se debe partir de la presunción de que se da el supuesto de garantía. Corresponde entonces al vendedor o al fabricante probar que el vicio se debe a una negligencia del comprador o que la cosa ha sido dañada por un tercero.

h) *Exoneración de la responsabilidad*

Los antiguos §§ 443 y 476 quedan unificados en el nuevo § 444. Y se suprime el núm. 11 del § 11 de la AGB-G (declaraba la nulidad de la condición general de exoneración de responsabilidad, sin poder ser objeto de valoración judicial). El vendedor no puede invocar el pacto de exoneración o limitación de responsabilidad cuando ha ocultado maliciosamente el vicio o ha asumido una garantía para la aptitud de la cosa. La primera parte del precepto ofrece como novedad que el pacto no es nulo, a diferencia de la normativa anterior, para evitar, así, que la nulidad pueda afectar a todo el contrato de compraventa. La ineficacia sólo se establece cuando el pacto está integrado en una compraventa de bienes de consumo (cfr. § 475). La segunda parte es totalmente nueva. La garantía de aptitud de la cosa es incompatible con la cláusula de exoneración de responsabilidad.

i) *Transmisión del riesgo y de las cargas*

Conforme a los antiguos §§ 446 y 447 el momento de la transmisión del riesgo al comprador viene determinado por el momento del pago del precio de la compraventa (*Vergütungsgefahr*), aunque no reciba la cosa o la reciba en mal estado. Cuando se le entrega la cosa, con independencia de que esté pagado el precio, el riesgo pasa al comprador. El momento de la entrega se ha considerado como el sistema más eficaz para fijar cuándo el riesgo de la cosa pasa al comprador. Y es también el criterio establecido en el artículo 67, ap. 1 del CISG (si bien distingue diversos supuestos). Por eso, se ha mantenido el mismo criterio en el § 446, el cual determina que con la entrega de la cosa vendida el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito pasa al comprador. Añade el § 446, como el

anterior § 446, que desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa. El precepto aclara a continuación que se equipara a la entrega el caso de que el comprador se retrasara en la recepción.

El § 447 establece las reglas de la traslación del riesgo para el supuesto de envío de una cosa vendida, transcribiendo lo establecido en el antiguo § 447. Se podría haber concretado más, según algunos autores, el § 447 (cfr. el artículo 67 del CISG).

j) *Otros aspectos legales de la compraventa*

Los §§ que siguen al § 447 regulan distintos aspectos de la compraventa. El § 448 se refiere a los costes y otros gastos que se producen con motivo de la entrega de la cosa. El § 449 se ocupa de la reserva de dominio. Los §§ 450 y 451 excluyen a determinados compradores en las subastas y fuera de las subastas. No obstante, el § 451 contempla la eficacia de compraventas en los que intervienen compradores excluidos.

El subtítulo título primero, referido a la compraventa con carácter general, concluye con los §§ 452, que extiende las normas de la compraventa de fincas a la compraventa de naves inscritas y de astilleros, y 453, que determina que son de aplicación las normas de la compraventa a la compraventa de derechos y que añade dos reglas especiales, una sobre los costes de la transmisión de derechos y otra sobre los vicios.

2. LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

a) *Ideas generales*

La Reforma introduce un subtítulo –el tercero– totalmente nuevo en el BGB. La inserción de una normativa específica de la compraventa de bienes de consumo¹⁴³ era necesaria para la adaptación de la Directiva 44/1999, de 25 de mayo. Por una parte, había que definir, o más bien describir, los elementos mínimos de la compraventa de bienes de consumo. Por otra, había que establecer unas reglas específicas para cumplir con la Directiva. Aunque la Directiva sirvió de modelo para la reforma de la compraventa común, había que introducir reglas concretas para otorgar una mayor protec-

¹⁴³ Una primera visión completa, en BUCK, *op. cit.*, pp. 165-178.

ción del consumidor¹⁴⁴. Incluso era necesario proteger al vendedor final frente a los demás que intervienen en la cadena de transmisión del bien de consumo. Los elementos personales –empresario y consumidor– son determinantes para otorgar una mayor protección. También es decisivo, en cuanto al elemento objetivo, que el bien sea de consumo. Tanto el empresario como el consumidor vienen definidos en los §§ 13 y 14, introducidos por la Ley de contratos a distancia, de 27 de junio de 2000. El concepto del consumidor es más amplio que el de la propia Directiva 44/1999, de 25 de mayo, lo que permite un nivel de protección mayor en la venta de bienes de consumo y en los demás contratos entre empresario y consumidor.

El bien de consumo ha de ser un bien mueble (*bewegliche Sache*). Supone una cierta delimitación, puesto que cualquier bien que no puede ser delimitado no queda subsumido en los §§ 474-479 cuando es objeto de una transmisión onerosa. Hay que estar a la interpretación que se da al § 90, el cual determina que las cosas, en el sentido de la ley, son solamente los objetos corporales. Según su interpretación, queda incluido cualquier cosa que puede ser envasada, como el agua o el gas, pero queda excluida, por ejemplo, la electricidad. En este sentido, no va a haber problemas de fricción con la Directiva que parte de idénticas consideraciones.

Después de describir los elementos de la compraventa de bienes de consumo en el ap. 1 del § 474, y de aclarar que son de aplicación las normas que le siguen, establece que no es de aplicación el § 447. Todas las demás normas de la compraventa podrán ser tenidas en cuenta siempre y cuando se den los elementos de la compraventa de bienes de consumo. La razón de la no aplicación del § 447 a este tipo de contrato es que no se le puede exigir al comprador que asuma el riesgo de la pérdida fortuita o el menoscabo fortuito desde el momento en que sea entregada la cosa para su traslado. En la venta de un bien de consumo que debe ser enviado, por ejemplo, a través de una empresa transportista, quien puede calcular mejor el riesgo es el propio vendedor. De ahí que se haya considerado, para proteger mejor al consumidor, que no se aplique el § 447 (criterio que también se defiende, aunque sólo en parte, en el artículo 67 del CISG). En definitiva, el comprador-consumidor de un bien de consumo no asume el riesgo de la pérdida o menoscabo del mismo hasta que no esté en su posesión.

El § 474 excluye también el § 445 (la limitación de la responsabilidad en subastas públicas no es contraria a la Directiva).

¹⁴⁴ Bastante crítico es HONSELL en sus conclusiones, *op. cit.*, p. 283.

b) *Normas específicas de la compraventa de bienes de consumo*

b') Pactos no vinculantes

El consumidor no tiene siempre la protección que pueden dispensar los §§ 307 a 309, reguladores de los límites de las condiciones generales de la contratación. Por eso, se ha considerado necesario una precisión, además para cumplir con el artículo 7 de la Directiva 44/1999, de 25 de mayo. El § 475 establece en su primer apartado que el empresario no puede basarse en un pacto de comunicación del vicio, que sea en perjuicio del consumidor y en contra de los §§ 433 a 435, 437, 439 a 443, frase primera del § 474. Estas disposiciones no pueden ser eludidas mediante otras configuraciones.

La prescripción de las pretensiones contenidas en el § 437 no puede ser abreviada mediante negocio jurídico antes de la comunicación de un vicio al vendedor, si el pacto sobre el plazo de prescripción es inferior a dos años desde el cómputo legal de la prescripción o es inferior a un año cuando se trata de cosas usadas. El primero de los límites –dos años– coincide con el artículo 5.1 de la Directiva. Y el segundo –un año– cumple con el mandato del párrafo segundo del artículo 7.1 de la Directiva. Estos límites rigen también en la venta de animales, pudiéndose distinguir entre animales «nuevos» y animales de «segunda mano» (cfr. § 309, 8, letra *ff*)).

El § 475 termina disponiendo que los apartados primero y segundo no son de aplicación a la exclusión o limitación de la pretensión de daños, sin perjuicio de los §§ 307 a 309.

b'') Inversión de la carga de la prueba

El § 476 es una transcripción del artículo 5.3 de la Directiva para proteger mejor al consumidor. Se invierte la carga de la prueba de la acreditación de los vicios que se hacen visibles durante los seis meses después del suministro de bien de consumo. Es el vendedor el que está en una mejor situación para probar que existe un vicio. Conforme al § 476, si hay un vicio en el plazo de seis meses desde el momento de la transmisión del riesgo, se presume que la cosa estaba ya viciada –también la cosa usada– en el momento de la transmisión del riesgo, a no ser que sea incompatible con la naturaleza de la cosa o del vicio. Lo decisivo es, pues, la existencia del vicio, no el vicio de la cosa, que, de acreditarse, se presume que existía ya en el momento de la transmisión. La libertad que los Estados miembros de la UE tienen para fijar el momento de la

transmisión del riesgo, ha permitido al legislador alemán mantener el criterio del antiguo § 446, y que ahora ha pasado al § 434, según el cual el momento para enjuiciar el vicio es el de la transmisión del riesgo (cfr. también el nuevo § 446). A veces resulta difícil diferenciar entre vicio y deterioro por uso de la cosa por el comprador¹⁴⁵.

b''') Garantías

El § 477 incorpora los mandatos contenidos en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 6 de la Directiva. La transparencia es fundamental para la declaración de garantía y exige un contenido mínimo. La declaración debe ser sencilla y comprensible. El incumplimiento puede tener la sanción prevista en los § 305 c), ap. 2, ó 307, ap. 3, cuando se trata de condiciones generales de la contratación. En cuanto a su contenido, se deben indicar los derechos legales que tiene el consumidor, así como que las garantías que tiene no pueden ser limitadas. Se trata, pues, de una promesa de prestación añadida que no sustituye el régimen legal de la garantía. Por lo que respecta a la garantía misma, se debe expresar su contenido y todos los datos básicos para poder hacer valer la garantía, en particular, la duración y el alcance territorial de la garantía, así como el nombre y la dirección del garante. El consumidor puede exigir que la declaración de garantía sea por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible. El § 477 termina aclarando que la eficacia del deber de garantía no queda afectada por el hecho de que se no se cumpla alguno de los requisitos anteriores. No se incorpora al § 477 la sugerencia del apartado 4 del artículo 6 de la Directiva. La razón es que el idioma que es comprensible para el consumidor en la República Federal de Alemania es el alemán, lo que no impide que se pueda elegir otros idiomas para describir la garantía.

Debe señalarse que el carácter vinculante de la garantía rige para cualquier contrato de compraventa, como se desprende del contenido del § 443.1. No así las exigencias que impone el § 477, que sólo deben ser tenidas en cuenta en la compraventa de bienes de consumo. Ello no impide que el consumidor pueda recurrir, como contratante que es, a los derechos que le conceden los §§ 331.1.1, 241.1 y 280. El no consumidor no necesita el mismo nivel de protección.

¹⁴⁵ Vid. BUCK, *op. cit.*, p. 169.

b'''')) Acción de regreso del empresario final. Prescripción de la acción

Por norma general, el vendedor de una cosa no es el productor. Incluso hasta que el producto llegue a manos del vendedor, previamente ha sido adquirido por otros que a su vez lo transmiten en calidad de vendedores, interviniendo otros intermediarios y suministradores en la cadena de transmisión. Resulta injusto que en esta cadena contractual (o extracontractual) todo el peso recaiga en el vendedor final cuando éste venda un producto defectuoso al consumidor, máxime cuando, por ser un bien de consumo, asume una mayor responsabilidad. Se le debe permitir que pueda hacer valer sus derechos contra los demás que intervinieron en la cadena contractual (o extracontractual). Es un tema sumamente complejo ¹⁴⁶ al que el legislador ha querido dar una respuesta al menos en la compraventa de bienes de consumo ¹⁴⁷. La propia Directiva se refiere en su artículo 4 a las acciones que debe tener el vendedor final contra los demás sujetos intervinientes en la cadena contractual, pero deja en manos de cada legislación nacional la determinación de quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones que sean necesarias para su ejercicio.

El § 478 concede al vendedor final una acción de regreso (*Rückgriff*) en determinados supuestos. Es común denominador de los supuestos que debe tratarse siempre de una cosa nueva la que es vendida por el vendedor final y que la misma debe haber sido sustituida al vendedor a causa del ejercicio de la acción de cumplimiento posterior, de la resolución o de la indemnización (*großer Schadensersatz*).

En el primer apartado se parte del supuesto de la adquisición del vendedor de un tercero (mayorista/*Grosshändler*). Los mismos derechos que tiene cualquier comprador conforme al § 437 los tiene el vendedor final. El vendedor no ejercita, por tanto, ninguna pretensión nueva contra el mayorista. Estos derechos se pueden ejercitar cuando como consecuencia de un vicio de la cosa el vendedor tuvo que aceptar la sustitución de la misma por resolución de la compraventa o tuvo que reducir el precio (cfr. § 323). Es fundamental, pues, la existencia de un vicio con las consecuencias señaladas (cfr. sobre todo § 434). El segundo apartado contempla, a

¹⁴⁶ CANARIS expone algunos de los problemas que suscita la acción de regreso, en *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXX-XXXIII.

¹⁴⁷ Una regulación autónoma del derecho de regreso se ha dejado apartado; no aparece siquiera en el proyecto (cfr. H. P. WESTERMANN, «Kaufrecht im Wandel», *op. cit.*, p. 128).

diferencia del anterior, una pretensión independiente del vendedor final contra el suministrador de una cosa que resulte que está viciada. Los gastos que han tenido que ser asumidos por el vendedor final por el cumplimiento posterior pueden ser reclamados al suministrador (no es necesario, en este caso, que se haya devuelto la cosa). Para ello se debe acreditar que el vicio existía en el momento del suministro de la cosa al vendedor.

El tercer apartado se refiere al supuesto de que haya una verdadera cadena contractual en la que el suministrador y los demás compradores puedan ejercitar las pretensiones de los apartados anteriores contra los vendedores respectivos. La razón es que debe responder el vendedor en cuya esfera se haya producido el vicio.

En cualquiera de los supuestos rige la regla de la inversión de la carga de la prueba prevista en el § 476.

Los derechos de regreso son, en principio, de naturaleza dispositiva. Pero el § 478 declara ineficaz el pacto sobre los derechos contenidos en los tres primeros apartados que sea en perjuicio del acreedor si no se le reserva una compensación. Esta norma tiene un carácter complementario al § 307 (en el Derecho alemán, cuando se trata de condiciones generales de la contratación entre empresas, el empresario débil es protegido por la cláusula general de la buena fe frente a las grandes empresas).

El legislador ha considerado necesario precisar los plazos de las acciones que se pueden ejercer dentro de la cadena contractual. Para la restitución de los gastos que ha tenido que desembolsar el vendedor final, el plazo de la pretensión es de dos años. Este plazo es el mismo para la restitución dirigida contra el suministrador así como contra los demás vendedores, según señala el § 479.1. Coincide con el plazo que tiene el comprador contra el vendedor para las pretensiones por vicios (cfr. §§ 437 y 438). Aunque no lo dice el § 479.1, el plazo empieza a computarse desde el suministro de la cosa (cfr. § 438.2).

El apartado segundo del § 479 contiene una norma complementaria al § 478. Esta norma es necesaria para que la acción de regreso pueda ser ejercitada realmente. Para evitar que el vendedor final no pueda hacer valer las pretensiones que les conceden los §§ 478 y 437 –y los demás que intervienen en la cadena contractual– por prescripción de las acciones –piensen que cuando el consumidor denuncia la existencia de vicios ya han pasado casi dos años, pero, además, la cosa vendida ha estado almacenada durante seis meses antes de su venta–, las pretensiones quedan suspendidas al menos durante dos meses una vez que el empresario ha cumplido las pretensiones del consumidor. De este modo, queda viva la acción de

regreso contra los demás sujetos intervinientes en la cadena contractual. Pero también era necesario fijar un límite máximo desde que la cosa sale de la fábrica hasta que llegue al consumidor (sobre todo a efectos de cálculo). La duración del almacenaje puede ser a veces prolongada. Se ha fijado un plazo máximo de cinco años. Transcurrido este plazo desde el suministro de la cosa, decaen los derechos del vendedor final (o de los demás sujetos de la cadena contractual).

3. LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO DE VIVIENDAS A TIEMPO PARCIAL

Entre los contratos especiales que había que incluir en el BGB están los contratos en virtud de los cuales se transmite por tiempo parcial el aprovechamiento de viviendas. Al igual que en los demás países de la UE, Alemania traspuso la Directiva de 26 de octubre de 1994 a su ordenamiento aprobando la Ley sobre la transmisión de derechos de uso a tiempo parcial de viviendas (*über die Veräusserung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden*), de 20 de diciembre de 1996. Esta ley ha pasado a formar parte del BGB. Aunque la integración es total, la solución no ha sido la técnica de integración en bloque, al menos no totalmente, puesto que el § 4 de la TzWrG ha pasado a formar parte del Reglamento sobre deberes de información en los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial, cuya norma básica es el artículo 242 de la EGBGB. Este Reglamento ha sido aprobado el 2 de enero de 2002 —complementa el § 482—¹⁴⁸. Los §§ 6 y 11 de aquella Ley especial han sido absorbidos por el § 358 del BGB y el artículo 229 de la EGBGB.

Los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial (*Teilzeit-Wohnrechtsverträge*) han encontrado un hueco después de la compraventa y de la permuta, en un título aparte —el título segundo—, lo que pone de manifiesto que el legislador los considera como contratos con un perfil propio. Al margen de algunos cambios terminológicos, la traslación de los demás preceptos al BGB es total. Los §§ 481-487 reproducen los siguientes aspectos: el concepto del derecho de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial, el deber de prospecto, el idioma del contrato y del prospecto, la forma escrita y el derecho de desistimiento, la prohibición de anticipos antes de que concluya el derecho de revocación, la inderogabilidad de las normas y la prohibición de eludirlas.

¹⁴⁸ Recogido en el *Palandt, op. cit.*, pp. 287-288.

4. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO, EL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE CONSUMO (Y LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS AUXILIARES) Y LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO A PLAZOS

a) *Ideas generales*

La regulación anterior del contrato de préstamo o de mutuo (§§ 607-610) es objeto de una importante revisión, y también de una nueva articulación. Entre las novedades, debe destacarse sobre todo la decisión del legislador de concebir el contrato de préstamo dinerario o de otra cosa fungible como un contrato consensual. En la redacción del antiguo § 607, el contrato de préstamo era concebido como un contrato real. Ahora, en el apartado primero del § 488, se subraya el carácter obligatorio del contrato de préstamo (el prestamista se obliga..., comienza diciendo el precepto). El legislador ha tenido muy claro que había que adaptarse a la realidad del tráfico jurídico en el que el préstamo es considerado comúnmente como un contrato consensual en virtud del cual ambos contratantes se obligan a unas prestaciones recíprocas. La teoría del préstamo como contrato real ha perdido toda su vigencia, además desde hace mucho tiempo, especialmente en el ámbito mercantil en el que los préstamos se configuran por norma general como contratos de naturaleza consensual. De este modo, se logra una regulación uniforme entre todos los contratos que son de préstamo, sean civiles o mercantiles.

A diferencia de la normativa anterior, se regula por separado el préstamo dinerario (§§ 488-490) y el préstamo de otras cosas fungibles (§§ 607-609). El primero recibe el nombre de contrato de préstamo o mutuo (*Darlehensvertrag*) y el segundo contrato de préstamo o mutuo de cosa (*Sachdarlehensvertrag*). Las obligaciones contractuales típicas del préstamo (nombre usual cuando el préstamo tiene por objeto una suma dineraria) son la disposición por parte del prestamista de una cantidad de dinero, conforme a la cuantía pactada, y el pago de un interés, normalmente predispuesto, por parte del prestatario, debiendo éste devolver el dinero cuando tenga lugar el vencimiento. Las obligaciones contractuales típicas del préstamo de cosa consisten en la obligación del prestamista de dejar al prestatario una cosa fungible previamente acordada y la obligación del prestatario de pagar a cambio una cantidad de dinero, debiendo restituir lo recibido en cosas de la misma especie, calidad y cantidad.

b') El contrato de préstamo (dinerario)

En la regulación del contrato de préstamo se mantienen los antiguos §§ 608 y 609, que se integran como apartados dos y tres del § 488. El antiguo § 610, que regula la promesa de mutuo, no ha sido tocado por la Reforma. Igualmente queda intacto el anterior § 609 a), que regula el derecho de desistimiento (llamado ahora ordinario) en el contrato de préstamo a favor del prestatario (§ 489), junto con el derecho de desistimiento (llamado extraordinario) en casos concretos (§ 490) a favor del prestamista (cuando hayan empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del prestatario o de un tercero que ha garantizado el préstamo, o exista el peligro de un sustancial empeoramiento) y a favor del prestatario (en el supuesto de que haya un contrato de préstamo para un determinado tiempo y un interés fijo, garantizado con un inmueble o con una prenda naval, y exista la necesidad de la revaloración del bien dado en garantía y el prestatario compense al prestamista del daño que se produzca como consecuencia del desistimiento anticipado).

b'') El contrato de préstamo de consumo y los instrumentos financieros auxiliares

En virtud de la integración en bloque de ciertas leyes especiales de consumo, se consideró imprescindible, sobre todo para no alejar demasiado los contratos de crédito al consumo del contrato de préstamo, incluir en el BGB lo que se ahora se denomina el contrato de préstamo de consumo (*Verbraucherdarlehensvertrag*)¹⁴⁹. Las disposiciones de la Ley de Crédito de consumidores, de 17 de diciembre de 1990, constituyen a partir de ahora los §§ 491-498. Aparte de algunos retoques terminológicos, que fueron necesarios por el cambio de denominación, la actualización de las cantidades mínimas y máximas para el préstamo de consumo al euro y la nueva remisión a otros preceptos del BGB, no hay cambios importantes en la traslación al BGB de esta Ley especial de consumo¹⁵⁰. Como principal reforma cabe señalar el nuevo tratamiento de los intereses de demora (ahora § 497) y la eliminación del precepto que se ocupaba de la eficacia de los contratos conexos para la obtención de un crédito (los contratos conexos constituyen en el BGB una categoría general entre los contratos de consumo –cfr. § 358–).

¹⁴⁹ Un primer estudio global puede encontrarse en la obra colectiva *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., realizado por SAENGER, «Das Verbraucherdarlehensrecht», op. cit., pp. 279 ss. Vid. también BÜLOW, «Verbraucherkredit im BGB», *NJW*, 2002, pp. 1145 ss.

¹⁵⁰ Cfr. KÖNDGEN, en «Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlzanzeige», op. cit., en particular pp. 469 ss.

La Ley de Crédito de consumidores incluía también los contratos de aplazamiento de pago y otros instrumentos financieros, que ahora son objeto de regulación en los §§ 499-506, constituyendo una sección independiente, entre las secciones primera y séptima que se ocupan del contrato de préstamo y el contrato de préstamo de cosa. Hay una mención expresa a los contratos financieros *leasing* (§ 500), indicando las normas que son de aplicación a estos contratos, y una regulación exhaustiva en cuanto al contenido mínimo, consecuencias jurídicas por defectos de forma, derecho de restitución, desistimiento y pagos anticipados en los §§ 502-504.

b'') Los contratos de suministro a plazos

Como consecuencia de la integración de la Ley de Crédito de consumidores en el BGB, se regula también el contrato de suministro a plazos (§ 505), uno de los contratos típicos de envío de cosas. Se precisan las modalidades de este contrato en razón del objeto, el derecho de revocación y la forma (incluido cuando se trata de comercio electrónico en el que se utilizan condiciones generales de la contratación).

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN DE PRÉSTAMO

Entre los §§ 652-656, que regulan el contrato de corretaje o mediación (*Maklervertrag*), se insertan los §§ 655 a)-655 e), que se ocupan del contrato de mediación de préstamo (*Dahrlehensvermittlungsvertrag*). La inserción de este contrato en el BGB responde una vez más a la política de integración de los contratos especiales en el Derecho común cuando una de las partes es consumidor¹⁵¹. La Ley de Crédito de consumidores se refería específicamente, después de regular el contrato de crédito, al contrato de mediación de crédito. En los §§ 15 a 17 de esta Ley se introdujeron reglas específicas respecto de la forma del contrato y su contenido básico; se admite la contraprestación onerosa por la mediación sólo cuando el consumidor haya obtenido en virtud de ella el préstamo y ya no sea posible el ejercicio del derecho de revocación conforme al apartado 1 del § 7; y, por último, se precisa que el mediador no puede exigir un precio por la mediación, si bien cabe el pacto sobre gastos que se produzcan como consecuencia de la mediación. Estas normas pasan íntegramente al BGB, si bien, a diferencia de la normati-

¹⁵¹ Cfr. KÖNDGEN, *op. cit.*, pp. 457 ss.

va especial, el legislador consideró oportuno definir previamente el contrato de mediación de crédito (*Kreditvermittlungsvertrag*) entre el empresario y el consumidor, llamándose ahora, en total sintonía con la nueva regulación del contrato de préstamo, contrato de mediación de préstamo. La regulación se cierra con una norma claramente proconsumidor, esto es, la inderogabilidad de las normas y la prohibición de eludir la normativa. A excepción de los cambios terminológicos introducidos en los respectivos preceptos, la única modificación que ha habido es que la forma escrita puede ser también electrónica.

6. EL CONTRATO DE OBRA

La opción en el Proyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones por la «gran solución», impulsó a los redactores retocar el contrato de obra en aquellos aspectos que están más relacionados con la Reforma, en especial, la contravención de la prestación, la lesión del deber y la compraventa¹⁵². Una vez que estaba claro que había que reformar en su conjunto la compraventa, más allá de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, estaba decantada la Reforma —anhelada desde hace tiempo— del contrato de obra en lo que respecta al programa prestacional. Podía resultar verdaderamente distorsionante la coexistencia en el BGB de una regulación renovada de la compraventa y una articulación arcaica de las fases de la prestación en el contrato de obra. No es, desde luego, una reforma en profundidad¹⁵³, más bien de retoques, pero no deja de ser importante al seguir el ejemplo de la compraventa en materia de vicios.

Algunos objetan que con la Reforma la sombra de la compraventa sobre el contrato de obra se extiende demasiado¹⁵⁴, y, con ello, también la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. El contrato de obra siempre ha bebido de las fuentes

¹⁵² Para una primera visión, *vid.* Herbert ROTH, «Die Reform des Werkvertragsrechts», *JZ*, 2001, pp. 543 ss. En la obra colectiva de ERNST y R. ZIMMERMANN, *op. cit.*; SEILER, «Das geplante Werkvertragsrecht I», pp. 263 ss., y PETERS, «Das geplante Werkvertragsrecht», pp. 277 ss. (ambos autores fueron bastante críticos con el proyecto).

¹⁵³ Las primeras reflexiones sobre la nueva regulación del contrato de obra no se han hecho esperar. *Cfr.* en particular, MAIFELD, «Werkvertragsrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, *op. cit.*, pp. 251 ss. También, SCHNUDNAGIES, «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2002, pp. 396 ss. Un estudio sistemático se encuentra en el *Palandt*, *op. cit.*, realizado por SPRAU. Con carácter general, TEICHMANN, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Werkvertragsrecht», *JuS*, 2002, pp. 417 ss.

¹⁵⁴ En particular, SEILER, *op. cit.*, pp. 263 ss. En la misma línea, PETERS, *op. cit.*, pp. 277 ss.

de las normas generales en materia de obligaciones y ha tenido como referencia constante la compraventa. Pero también existen reglas específicas en razón del contenido del contrato de obra, en particular en materia de vicios ¹⁵⁵. La línea divisoria entre la compraventa y el contrato de obra existe, y, por ello, seguirán existiendo problemas de delimitación en cuanto al ámbito de aplicación normativa (p. e., la creación de software, en relación con el nuevo § 651 ¹⁵⁶). En definitiva, comparando el sistema de derechos de garantía de la compraventa con el del contrato de obra, las similitudes son grandes, pero también existen diferencias ¹⁵⁷.

En realidad, los nuevos preceptos del contrato de obra procuran ser coherentes con algunas líneas principales de la Reforma. Así, la distinción de vicio en cosas (*Sachmangel*) y vicio jurídico (*Rechtsmangel*) en la compraventa (§§ 433 y 434) se traslada también al contrato de obra (§ 633). La obra está libre de vicios si está realizada en la forma pactada por los contratantes. A falta de pacto sobre la obra que se pretende, no hay vicios en la cosa si la misma es apta para el uso habitual o para el preestablecido según el contrato de obra. Como en la compraventa, también en el contrato de obra rige el concepto subjetivo de la falta. Desaparecen, igualmente, el *aliud* y el suministro inferior. Son casos encuadrables en el régimen jurídico de la contravención de la prestación que deben ser resueltos conforme a él. Por lo que respecta a los posibles vicios jurídicos, tales vicios no existen en la obra si los terceros, ajenos a la obra, no pueden hacer valer contra el comitente derechos relacionados con la obra o sólo pueden oponer derechos del contrato asumidos por ellos.

Para proteger al comitente de los vicios en la obra, el § 634 concede al comitente varios derechos y pretensiones, salvo que se haya dispuesto otra cosa, a saber, *a*) el derecho a pedir el cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*) conforme al § 635, basado en el deber de cumplimiento que tiene el constructor cuando suscribe el contrato de obra (siendo opción del contratista, según el apartado primero, eliminar los vicios o hacer una nueva obra, pudiendo negarse al cumplimiento posterior si su realización lleva consigo un coste excesivo –se aparta aquí de la compraventa en la que la elección corresponde al comprador según el § 439.1.–; *b*) el derecho a la eliminación del vicio por el propio comitente (*Selbstvornahme*),

¹⁵⁵ MAIFELD, *op. cit.*, p. 257-258.

¹⁵⁶ Puesto de manifiesto por MAIFELD, *op. cit.*, p. 276. Específicamente BARTSCH, «Softwarepflege nach neuem Schuldrecht», *NJW*, 2002, pp. 1526 ss.

¹⁵⁷ En relación específicamente con el § 632 *a*), cfr. ULLMANN, «Der Bauträgervertrag-*quo vadit?*», *NJW*, 2002, pp. 1073 ss.

pudiendo exigir la restitución de lo que haya desembolsado (con remisión al § 637); *c*) el derecho de indemnización, siendo la norma básica el § 280.1, y *d*) por último, en vez de querer resolver el contrato, puede pedir también la reducción de la remuneración. No se trata de derechos alternativos, sino de derechos optativos que tiene el comitente (la doctrina alemana criticó el anterior sistema alternativo de las acciones de redhibición, reducción e indemnización de daños).

El comitente puede también resolver el contrato de obra. La redhibición (*Wandlung*) del contrato es sustituida por la resolución, en clara consonancia con la reforma del régimen jurídico de la contravención de la prestación. Mientras que la redhibición estaba configurada como una pretensión a la reposición del contrato, ejercitable sólo cuando se cumple un determinado plazo, la resolución por vicios en el contrato de obra se concibe ahora como un derecho de configuración conforme al modelo del § 323 (resolución del contrato bilateral por la prestación no obtenida o no conforme al contrato). Debe precisarse que, en virtud de la Reforma, no está excluida la indemnización, la cual se puede pedir con la resolución del contrato (§ 325).

La prescripción abreviada de las acciones que tiene el comitente para defenderse ante los vicios es sustituida, salvo para el caso de vicios en la construcción en el que se mantiene el plazo de cinco años, por unos plazos más amplios. El plazo de tres años, que es el plazo ordinario, rige para el supuesto segundo previsto en el § 634 a): cuando el éxito de una obra depende de elementos que no sean la construcción o la modificación (p. e., la realización previa de un proyecto o plano). Y para los demás casos rige el plazo de dos años. En el primer supuesto —obra de construcción— y en el tercero el plazo empieza a computarse desde la recepción de la obra (como en el anterior § 638). En el supuesto segundo no rige la recepción de la obra para iniciar el cómputo del plazo cuando los vicios han sido ocultados maliciosamente.

Para terminar esta breve exposición sobre los aspectos más relevantes de la reforma del contrato de obra, debe hacerse referencia a otras dos novedades. A partir de ahora, conforme al § 651, son de aplicación —casi exclusivamente— las normas de la compraventa a los contratos de suministro de obra que tengan por objeto bienes muebles que se elaboren o se creen. Desaparece, en realidad, la antigua distinción entre cosas fungibles y no fungibles. El nuevo § 651 coincide con el artículo 1.4 de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo y el artículo 3.1 de la Convención

de Viena, lo que pone de manifiesto, una vez más, la casi inevitable proyección de la compraventa sobre el contrato de obra.

Otra novedad es el § 632.3, que establece que en caso de duda el coste del presupuesto de la obra no es exigible al comitente. Con ello se quiere evitar, sobre todo, litigios sobre el pago del coste de un presupuesto de obra ¹⁵⁸ (cfr. § 20, núm. 2.1, frase primera VOB/A).

VI. EL DERECHO TRANSITORIO

Uno de los problemas más inmediatos de la Reforma los plantea el Derecho transitorio de la nueva regulación legal del Derecho de Obligaciones ¹⁵⁹. La norma básica para resolver cuestiones transitorias es el artículo 229 § 5 de la EGBGB ¹⁶⁰. Este artículo, en relación con la Reforma de la Modernización del Derecho de Obligaciones, establece reglas especiales para la prescripción (§ 6) ¹⁶¹ y para las normas de intereses (§ 7). Desde luego, la voluntad del legislador es muy clara: el nuevo Derecho de obligaciones y de prescripción debe aplicarse rápidamente, para evitar, así, que durante un largo tiempo subsista el Derecho antiguo y el Derecho de nuevo, ya que, de lo contrario, podría haber problemas en la aplicación práctica y judicial ¹⁶².

La regla básica es muy elemental: las relaciones obligatorias constituidas con anterioridad a 1.1.2002 se regirán por la normativa anterior; las constituidas con posterioridad se regirán conforme a la normativa nueva ¹⁶³. El artículo 229 § 5 matiza que cuando se trata de relaciones obligatorias, éstas se deberán adaptar a la nueva normativa hasta el 1.1.2003; mientras, se regirán por la normativa anterior ¹⁶⁴. El régimen transitorio afecta a todo lo que se entiende por relación obligatoria, concebida en un sentido amplio, y que com-

¹⁵⁸ MAIFELD, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵⁹ Cfr. H. P. WESTERMANN, en la introducción a la obra colectiva que ha dirigido, *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 11 ss.

¹⁶⁰ Una visión de conjunto, HEB, «Das neue Schuldrecht –In-Kraft– Treten und Übergangsregelungen», *NJW*, 2002, pp. 253 ss. *Vid.*, también HEINRICHS, *Palandt, op. cit.*, pp. 406 ss.

¹⁶¹ En particular, HEB, *op. cit.*, pp. 256-258. También PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, pp. 245-250. Con carácter general, GSELL, «Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfrist», *NJW*, 2002, pp. 1297 ss.

¹⁶² Un *Leitmotiv* del legislador según HEB, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶³ Sobre la posibilidad de elección de la normativa aplicable, aunque es admisible no es aconsejable a juicio de HEB, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁴ En particular, HEB, *op. cit.*, p. 256.

prende todas sus fases (constitución, modificación, ejecución y extinción) ¹⁶⁵.

VII. PRIMERA VALORACIÓN

Es muy pronto todavía para hacer una valoración auténtica de la Ley de Modernización de Derecho de Obligaciones, de 1 de enero de 2002. Cualquier valoración que podemos hacer ahora mismo sólo puede ser aproximada, sobre todo cuando la hacemos desde fuera, como en el presente caso ¹⁶⁶. La valoración, además, sólo puede ser personal, por lo que poca trascendencia va a tener, por no decir ninguna. Aun así me atrevo a hacer unas breves consideraciones, algunas de las cuales aparecen expresa o veladamente expuestas en la presente exposición de la Reforma 2002.

Mi postura no puede ser otra que valorar muy positivamente la reforma emprendida por el legislador alemán. Me parece una reforma realmente interesante que trata de poner las cosas en su sitio. También la calificaría de oportuna y necesaria para el sistema jurídico privado alemán. Había que poner fin, de alguna manera, al aluvión de leyes especiales que empezaban a aflorar en el ámbito del Derecho contractual en detrimento del BGB. En vez de mirar al instrumento de la ley especial para articular, así, un conjunto de reglas específicas sólo porque una de las partes es consumidor, o de pensar por una vez en un verdadero Código de consumo para sistematizar el Derecho de los consumidores, se optó por un camino de recuperación del BGB como el verdadero centro del ordenamiento jurídico privado alemán. Esto supone un auténtico acto de creencia en el BGB, en la codificación y en el Derecho privado ¹⁶⁷.

También me parece una reforma muy valiente. No es fácil abordar una reforma con tanta profundidad como se ha hecho en la presente Ley. Tocar instituciones tan importantes como la prescripción, el incumplimiento de las obligaciones (la contravención de la

¹⁶⁵ HEB, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁶ No digamos ya cuando se quiere valorar su impacto en otros sectores jurídicos, como p. e., el mercantil, procesal o internacional privado.

Sobre su incidencia en el Derecho laboral, pueden ser de ayuda los artículos de JOUSEN, «Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform», *NZA*, 2001, pp. 745 ss., y de LÖWISCH, «Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht», *NZA*, 2001, pp. 465 ss.

¹⁶⁷ Sobre una opción en España, puede consultarse mi trabajo «La integración del derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?, en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, en prensa.

prestación), la compraventa y el contrato de obra en una misma ley requiere un acto de valentía, un acto político de mucha envergadura, que necesitaba algo más que la mera exigencia de la trasposición de varias directivas comunitarias al ordenamiento jurídico alemán. Me atrevo a decir que hubo un marketing muy bien planeado. El apoyo de juristas importantes y expertos en Derecho de obligaciones, como Medicus, Canaris o H. P. Westermann, permitió seguramente lanzar una reforma de amplio horizonte. Se supo a lo largo de la preparación del texto legal crear un ambiente que era bastante favorable a una reforma extensa del Derecho de obligaciones, con la implicación sobre todo de los juristas universitarios. Se puede decir, con todo el peligro que encierra, que es una reforma muy «profesoral». Pero también lo fueron los trabajos preparatorios de la reforma del BGB de los años ochenta y noventa del siglo xx.

Se trata, además, de una reforma muy inteligente. Se ha sabido acoplar adecuadamente el Derecho de prescripción, el régimen jurídico de la contravención de la prestación, la compraventa y el contrato de obra. Con la Reforma 2002, se ha logrado una mejor sistematización del régimen jurídico de la contravención de la prestación, donde la lesión del deber ocupa un lugar central. Al mismo tiempo, se ha logrado insertar los vicios de la compraventa y del contrato de obra en el sistema general de la contravención de la prestación. Los vicios constituyen, a partir de ahora, casos de contravención de la prestación, si bien con algunas reglas específicas en atención a los intereses propios de la compraventa y del contrato de obra. No podía faltar la reforma del Derecho de prescripción. Mientras que los plazos de las pretensiones se han unificado sensiblemente, fijando el plazo de tres años como plazo ordinario, se han alargado los plazos para garantizar los derechos del comprador y del comitente.

Es una reforma con miras amplias. El Derecho de obligaciones no puede quedar reducido a instituciones nacionales. Esto lo ha percatado perfectamente el legislador alemán que ha optado claramente por la europeización e internacionalizar de su sistema general de obligaciones y contratos. La incorporación en el BGB de principios y de reglas de textos internacionales y europeos va a ser seguramente positivo para la evolución del Derecho patrimonial alemán. Como se ha señalado en la introducción, el BGB es, a partir de la Reforma 2002, mucho más europeo¹⁶⁸ y más internacional.

¹⁶⁸ INFANTE RUIZ comparte también esta idea cuando habla en el último capítulo de la europeización del Derecho privado, *op. cit.*, pp. 170-171.

Implica una ruptura –necesaria según el legislador alemán– con las cadenas nacionales.

A partir de ahora, los que trabajamos el Derecho alemán nos vamos a tener que acostumbrar a nuevas futuras reformas dentro del BGB.

También en nuestro sistema jurídico debería llegar la hora de modernizar el Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB puede ser, en este sentido, una buena referencia.

