

COMITÉ EDITOR:

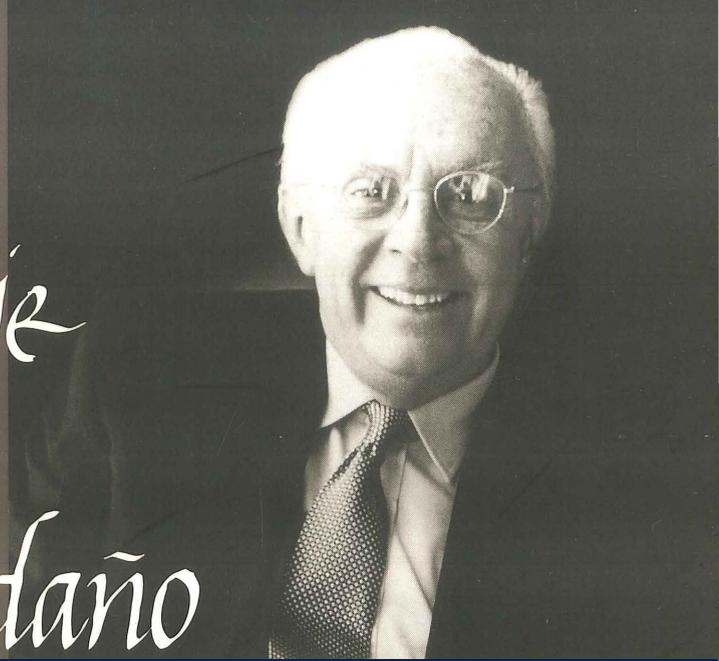
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 44



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

La reforma al Código Civil alemán

Julio César Rivera

NOS SENTIMOS MUY HONRADOS de participar en este homenaje al profesor Jorge Avendaño Valdez, a quien hemos tenido la oportunidad de frecuentar en muchas actividades académicas.

Sin duda, es un merecido homenaje a quien lleva cuatro décadas dedicado al estudio y enseñanza del Derecho, tarea que se ha cristalizado en decenas de promociones de abogados que pasaron por sus clases, en artículos y libros importantes, y nada menos que en el Código Civil de Perú de 1984.

Suele decirse que la elección del tema debe vincularse con la personalidad del homenajeado. En este caso, hemos tenido en consideración especial que el profesor Avendaño formó parte de la Comisión que redactó el Código Civil vigente, que constituye un modelo para toda Latinoamérica. El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en cuya redacción participamos, encontró inspiración en el Código del Perú en muchas de las soluciones propiciadas.

En función de esa actividad en la Comisión de reformas al Código Civil del Perú, que dio a luz el Código de 1984, he decidido aportar a este homenaje un comentario sobre la reciente reforma del Código Civil alemán. La tarea codificadora no se detiene y, más allá de los que en su momento denunciaron la *era de la descodificación*, lo cierto es que decenas de códigos han sido sancionados desde el Código italiano de 1942, y esa tarea se ha visto acelerada en el último decenio. Una de las reformas más importantes de estos últimos años ha sido la del Código Civil alemán (BGB), equiparada a una verdadera recodi-

ficación. Entendemos que esta reforma y el empeño puesto por el doctor Avendaño Valdez en la tarea codificadora en su país justifican la inserción de un breve comentario sobre ella en esta obra.

1. Introducción

Uno de los procesos de reforma legislativa más importantes de los últimos años se ha concretado con la renovación del Código Civil alemán que, de este modo, se ajusta al Derecho europeo y, sobre todo, incorpora al consumidor como sujeto de las relaciones jurídicas reguladas por el Código.

2. Sanción y puesta en vigencia

La reforma del BGB se ha concretado con una ley aprobada por el Parlamento Federal el 11 de octubre de 2001. Entró a regir el primero de enero de 2002. La ley es conocida como «Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones».

Esta es la reforma más extensa del Código Civil alemán desde el año 1900. Ella pone fin a la discusión política y jurídicamente controvertida sobre la reforma del Derecho de Obligaciones alemán, que ha durado veinte años.¹

Sobre la reforma alemana, se dice que su resultado es equiparable a cualquiera de las reformas más recientes de otros códigos europeos, y que equivale a una verdadera recodificación.²

3. Razones

Merece destacarse que, según los primeros comentaristas, el destinatario del nuevo BGB no es ya un ciudadano en abstracto (el burgués, ya pasado de moda cuando el código se puso en vigencia en 1900,

¹ GROTHE, Helmut. «La réforme du droit allemand des obligations». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 8.

² DOHRMANN, Jochen Albiez. «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado». *Revista de Derecho Privado*, 2002, p. 188.

después de 22 años de trabajos de preparación y elaboración), sino un ciudadano de carne y hueso que lucha diariamente contra las agresiones del mercado. Por ello, se incorporan al BGB las reglas sobre protección del consumidor, y es claro el objetivo: que el derecho del consumidor deje de ser un derecho especial.

Pero, además, el nuevo BGB persigue los objetivos propios de la recodificación: la modernización del Derecho, la información y transparencia interna, la mayor claridad, y la expresión y garantía de un pensamiento que busca la sistematización del Derecho.³

En esta orientación, se destaca que «era necesario modernizar el derecho de la inejecución y de la ejecución defectuosa de la obligación porque el texto del Código no tomaba suficientemente en cuenta la situación jurídica real». Ella concernía, sobre todo, a la ejecución defectuosa de un contrato, reglamentada solamente para ciertos tipos de contratos, pero también a la violación de las obligaciones precontractuales en la fase anterior a la conclusión del contrato. Se agregaban a ello interpretaciones contradictorias y negativas, como la exclusión del derecho a daños y perjuicios en casos de resolución del contrato. Las disposiciones relativas a la venta y al contrato de locación de obra y la prescripción estaban viejas y no correspondían a los casos prácticos actuales. El derecho de la venta no comprendía ninguna disposición sobre el derecho del comprador de hacer reparar los vicios de la cosa. Las modalidades de la resolución del contrato por causa de un vicio de la cosa entregada y el otorgamiento de daños e intereses por el perjuicio sufrido —como consecuencia de la prestación defectuosa— estaban reglamentados de manera muy complicada.

En fin, el Derecho de la Prescripción combinaba numerosos plazos de garantía demasiado cortos con un plazo general demasiado largo. Más de cien disposiciones relativas a la prescripción no formaban un sistema coherente, y conducían a apreciaciones contradictorias y a injusticias. Gracias al desenvolvimiento jurisprudencial y doctrinal de numerosas instituciones de Derecho no escritas —que mitigaba las falencias indicadas—, el Derecho de Obligaciones alemán era practicable. Este adolecía también de falta de claridad y, por ello, aseguraba insuficientemente la seguridad jurídica.

Por otro lado, estaban las exigencias del Derecho europeo. Por ello, dice Grothe, fue de Bruselas de donde vino el impulso decisivo a la

³ DOHRMANN, Jochen Albiez. «Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB». *Revista ADC*. n.º 5, 2002, p. 1132.

reforma. Para incorporar al Derecho interno muchas directivas europeas, el legislador alemán ha debido modificar partes del Derecho de las Obligaciones. Entre ellas, se encuentran las directivas relativas a las compras de bienes de consumo, la del retardo en los pagos de las transacciones comerciales y la del comercio electrónico. Estas debían incorporarse en plazos algunos ya vencidos (la primera debió incorporarse en 2001).

De ello deriva que Dohrmann diga que, de este modo, el Derecho Civil alemán es ahora más europeo y más internacional.⁴

4. El método: una pequeña solución frente a una gran solución

Como se dijo, las exigencias del Derecho europeo estaban presentes: el plazo para incorporar la directiva sobre compraventa de bienes de consumo vencía el 31 de diciembre de 2001. La solución tradicional había sido incorporar las directivas por vía de leyes especiales; pero, en este caso, se consideró por el Gobierno Federal que era una oportunidad política excepcional para remontar la parálisis de la reforma del Derecho Civil alemán. Por ello, frente a lo que se llamó «la pequeña solución» —propiciada por muchos autores que sostuvieron que reformar el Código Civil no era cuestión menor—, se prefirió por el gobierno rojo-verde una gran solución. Se señala que no deja de ser significativo que el conservador Código alemán haya sido reformado por un gobierno socialista, incorporando en él —entre otras reformas— la ordenanza sobre condiciones generales de la contratación, que había sido un aporte de otro gobierno social demócrata.

5. Los tiempos

Pese a que la Reforma ha sido criticada por su rapidez, lo cierto es que los trabajos sobre una posible reforma del Código Civil alemán provienen de 1978, cuando un proyecto fue presentado al Parlamento y a la 52.º Asamblea de Juristas Alemanes. Otra comisión, creada en 1984, elaboró un proyecto —en 1991— que tenía como principal referencia la Convención de Viena de 1980. Ese proyecto contaba con

⁴ DOHRMANN, Jochen Albiez, *ibid.*

reglas sobre la compraventa, la locación de obra, la prescripción y el incumplimiento contractual.

La verdad es, sin embargo, que el debate en serio comenzó con la ya mentada necesidad de traspasar la directiva sobre la venta de bienes de consumo. De este modo, en agosto del año 2000, se presentó una discusión de la Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones, que fue muy criticada. Se elaboró entonces una Redacción Consolidada del Proyecto de Discusión. En el mes de enero de 2001, se constituyeron comisiones sobre la reelaboración del régimen jurídico de la contravención de la prestación, y sobre la compraventa y la locación de obra. El 6 de marzo, se publicó el proyecto; el 9 de mayo, se presentó el proyecto del gobierno. A partir de ese momento, se siguieron otros pasos hasta la sanción el 11 de octubre, y pasó sin problemas por el Consejo Federal el 9 de noviembre de 2001. Entró en vigor el primero de enero de 2002, como quedó dicho antes.

6. Fuentes

En cuanto a sus fuentes, la Reforma ha tenido siempre en cuenta la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit.

A la vez, incorpora algunas de las directivas europeas más importantes relativas a la protección de los consumidores, la contratación a distancia, las garantías en la compraventa de bienes para consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y el comercio electrónico.

En materia de prescripción, se han tomado en consideración algunas reglas de los *Principles of European Contract Law* (proyecto Lando).

7. Principales reformas

La reforma del BGB moderniza significativamente el Derecho de Obligaciones. La doctrina destaca los puntos que se mencionan a continuación.

- a. La reforma del Régimen de la Prescripción Extintiva se somete a plazos muchos más breves (e, incluso, a plazos absolutos, después de los cuales, ninguna acción es posible).⁵ El plazo general fue fija-

⁵ Como lo previeron el Proyecto de Unificación de 1987 y el Proyecto de Código Civil de 1998.

do en tres años. Este comprende relaciones contractuales y extracontractuales (§ 195). Pero además, para ciertas pretensiones, se fija un plazo máximo absoluto. Así, las pretensiones de resarcimiento de daños prescriben a los diez años sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave (§ 199.3.1). Para las mismas acciones, hay un segundo plazo absoluto de treinta años sin tener en cuenta su origen, ni el conocimiento o desconocimiento por culpa grave (§ 199.2). Para las pretensiones de resarcimiento de daños que se funden en la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad, prescriben, sin tener en cuenta su origen, ni el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los treinta años a partir de la comisión del acto, de la lesión del deber o, en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño (§ 199.2).

b. Se simplifica el régimen de la mora en el parágrafo 286. Se establece, como regla general, que ella se produce por el incumplimiento después del requerimiento hecho por el acreedor a posteriori del vencimiento de la obligación. El requerimiento es excepcionado cuando:

- se haya fijado un día del calendario para la presentación;
- se haya previsto un aviso y un tiempo prudencial para la prestación, de forma tal que la misma se pueda computar en virtud del calendario a partir del momento en que se produce el aviso;
- el deudor se niegue, seria y definitivamente, a realizar la prestación; y
- esté justificado el inmediato comienzo de la mora por motivos especiales, teniendo en cuenta los intereses de las partes.

El tercer inciso del parágrafo 286 incorpora la directiva sobre atraso en los pagos que constituye un mecanismo de protección de las pequeñas empresas proveedoras de las grandes empresas.⁶ Es muy

⁶ La directiva europea es la del 29 de junio de 2000 concerniente a la lucha contra el retardo de pago en las transacciones comerciales. En Italia, se ha dictado la ley denominada «ley de subfornitura», (ley 192 del 18 de junio de 1998), que prohíbe todas las formas de abuso de la dependencia económica. V. GALGANO, Francesco. «La subfornitura», *Suplemento La Ley del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, p. 8, 3 de abril de 2001.

semejante a la solución del proyecto de 1998 con una regla general que es la del requerimiento, salvo que hubiese plazo cierto o plazo esencial.

- c. La modernización del contrato de compraventa, que ahora se ajusta a los lineamientos de la Convención de Viena.
- d. El acercamiento del contrato de obra a las reglas de la compraventa.
- e. La modernización de todo el régimen del incumplimiento que, en la terminología germana, se identifica como «contravención de la prestación». Esta materia es sumamente compleja como para abordarla ahora, por lo que nos limitamos a señalar que el cuadro general está compuesto por: (i) normas sobre la imposibilidad de la prestación; (ii) responsabilidad y mora del deudor; (iii) indemnización por lesión del deber de prestación.⁷
- f. La reorganización del régimen de la resolución del contrato por incumplimiento.
- g. La incorporación *in totum* de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (AGB-G). Conviene recordar que, a diferencia de otras leyes de los países comunitarios, la Ley de Condiciones Generales alemana no estaba dirigida a los consumidores sino, en general, a los contratantes débiles. Hay pues, entre los contratos al consumidor y los contratos entre sujetos con similar poder de negociación, un universo de situaciones en que alguna de las partes tiene un poder de negociación decididamente predominante.

Y no necesariamente es el predominante quien tiene mayor poder económico. Dice un comentarista alemán que:

[...] cláusulas contractuales preformuladas con frecuencia son aceptadas sin oposición aun por partes comercialmente expertas, por ejemplo, empresas, aun cuando económicamente son más poderosas [...]. Desde el punto de vista económico no les queda otra alternativa. Si no, antes de la concertación de un contrato siempre tendrían que controlar las condiciones generales [...] pero esto ocasiona costos que generalmente no están en relación con el monto del negocio concertado. Para quien compra material para la oficina de su empresa sencillamente no le conviene tal proce-

⁷ La expresión «lesión al deber de prestación» permite incluir los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial e infracción positiva de la prestación. DOHRMANN. *Op. cit.* p. 1164.

der. Precisamente dicha circunstancia es aprovechada por los usuarios de las condiciones generales de contratación para trasladar riesgos contractuales al cliente. Ya la realidad de la unilateral preformulación conduce a una superioridad del usuario de las condiciones generales y ocasiona una desigualdad contractual. Por ello, un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas no puede servir solamente al objetivo de la protección de los más débiles partícipes del mercado, por ejemplo el consumidor, sino, de manera totalmente general, al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de autonomía privada.⁸

Dohrmann comenta que, aunque el BGB, como cualquier otro código decimonónico, parte de la autonomía privada, la libertad y la igualdad contractual, ello no debe ser un obstáculo para que pueda acoger las condiciones generales de la contratación, puesto que estas tienen por objeto fijar, aunque sin negociación, el contenido de las relaciones obligatorias.

- h. Derecho del consumidor. Como quedó dicho, hay una incorporación del consumidor al Código Civil, de donde aparecen ahora en él reglas provenientes de las leyes de revocación de negocios a domicilio y de negocios análogos; de crédito a consumidores; de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial; y, por último, de reglas provenientes de las directivas comunitarias, algunas de las cuales ya han sido mencionadas.

Finalmente, puede destacarse, sin por ello pretender siquiera terminar una enunciación de las materias reformadas, que el nuevo BGB codifica materias elaboradas por la jurisprudencia —como lo hiciera la reforma al Código civil argentino de 1968—, entre las cuales merece destacarse la culpa *in contrahendo* (artículo 311) y la revisión del contrato por la alteración de las bases de la negociación (artículo 313). En fin, se trata de una verdadera recodificación del derecho de las obligaciones y de los contratos.

⁸ LEIBLE, Stefan. «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 1, p. 114.

8. Apreciación general de la reforma

Dice Grothe que el legislador alemán ha procedido a una reforma de conjunto del Derecho de las Obligaciones conforme a las exigencias del Derecho europeo. El carácter indiscutible de la necesidad de tal reforma no impide cuestionar lo acelerado de las reformas y de su puesta en vigencia.

En otros ámbitos se dice que «se asiste actualmente a una globalización del pensamiento jurídico en todos los temas; esta reforma es una manifestación tangible». Es notable constatar que la exposición de motivos del Proyecto de Ley se refiere, en varias oportunidades, al derecho uniforme de la venta internacional de mercaderías, a los principios Unidroit y a los Principios Europeos de Derecho de los Contratos.

Por otro lado, ya no se discute más si la uniformización del Derecho de los Contratos se hará o no en Europa, sino cómo se hará. Esta perspectiva, magnífica para algunos, nefasta para otros, no debería impedir a los legisladores nacionales mejorar sus propios cuerpos de reglas en el dominio de las Obligaciones.

9. Bibliografía

CANARIS, Claus. «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio; profili generali. Il nuovo diritto delle leistungsstörungen». *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2003, pp. 19-38.

CIAN, Giorgio. «La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito». *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2003, pp. 125-141.

CIAN, Giorgio. «Significato e lineamenti della riforma dello schuldrecht tedesco». *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2003, pp. 1-18.

DELLE MONACHE, Stefano. «Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema de prescrizione». *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2003, pp. 179-199.

DOHRMANN, Jochen Albiez. «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado». *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187-206. Madrid.

DOHRMANN, Jochen Albiez. «Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB». *ADC*, n.º 5, 2002.

FERRANTE, Edoardo. «Il nuovo Schuldrecht; ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti». *Contratto e Impresa*, vol. 6, fascículo 2, 2001, pp. 761-774.

GROTHER, Helmut. «La réforme du droit allemand des obligations». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 8. Buenos Aires.

LEIBLE, Stefan. «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 1, pp. 101-137. Buenos Aires.

MAGNUS, Ulrich. «Le recenti riforme della responsabilità civile tedesca». *Danno e responsabilità*, n.º 12, 2002, pp. 1269-1272.

SCHLEY, Michael. «La grande réforme du droit des obligations en Allemagne». *Le Dalloz, Cahier Droit des affaires*, n.º 21, 2002, pp. 1738-1740.

VIVES MONTERO, María Luisa. «Traducción de la reforma 2002 del BGB». *ADC*, 2002.

WITZ, Claude. «Contrats et obligations: La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations». *Le Dalloz, Chroniques*, n.º 42, 2002, pp. 3156-3161.

VARIOS. «Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France?». *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 2002, pp. 935-940.