

# La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002 \*

MARTIN EBERS \*\*

SUMARIO: I. *Previo*: 1. El camino hacia la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones. 2. Recodificación y europeización del BGB. 3. Planteamiento.—II. *La exoneración del deudor de su deber primario de prestación*: 1. La exclusión del deber de prestación según el § 275 BGB: 1.1 Cambio de sistema en la regulación de las reglas sobre imposibilidad: 1.1.1 El sistema dual. 1.1.2 Codificación de nuevas causas de exoneración de la prestación. 1.1.3 Integración del saneamiento en el Derecho general sobre incumplimiento: la imposibilidad cualitativa. 1.2 Imposibilidad, según el § 275.1 BGB. 1.3 Agravación de la prestación, según el § 275.2 y 3 BGB: 1.3.1 Imposibilidad fáctica, según el § 275.2 BGB. 1.3.2 Prestación desmedida en relación con las circunstancias personales del deudor o imposibilidad ética, según el § 275.3 BGB. 2. La alteración de la base del negocio, según el § 313 BGB. 3. Comparación con las reglas internacionales: 3.1 Convención de Viena. 3.2 PECL y PU: 3.2.1 Reglas sobre imposibilidad. 3.2.2 «Change of circumstances» o «Hardship».—III. *La violación de un deber como noción central de las reglas sobre incumplimiento y fundamento de la responsabilidad del deudor*: 1. Deberes de la relación obligatoria (§ 241 BGB). 2. Sistemática de los deberes de indemniza-

---

\* El texto es la versión ampliada, con notas, de la conferencia que el autor pronunció en Barcelona, el 20 de octubre de 2003, en las III Jornadas sobre el Derecho civil catalán y la codificación, dirigida por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll y la Prof. Dr. Esther Arroyo i Amayuelas. Agradezco a esta última la traducción al castellano de estas líneas, originariamente escritas en alemán y que, en esencia, reproducen y mantienen la estructura de la conferencia aludida.

\*\* Doctor en Derecho y «*wissenschaftlicher Assistent*» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» en la «Westfälischen Wilhelms-Universität» de Münster. El autor es, además, titular de una beca de investigación a cargo del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229). Son miembros del Proyecto las Universidades de Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford, Turín y Varsovia.

ción: 2.1 El § 280 BGB como supuesto de hecho principal de la violación del deber. 2.2 La indemnización de los daños causados por mora, según los §§ 286, 288 BGB. 2.3 Indemnización por daños en lugar de prestación, según los §§ 281-283 BGB. 3. Comparación con el Derecho comunitario y con las reglas internacionales: 3.1 Coincidencias. 3.2 Divergencias: 3.2.1 Infracción de un deber –Infracción del contrato– Incumplimiento. 3.2.2 Mantenimiento del principio de responsabilidad por culpa.–IV. *La resolución del contrato como consecuencia de un incumplimiento*. 1. Contenido de la regulación de los §§ 323 ss. BGB. 2. Comparación con las reglas internacionales.–V. *Intento de valoración provisional*: 1. Interpretación del Derecho nacional conforme con las Directivas. 2. El BGB como «obra en construcción permanente». 3. ¿El Derecho del consumo como modelo del BGB?

## I. PREVIO

La mayor reforma del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), en sus más de cien años de vigencia, tuvo lugar, el mes de enero de 2002, mediante la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)<sup>1</sup>. Es una reforma que se prolonga a lo largo de más de 20 años.

### 1. EL CAMINO HACIA LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

El proyecto de modernización se plantea en Alemania tras constatarse que la realidad jurídica se estaba alejando cada vez más del Derecho codificado. Desde el año 1900 (fecha de entrada en vigor

<sup>1</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26.11.2001, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2001 I, 3138. El BGB fue promulgado en fecha 2.1.2002 (BGBl. 2002 I, S. 42) y ha sido reformado por última vez el 28.08.2002 (BGBl 2002 I, 3412). El lector puede encontrar información completa sobre la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania, en idioma alemán, en la página web del Prof. Dr. Stephan Lorenz: <<http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm>>. El Prof. Dr. Albert Lamarca Marquès coordina en la actualidad una versión española del nuevo BGB que aparecerá publicada a comienzos de año en la editorial Marcial Pons. Debo agradecer sinceramente a este último que me haya permitido consultar, antes de su publicación, algunos de los preceptos reformados por la Ley de modernización alemana del Derecho de Obligaciones de 2002. El lector puede leerlos al final de este artículo, en el anexo que lo acompaña. En cuanto a la bibliografía en español, *vid.* Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, «La Modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado* (RDP), 2002, 187 ss., y, el mismo autor, «Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil* 3 (ADC) 2002, 1133 ss.; Francisco INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de Obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial* 8 (RdP) 2002, 153 ss; Albert LAMARCA MARQUÈS, «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *Indret* 2/2001. <[www.indret.com](http://www.indret.com)>.

del BGB), la jurisprudencia y las leyes especiales habían ido perfeccionando determinadas materias e instituciones como, por ejemplo, la *culpa in contrahendo* o la violación positiva del contrato (*positive Forderungsverletzung*). A partir de esta última noción se acaba de señalar que, como es de creación jurisprudencial, la jurisprudencia ha establecido un nuevo sistema del incumplimiento («*Leistungsstörungsrecht*») <sup>2</sup>. Tal y como ahora lo configura el BGB, éste no sólo incluye el simple incumplimiento de la prestación pactada, sino también la infracción de los llamados «deberes de protección». Un ejemplo ayudará a explicarlo: si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, según los principios de la violación positiva del contrato, en este comportamiento cabe apreciar «*Leistungsstörung*» o incumplimiento, que no sólo es sancionable según las normas de la responsabilidad extracontractual, sino que también genera responsabilidad contractual lo cual, desde luego, es mucho más favorable para el acreedor.

Existían también leyes al margen del Código, como por ejemplo la Ley de Condiciones Generales de la Contractación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*) y un buen número de las dedicadas al Derecho del consumo. Muchas otras cuestiones, que no es del caso detallar aquí, eran igualmente resueltas por la jurisprudencia, en su labor de creación del Derecho.

Para poder tener en cuenta todas estas nuevas relaciones y, además, adaptar el Derecho de Obligaciones al nuevo contexto internacional, el Ministerio de Justicia encargó a finales de los años setenta una serie de Dictámenes jurídicos <sup>3</sup> que fueron publicados entre 1981 y 1983 en tres volúmenes <sup>4</sup>. Muy poco después fue creada una comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones, que

---

<sup>2</sup> «*Leistungsstörung*» significa incumplimiento, entendido como categoría general que, por tanto, debe diferenciarse de la «*Nichterfüllung*» o incumplimiento de la prestación debida. La expresión «*Leistungsstörung*» se debe al jurista Heinrich STOLL (*Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 13). Según este autor, «*Leistungsstörung*» es cualquier obstáculo que impida realizar la finalidad pretendida en la relación obligatoria. Según Ulrich HUBER (*Leistungsstörungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, T. I, 1999, 22), existe «*Leistungsstörung*» cuando el deudor no cumple con la prestación debida o no lo hace según lo prescrito en la ley, en el contrato o en los principios generales del Derecho. Otras observaciones sobre la traducción de la expresión, Albiez DOHRMANN, «Un nuevo Derecho...», *op. cit.*, 1163, nota 54, quien, por lo demás, se muestra partidario de utilizar el término «contravención de la prestación» (ex art. 1101 Cc) para definir la expresión alemana «*Leistungsstörungsrecht*».

<sup>3</sup> Vid. Alfred WOLF, «*Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts*», *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1978, 249, 252 ss.

<sup>4</sup> BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Köln, T. I, 1981; T. II, 1981; T. III, 1983.

ya en 1992 publicó un informe final con los resultados de su trabajo<sup>5</sup>. Éste fue aprobado por amplia mayoría en la celebración del 60.º Encuentro de los Juristas alemanes, acaecido en septiembre de 1994<sup>6</sup>. Sin embargo, cabe añadir que el proyecto de reforma fue abandonado a mediados de los años noventa y, desde un punto de vista de política jurídica, apenas sin esperanzas de que fuera recuperado por el legislador en el futuro.

El panorama cambió en el año 1999, a partir de la promulgación de la Directiva sobre garantías en la venta de bienes de consumo<sup>7</sup>. Para muchos autores, una transposición exacta y estricta de esta Directiva, esto es, sólo en relación con la venta de bienes de consumo (la llamada «solución pequeña» o, si se prefiere, «solución menor»-*Kleine Lösung*), hubiera conducido a una fragmentación del Derecho<sup>8</sup>. En ese caso, en Alemania habrían existido diferentes tipos de compraventa, regulada en otros tantos lugares, a saber: la nueva compraventa de bienes de consumo, la compraventa internacional entre empresarios regulada en la Convención de Viena, la compraventa mercantil, regulada en el BGB y, en parte, en el Código de comercio (*Handelsgesetzbuch, HGB*) y, finalmente, la categoría residual de, por un lado, la compraventa entre particulares y, por otro, la concluida entre empresarios que no tienen la condición de comerciantes según el HGB, ambos tipos regulados en el BGB. Por todo ello, al final, la transposición de la citada Directiva aconsejó adoptar la llamada «gran solución» (*Große Lösung*) y, por fin, emprender la largamente aplazada reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania.

<sup>5</sup> BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Köln, 1992.

<sup>6</sup> Vid. los informes en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1994, 3070 y *Juristenzeitung* (JZ) 1995, 190.

<sup>7</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la garantías en la venta de los bienes de consumo, en Reiner SCHULZE/Reinhard ZIMMERMANN/Esther ARROYO, *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, I. 30.

<sup>8</sup> Dieter MEDICUS, «Dogmatische Verwerfungen im geltenden deutschen Schuldrecht», en: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 33 ss.; Wulf-Henning ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz und BGB», *JZ* 2001, 475; Reiner SCHULZE/HANS SCHULTE-NÖLKE, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en: Schulze/Schulte-Nölke, *op. cit.*, 3 ss.; Herta DÄUBLER-GMELIN, «Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform», *NJW* 2001, 2281 ss. Contra la «gran solución»: Gert BRÜGGEMEIER, «Zur Reform des deutschen Kaufrechts. Herausforderung durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie», *JZ* 2000, 529 ss.; Barbara DAUNER-LIEB, «Die geplante Schuldrechtsmodernisierung. Durchbruch oder Schnellschuß?», *JZ* 2001, 8 ss.; Wolfgang ERNST/Beate GSELL, «Kaufrechtsrichtlinie und BGB», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2000, 1410 ss.; Ulrich HUBER, «Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *ZIP* 2000, 2273, 2280.

## 2. RECODIFICACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DEL BGB

Con estos hechos de fondo, la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania no sólo ha tenido repercusión nacional, sino que ha tomado también una dimensión internacional. Se puede decir, pues, que la reforma del BGB es, por un lado, expresión de una recodificación y, por el otro, de un fenómeno de europeización del Derecho.

Efectivamente, es expresión de una recodificación porque, a través de la nueva redacción de la mayor parte del Derecho de Obligaciones, el Derecho de creación judicial ha sido formulado legalmente<sup>9</sup> y porque, además, han sido incorporadas en el BGB numerosas leyes que antes permanecían fuera y, especialmente, en relación con el Derecho del consumo. Todo ello con la finalidad de devolver al BGB su papel central en el ordenamiento jurídico privado alemán<sup>10</sup>.

Por otro lado, la reforma ha conducido a una europeización del BGB, mediante la integración en él de numerosas Directivas y, sobre todo, a partir de una transposición que ha ido más allá de lo estrictamente exigido en ellas (*überobligatorische Umsetzung*). El BGB se adapta aún mejor al desarrollo jurídico europeo actual, gracias a que, además, el legislador también ha tenido en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales y, especialmente, la Convención de Viena (CV)<sup>11</sup>, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL)<sup>12</sup> y los Principios Unidroit (PU)<sup>13</sup>. La mejor muestra

---

<sup>9</sup> Vid. *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000*, impreso en: Claus-Wilhelm CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, C.H. Beck, München, 2002, 73: «Zwar kann es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, jede von der Rechtsprechung entwickelte Regel in Gesetzesform zu gießen. Wohl aber stellt sich die Frage, ob dies nicht jedenfalls dort geboten ist, wo das in Rede stehende Richterrecht für die Entscheidung praktischer Fragen in der täglichen Rechtsanwendung von grundlegender Bedeutung ist und eine befriedigende gesetzliche Regelung möglich erscheint.»

<sup>10</sup> Vid. *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000*, *op. cit.*, 66: «Eine Schuldrechtsmodernisierung wäre nicht vollständig, wenn sie nicht auch die inzwischen sehr unübersichtlich gewordene Zahl von Verbraucherschutzvorschriften im Umfeld des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereinigen und dort integrieren würde; damit wird zugleich die Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als zentrale zivilrechtliche Kodifikation wiederhergestellt und gestärkt.»

<sup>11</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, traducción española en Schulze/Zimmermann/Arroyo, *Textos Básicos*, *op. cit.*, II.5.

<sup>12</sup> LANDO/BEALE (eds.), *The Principles of European Contract Law. Parts I & II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000; traducción española, *op. cit.*, III.10. Existe, además, versión castellana del texto y comentarios, a cargo de Pilar Barrés Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, publicado por la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

<sup>13</sup> Principios de los contratos comerciales internacionales (Principios Unidroit). Traducción española en *Textos básicos*, *op. cit.*, III.15.

de ello son las nuevas normas codificadas sobre el incumplimiento: el legislador alemán no se ha limitado a transponer, en sede de compraventa, la Directiva 1999/44/CE, sobre venta y garantías de los bienes de consumo, sino que ha generalizado su planteamiento, a base de incorporar la noción de «falta de conformidad con el contrato» en la categoría del incumplimiento contractual. Todo ello, en clara conexión con las reglas de la Convención de Viena, los PECL y los PU.

### 3. PLANTEAMIENTO

Las líneas que siguen se centrarán sólo en algunas cuestiones de las muchas que permite plantear la reforma. En concreto, se examinará la modificación de las reglas fundamentales sobre el incumplimiento y se comprobará hasta qué punto el legislador alemán ha recibido la influencia del Derecho comunitario y de las reglas internacionales en esta materia<sup>14</sup>. En el punto central se sitúan las reglas sobre exoneración del deudor del deber primario de prestación (II), la pretensión de obtener una indemnización por infracción de un deber (III) y el nuevo derecho de resolución en caso de incumplimiento (IV). Para concluir, intentaré realizar un balance crítico sobre el nuevo Derecho del incumplimiento (V).

## II. LA EXONERACIÓN DEL DEUDOR DE SU DEBER PRIMARIO DE PRESTACIÓN

La Ley de modernización del Derecho de Obligaciones ha comportado importantes cambios en lo tocante a la exoneración del deudor de su deber primario de prestación<sup>15</sup>: por un lado, se ha

<sup>14</sup> Puesto que el Anteproyecto de Código de contratos, redactado por la Academia europea de Pavía (AvCEC) en el año 2001 –*vid.* Giuseppe GANDOLFI (ed.), *Code Européen des Contrats. Avant-projet*, Giuffrè, Milano 2001; traducción española a cargo del equipo de profesores de las Universidades de Zaragoza, La Rioja y La Laguna, dirigido por el Prof. Dr. Gabriel García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado 44 (RJN) 2002*– no ha sido tomado en consideración por el legislador alemán, lo que a continuación se diga se limita a una comparación del BGB con la CV, los PECL y los PU. Sobre la imposibilidad en el AvCEC, *vid.* Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (ed.), *Derecho Privado Europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003, 399, 405 ss; para el concepto de incumplimiento, *vid.* Antoni VAQUER ALOY, «Incumplimiento del contrato y remedios», en Sergio Cámara Lapuente, *op. cit.*, 525 ss.

<sup>15</sup> En Derecho alemán, el concepto «deber primario de prestación» («*primäre Leistungspflicht*») designa el deber del deudor de cumplir la prestación según lo acordado (*in natura*) y también se refiere a la pretensión de cumplimiento. Por el contrario, el «deber secundario de prestación» («*sekundäre Leistungspflicht*»), se dirige a obtener la indemnización de daños y perjuicios.

visto considerablemente ampliado el supuesto de hecho de la imposibilidad de la prestación (§ 275 BGB) (*Unmöglichkeit der Leistung*) y, por el otro, también el instituto de la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*), de creación jurisprudencial, ha sido incorporado en el § 313 BGB y tipificado como un caso más de exoneración del deudor de la prestación debida.

## 1. LA EXCLUSIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN SEGÚN EL § 275 BGB

### 1.1 Cambio de sistema en la regulación de las reglas sobre imposibilidad

En contra de lo previsto originariamente <sup>16</sup>, la reforma ha mantenido la imposibilidad como causa de exoneración. Sin embargo, las actuales reglas se diferencian claramente de las anteriores.

#### 1.1.1 EL SISTEMA DUAL

En el sistema anterior, la imposibilidad incluía dos categorías distintas. Por un lado, era el fundamento de la exoneración del deudor de su deber primario de prestación y, por otro, lo era de los derechos del acreedor, supuesto que se hubiera producido la violación de un deber. Según el texto literal de la ley, ambas funciones estaban estrechamente entrelazadas. Efectivamente, a tenor del § 275 BGB antiguo, «el deudor sólo puede quedar exonerado de su deber de prestación, si ésta deviene imposible como consecuencia de una circunstancia acaecida tras el nacimiento de la relación obligatoria *de la que él no es responsable*» <sup>17</sup>. La verdadera causa de la

---

<sup>16</sup> En las sesiones sobre la discusión del proyecto, la imposibilidad debía ser eliminada como categoría independiente del incumplimiento y ser reemplazada por un derecho general a la exclusión del deber de prestación. Según el § 275 del Proyecto de discusión (*Diskussionsentwurf, op. cit.*), el deudor podía negarse a cumplir «soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag, zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist» («si no está en condiciones de hacerlo según las exigencias derivadas del contenido y la naturaleza de la relación jurídica»). Tal formulación inconcreta fue duramente criticada –*vid.* especialmente Ulrich HUBER, «Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *ZIP* 2000, 2137, 2140 ss.; Claus-Wilhelm CANARIS, «Zur Bedeutung der Kategorie "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen», en Reiner Schulze/Hans Schulze-Nölke, *op. cit.*, 43 ss., así como Jan WILHELM/Peter DEEG, «Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen», *JZ* 2001, 223, 230 ss.–, y por eso se retomó de nuevo el concepto de imposibilidad.

<sup>17</sup> La cursiva es mía.

exoneración era, pues, no tanto la imposibilidad de la prestación como la circunstancia de que el deudor no era responsable de la imposibilidad en el sentido de los §§ 276 ss. BGB<sup>18</sup>.

Por el contrario, con la nueva regulación jurídica, la exoneración de la prestación principal y la de pagar indemnización se separan y se configuran como presupuestos distintos. Es el llamado «sistema dual»<sup>19</sup>.

Efectivamente, el nuevo § 275.1 BGB sólo trata la cuestión de cuándo puede el deudor quedar exonerado de su deber primario de prestación, sin que importe si éste es o no responsable de la causa que impide la prestación. Y ello es así porque, aun cuando se pruebe que es culpable de ello –por ejemplo porque tras la conclusión del contrato destruye la cosa vendida– ningún sentido tiene ya condenarle a cumplir con la entrega. Por eso, la existencia o no de culpabilidad sólo tiene relevancia para determinar si es o no posible exigirle indemnización (deber secundario de prestación).

### 1.1.2 CODIFICACIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA PRESTACIÓN

La segunda novedad está estrechamente vinculada a la incorporación del derecho de origen jurisprudencial, que tanta importancia ha tenido en su recodificación: a diferencia de lo que sucedía anteriormente, el nuevo § 275 BGB regula dos tipos de impedimentos para la prestación: en el § 275.1 BGB han sido recogidas las clases de exoneración hasta la fecha codificadas, según las cuales la prestación no se debe cuando sea imposible cumplir tanto para el deudor como para cualquier otra persona. Pero ya es otra la nueva aproximación que realizan los § 275.2 y 3 BGB –preceptos que se limitan a recoger lo que ya antes había desarrollado la jurisprudencia–, que consignan la exoneración de la prestación cuando, a pesar de serle posible al deudor su cumplimiento, éste le resulta demasiado gravoso (es la llamada «falsa imposibilidad» de la prestación, en forma de «agravamiento de la prestación»).

<sup>18</sup> Volker EMMERICH, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. II, C.H. Beck, München 2001<sup>4</sup>, § 275 núm. 3.

<sup>19</sup> Sobre esto, Claus-Wilhelm CANARIS, «Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts. Grundstrukturen und Problemschwerpunkte», en Egon Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum 2002*, 2003, 5, 18 ss.; Wolfgang ERNST, «Kernfragen der Schuldrechtsreform», *JZ* 1994, 801, 803 ss.; el mismo autor, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. II a, C.H. Beck, München 2003<sup>4</sup>, § 275 núm. 3.



### 1.1.3 INTEGRACIÓN DEL SANEAMIENTO EN EL DERECHO GENERAL SOBRE INCUMPLIMIENTO: LA IMPOSIBILIDAD CUALITATIVA

En tercer lugar, es también nuevo el grupo de casos de la llamada «imposibilidad cualitativa». Esta categoría se explica a partir de la transposición de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de los bienes de consumo y la integración del sistema del saneamiento dentro del Derecho general sobre el incumplimiento: el vendedor que entrega una cosa defectuosa, según la concepción de la citada Directiva, incumple su obligación. El comprador tiene una pretensión al suministro de bienes que sean conformes con el contrato, de manera que cuando ello no es así puede exigir su reparación o sustitución (art. 3.2 Directiva 1999/44/CE). De todas maneras, de acuerdo con el artículo 3.3 Directiva 1999/44/CE, el vendedor puede liberarse de tal deber de cumplimiento posterior, cuando este sea «imposible o desproporcionado».

Este modelo se ha integrado en la Ley de reforma del Derecho de Obligaciones. Según la nueva redacción dada al § 433.1, II BGB, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cosa vendida libre de vicios. Es decir que, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, la ausencia de vicios en la prestación es también un deber del vendedor. Consiguientemente, si un cumplimiento posterior es imposible, ello debe juzgarse a la luz del Derecho general sobre el incumplimiento y, en concreto, del § 275 BGB<sup>20</sup>. El legislador sólo ha dado normas especiales en relación con el criterio de la «desproporción» y las ha ubicado sistemáticamente en sede de compraventa (§ 439.3 BGB).

## 1.2 Imposibilidad, según el § 275.1 BGB

¿Bajo qué circunstancias puede liberarse el deudor de su deber de prestación en caso de imposibilidad?

La imposibilidad, en el sentido del § 275.1 BGB, se da cuando el deudor no puede cumplir por causas legales<sup>21</sup> o jurídicas<sup>22</sup>. En particular, pueden distinguirse los siguientes grupos:

---

<sup>20</sup> En consecuencia, se rigen por estas mismas reglas generales sobre la imposibilidad, las eventuales pretensiones del comprador a la indemnización de daños [§§ 437 núm. 3, 283 o bien 311 a) (2) BGB]. Ídem, en caso de resolución (§§ 437 núm. 2, 326.5, 323 BGB). Con detalle, Stephan LORENZ, «Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform», *JZ* 2001, 742 ss.

<sup>21</sup> Ejemplo: la cosa vendida se destruye antes de la tradición.

<sup>22</sup> Ejemplo: se vende una cosa ajena y el propietario no presta su consentimiento en el negocio traditorio.

- El deudor se libera del deber primario de prestación cuando él no pueda cumplir por sí mismo, aunque sí exista un tercero que pueda (imposibilidad subjetiva) o bien cuando nadie –ni el deudor ni un tercero– esté en disposición de cumplir (imposibilidad objetiva).

- A continuación, además de los casos de imposibilidad sobrevenida, deben incluirse los casos de imposibilidad inicial, puesto que así lo da a entender la nueva redacción del § 275.1 BGB, que ya no prevé que la prestación sea imposible en el futuro, sino que afirma que «es» imposible. La imposibilidad objetiva originaria no es motivo de nulidad del contrato. Así lo establece claramente el § 311 a) 1 BGB, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma. En ese caso, no se excluye una eventual pretensión a la indemnización del interés positivo, de acuerdo con el § 311 a) 2 BGB<sup>23</sup>.

- A través de la palabra «soweit» («en tanto que [ésta sea imposible]») queda finalmente claro que tanto la imposibilidad total como la parcial es causa de exoneración de la prestación, en el sentido del § 275.1 BGB.

Si se dan los requisitos del § 275.1 BGB, entonces la prestación se extingue *ipso iure*<sup>24</sup>. Por consiguiente, el § 275.1 BGB opera como una excepción apreciable de oficio.

### 1.3 Agravación de la prestación, según el § 275.2 y 3 BGB

Junto a los casos en que existen dificultades insuperables para cumplir con la prestación debida y en los cuales el deudor queda liberado de la misma por ministerio de la ley, el § 275.2 y 3 BGB también reconoce otros casos en los que existe una agravación de la prestación, de manera que aunque ésta sea posible, sin embargo es desproporcionada para el deudor. A diferencia de lo que sucede con la «imposibilidad simple», la agravación de la prestación se configura dogmáticamente como una excepción que debe ser alegada por el interesado<sup>25</sup>. Por tanto, para verse liberado el deudor debe recurrir al § 275.2 y 3 BGB.

<sup>23</sup> La indemnización del *interés negativo* incluye la de todos los daños que genera la infracción de la confianza que la parte defraudada había depositado en la conclusión del contrato. El resarcimiento debe colocarle en la misma situación en que se encontraba antes de celebrar el contrato. En el *interés positivo*, por el contrario, tiende a resarcir tanto las ganancias dejadas de obtener con la no-celebración, como cualquier otro daño derivado del incumplimiento (v. gr. los costes de reposición).

<sup>24</sup> Vid. la dicción literal del § 275.1 BGB: «Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen» («La pretensión de recibir la prestación queda excluida») (la cursiva es mía).

<sup>25</sup> Vid. la dicción literal del § 275.1 BGB: «Der Schuldner kann der Leistung verweigern» («El deudor puede negarse a cumplir») (la cursiva es mía).

### 1.3.1 IMPOSIBILIDAD FÁCTICA, SEGÚN EL § 275.2 BGB

El § 275.2 BGB acoge los casos de la llamada «imposibilidad práctica o fáctica» (*praktische oder faktische Unmöglichkeit*), según la cual teóricamente sería posible eliminar los obstáculos que impiden cumplir con la prestación pero, sin embargo, no es razonablemente esperable que alguien lo haga. Un caso típicamente reconducible al § 275.2 BGB –y citado en los motivos de la ley– es el del anillo que, tras la venta pero antes de la tradición, se cae al fondo de un lago y sólo tras considerables esfuerzos puede ser recuperado<sup>26</sup>. En este supuesto, un acreedor razonable no puede esperar que el deudor cumpla su prestación *in natura*. El deudor puede, pues, renunciar a cumplir con la prestación según lo dispuesto en el § 275.2 BGB.

### 1.3.2 PRESTACIÓN DESMEDIDA EN RELACIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL DEUDOR O «IMPOSIBILIDAD ÉTICA», SEGÚN EL § 275.3 BGB

El § 275.2 BGB se complementa todavía con el derecho que tiene el deudor a rechazar el cumplimiento en casos en que entra en juego una ponderación de las dificultades que éste entraña. El ejemplo típico es el de la cantante que no quiere salir a escena porque su hijo está en casa gravemente enfermo. También cae bajo la órbita del § 275.3 BGB el caso del trabajador que se niega a trabajar, porque es llamado a filas en Turquía y sabe que si no acude será sancionado con la pena de muerte<sup>27</sup>. En estos supuestos de desproporción o «imposibilidad ética», el nuevo § 275.3 BGB concede al deudor un derecho a negarse a cumplir la prestación.

## 2. LA ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO, SEGÚN EL § 313 BGB

El § 313 BGB regula por primera vez la institución conocida como «alteración de la base del contrato» (*Störung der Geschäftsgrundlage*), cuyo origen y desarrollo es jurisprudencial, y la configura como una causa autónoma e independiente de exclusión del deber de prestación. Tal y como se aprecia en los motivos de la ley,

---

<sup>26</sup> *Bundestagsdrucksache* (BT-Drucks.) 14/6040, 129 ss. Los *Bundestagsdrucksachen* (Diarios Oficiales del Bundestag) pueden localizarse, a partir de la 13.ª Legislatura, en internet, en la siguiente dirección: <<http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>>.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 14/6040, 130.

se pretendía codificar, pero en ningún caso proceder a la reforma de la doctrina de la base del negocio.

El § 313.1 BGB permite exigir la modificación del contrato en el caso de que desaparezcan las circunstancias que fueron determinantes para su conclusión y ello comporte un cumplimiento mucho más gravoso para el deudor. Se exige la constatación de que los contratantes tampoco habrían pactado la prestación de haber previsto ese nuevo contexto. El § 313.2 BGB equipara al cambio sobrevenido de las circunstancias externas, el hecho de que ambos contratantes hubieren albergado expectativas falsas que hubiesen sido consideradas esenciales para la contratación. Finalmente, el § 313.3 BGB permite la resolución del contrato o su desistimiento (en los contratos de larga duración) siempre que la modificación no sea posible o no pueda imponerse el contrato a uno de los contratantes.

### 3. COMPARACIÓN CON LAS REGLAS INTERNACIONALES

¿Cómo se compaginan estas reglas del BGB con las reglas internacionales?

#### 3.1 Convención de Viena

Un análisis de Derecho comparado con la Convención de Viena presenta importantes dificultades ya que, a diferencia de la regulación del BGB, la de la Convención no está basada en un sistema dual que diferencie entre la exoneración de un deber primario de prestación y otro secundario y, además, tampoco regula el supuesto de hecho de exoneración del deudor de su deber primario de prestación. En el artículo 79.1 CV<sup>28</sup>, el supuesto de hecho de la imposibilidad no emerge de los deberes primarios de prestación, sino que sólo se da en relación con la pretensión a la indemnización (como causa de exoneración). Efectivamente, la imposibilidad aparece sólo en el contexto de la reclamación de daños y perjuicios y, seguramente, la razón de que ello sea así es que la CV no reconoce ninguna pretensión al cumplimiento<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Según el artículo 79.1 CV, «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias» (*Textos Básicos, op. cit.*, II.5).

<sup>29</sup> La razón se encuentra en el hecho de que los ordenamientos jurídicos angloamericanos sólo reconocen la pretensión al cumplimiento (*specific performance*) en determinadas condiciones. La CV fue objeto de mutuas concesiones recíprocas y soluciones de com-

Tampoco es prevista como causa autónoma de exoneración la alteración de la base del negocio.

## 3.2 PECL y PU

### 3.2.1 REGLAS SOBRE IMPOSIBILIDAD

Por el contrario, tanto los PECL como los PU reconocen al acreedor una pretensión general al cumplimiento [art. 9:101 (1) PECL; art. 7.2.2. PU]. Igual que el BGB, los PECL y los PU se basan en un sistema dual. De ahí que los PECL y los PU conozcan el supuesto de hecho de la «simple imposibilidad» y el del agravamiento de la prestación. Según ambas reglas de Principios, el cumplimiento de una obligación no pecuniaria no puede ser exigida si el cumplimiento fuere imposible<sup>30</sup>. Esta regla es la misma que ya contiene el nuevo § 275.1 BGB. Además, según los Principios, la pretensión al cumplimiento está excluida cuando éste supone para el deudor esfuerzos o costes desproporcionados, igual que en el § 275.2 BGB<sup>31</sup>.

Debe ser añadido que los PECL y los PU disponen que la exoneración de la prestación tiene lugar cuando el cumplimiento consiste en una prestación de servicios u obra de carácter personal, o bien se basa en una relación personal<sup>32</sup>. Esta regla básica se corresponde en su mayor parte con el § 275.3 BGB. Pero, a diferencia de los PECL y los PU, la norma alemana exige adicionalmente que la prestación no pueda serle exigida al deudor «teniendo en cuenta los obstáculos que se opongan a su realización frente al interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la misma».

Finalmente, de conformidad con el § 311 a)1 BGB, las reglas internacionales establecen que un contrato no es nulo por el simple hecho de que en el momento de su conclusión fuere imposible el cumplimiento de la obligación contraída, o por el hecho de que una de las partes no tuviera poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato<sup>33</sup>. En esos casos, la parte contractual que ha asumi-

---

promiso y ello explicaría la regulación actual. Según el artículo 28 «si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención» (*Textos Básicos, op. cit.*, II.5). Por eso la CV tampoco regula la cuestión de en qué circunstancias y bajo qué requisitos puede liberarse del cumplimiento el deudor.

<sup>30</sup> Artículo 9:102 (2) (a) PECL, artículo 7.2.2. (a) PU.

<sup>31</sup> Artículo 9:102 (2) (b) PECL, artículo 7.2.2. (b) PU.

<sup>32</sup> Artículo 9:102 (2) (c) PECL, artículo 7.2.2. (c) PU.

<sup>33</sup> Artículo 4:102 PECL; artículo 3.3 PU.

do el riesgo de la imposibilidad debe responder no sólo del interés negativo sino también del positivo, análogamente a lo dispuesto en el § 311 a) 2 BGB.

### 3.2.2 «CHANGE OF CIRCUMSTANCES» O «HARDSHIP»

También existen importantes coincidencias entre las reglas internacionales y el derecho alemán en lo que concierne a las normas que regulan la alteración de la base del negocio. Efectivamente, bajo la rúbrica «Change of circumstances» o «hardship», los artículos 6:111 PECL y 6.2.1-6.2.3 PU regulan una causa de exclusión de la prestación que esencialmente corresponde con lo que en el § 313 BGB es la alteración de la base del negocio<sup>34</sup>.

Pero, a diferencia de lo que prevé el § 313 BGB, los *presupuestos* de este instituto jurídico han sido regulados de manera mucho más restrictiva. Así, mientras que en el Derecho alemán prácticamente es contemplada como causa de alteración cualquier circunstancia sobrevinida y, especialmente, la falsa representación de las expectativas de ambos contratantes, resulta que las reglas internacionales sólo se refieren, bien al caso en que se produce un incremento de los costes de la prestación, bien a aquel que supone una disminución del precio. No se incluye el caso de error de los contratantes sobre circunstancias esenciales del contrato. En los PECL y los PU, el tema debe ser solucionado al amparo de las normas que regulan el error<sup>35</sup>.

Las *consecuencias jurídicas* previstas en el § 313 BGB y en la reglas internacionales también son distintas. Según los PECL y los PU, en caso de alteración de la base del negocio, los contratantes deben intentar primero una renegociación de las condiciones. El juez podrá modificar o declarar extinguido el contrato, sólo cuando ésta no sea posible [art. 6:111 (2) PECL; art. 6.2.3 (1) PU]. Por el contrario, el § 313 BGB prevé una pretensión a la adaptación o modificación del contrato pero no, además, una renegociación obligatoria<sup>36</sup>. Según el derecho alemán, y también a diferencia de lo

<sup>34</sup> Vid. Wolfgang ERNST, «Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law and in den Principles of International Commercial Contracts», en Jürgen Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 129, 147 ss.

<sup>35</sup> Artículo 4:103 PECL; artículo 3.5 PU.

<sup>36</sup> Reiner SCHULZE, en Reiner Schulze *et alii* (ed.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2003<sup>3</sup>, § 313 núm. 26. A veces se afirma que, efectivamente, es posible sostener una pretensión a la modificación del contrato y a una renegociación de las condiciones. Así, en particular, Horst EIDENMÜLLER, «Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung», *Jura* 2001, 824, 830 ss. Con anterioridad, sin

previsto en las reglas internacionales<sup>37</sup>, no es posible una pretensión a la indemnización cuando uno de los contratantes ha rehusado entrar en nuevas negociaciones o bien las ha interrumpido bruscamente y de forma unilateral.

### III. LA VIOLACIÓN DE UN DEBER COMO NOCIÓN CENTRAL DE LAS REGLAS SOBRE INCUMPLIMIENTO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

La orientación internacional del legislador alemán se aprecia igualmente en el ámbito de la responsabilidad del deudor (indemnización de daños y perjuicios). Hasta ahora, el Derecho alemán no conocía un supuesto de hecho unitario para el incumplimiento. El BGB venía caracterizado por una compleja y poco clara variedad de supuestos individuales de incumplimiento, a veces previstos en la ley, otras no. Desde la reforma operada por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones, la regulación general se contiene en el § 280 BGB, que prevé un único supuesto de hecho basado en el concepto de violación de un deber (*Pflichtverletzung*).

#### 1. DEBERES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA (§ 241 BGB)

El cambio de paradigma es notorio, ya desde el comienzo del Libro II BGB, a la luz de la nueva formulación del § 241 BGB. Hasta ahora, la regla del § 241 BGB se agotaba en la disposición que establecía que, en virtud de la existencia de una relación obligatoria, el acreedor podía exigir al deudor una prestación. El crédito del acreedor (la relación jurídica entendida en sentido estricto) sólo hacía referencia a los deberes principales y accesorios que formaban parte de la prestación. Por el contrario, la perspectiva del deudor, su obligación frente al acreedor, no se abordaba. Esto es lo que ahora recupera la Ley de modernización del Derecho de obligaciones. A la regla del § 241 BGB le ha sido añadida un segundo

---

embargo, muy crítico con la idea de que sea necesaria una renegociación, Michael MARTINEK, «Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik ... und Ablehnung», *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 198 (1998), 329 ss., así como Wolfgang ERNST, *op. cit.*, 151 ss.

<sup>37</sup> Tal tipo de pretensión a la indemnización de daños y perjuicios es prevista expresamente en el artículo 6: 111 (3) PECL. Los PU, por el contrario, no prevén expresamente un deber de indemnización.

párrafo, según el cual en la relación obligatoria (esta vez en sentido amplio) cada parte debe tener en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra. Con esta norma han encontrado regulación legal los deberes que no forman parte de la prestación (deberes de protección) como, por ejemplo, el deber del vendedor al que con anterioridad se hizo referencia de no dañar los muebles del comprador en el momento en que va a su casa a instalarle el electrodoméstico previamente adquirido.

## 2. SISTEMÁTICA DE LOS DEBERES DE INDEMNIZACIÓN

Tal concepción se basa también en la sistemática de los deberes de indemnización.

### 2.1 El § 280 BGB como supuesto de hecho principal de la violación del deber

El § 280 BGB establece como supuesto de hecho básico, que cada violación de un deber genera la obligación de indemnizar daños. Según el § 280.1 BGB, la violación de un deber ofrece el supuesto de hecho objetivo de la pretensión a la indemnización y la carga de la prueba corresponde al acreedor. Ante esta situación, debe diferenciarse si el deudor es responsable o no de la violación del deber. El § 280 BGB establece fundamentalmente el principio de culpa y ésta se presume a favor del acreedor, sin perjuicio de la posibilidad de prueba en contrario (§ 280.1, II BGB).

Esencialmente, la noción de «violación de un deber» incluye todo tipo de incumplimiento. Según el razonamiento del legislador, no depende de si el deudor ha infringido un deber principal o accesorio, un deber de prestación o un deber de protección, y tampoco de si no ha cumplido a tiempo o en el lugar indicado o si ha cumplido con cosa distinta de la debida, o con una prestación que tiene defectos o que no corresponde a la clase o calidad pactada<sup>38</sup>. El concepto de «violación de un deber» comprende los antiguos tipos referidos al incumplimiento por imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso y violación positiva del contrato, pero también —a partir del § 311.2 y 3 BGB— el grupo de casos de la *culpa in contrahendo*.

Frente al § 280 BGB, la única base para una pretensión independiente viene especificada en el § 311 a) 2 BGB, para el caso de

<sup>38</sup> BT-Drucks. 14/6040, 93.



imposibilidad inicial. El fundamento de la indemnización es la promesa de prestación del deudor, mientras que los §§ 280 ss. BGB presuponen ya la existencia de una prestación o un deber de protección. Según el § 311 a) 2 BGB, el deudor debe responder porque se obliga a una prestación, aunque él conoce o debiera conocer que no puede cumplirla. A diferencia de lo que sucedía con anterioridad, el deudor no sólo debe indemnizar el interés negativo, sino también el positivo.

En cambio, sí que resulta adecuado el § 280.1 BGB, en relación con otras eventuales pretensiones a la indemnización derivadas de infracción obligacional. Aunque no todos los casos de incumplimiento pueden ser solucionados al amparo del § 280.1 BGB, porque para determinadas cuestiones rigen adicionalmente otras disposiciones, ello no impide que todas las categorías sobre el incumplimiento puedan ser reconducidas al § 280.1 BGB como norma básica<sup>39</sup>.

## **2.2 La indemnización de los daños causados por mora, según los §§ 286, 288 BGB**

En relación con la indemnización por mora rigen disposiciones específicas. Según el § 280.2 BGB la indemnización sólo es exigible si se dan los requisitos adicionales previstos en el § 286 BGB. El deudor que no ha cumplido una obligación vencida y exigible debe ser intimado al pago por el acreedor (§ 286.1 BGB). Ello es superfluo cuando esté fijado un momento determinado para la prestación, de acuerdo con el calendario (§ 286.2, núm. 1 BGB), cuando la prestación presuponga un acontecimiento y esté determinado un tiempo razonable para su ejecución que puede calcularse según el calendario a partir de la producción de tal acontecimiento (§ 286.2, núm. 2 BGB), cuando el deudor rechace de manera seria y definitiva el cumplimiento (§ 286.2, núm. 3 BGB), o cuando por cualquier otra razón, y ponderando los intereses de ambas partes, esté justificado el comienzo inmediato de la mora (§ 286.2, núm. 4 BGB). Rige una regla especial en el supuesto de prestaciones remuneratorias, cuando el deudor haya recibido una factura o documento de pago equivalente. En ese caso, el deudor incurre en mora a lo más tardar a partir de los treinta días tras el vencimiento y recepción de la factura o nota de pago equivalente (§ 286.3 BGB). Finalmente, el § 286.4 BGB establece que el deudor no incurre en mora

---

<sup>39</sup> BT-Drucks. 14/6040, 93, 135; Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I*, C.H. Beck, München, 2002<sup>13</sup>, núm. 385.

cuando el incumplimiento de la prestación sea consecuencia de una circunstancia de la que él no es responsable.

Si se dan los presupuestos del § 286 BGB, el deudor debe compensar al acreedor por todos los daños que le cause el retraso. Fundamentalmente, debe satisfacer un tipo de interés de demora anual superior en cinco puntos al tipo de interés básico (§ 288.1 BGB), siendo el tipo de referencia el del Banco Central Europeo, que varía cada semestre (§ 247 BGB).

Las reglas contenidas en los §§ 286, 288 BGB son, sobre todo, la transposición de la Directiva 2000/35/CE, sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales<sup>40</sup>. En este caso, también la nueva regulación del BGB va mucho más lejos que las disposiciones comunitarias. Según los artículos 1, 2, núm. 1 de la citada Directiva, ésta sólo se ocupa de la morosidad en los pagos efectuados como contraprestación (prestaciones remuneratorias), entre empresas o poderes públicos. Por el contrario, el § 286 BGB se aplica a todos los negocios jurídicos, es decir, también a los celebrados con consumidores. Sólo en dos casos, el nuevo derecho sobre la mora contiene reglas especiales dirigidas al consumidor. Por un lado, el § 286.3 BGB establece que el plazo de 30 días sólo empieza a contar frente a éste cuando el acreedor le haya advertido expresamente de las consecuencias de la mora en la factura o nota de pago equivalente (§ 286.3, III BGB). Por otro lado, en los negocios jurídicos en los que no sea parte un consumidor, el tipo de interés de demora para las prestaciones remuneratorias no es de cinco sino de ocho puntos por encima del tipo básico de interés (§ 288.2 BGB).

### **2.3 Indemnización por daños en lugar de prestación, según los §§ 281-283 BGB**

Para que el acreedor pueda solicitar indemnización por daños «en sustitución de la prestación debida», bien porque el deudor no realiza la prestación, bien porque no la realiza conforme a lo debido, rigen presupuestos especiales. Efectivamente, en estos casos sólo es posible obtener indemnización si se dan las circunstancias adicionales de los §§ 281-283 BGB, según dispone el § 280.3 BGB. En primer lugar, el § 281 BGB establece que para apreciar que ha habido incumplimiento (*Nichtleistung*) o cumplimiento defectuo-

---

<sup>40</sup> Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 29 de junio de 2000, en *Textos Básicos*, op. cit., I.12.

so, es necesario –y suficiente– que el acreedor haya otorgado sin éxito al deudor un plazo razonable para realizar la prestación o su cumplimiento ulterior (una vez constatado un previo incumplimiento o un cumplimiento defectuoso), transcurrido el cual puede obtenerse la indemnización en sustitución de la prestación debida. En el § 281 BGB tienen cabida, sobre todo, la mora y la entrega de una cosa defectuosa. Por el contrario, el § 283 BGB establece que la fijación de un plazo para los casos del § 275 BGB es superfluo.

Finalmente, el § 282 BGB concede al acreedor el derecho a la indemnización en lugar de la prestación en caso de violación de deberes de protección que no forman parte de la prestación (en el sentido del § 241.2 BGB). La regla se aplica cuando el deudor cumple regularmente la prestación pero concurren circunstancias que ponen en peligro la finalidad del contrato. En estos casos, el acreedor debe poder, no sólo exigir los daños de acuerdo con el § 280.1 BGB, sino también desistir de su interés en la ejecución del contrato y exigir indemnización en lugar de la prestación. En este sentido, el § 282 BGB asume los principios fundamentales desarrollados por la jurisprudencia en relación con la violación positiva del contrato<sup>41</sup>.

### 3. COMPARACIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO Y CON LAS REGLAS INTERNACIONALES<sup>42</sup>

#### 3.1 Coincidencias

Si se compara la noción, recientemente incorporada en el BGB, de *Pflichtverletzung* o «violación de un deber», con el Derecho comunitario y las reglas internacionales, se constata que el legislador alemán se basa en buena parte en las disposiciones de la CV, los PECL y los PU, así como en la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo. El modelo de una norma fundamental única en

---

<sup>41</sup> Vid. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 11, 84 y *Rechtsprechungsreport Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift Zivilrecht* (NJW-RR) 96, 950.

<sup>42</sup> La comparación que a continuación se realiza se limita al concepto de «violación de un deber» o *Pflichtverletzung*. No procede desarrollar aquí ulteriores particularidades, aunque sí cabe señalar que desde diferentes sectores se ha señalado que, posiblemente, el legislador alemán no ha transpuesto correctamente la directiva sobre morosidad. Así, vid. Wolfgang ERNST, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, op. cit., § 276 núm. 86; Hans SCHULTE-NÖLKE, en Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring (eds.), *Anwaltkommentar Schuldrecht*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2002, § 286 núm. 32 ss, 57.

materia de incumplimiento fue tomado de la CV. Es una solución que luego también han adoptado tanto los PU como los PECL, aunque refinada en algunos puntos<sup>43</sup>. Finalmente, es notorio que con la categoría de la «conformidad con el contrato» o, lo que es lo mismo, la «infracción contractual»<sup>44</sup>, la Directiva 1999/44/CE también ha adoptado el modelo que proporciona la CV, aunque aquella no prevé la pretensión a la indemnización por daños<sup>45</sup>.

En mi opinión, hay que celebrar que las cosas sean así. La anterior división entre formas distintas de infracción contractual llevaba a una situación en la que coexistían supuestos de hecho previstos legalmente con otros que no lo estaban. Un supuesto de hecho único, por el contrario, proporciona la ventaja de abarcar sin lagunas todos los tipos de incumplimiento y con ello se gana tanto en sencillez como en claridad sistemática y dogmática.

Pero, a pesar de las coincidencias constatadas entre el BGB y las normas europeas, también existen divergencias.

## 3.2 Divergencias

### 3.2.1 INFRACCIÓN DE UN DEBER –INFRACCIÓN DEL CONTRATO– INCUMPLIMIENTO

Una diferencia esencial en el BGB y en los cuerpos de reglas internacionales se aprecia, en primer lugar, en la terminología utilizada por el § 280 BGB. Mientras que la pretensión de daños, en el BGB, debe vincularse al supuesto de hecho de la «violación de un deber» (*Pflichtverletzung*), la CV utiliza principalmente el concepto de «violación del contrato» (*Vertragsverletzung*)<sup>46</sup>. En los PECL y los PU, por el contrario, el incumplimiento («*Nichterfüllung*») es la categoría central en el momento de fijar los recursos que tiene la parte perjudicada<sup>47</sup>.

Los conceptos no reflejan solamente diferencias terminológicas sino también de concepción<sup>48</sup>. Esto se aprecia claramente a

<sup>43</sup> Ulrich MAGNUS, «Der Tatbestand der Pflichtverletzung», en Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, *op. cit.*, 67, 68.

<sup>44</sup> Artículos 2 y 3.1 Directiva 1999/44/CE.

<sup>45</sup> Artículo 8.1 Directiva 1999/44/CE.

<sup>46</sup> Artículos 25, 45 (3), 61 (3), 74 CV. A veces también se utiliza el concepto de incumplimiento: artículos 49 (1) (a), 64 (1) (a), 79 (1) CV.

<sup>47</sup> Artículos 8:101 PECL y 7.1.1 PU.

<sup>48</sup> Contrariamente, los redactores de la ley sobre la modernización del Derecho de Obligaciones eran de la opinión de que la divergencia de conceptos no obedecía a un tema de contenido sino tan solo de dicción. BT-Drucks. 14/6040, 92. 133 ss.

partir de dos constataciones. Por un lado, el § 280 BGB se ubica sistemáticamente en la Parte general del Derecho de obligaciones. A diferencia de lo que sucede en las reglas internacionales, el supuesto de hecho de la violación del deber no se refiere al incumplimiento de deberes contractuales sino, en general, a la violación de deberes que resultan de una relación jurídica obligacional. Por eso el § 280 BGB tiene aplicación no sólo a los contratos, sino también a la responsabilidad civil extracontractual y al enriquecimiento injusto<sup>49</sup>. Por otro lado, debe ser observado que, finalmente, el legislador alemán se ha decantado por el concepto de «violación de un deber», debido a la imposibilidad de incluir la violación de un deber de protección dentro del concepto general del incumplimiento (*Nichterfüllung*)<sup>50</sup>. En eso, la concepción alemana también se aparta de las reglas internacionales, puesto que ni la CV, los PECL o los PU conocen un supuesto de hecho general de los deberes de protección comparable al § 241.2 BGB<sup>51</sup>.

### 3.2.2 MANTENIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

Mientras que la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones se basa en el principio de responsabilidad por culpa, por el contrario y, como es conocido, la CV, los PECL y los PU prescinden de la culpa como fundamento de la responsabilidad<sup>52</sup> y, además, limitan tal responsabilidad, esto es, la indemnización, a tan sólo los daños previsibles<sup>53</sup>. Ahora bien, tales regulaciones no son, en el fondo, tan divergentes. Cabe afirmarlo a la vista del establecimiento, en el § 280.1, II BGB, de un principio de culpa presunta, en virtud del cual el deudor debe probar que no ha actuado culposamente. Resulta, pues, que las diferencias prácticas entre una responsabilidad estricta y por culpa presunta no son tantas como generalmente se afirma<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Crítico, Ole LANDO, «Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 2003, 231, 244.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 14/6040, 133 ss. Además fue determinante la idea de que el retraso en el cumplimiento y el cumplimiento defectuoso no podían ser comprendidos adecuadamente dentro del concepto de incumplimiento.

<sup>51</sup> Con detalle, Ulrich MAGNUS, *op. cit.*, 67, 71 ss.

<sup>52</sup> Artículo 45 (1) (b); 61 (1) (b) CV; artículo 9:501 PECL y artículo 7.4.1 PU.

<sup>53</sup> Artículo 74 CV; 9:503 PECL; 7.4.4 PU.

<sup>54</sup> En esta línea, MAGNUS, *op. cit.*, 75 y LANDO, *op. cit.*, 241.

#### IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO

##### 1. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN DE LOS §§ 323 SS. BGB

La transposición de la Directiva sobre garantías en la compra-venta de bienes de consumo <sup>55</sup> también ha llevado a regular de nuevo los derechos de resolución en caso de incumplimiento. El legislador alemán no se ha limitado a transponer literalmente el derecho de resolución previsto en la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5), sino que ha optado por regular conjuntamente y de manera armónica tanto el derecho de resolución previsto en la citada directiva, como los otros derechos de resolución por causa de incumplimiento recogidos en los PECL/PU.

El § 323 BGB es el párrafo central en materia de resolución para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. A diferencia de lo que sucedía anteriormente <sup>56</sup>, el derecho de resolución no presupone que el deudor haya actuado culposamente. Según el concepto dado por la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5, segundo guión), el acreedor puede resolver el contrato cuando haya concedido al deudor sin éxito un plazo adecuado para cumplir con su obligación (de saneamiento, en este caso).

Si se da el caso de imposibilidad, el establecimiento de un plazo es prescindible (art. 326.5 BGB), análogamente a la Directiva 1999/44/CE (*vid.* art. 3.3, I y art. 3.5 primer guión). Finalmente, el § 324 BGB regula derechos de resolución en caso de violación de deberes secundarios que no formen parte del contenido de la prestación (deberes de protección, § 241.2 BGB).

##### 2. COMPARACIÓN CON LAS REGLAS INTERNACIONALES

El § 323 no sólo refleja la concepción de la Directiva 1999/44/CE, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sino también el de las reglas internacionales. En caso de resolución del contrato, e igual que la CV, los PECL y los PU, el Derecho alemán no presupone que el deudor sea culpable del incumplimiento. Esta solución es, francamente preferible. Que alguien deba responder personalmente sólo en caso de conducta culpable, queda justificado

---

<sup>55</sup> *Vid.* artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE y el derecho de resolución allí previsto.

<sup>56</sup> *Vid.* § 326 BGB, versión anterior.

supuesto que el contratante exija indemnización por daños. Otra cosa es, por el contrario, que se exija resolución del contrato, puesto que entonces no parece justificado exigir el requisito de culpa. El deudor que no cumple con sus deberes no puede esperar de sus acreedores que éstos continúen vinculados ilimitadamente a sus deberes.

A diferencia del § 323 BGB, los PECL y los PU conceden un derecho de resolución sólo en caso de «infracción contractual esencial» (*fundamental breach*)<sup>57</sup>. Frente a ello, el § 323 BGB permite desistir tras el transcurso infructuoso de un plazo legal. Se dan requisitos limitados –en armonía con la Directiva sobre garantía en las ventas de consumo (art. 3.6)– sólo para el caso de cumplimiento defectuoso: supuesto que la infracción sea insignificante, el acreedor no tiene un derecho de resolución (§ 323.5, II BGB)<sup>58</sup>.

La CV ofrece otra solución. Principalmente, la CV concede derecho de resolución sólo cuando la infracción del contrato es esencial. Alternativamente, en caso de no entrega de la cosa vendida en el plazo establecido, el comprador también puede resolver el contrato<sup>59</sup>. Eso ahorra tanto al comprador como al vendedor la en ocasiones difícil prueba de que la infracción tiene el carácter de «esencial».

Cuál de estos modelos sea preferente, no es cuestión que pueda dilucidarse aquí de manera concluyente. A fin de cuentas, todos los caminos llevan a Roma, de forma que el acreedor que establece un plazo transforma en la forma conocida, cuando éste transcurre, lo que hasta entonces era una infracción no esencial en otra que sí lo es<sup>60</sup>.

## V. INTENTO DE VALORACIÓN PROVISIONAL

Aun siendo de lamentar el grado de abstracción del nuevo Derecho de obligaciones<sup>61</sup>, la reforma merece una valoración positiva. La Ley de modernización del Derecho de Obligaciones en Alema-

<sup>57</sup> Artículo 9: 301 (1) PECL; artículo 7.3.1 (1) PU.

<sup>58</sup> Una nueva limitación se encuentra en el caso del cumplimiento parcial. En ese caso, según el § 323.5, I BGB, el acreedor sólo puede resolver el contrato cuando no tenga ningún interés en el cumplimiento parcial.

<sup>59</sup> Artículo 49 (1) (b), 64 (1) (b) CV.

<sup>60</sup> Así, con razón, Michael STATHOPOULOS, «Europäisches Vertragsrecht und ratio scripta. Zuständigkeiten und Perspektiven», *ZEuP* 2003, 243, 260.

<sup>61</sup> Así, especialmente, Ole LANDO, *op. cit.*, 244: «Der deutsche Gesetzgeber formuliert heute wie früher kurze und präzise Regeln. Das Abstraktionsniveau ist jedoch zu hoch. (...) Ich bedauere die deutschen Jurastudenten, die, wie ihre Vorgänger, viel Zeit und Mühe verwenden müssen, um das System zu lernen. Für die Ausländer ist die Unzugänglichkeit auch bedauerlich (...) Es wäre wichtig, dass die deutschen Regeln über Verträge für die Nachbarstaaten verständlich sind».

nia ha procurado la discusión sobre la europeización del Derecho privado y, en ella, la participación de nuestra doctrina. Así, es posible que el BGB pueda ejercer alguna influencia en las tareas que todavía quedan pendientes en relación con la armonización del Derecho de contratos, según la descripción realizada en el Plan de Acción de la Comisión europea<sup>62</sup>.

Pero tampoco deben ser omitidos los problemas que genera este nuevo Derecho de obligaciones. Desde el momento en que el legislador alemán ha decidido integrar el saneamiento en la compraventa, en las normas que regulan el incumplimiento (*Leistungstörungsrecht*), a partir de ahora corresponde a las muchas disposiciones que regulan esta materia la función de transponer la Directiva 1999/44/CE. Las reflexiones precedentes han mostrado sobre todo que las reglas sobre imposibilidad y las disposiciones sobre resolución del contrato se han visto directamente afectadas por la Directiva referida. Debe añadirse, además, que también el derecho relativo a la mora viene determinado por la Directiva sobre morosidad. Estos dos ejemplos permiten apreciar claramente hasta qué punto, tras la reforma, en Alemania el derecho general sobre el incumplimiento de las obligaciones viene determinado por el Derecho comunitario.

## 1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO NACIONAL CONFORME CON LAS DIRECTIVAS

Para concluir, las consecuencias de la reforma sólo pueden ser presentadas aquí muy sumariamente.

En primer lugar debe constatarse que el Derecho general sobre incumplimiento de las obligaciones debe ajustarse, en lo sucesivo, al mandato de «interpretación conforme» con el Derecho comunitario. Eso quiere decir que no sólo debe realizarse una interpretación conforme cuando el precepto que se interprete sea un resultado directo de la transposición de una directiva, sino también cuando se trate de una transposición que vaya más allá de su texto obligato-

---

<sup>62</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relaciones –Un derecho contractual Europeo más coherente– Plan de acción, COM 2003, 68 final, DOCE C 63, de 15.3.2003, 1. *Vid.* Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, «Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission», *Le Dalloz* 2003, núm. 18, 1171 ss.; Reiner SCHULZE, «The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law», en Reiner Schulze/Martin Ebers/Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 15 ss.; Dirk STAUDENMAYER, «Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2003, 165 ss.



rio, tal y como viene exigiendo el TJCE<sup>63</sup>. Los tribunales alemanes, por tanto, deben proceder a una interpretación conforme con la Directiva 1999/44/CE también cuando, por ejemplo, el § 323 BGB resulte de aplicación a un contrato de servicios (y no sólo a la compraventa). Las dificultades, en la práctica, están servidas. Porque, aparte del hecho de que el aplicador del derecho deberá cerciorarse en adelante de en qué medida una norma tiene su origen o no en el Derecho comunitario, resulta que hasta la fecha falta todavía un marco general de referencia para todas las Directivas, que permita establecer criterios de interpretación comunes<sup>64</sup>. La coherencia del Derecho comunitario actualmente vigente debe ser mejorada, tal y como recientemente se ha preocupado de señalar la Comisión europea en su Plan de Acción y ello también es necesario para mejorar igualmente la seguridad jurídica en Alemania.

## 2. EL BGB COMO «OBRA EN CONSTRUCCIÓN PERMANENTE»

Además, la decisión adoptada por el legislador alemán de incluir el Derecho del consumo en el BGB implica calificar a este último, de ahora en adelante, de «obra en construcción permanente»<sup>65</sup>. La transposición de directivas comunitarias y la adaptación de la jurisprudencia que las mismas genere será una tarea continua y a largo plazo para el legislador alemán. Éste ha renunciado a

---

<sup>63</sup> TJCE 17.7.1997 –Asunto C-28/95– A. Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam, Rec. 1997, I-04161, núm. 27, 32; TJCE 17.7.1997 –Asunto C-130/95– Bernd Giloy c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, Rec. 1997, I-04291, núm. 28. En la Sentencia Leur-Bloem, el TJCE ha afirmado que «[...] cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». Pero no está demasiado claro de qué requisitos ello depende; el TJCE ha realizado esta afirmación, en un contexto que se refiere a la evitación de reglas nacionales que supongan perjuicios a los nacionales o una restricción a la competencia. Sobre todo ello, cfr. Reiner SCHULZE, «Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts – Einführung», en Reiner Schulze, *Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 9, 18; Klaus TONNER, «Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts», *JZ* 1996, 533, 539.

<sup>64</sup> *Vid.* el Plan de Acción de la Comisión de 12.02.2003, sobre un Derecho contractual europeo más coherente, *op. cit.*

<sup>65</sup> Wulf-Henning ROTH, «Die Europäisierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs», en Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (eds.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente-Brennpunkte-Ausblick*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, 25, 26 ss.

hacer una transposición estricta de las concretas disposiciones contenidas en las Directivas y, de momento, esto puede evitar fracturas y divergencias de valores en el sistema nacional. Pero, desde luego, está todavía por ver si tal tipo de transposición, más allá de lo exigible, será o no conforme con el Derecho comunitario futuro y la jurisprudencia del TJCE.

Más bien parece que no, a la vista de la sentencia del TJCE «Heininger»<sup>66</sup>, que trata sobre la regulación alemana de los plazos para revocar un contrato. Las muchas directivas comunitarias de protección del consumidor que conceden a éste un derecho de revocación<sup>67</sup> fueron transpuestas en Alemania en forma de leyes especiales<sup>68</sup>. Con la transposición de la Directiva 1997/7/CE, sobre contratos a distancia, en el año 2000, se dió un primer paso hacia la armonización de los derechos de revocación<sup>69</sup>, pero con la reforma del Derecho de obligaciones se fue más lejos y se reguló unitaria-

<sup>66</sup> TJCE 13.12.2001, –Asunto C-481/99– Georg Heininger y Helga Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, Rec. 2001, I-09945. *Vid.* la reseña que a esta sentencia han realizado Mathias HABERSACK/Christian MAYER, «Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der “Heininger”- Entscheidung des EuGH», *Wertpapiermitteilungen* (WM) 2002, 253; Peter MANKOWSKI, «Zur Neuregelung der Widerrufsfrist bei Fehlen einer Belehrung im Verbraucherschutzrecht», *JZ* 2001, 745; Norbert REICH/Ursula RÖRIG, *EuZW* 2002, 84; Peter Rott, «“Heininger” und die Folgen für das Widerrufsrecht», *Verbraucher und Recht* (VuR) 2002, 49; Ansgar STAUDINGER, «Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?», *NJW* 2002, 653.

<sup>67</sup> Artículo 5.1 Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales (*Textos Básicos, op. cit.*, I.15); artículo 5, núm. 1 Directiva 94/47/CE, de 26 octubre de 1994, relativa a la protección de adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*Textos Básicos, op. cit.*, I.70); artículo 6 Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*Textos Básicos, op. cit.* I.25); artículo 6 Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOCE L 2002 271/16). Sin embargo, en el anexo de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (*Textos Básicos, op. cit.*, I.20), sólo se halla la mención de que el consumidor debe ser informado, en su caso, del período de reflexión (Anexo I, núm. 1 vii, núm. 2 iii, núm. 3 iii y núm. 4 iv). Los Estados miembros deben decidir si al consumidor se le debe conceder o no un derecho de revocación. Es lo que ha hecho el legislador alemán (*vid nota siguiente*).

<sup>68</sup> § 1 *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften* [Ley sobre el derecho de revocación en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y similares], según redacción de 29.6.2000 (BGBl. I 955); § 5 *Teilzeit-Wohnrechtgesetz* [= Ley de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido], según redacción de 29.6.2000 (BGBl. I 957); § 3 *Fernabsatzgesetz* [= Ley de contratos celebrados a distancia], de 27.6.2000 (BGBl. I 897); § 7 *Verbraucherkreditgesetz* [= Ley de crédito al consumo], según la redacción de 29.6.2000 (BGBl. I 940).

<sup>69</sup> *Vid.* §§ 361 a), b) BGB en la redacción de la *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*, de 27.6.2000 (BGBl. I 897 y 1139) [= Ley sobre los contratos a distancia y otras cuestiones de derecho de consumo, así como de adaptación de las disposiciones al euro].

mente todos los plazos de ejercicio. El § 355.3 BGB, según la versión dada por la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones, preveyó que todos los derechos de revocación se extinguieran, a lo más tardar, tras el transcurso de seis meses a partir de la conclusión del contrato. Pero, según la sentencia «Heininger» antes mencionada, tal regulación no era admisible: el TJCE estableció que, si no se proporciona información al consumidor sobre el derecho de revocación que le asiste, según la Directiva 85/577/CEE, sobre negocios celebrados fuera de los establecimientos comerciales, los Estados miembros no pueden limitar a un plazo determinado el ejercicio de tal derecho, puesto que es evidente que el mismo sólo puede ejercerse a partir del momento en que el interesado ha sido informado de su existencia<sup>70</sup>.

El legislador alemán tuvo que apresurarse a proceder a la reforma del § 355.3 BGB, para evitar que el Estado incurriera en responsabilidad, tal y como exige la sentencia «Francovich» y la jurisprudencia generada a partir de ella, para los casos de infracción del ordenamiento jurídico comunitario<sup>71</sup>. El cambio se produjo mediante la *OLG-Vertretungsänderungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002<sup>72</sup>, añadiendo una nueva frase al § 355.3 BGB (= § 355.3, III BGB). Ahora, gracias al § 355.3, III BGB, el consumidor goza de un plazo ilimitado para ejercer el derecho de revocación, mientras no sea informado sobre el mismo por el comerciante. Puesto que esta regla es común para todos los derechos de revocación, puede decirse que el legislador alemán ha ido, de nuevo, más allá que el Derecho comunitario<sup>73</sup>. Lo cierto es que, al menos teóricamente, el legislador podía haber establecido un plazo máximo de ejercicio en relación con algunos casos distintos a los negocios fuera de establecimientos comerciales: así lo autoriza la Directiva 97/7/CE, sobre negocios celebrados a distancia, y la

<sup>70</sup> TJCE 13.12.2001, Asunto C-481/99, núm. 45 ss.

<sup>71</sup> TJCE 19.11.1991, Asuntos C-6/90 y C-9/90, Andrea Francovich y otros c. República Italiana, Rec. 1991, I-5357. Vid. el resumen en Reiner Schulze/Arno Engel/Jackie Jones (eds.), *Casebook Europäisches Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000, 69 ss.

<sup>72</sup> *Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten* también conocida como *OLG-Vertretungsänderungsgesetz*, de 23 de julio de 2002 (BGBl. I 2002, 2850) [Ley de modificación del derecho de representación a través de abogado ante los Tribunales Superiores de los Länder]. Sobre el tema: Alexander BODENDIEK, «Verbraucherschutz - Die neue Musterwiderrufsbelehrung», *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 2003, 1; Andreas MASUCH, «Musterhafte Widerrufbelehrung des Bundesjustizministeriums?», *NJW* 2002, 2931; Alexander MEINHOF, «Neuerungen im modernisierten Verbrauchervertragsrecht durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz. Heininger und die Folgen», *NJW* 2002, 2273; Sven TIMMERBEIL, «Der neue § 355 III BGB - Ein Schnellschuss des Gesetzgebers?», *NJW* 2003, 569.

<sup>73</sup> Crítico, Ansgar STAUDINGER, *op. cit.*, 656; Mathias HABERSACK/Christian MAYER, *op. cit.*, 258 ss.

Directiva 94/47/CE, sobre tiempo compartido <sup>74</sup>. Sin embargo, tal posibilidad fue expresamente rechazada durante la tramitación legislativa <sup>75</sup>, con el argumento de que una regulación unitaria concedería mayor transparencia al derecho y se proporcionaría, así, un uso más adecuado.

Habrà que esperar todavía a ver como se desarrollan las cosas en el futuro y cuáles serán los próximos avances en Europa. El tantas veces mencionado Plan de Acción de la Comisión «para un Derecho contractual más coherente» indica que la regulación de los derechos de revocación que, hasta la fecha, han sido regulados de manera muy diferente en las directivas comunitarias (sobre todo en lo que respecta a duración y plazo de ejercicio), deberían ser objeto de una regulación más coherente, dentro de un marco común de referencia <sup>76</sup>. Lo cual significa que, a la larga o a la corta, el legislador alemán podría verse obligado a modificar de nuevo los derechos de revocación regulados en el BGB en beneficio del consumidor.

### 3. ¿EL DERECHO DEL CONSUMO COMO MODELO DEL BGB?

Finalmente, cabe preguntarse hasta qué punto una transposición que va más allá de lo exigido por las directivas, modifica el modelo en el cual se inspira el BGB. A la hora de transponer las directivas sobre el consumo, el legislador alemán ha generalizado sus previsiones, de manera que éstas se aplican ahora tanto a las compraventas entre particulares como a las comerciales. Ello entraña el peligro de que la transposición de las reglas sobre contratos de consumo a las ventas mercantiles acabe petrificando el Derecho, sobre todo en relación con el control de las condiciones generales de la contratación. Efectivamente, al decir el § 307.2 núm. 1 BGB que una cláusula es ineficaz si no es compatible con los principios generales de la regulación legal (de la que difiere), y estando esta regulación legal guiada por los principios que prevén la protección al consumi-

---

<sup>74</sup> Según el artículo 6.1, apartado 3 de la Directiva sobre negocios a distancia, el plazo es de tres meses, cuando el consumidor no ha sido informado de su derecho, que empieza a contar a partir del momento en que éste reciba los bienes y, tratándose de servicios, a partir del día de celebración del contrato. También la Directiva sobre tiempo compartido establece un plazo de tres meses en el artículo 5, núm. 1, guiones 2 y 3.

<sup>75</sup> Vid. BT-Drucks. 14/9266, 45.

<sup>76</sup> Vid. el Plan de Acción de la Comisión de 12.02.2003, sobre un Derecho contractual europeo más coherente, *op. cit.*, núm. 16, 24, así como, en el anexo del Plan de Acción, bajo el núm. 3.2, el resumen de las diferentes tomas de posición acerca de la Comunicación de la Comisión sobre el futuro del Derecho contractual en Europa.

dor, en los contratos entre comerciantes es evidente el riesgo de que tal regulación acabe siendo un freno a la autonomía privada<sup>77</sup>. De todas maneras, todavía es pronto para saber si la modernización del derecho de obligaciones ha comportado, para las empresas, nuevas limitaciones a la libertad de contratación.

## ANEXO

Traducción al castellano de los §§ del BGB utilizados a lo largo del texto<sup>78</sup>

### § 241. Deberes de la relación obligatoria

(1) En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión.

(2) La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.

### § 247. Tipo de interés básico

(1) El tipo de interés básico es del 3,62 por ciento. Se modifica cada 1 de enero y 1 de julio de cada año de acuerdo con la variación porcentual al alza o a la baja del tipo de referencia desde la última modificación del tipo de interés básico. El tipo de referencia es el tipo de interés para la operación de refinanciación principal más reciente del Banco Central Europeo anterior al primer día del semestre correspondiente.

(2) El Banco Federal Alemán publica sin demora en el Boletín Federal, en las fechas fijadas en el apartado 1, frase 2, el tipo de interés básico vigente.

### § 275. Exclusión del deber de prestación

(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.

(2) El deudor puede rechazar la prestación si ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulte un fuerte desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe tam-

---

<sup>77</sup> Está mayoritariamente asumido que los cambios en el Derecho de consumo no tienen la finalidad de limitar el poder de configuración del contrato en los contratos entre empresas o entre privados, más de lo que actualmente está ya limitado; Harm Peter WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs», *JZ* 2001, 530, 535 ss. *Vid. además sobre este problema*, Claus-Wilhelm CANARIS, «Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts», en *Festschrift für Peter Ulmer*, De Gruyter, Berlin, 2003, 1073 ss.; Thomas PFEIFFER, «Neues Schuldrecht – neues Leitbild im AGB-Recht», en Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt, *op. cit.*, 225 ss.

<sup>78</sup> Los §§ 241, 247, 280-283, 286, 288, 307, 311 a) 313, 323-324, 355, han sido traducidos por el Prof. Dr. Albert LAMARCA MARQUÈS, mientras que la traducción del § 439 BGB corresponde al Prof. Dr. Jordi NIEVA, ambos en: Albert Lamarca Marquès (coord.), *Código Civil alemán (Traducción)*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2004 (en prensa).

bién tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.

(3) El deudor puede además rechazar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos para la prestación con el interés del acreedor a la misma, no se le puede exigir su cumplimiento.

(4) Los derechos del acreedor se determinan por los §§ 280, 283 a 285, 311 a y 326.

### **§ 280. Indemnización por violación de un deber**

(1) Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede reclamar indemnización por los daños que resulten. Ello no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber.

(2) El acreedor sólo puede reclamar indemnización de daños por mora de acuerdo con los requisitos adicionales del § 286.

(3) El acreedor sólo puede reclamar indemnización en lugar de la prestación de acuerdo con los requisitos adicionales del § 281, § 282 o § 283.

### **§ 281. Indemnización en lugar de la prestación por falta de cumplimiento o de cumplimiento según la prestación debida**

(1) En tanto que el deudor no ha cumplido la prestación vencida o no la ha cumplido según lo debido, el acreedor puede reclamar una indemnización en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ha fijado sin éxito un plazo razonable al deudor para la prestación o la corrección del cumplimiento. Si el deudor ha cumplido parcialmente la prestación, el acreedor sólo puede reclamar indemnización en lugar de la entera prestación si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según lo debido, el acreedor no puede reclamar indemnización en lugar de la entera prestación si la violación de un deber es irrelevante.

(2) No es necesario fijar un plazo si el deudor rechaza seria y definitivamente la prestación o si se dan circunstancias especiales que, ponderando ambos intereses, justifican ejercitar de manera inmediata la pretensión de indemnización.

(3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación.

(4) La pretensión a la prestación queda excluida una vez el acreedor ha reclamado indemnización en lugar de la prestación.

(5) Si el acreedor reclama indemnización en lugar de la entera prestación, el deudor está legitimado, de acuerdo con los §§ 346 a 348, para pedir la restitución de lo ya prestado.

### **§ 282. Indemnización en lugar de la prestación por violación de un deber del § 241, apartado 2**

Si el deudor viola un deber del § 241, apartado 2, el acreedor puede reclamar indemnización en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ya no se le puede exigir que acepte la prestación por el deudor.

### **§ 283. Indemnización en lugar de la prestación por exclusión del deber de prestación**

Si el deudor, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, no debe cumplir la prestación, el acreedor puede reclamar indemnización en lugar de la prestación de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1. El § 281, apartado 1, frases 2 y 3, y apartado 5 se aplican analógicamente.

### **§ 286. Mora del deudor**

(1) Si el deudor no cumple la prestación ante una intimación del acreedor, realizada con posterioridad al vencimiento, incurre aquél en mora mediante la intimación. A la intimación se equiparan la presentación de la demanda a la prestación, así como la notificación de una orden de pago en un proceso monitorio.

(2) La intimación no es necesaria si,

1. está determinado un momento para la prestación de acuerdo con el calendario,

2. la prestación presupone un acontecimiento y está determinado un tiempo razonable para la prestación de modo que se puede calcular según el calendario a partir de la producción del acontecimiento,

3. el deudor rechaza seria y definitivamente la prestación,

4. por motivos especiales, y con ponderación de los intereses de ambas partes, está justificada la inmediata entrada de la mora.

(3) A más tardar, el deudor de un crédito remuneratorio incurre en mora si no presta dentro de los treinta días siguientes al vencimiento y a la recepción de una factura o nota de pago equivalente; para el caso en que el deudor sea un consumidor ello sólo ocurre si estas consecuencias están especialmente advertidas en la factura o nota de pago. Si la fecha de la recepción de la factura o nota de pago es incierta el deudor, que no sea consumidor, incurre en mora a más tardar a los treinta días del vencimiento y recepción de la contraprestación.

(4) El deudor no incurre en mora en tanto que la prestación no se cumple como consecuencia de una circunstancia de la que no debe responder.

### **§ 288. Intereses de demora**

(1) Una deuda dineraria devenga intereses durante la mora. El tipo de interés de demora anual es superior en cinco puntos porcentuales al tipo de interés básico.

(2) En los negocios jurídicos de los que no es parte un consumidor el interés para los créditos remuneratorios es superior en ocho puntos porcentuales al tipo de interés básico.

(3) El acreedor puede reclamar intereses superiores por otro fundamento de derecho.

(4) No se excluye la alegación de un daño adicional.

### **§ 307. Control de contenido**

(1) Las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, perjudican injustificada-

mente a la contraparte contractual del predisponente. También puede resultar un perjuicio injustificado del hecho que la cláusula no sea clara y comprensible.

(2) En la duda cabe deducir un perjuicio injustificado si una cláusula,

1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de la que difiere,

2. limita derechos o deberes esenciales, que resultan de la naturaleza del contrato, de un modo que pone en peligro la obtención de la finalidad del contrato.

(3) Los apartados 1 y 2, así como los §§ 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan reglas que modifican las disposiciones legales o bien las complementan. Otras disposiciones pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, frase 2 en relación con el apartado 1, frase 1.

### **§ 311a. Impedimento de la prestación en el momento de la celebración del contrato**

(1) No afecta a la eficacia de un contrato que el deudor, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, no deba cumplir la prestación y que el impedimento de la prestación ya exista antes de la celebración del contrato.

(2) El acreedor, a su elección, puede reclamar indemnización en lugar de la prestación o resarcimiento de sus gastos en el ámbito determinado en el § 284. Ello no rige si el deudor no conocía el impedimento de la prestación en el momento de la celebración del contrato y tampoco debe responder de su desconocimiento. El § 281, apartado 1, frases 2 y 3, y apartado 5 se aplican analógicamente.

### **§ 313. Alteración de la base del negocio**

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido fundamento del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en tanto que no pueda ser exigible para una de las partes el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido fundamento del contrato, resulten ser falsos.

(3) Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias duraderas en lugar de la resolución rige el derecho al desistimiento del contrato.

### **§ 323. Resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según el contrato**

(1) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple una prestación vendida o no la cumple según el contrato, el acreedor, si ha fijado un plazo razonable al deudor para el cumplimiento de la prestación o para su corrección, puede resolver el contrato.



- (2) El establecimiento de un plazo no es necesario si,
1. el deudor deniega la prestación seria y definitivamente,
  2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado contractualmente la subsistencia de su interés en la prestación a su cumplimiento tempestivo o
  3. se dan circunstancias especiales que, ponderando ambos intereses, justifican la inmediata resolución,

(3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación.

(4) El acreedor puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los presupuestos para la resolución.

(5) Si el deudor ha cumplido parcialmente la prestación, el acreedor sólo puede resolver totalmente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante.

(6) Se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia que le legitimaría para resolver, o bien si la circunstancia de la cual no debe responder el deudor se produce en un momento en que el acreedor está en mora en cuanto a la aceptación.

#### **§ 324. Resolución por violación de un deber del § 241, apartado 2**

Si el deudor viola un deber del § 241 apartado 2, en un contrato bilateral, el acreedor puede instar la resolución si ya no le es exigible el mantenimiento del contrato.

#### **§ 355. Derecho de revocación en contratos de consumo**

(1) Si por ley se concede a un consumidor un derecho de revocación, de acuerdo con esta disposición, no queda vinculado a su declaración de voluntad dirigida a la celebración del contrato si la ha revocado tempestivamente. La revocación no debe contener ninguna motivación y debe declararse frente al empresario en forma escrita o mediante la devolución de la cosa dentro de dos semanas; para el cumplimiento del plazo basta el envío tempestivo.

(2) El plazo comienza con el momento en que el consumidor recibe en forma escrita información claramente redactada sobre su derecho de revocación que, de acuerdo con las exigencias del medio de comunicación empleado, sea clara sobre su derecho y contenga el nombre y la dirección de frente a quien debe declararse la revocación y una advertencia sobre el inicio del plazo y la regla del apartado 1, frase 2. A diferencia de lo establecido en el párrafo 1, frase 2, si la información ha sido proporcionada tras la conclusión del contrato, el plazo es de un mes. Si el contrato se debe celebrar por escrito el plazo no comienza a transcurrir antes de que se ponga a disposición del consumidor una escritura del contrato, la propuesta por escrito del consumidor o un duplicado de la escritura del contrato o de la propuesta. Si el inicio del plazo es litigioso la carga de la prueba incumbe al empresario.

(3) El derecho de revocación se extingue, como muy tarde, a los seis meses de la celebración del contrato. Para el caso de entrega de mercancías el plazo no comienza antes del día de su recepción por el destinatario. Como

excepción a lo establecido en la frase 1, el derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho de revocación.

#### **§ 439. Saneamiento**

(1) El comprador podrá reclamar en concepto de saneamiento, a su elección, la reparación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicios.

(2) El vendedor correrá con los gastos de transporte, circulación, mano de obra y materiales que comporte el saneamiento.

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el § 275, apartados 2 y 3, el vendedor puede oponerse al modo de saneamiento elegido por el comprador, si dicho saneamiento sólo es posible ejecutarlo realizando gastos desproporcionados. Para valorar dicha desproporción se tendrá en cuenta el valor de la cosa en perfecto estado, la relevancia del vicio, y si el saneamiento puede ser hecho efectivo a través de la otra manera prevista en la ley, sin relevantes perjuicios para el comprador. En este caso, la acción del comprador se limita a la reclamación de dicha forma alternativa de saneamiento; sin perjuicio del derecho del vendedor a negarse a ese saneamiento alternativo si se dan los presupuestos referidos en el inciso primero de este párrafo.

(4) Si para el cumplimiento del saneamiento el vendedor entrega una cosa en perfecto estado, podrá reclamar al comprador la devolución de la cosa defectuosa según lo previsto en los §§ 346 a 348.