



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Barcia Lehmann, Rodrigo; Rivera Restrepo, José Maximiliano
Convergencias y divergencias del derecho de incumplimiento del Código Civil alemán
con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y otros textos internacionales
Derecho PUCP, núm. 81, 2018, Diciembre-Mayo 2019, pp. 361-403
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.012>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533657309012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Convergencias y divergencias del derecho de incumplimiento del Código Civil alemán con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y otros textos internacionales

Convergences and Divergences of the Law of Non-Compliance of the German Civil Code with the Principles of European Law of Contracts and Other International Texts

RODRIGO BARCIA LEHMANN*

Universidad Finis Terrae

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO**

Universidad San Sebastián

Resumen: En la presente investigación se pretende revisar críticamente la reforma del derecho alemán de las obligaciones de 2002, estableciendo las principales implicancias de la misma y su relevancia dentro del proceso de unificación del derecho europeo de las obligaciones y contratos, y especialmente del denominado *soft law*.

Palabras clave: derecho de remedios, reforma alemana de las obligaciones, BGB, imposibilidad de cumplimiento, resolución, indemnización de perjuicios

Abstract: The aim of the proposed investigation is to revise critically the German reform of the obligations (2002), establishing its main implications and relevance within the process of unification of European Law obligations and contracts, and especially of the so-called soft law.

Key words: law of remedies, German reform of obligations, BGB, failure to comply, resolution, compensation of damages

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid; European Master in Law and Economics, Complutense y Hamburg Universität. Tiene varios diplomados en economía y educación; doctor en Derecho Privado. Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Finis Terrae. Código ORCID: 0000-0003-1021-446X. Correo electrónico: rbarcia@uft.cl

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Docencia Universitaria, Universidad Gabriela Mistral. Notario Público, conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero judicial suplente de Tocopilla. Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Sebastián (Chile). Profesor de Derecho de la Infancia, Universidad de Granada. Código ORCID: 0000-0003-0422-8494. Correo electrónico: jrivera_lex@hotmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y SU EXCLUSIÓN.- II.1. DE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO.- II.1.1. «IMPOSIBILIDAD PRÁCTICA» E «IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA».- II.1.2. EL PROBLEMA DE LA «IMPOSIBILIDAD SUBJETIVA».- II.1.3. IMPOSIBILIDAD MORAL.- II.1.4. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD EN LOS CONTRATOS BILATERALES.- II.1.5. COMENTARIOS AL § 313 BGB (*STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE*) SOBRE ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO.- II.1.6. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL DEUDOR.- II.1.7. LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO Y LA IMPOSIBILIDAD CUALITATIVA.- II.1.8. DIVERGENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL BGB Y EL *SOFT LAW*.- III. EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR SE FUNDAN EN LA NOCIÓN DE VIOLACIÓN DE UN DEBER.- III.1. LOS DEBERES QUE IMPLICA LA OBLIGACIÓN (§ 241 BGB).- III.1.1. ANÁLISIS DEL § 280 BGB COMO INFRACCIÓN A DEBERES ESTATUTARIOS CONTRACTUALES DE CONDUCTA.- III.1.2. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUYO FUNDAMENTO ES LA MORA (§§ 286-288 BGB).- III.1.3. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS COMO REEMPLAZO DE LA PRESTACIÓN.- IV. PARALELO ENTRE EL BGB, EL DERECHO COMUNITARIO Y TEXTOS INTERNACIONALES.- IV.1. COINCIDENCIAS ENTRE EL BGB, EL DERECHO COMUNITARIO Y TEXTOS INTERNACIONALES.- IV.2. DIVERGENCIAS DEL BGB Y EL *SOFT LAW*.- IV.2.1. LA VIOLACIÓN DE UN DEBER COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL E INFRACCIÓN A DEBERES ESTATUTARIOS.- IV.2.2. MANTENCIÓN DE LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DEUDOR.- V. DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.- V.1. ALGUNAS NOTAS DOCTRINALES E HISTÓRICAS DE LA REFORMA.- V.2. ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR, EL ACREDOR QUEDA LIBERADO DE SU DEBER DE CUMPLIR.- V.3. CLASES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.- V.4. FORMAS DE RESTITUCIÓN.- V.5. COMPARACIÓN CON LAS REGLAS DEL *SOFT LAW*.- VI. BREVES CONCLUSIONES.- VI.1. ASPECTOS GENERALES.- VI.2. ASPECTOS ESPECÍFICOS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la reforma alemana del derecho de las obligaciones para confrontarlo con lo que nos permitimos denominar el derecho tradicional de los contratos, fuertemente influenciado por el *pacta sunt servanda* y el derecho moderno de los contratos. Este último derecho se desarrolla desde los trabajos de los pandectistas, a raíz de la promulgación del Código Civil francés en 1804 (en adelante, *Code*), hasta lo que se suele denominar *soft law*, pasando por la promulgación del Código Civil de Alemania en 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*; en adelante, BGB) a raíz de la unificación de Alemania. En la actualidad, el proceso de unificación y armonización del derecho europeo de obligaciones y contratos gestó, doctrinariamente, lo que se ha denominado *soft law*. Esto es, aquel conjunto de recomendaciones que, no siendo obligatorias para los Estados que conforman la Unión Europea, tienen el valor de autoridad del organismo que las creó y sirven para

inspirar las legislaciones locales, así como las resoluciones que adopten los tribunales de justicia. Tanta fuerza tienen las normas del *soft law* que ellas han inspirado sentencias judiciales y diversas leyes nacionales. Así, por ejemplo, en España, se pueden mencionar las siguientes sentencias: Tribunal Supremo, Sentencia 649/2016; Tribunal Supremo, Sentencia 24/2016; Tribunal Supremo, Sentencia 64/2015; Tribunal Supremo, Sentencia 840/2013; Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 264/2018; Audiencia Provincial de Barcelona 294/2018; Audiencia Provincial de Barcelona 231/2018; Audiencia Provincial de Barcelona 216/2018; todas las cuales fallaron conforme a lo dispuesto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law*; en adelante PECL). Dentro de los textos que es dable mencionar, en el presente trabajo, solo nos centraremos en los PECL y el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*; en adelante, DCFR) (Díez-Picazo, Roca Trías & Morales Moreno, 2002, pp. 1ss.). Es preciso señalar que la referencia al DCFR es para los efectos de confrontar la reforma alemana con el *soft law*, puesto que el DCFR es posterior a dicha modificación.

Europa busca y avanza hacia una unificación del derecho de la ex Comunidad Europea (CE), actual Unión Europea. Existe una voluntad política de alcanzar la codificación europea del derecho privado de los contratos (Leible, 2006, pp. 1589-1609; Redondo Trigo, 2010, pp. 1643-1682). A su vez, la fuerte crítica de algunos juristas alemanes en torno a la necesidad de actualizar el derecho alemán, conforme al moderno derecho de los contratos, llevó a la Ministra de Justicia a impulsar la modernización del derecho alemán de las obligaciones conforme a las Directivas de la UE. Se señala en la reforma que se busca asimilar el BGB al sistema instaurado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o Convención de Viena (en adelante, CISG por sus siglas en inglés), los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PU) y especialmente los PECL (Zimmermann, 2005, pp. 39ss.; Lamarca i Marquès, 2014, pp. 1ss.). A ello se suma la sistematización de la propia doctrina y jurisprudencia alemana. En este sentido, Ebers, Albiez, y Schulte-Nölke señalan que «la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania no solo ha tenido repercusión nacional, sino que ha tomado una dimensión internacional» (2003, p. 1579). Albiez deja de manifiesto que la reforma del derecho alemán tiene su origen en un proyecto presentado en el año 1978 al Parlamento Federal y a la 52.^a Asamblea de Juristas Alemanes (2002, p. 1140).

Y, finalmente, Schulte-Nölke señala que las pretensiones de reforma de la doctrina alemana fueron objeto de presiones desde los años setenta:

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

The second source of the new Law of Obligations was a draft which had been prepared by a reform commission in a process which dates back to the 1970ies, and which had initially been entrusted with the task of preparing a reform of the entire German law of obligations. That committee was composed i.a. of government officials from the Ministry of Justice, judges, and several of the most famous German law professors. In 1992, this commission produced a comprehensive draft for the reform of the German law of obligations. In 1994, a bi-annual assembly of German lawyers entitled Deutscher Juristentag, voted with an overwhelming majority for the enactment of the reform. But that seemed to be the end of the story. The draft was silently dropped and gathered dust in the filing cabinets of the Federal Ministry of Justice. It has been said that the main reason for this inactivity was the opposition of the mighty associations of the German industry. They claimed that the new law would have severe disadvantages for their members. However, after the European Consumer Sales Directive was passed, that situation changed completely (2013, s.p.).

II. DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y SU EXCLUSIÓN

El derecho alemán se ha visto fuertemente influido por el derecho consuetudinario que se aplicó en la mayoría de los reinos germánicos antes de la codificación alemana. De alguna forma, el derecho alemán posterior al *Code* se identificó con las tesis objetivas del contrato que alcanzarían un gran desarrollo a raíz del principio de la buena fe. Y no es casualidad que, precisamente a través de este principio, la jurisprudencia alemana comenzara a desarrollar criterios objetivos de imposibilidad de cumplimiento. El derecho alemán y el derecho europeo moderno son una manifestación de la integración al principio de la autonomía privada del principio de la buena fe. El ordenamiento más reticente a esta evolución fue el francés, el cual recientemente dictó una ordenanza (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) que finalmente incorporó a su ordenamiento jurídico la teoría de la imprevisión en el nuevo artículo 1195 del *Code*¹.

¹ La referida norma es del siguiente tenor: «Si un cambio imprevisible de circunstancias con relación al tiempo de celebración del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir dicho riesgo, esta podrá solicitar una renegociación del contrato con la otra parte. Esta [la primera parte] seguirá cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación. En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la resolución del contrato, en el momento y condiciones que ellas determinen, o podrán solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a demanda de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en el momento y bajo las condiciones que estime oportuno». No es del caso referirse a esta norma, pero lamentablemente tiene un importante fallo de técnica legislativa pues el juez solo está autorizado —cuando las partes han fallado en la renegociación del contrato— a resolverlo cuando la solución natural, como la que se aplica en el derecho alemán o los PECL, es la indemnización de perjuicios. El tema no es menor dado que naturalmente la limitación de la facultad judicial beneficiará a una de las partes, haciendo difícil que la negociación *ex ante* sea exitosa.

II.1. De la imposibilidad de cumplimiento

En el derecho alemán, el punto de partida continúa siendo —en torno a los derechos del acreedor frente al incumplimiento contractual del deudor— el cumplimiento de las respectivas obligaciones *«in specie»*. El efecto de una obligación es que el acreedor puede exigir la prestación de su deudor en los términos que fue convenida. La consecuencia es el cumplimiento específico. La excepción: se excluye la pretensión al cumplimiento específico cuando la prestación es imposible. Esta regla deriva del derecho romano, según el principio *«impossibilium nulla est obligatio»* (Zimmermann, 2008, p. 46). Antes de la reforma, la jurisprudencia alemana comienza a desarrollar los supuestos de imposibilidad, conforme al § 242 BGB que consagra el principio de la buena fe. La reforma, recurriendo a esta jurisprudencia, incorpora nuevas formas de imposibilidad a las ya existentes. De este modo, la reforma consagra formas de imposibilidad objetiva, subjetiva, inicial, sobrevenida, parcial y total. La exclusión del derecho a obtener el cumplimiento específico no depende de que el deudor fuera o no imputable, a lo menos en el sentido clásico, es decir, como formas de aplicación de criterios de imputabilidad subjetiva o responsabilidad en la imposibilidad en la ejecución por enajenación a tercero o caso fortuito. A su vez, conforme a la reforma, la imposibilidad inicial y la sobrevenida se sitúan al mismo nivel, y se abandona también el principio de la culpabilidad (Zimmermann, 2008, pp. 46-47). Los PECL tampoco obligan al deudor a ejecutar una prestación que es incapaz de cumplir, siempre que tal imposibilidad pueda ser calificada de *«impedimento»* surgido tras la conclusión del contrato. Cuando el cumplimiento de uno de los contratantes puede ser excusado porque es consecuencia de un impedimento que está fuera de su control y, además, no hubiera razonablemente podido tener en cuenta o evitar o superar, el acreedor no está legitimado para solicitar el cumplimiento específico. En los demás casos se sigue la regla de que no es posible el cumplimiento específico cuando el cumplimiento de la prestación hubiera sido imposible (PECL, artículo 8:108)².

2 La referida norma es del siguiente tenor: «Artículo 8:108 (ex art. 3.108) - Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento sea tan solo temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido.

(3) La parte que incumple debe asegurarse que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación».

II.1.1. «Imposibilidad práctica» e «imposibilidad económica»

En palabras de Zimmermann el BGB, tras la reforma, «[e]s más racional en lo relativo a la exclusión del cumplimiento específico. Ahora distingue entre la imposibilidad *stricto sensu* y otras situaciones en las que no hubiera sido razonable esperar que el deudor cumpliera con la prestación» (2008, p. 48). Así, el deudor puede negarse al cumplimiento si este supusiera un esfuerzo desproporcionado, comparado con el interés del acreedor en recibir la prestación, teniendo en cuenta el contenido de la obligación y la buena fe. A su vez, para determinar qué es lo que razonablemente puede ser exigido al deudor, debe tenerse en cuenta si este fue o no responsable del incumplimiento. La reforma exige que el cumplimiento se mida con relación al interés del acreedor en recibir la prestación, a través de lo que antes era la «imposibilidad práctica», la cual debía contraponerse a la «imposibilidad económica». El ejemplo clásico de «imposibilidad práctica» se da en el caso que un joyero debe entregar un anillo que vale 100 dólares, pero este fortuitamente se cae a un lago antes que se transfiera el dominio al comprador. Como drenar el lago para recuperar el anillo cuesta 100 000 dólares, no es razonable esperar que el deudor incurra en ese gasto, dado el valor del objeto (de tan solo 100 dólares), es decir, el interés objetivo del acreedor (Zimmermann, 2008, p. 48). El ejemplo de «imposibilidad económica» se da respecto de lo que en nuestros países se denomina teoría de la imprevisión, pero se extiende un poco más allá. De este modo ocurre, por ejemplo, respecto del clásico caso de una devaluación imprevista de la moneda que hace que el deudor, producto de la devaluación, pase de deber una cantidad de dinero en moneda nacional —en su equivalente a la moneda extranjera— a deber una gran cantidad de dinero en moneda nacional. En este supuesto, el deudor no puede alegar el mismo principio, aunque sea «igualmente poco razonable esperar que cumpla ante el cambio de circunstancias. El ordenamiento jurídico alemán debe contribuir a aliviar la situación del deudor, pero ahora depende de otra institución, esto es: la aplicabilidad de las reglas sobre la modificación del contrato por cambio de las circunstancias» (Zimmermann, 2008, pp. 48-49).

Tales reglas ya eran conocidas por la jurisprudencia alemana antes de la reforma del BGB al amparo de las disposiciones sobre la buena fe. En este sentido, Rivera Restrepo señala lo que sigue:

Es interesante analizar este § 323, apartado 1, del BGB, pues a mi juicio esta norma consagraría la teoría de la frustración del fin del contrato; ya que hace alusión a una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte. Se trata de una circunstancia imprevisible al tiempo de contratar, que altera de tal manera la prestación de una de las partes, que hace perder la contraprestación; o sea, que destruye

el vínculo obligacional pues desaparece la base objetiva del negocio jurídico (2017c, p. 49).

II.1.2. El problema de la «imposibilidad subjetiva»

La imposibilidad, según el § 275.1 BGB, se produciría en los siguientes términos: «[I]a pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona». Esta norma destaca por la integración de la imposibilidad objetiva y subjetiva, como por la extensión del ámbito normativo a casos de imposibilidad inicial, por una parte, y la equiparación de los casos de imposibilidad con y sin responsabilidad del deudor (Albiez, 2002, p. 1167). La imposibilidad puede ser subjetiva u objetiva y por causas legales o jurídicas³. Incluye tanto la imposibilidad sobrevenida, como la inicial. Esta última no vicia de nulidad la obligación (Lamarca i Marquès, 2001, pp. 5ss.), aunque permite que el juez pueda resolver el contrato. Es más, dicha imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de perjuicios (§ 307.3 BGB); pero no puede ser alegada por el deudor que la conocía y la ignora al celebrar el contrato (§ 311 b BGB). A su vez, los casos de imposibilidad con culpa del deudor generan indemnización de perjuicios a favor del acreedor. En este sentido, la norma precedente debe concordarse con el § 280 BGB, que regula la indemnización por quiebre del deber contractual (*Pflichtverletzung*). También se debe destacar que el acreedor, en los casos del § 275.1 BGB, queda liberado de la obligación correlativa respecto de la cual es deudor.

Por otra parte, el § 275.2 y 3 del BGB establece una agravación de la prestación que no es en estricto rigor un caso de «imposibilidad», pues el deudor sí puede cumplir, pero de forma muy desproporcionada. Esta imposibilidad debe ser alegada por el interesado. El § 275.2 BGB establece un caso de «imposibilidad fáctica» por el cual teóricamente es posible eliminar los obstáculos que impiden cumplir con la prestación, pero no es razonablemente esperar que el deudor cumpla en dichos términos, precisamente por los agravios que le causaría. Esta solución ha sido criticada porque, aunque parece justificarse en que el BGB, lejos de regular los contratos libremente consentidos en el sentido tradicional, lo que hace es regular la contratación bajo condiciones generales —es decir, la contratación masiva—, lo cierto es que se aleja de las reglas de comutatividad contractuales. En este sentido, Westermann plantea lo siguiente:

En relación con § 275.2 BGB, que trata un caso de desproporcionada dificultad en el cumplimiento de la prestación, se ha dicho que se debe a un pensamiento —creciente— de difusa protección del consumidor,

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

³ La imposibilidad objetiva guarda relación con la fuerza mayor y el caso fortuito (§ 275 BGB). En este sentido, el § 280.1 BGB, en su parte final, establece lo siguiente: «Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat [Esto no se aplica cuando el deudor no soporta la responsabilidad por el incumplimiento de su respectivo deber]». Por tanto, no se excluye la responsabilidad por daño en la medida que ella proceda.

que puede dar lugar a un tutela legal y judicial de las partes, lo que parece poner de manifiesto que los responsables de la Modernización del Derecho de las obligaciones no se querían tomar el tiempo para «hacer buena dogmática» (2006, p. 658).

Ahora bien, la justificación tradicional de esta excepción está en los casos en que el incumplimiento se hace difícil para un deudor en concreto, pero excluye los casos de falla en la base del negocio jurídico, los cuales se tratan en el § 313 BGB (este supuesto se analiza más adelante). En este sentido, la reforma distingue ambas situaciones por cuanto la imposibilidad práctica del § 275.2 BGB supone que el deudor puede cumplir, aunque de una forma mucho más onerosa que la original. Por tanto, el deudor no deja de estar obligado y tiene la posibilidad de cumplir. Así, Zimmermann señala que la imposibilidad práctica, a que se refiere la norma en comento, deja la elección de cumplimiento al deudor y no se aplica en el caso de cumplimiento objetivamente imposible. El conocido romanista, sin embargo, critica la distinción que hace el párrafo primero con relación al segundo, no solo porque la línea divisoria entre ambas situaciones es difusa (la primera en que es objetivamente imposible el cumplimiento y la segunda en que es prácticamente imposible), sino porque, en realidad, los supuestos a los que se aplica el párrafo primero no son objetivamente imposibles, sino casos en que también será excesivamente oneroso cumplir para el deudor. Y, en este sentido, critica también al párrafo segundo por cuanto su aplicación a casos de imposibilidad subjetiva podrían llevar a resultados indeseables (2008, pp. 50-51).

Antes de la reforma, las normas sobre imposibilidad se aplicaban a supuestos de imposibilidad «práctica», sin distinguir entre las situaciones en las que el cumplimiento era objetivamente imposible y aquellas en las que era prácticamente imposible. En el sistema antiguo, la imposibilidad incluía dos categorías distintas tratadas de forma conjunta: por un lado, era el fundamento de la exoneración del deudor de su deber primario de prestación; por el otro, era el fundamento de los derechos del acreedor una vez producida la violación de un deber. En realidad, la causa de la exoneración, más que la imposibilidad de la prestación, era la no culpabilidad del deudor⁴. Con la reforma, estos dos puntos se separan: la exoneración del deudor depende solo de la imposibilidad de la prestación, su potencial culpabilidad solo importa para efectos de saber si es posible demandar de indemnización.

Por otra parte, la relación entre los nuevos § 275.2 y 3 BGB tampoco es clara en los siguientes dos aspectos. A diferencia del § 275.2 BGB, no parece relevante, para determinar lo que razonablemente se espera

⁴ Este tema es muy interesante en tanto, en el derecho moderno, las formas de imputabilidad objetiva han incidido no solo en la indemnización de perjuicios, sino también en el cumplimiento específico.

del deudor, el que sea o no responsable del incumplimiento. Además, el interés del acreedor es uno de los factores a considerarse para valorar lo razonable, sobre la base de un general equilibrio de intereses; pero, a diferencia de lo que ocurre en el § 275.2 BGB, no es el criterio determinante para considerar si lo que debería hacer el deudor es o no excesivo.

II.1.3. Imposibilidad moral

Existe otro supuesto en el que el derecho alemán permite al deudor negarse a cumplir con su obligación, como en los casos que la obligación contractual necesariamente deba cumplirse personalmente, pero no es razonable esperar que lo haga si se consideran los impedimentos que han surgido, por una parte, y el interés del acreedor de recibir la prestación, por la otra. Así, según el § 275.3 BGB, la prestación desmedida, en relación con las circunstancias personales del deudor o «imposibilidad ética», constituye otro supuesto de imposibilidad. Esto implica una «desproporción» considerable para el deudor dadas las dificultades en el cumplimiento de la prestación, verbigracia, el clásico caso de la cantante de ópera que no puede dar el concierto porque su hijo se encuentra agonizante en otra ciudad. En estas situaciones, las circunstancias que rodean el incumplimiento hacen que se deba preferir el interés del deudor sobre el acreedor (Albiez, 2002, p. 1168). Antes de la reforma, se consideraba que este era un supuesto de «imposibilidad moral» al que se le aplicaban las reglas del cambio de las circunstancias. Los principios excluyen el cumplimiento específico siempre que se trate de una prestación personal o de trabajo.

II.1.4. Consecuencias de la imposibilidad en los contratos bilaterales

Esta materia está regulada especialmente en el § 326 BGB. De este modo, en caso que no proceda la pretensión de cumplimiento por imposibilidad (§ 275 BGB), el acreedor —respecto de la obligación de que es deudor— no está obligado al cumplimiento y tiene derecho a que se le restituya lo previamente enterado por dicho concepto. En caso que la imposibilidad sea parcial, la liberación del acreedor respecto de la obligación correlativa también será parcial (§§ 326 y 441 BGB). Esta última norma regula la reducción del precio en la compraventa. Sin embargo, la obligación correlativa subsiste en la medida en que el acreedor haya aceptado una ventaja sustitutiva (*stellvertretendes Commodum*), conforme al § 285 BGB.

II.1.5. Comentarios al § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) sobre alteración de la base del negocio jurídico

Esta causa es nueva en la ley y tiene su antecedente en la jurisprudencia. En todo caso, la doctrina de la *Geschäftsgrundlage* tiene un importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Alemania. El § 313.1 BGB contempla la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus*

(Fernández, 2002, pp. 36ss.; Momberg, 2010a, 2010b; Rivera Restrepo & Barcia Lehmann, 2016; Weiskopf, 1996) o teoría de la frustración del contrato. En este sentido, Löwisch señala lo siguiente:

The institution of frustration of contract has now also found an express regulation. According to 313 (1) BGB, the adaptation of a contract may be demanded if circumstances upon which the contract was based have materially changed after the conclusion of the contract and if with regard to all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory allocation of risk, it cannot reasonably be expected that a party should continue to be bound by the contract in its unaltered form (objective basis of the contract) (2003, p. 147).

Esta es una figura de aplicación subsidiaria, ya que procede a falta de una cláusula de prevención de la alteración de las circunstancias en consideración a las cuales las partes celebraron el contrato. También se ha entendido, aunque se discute, que es una figura residual a los casos de imposibilidad económica. Ello por cuanto, de operar la imposibilidad económica —es decir, el § 275.2 BGB—, no procederá la alteración de la base del negocio. Por ello, de concurrir ambos supuestos, el deudor siempre podría beneficiarse de la excepción del § 275.2 BGB (Miquel, 2016, p. 307). A pesar de que la reforma no se refiere a la imprevisibilidad como requisito de la imposibilidad, la doctrina ha entendido que es una exigencia de dicha figura. Ello por cuanto el § 313.1º BGB se refiere directamente a que «[s]i las circunstancias que se convirtieron en la base de un negocio jurídico han cambiado significativamente desde que se firmó el contrato y si las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubiesen celebrado con contenidos diferentes si hubieran previsto este cambio...»⁵.

Es decir, la disposición precedente exige que las circunstancias que dan lugar a la revisión del contrato no hubiesen sido previstas por las partes (Orduña & Martínez, 2017, p. 33). En el derecho alemán, es clásico el caso planteado por Kegel, por el cual el dueño de una joyería encarga unas rejas para sus escaparates, pero, producto de un bombardeo, su propiedad resulta destruida. En caso el fabricante entregue las rejas encargadas a la medida, no se cumpliría con la finalidad del contrato; pero si las rejas son estándar y se adecuan a cualquier vitrina, entonces el negocio debe subsistir. Ahora bien, para Larenz —aunque al joyero le sean totalmente inútiles las rejas— lo que era relevante era poder determinar si al tiempo de la celebración del contrato el bombardeo era

5 «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann» (§ 313.1 BGB).

un riesgo asumido (1956, p. 203). Así, tanto en el caso que el valor objetivo de las prestaciones objeto del intercambio no se vea afectado como en el que el riesgo sea asumido por las partes, el contrato debe subsistir.

Así, tenemos que —en el actual BGB, después de la reforma de 2002— el nuevo § 313 establece lo que se denomina alteración de la base del contrato (*Störung der Geschäftsgrundlage*). En este sentido, Albiz señala lo siguiente:

El legislador ha codificado esta doctrina en el § 313 regulando en el mismo precepto, en apartados separados, las situaciones anómalas de la base objetiva y subjetiva del negocio jurídico con el título «Alteración de la base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Consecuentemente, la alteración de la base del negocio jurídico aparece regulada en el título dedicado a la constitución, contenido y extinción de los contratos (no obstante, cabe objetar que la alteración subjetiva del negocio jurídico pertenece al ámbito normativo del error). El efecto de la alteración de la base del negocio jurídico no es la resolución, sino la adecuación del contrato (*Anpassung des Vertages*) (2002, p. 1194).

De este modo, el § 313.1 BGB permite la revisión judicial del contrato en la medida que el cambio de circunstancias, que se tuvieron presentes al tiempo de su celebración, sea de tal magnitud que importe un cumplimiento excesivamente gravoso para el deudor. Finalmente, el § 313.2 BGB considera causa de revisión del contrato el que las expectativas de las partes resultasen ser falsas y que ellas hayan sido especialmente consideradas al contratar. El desarrollo de estas exigencias, propias de la revisión judicial del contrato, en realidad es una formalización de la dogmática jurisprudencial que comienza a desarrollarse a raíz de un conocido fallo del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof*) de 23 de marzo de 1966 (Orduña & Martínez, 2017, pp. 34ss.).

II.1.6. Imposibilidad imputable al deudor

Morales Moreno da ejemplos que demuestran la diferenciación de ambas pretensiones, a saber, cuando por imposibilidad imputable al deudor se priva al acreedor de la pretensión de cumplimiento, pero se le permite el ejercicio de la pretensión indemnizatoria (2006, pp. 66-68). Esta distinción vendría dada por la realidad, como también por la ponderación del costo y beneficio existente entre ambas alternativas. En razón de este último aspecto, cita como ejemplo el *common law*. En dicho sistema jurídico, salvo que la obligación no sea pecuniaria, no se reconoce al acreedor la pretensión de cumplimiento, sino la indemnizatoria. Y ello se justifica en que el mercado dé una alternativa al acreedor para satisfacer su interés, o sea, una operación de reemplazo.

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

En la misma dirección, se puede recurrir a fallos del Tribunal Supremo español que —atendiendo a que el cumplimiento resulta excesivamente oneroso y desproporcionado— han dado como alternativa al acreedor la indemnización de perjuicios (2006, pp. 68-70).

Los casos de imposibilidad representan situaciones en que se excluye la acción de cumplimiento específico conforme a criterios de inimputabilidad objetiva dados por los distintos supuestos de imposibilidad (§ 275 BGB). Pero efectivamente, el caso de alteración de la base del negocio jurídico (§ 313 BGB) es diferente, puesto que en dicho supuesto no puede ser calificado como un criterio de inimputabilidad objetivo, sino como de frustración del contrato.

II.1.7. La obligación de saneamiento y la imposibilidad cualitativa

Esta nueva 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 saneamiento dentro del derecho general sobre el incumplimiento. Así, el vendedor que entrega una cosa defectuosa incumple su obligación, es decir, la ausencia de vicios en la prestación es también un deber del vendedor. En efecto, el artículo 2 de dicha Directiva reza como sigue:

Artículo 2

Conformidad con el contrato

1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa.
2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:
 - a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
 - b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
 - c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;
 - d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

3. Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundamentalmente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.
4. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra:
 - que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión,
 - que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o
 - que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.
5. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

Por su parte, el artículo 3, que se titula «derechos del consumidor», dispone lo siguiente:

Artículo 3

Derechos del consumidor

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.
2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.
3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.

Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

- la relevancia de la falta de conformidad, y
- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

4. La expresión «sin cargo alguno» utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.
5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:
 - si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o
 - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o
 - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.
6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

Esta norma recurre a la «falta de conformidad» para atribuirle responsabilidad al vendedor, cuyo concepto es más amplio que el de «vicio redhibitorio», propio del derecho continental, toda vez que si el vendedor entrega una cosa distinta a la pactada, también existe falta de conformidad (Marco Molina, 2009, p. 256). Por tanto, en estos casos se produce lo que podríamos llamar una imposibilidad cualitativa que esta vez genera responsabilidad civil para el deudor. De alguna forma, se configura una causal de imputabilidad objetiva contra el deudor. Así, la Directiva 1999/44/CE recurre al concepto de «falta de conformidad», que operaría —por el ámbito de aplicación de la ley— en los contratos entre profesionales y consumidores sobre bienes muebles corpóreos. De un alcance más general, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (en adelante TRLGDCU) regula esta figura exigiendo que, en la venta de bienes de consumo, el vendedor/empresario entregue al comprador/consumidor un bien que sea conforme al contrato (TRLGDCU, artículo 114), y en caso de transgresión otorga acción de reparación, sustitución, rebaja del precio o la resolución el contrato (TRLGDCU, artículo 118), además de la indemnización de daños y perjuicios, si procede (TRLGDCU, artículo 117.II). A este respecto Carrasco agrega lo siguiente:

Para que el consumidor pueda reclamar contra el vendedor es necesario [...] [lo siguiente:] (i) [I]a falta de conformidad tiene que existir ya en el momento de la entrega del producto, aunque se manifieste posteriormente (art. 114 TRLGDCU). (ii) El consumidor debe desconocer la existencia de la falta de conformidad, pues «no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar» (art. 116.3 TRLGDCU). (iii) El vendedor no va a responder cuando la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor (art. 116.3 TRLGDCU) (2014, pp. 45-46).

La falta de conformidad, como supuesto de incumplimiento, comprende la imperfecta regulación de los vicios en torno al saneamiento (Directiva 1999/44/CE, artículos 2.2, a) y b), 3.1, 3; CISG, 35.2, b)).

Esta regulación se vería plasmada en los §§ 307-309, 434, 475, 478 BGB afectando la libertad contractual, por cuanto realizan una asignación de riesgos en torno al contenido de la obligación. Como destaca Schulte-Nölke, el BGB iría más lejos que el *soft law* y la Directiva al evitar la desviación de términos comerciales estándar. En este sentido, señala que

[e]l resultado es que la nueva ley alemana de ventas impone muchas más restricciones a la libertad contractual que las existentes con anterioridad. Estos nuevos límites fuerzan a las partes a regular los riesgos contractuales mediante el uso de la última posibilidad efectiva de restringir la responsabilidad del vendedor, es decir, la posibilidad de llegar a acuerdos sobre la calidad de los bienes vendidos conforme al § 434 (1) BGB (2013, s.p.).

II.1.8. Divergencias y similitudes entre el BGB y el *soft law*

La exclusión del deber de prestación está tratada en los artículos 9:102, apartados 2 y 3 de los PECL y 7.2.2., letra a) de los PU. La primera norma dispone lo siguiente:

- (2) Sin embargo, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando:
 - (a) el cumplimiento resulte ilícito o imposible; o
 - (b) dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables; o
 - (c) el cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal; o
 - (d) el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías.
- (3) La parte perjudicada perderá su derecho a la pretensión de cumplimiento específico si no lo ejerce en un tiempo prudencial

desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento.

Por su parte, el artículo 7.2.2 de los PU estable lo siguiente:

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

En el DCFR —cuyas bases estructurales son el principio de la eficiencia, la seguridad jurídica y la libertad contractual— se establece que la libertad contractual puede ser corregida por el juez cuando existe una situación de desproporción en el poder negociador de los contratantes (Momberg, 2014, p. 279; Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner & Zimmermann, 2009, p. 1475). Respecto de la imprevisión, agrega Momberg que

[e]n el caso de los instrumentos que se analizan, la imprevisión contractual se encuentra reconocida en los arts. 6:111 de los PECL, 6.2.1 a 6.2.3 PICC [PU], III.- 1:110 del DCFR y 89 CESL [Common European Sales Law], en este último caso con la particularidad de ampliar su ámbito de aplicación tanto a contratos civiles y mercantiles como de consumo. La excepción la constituye la CVCIM [CISG], ya que es materia discutida si su art. 79 solo admite la imposibilidad absoluta o incluye también situaciones de hardship o excesiva onerosidad sobrevenida (2014, p. 297).

III. EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR SE FUNDAN EN LA NOCIÓN DE VIOLACIÓN DE UN DEBER

Antes, el derecho alemán no tenía un concepto único de incumplimiento. Ahora lo tiene, basado en el concepto de «violación de un deber». Para Schulte-Nölke el sistema de remedios del derecho alemán se articula en los siguientes grupos: i) imposibilidad en la

ejecución («*Unmöglichkeit*»); atraso («*Verzug*»); positivo quiebre o incumplimiento del contrato («*positive Vertragsverletzung*») y saneamiento, garantía o responsabilidad por defecto («*Gewährleistung*») (2013). En el contexto latinoamericano, León señala que la reforma alemana abandona al antiguo sistema tripartito de imposibilidad de la prestación («*Unmöglichkeit der Leistung*»); retraso en la ejecución de la prestación («*Verzug*») y lesión positiva del crédito (León, 2003, p. 18) para recurrir a infracción de un deber («*Plifchtverletzung*»). Nos parece que esta noción permite afrontar de mejor forma una visión estatutaria de las obligaciones que alcanza a las obligaciones contractuales y legales.

III.1. Los deberes que implica la obligación (§ 241 BGB)

A diferencia de la regulación anterior, hoy lo abarca tanto del punto de vista del acreedor como del deudor, lo que permite tratar deberes que no forman parte de la prestación (deberes de protección).

III.1.1. Análisis del § 280 BGB como infracción a deberes estatutarios contractuales de conducta

El § 280 BGB establece que cada violación de un deber genera una obligación de indemnizar daños. Ello, sin perjuicios, que el acreedor siempre podrá optar por el cumplimiento (§§ 320 y 321 BGB). A su vez, según el § 280.1 BGB, la violación de un deber ofrece un supuesto de hecho objetivo para la pretensión indemnizatoria, correspondiendo la carga de la prueba al deudor. El deudor deberá acreditar la ausencia de responsabilidad (§ 280.1 BGB). Así, se puede diferenciar si el deudor es responsable o no de la violación del deber. En este sentido, el § 280 BGB establece fundamentalmente el principio de culpa y esta se presume a favor del acreedor una vez que el deudor ha incumplido el deber de conducta exigido en el estatuto contractual, sin perjuicio de la posibilidad de prueba en contrario. Como destaca Löwisch, la reforma terminaría con la distinción entre la regla general para los casos de imposibilidad de cumplimiento, en que la carga de la prueba por regla general era de cargo del deudor (ex §§ 282 y 285 BGB), y los casos de «*positive Forderungsverletzung*», en que se distinguía si el incumplimiento de la obligación pertenecía a la esfera de riesgo del deudor o del acreedor. Con esta distinción acabaría el § 280.1 BGB haciendo recaer por regla general la carga de la prueba en el deudor (Löwisch, 2003, p. 145).

La noción de «violación de deber» incluye todo tipo de incumplimiento, sea cual fuere. Así, el § 280.2 BGB estableció una pretensión indemnizatoria que se sustenta no solo en el incumplimiento de una obligación contractual, sino en la infracción de deberes estatutarios (Miquel, 2016, p. 303). El único caso de pretensión indemnizatoria independiente es el § 311 a) 2 BGB, que opera respecto de la

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

imposibilidad inicial (Lamarca i Marquès, 2002, p. 5; Vattier Fuenzalida, 2005, pp. 65ss.). En este sentido, Schulte-Nölke señala lo siguiente:

The new German law of obligations requires a «breach of duty» in order to grant remedies to the obligee. This was a fundamental change, because the BGB had previously drawn a sharp distinction between e.g. the buyer's rights in the event of defects on the one hand, and in the event of non-performance on the other. German law has now developed a general type of breach of contract —to be precise, the notion even transcends contract law, and extends, as breach of duty, to the entire law of obligations. This makes many distinctions, which had previously been necessary, either superfluous or at least easier (2013, s.p.).

Este cambio es fundamental en el derecho alemán, ya que antes de la reforma se debía recurrir a la problemática distinción según si había incumplimiento total o defectuoso. La diferencia entre estos incumplimientos era relevante desde dos puntos de vista. Primero, se limitaba la indemnización de perjuicios respecto del cumplimiento defectuoso y se le aplicaba un plazo de caducidad muy breve, de seis meses. Naturalmente, esta distinción era problemática, por cuanto su aplicación literal podía dejar al comprador en la indefensión frente al incumplimiento del vendedor (Schulte-Nölke, 2013). Así, la reforma ha extendido la responsabilidad por productos defectuosos, asimilándola a la responsabilidad por no entrega de productos. En este sentido, Schulte-Nölke señala que «[a]s a general rule, any delivery of defective goods amounts to a breach of duty (§ 433 (1) BGB) and can thus trigger the buyer's claim for compensation. According to § 280 (1) sentence 2 BGB, the seller can only escape from this liability if he proves that he was not responsible for this breach of duty» (2013).

III.1.2. La indemnización de daños y perjuicios cuyo fundamento es la mora (§§ 286 a 288 BGB)

En relación con la indemnización por mora, rigen disposiciones específicas. Según el § 280.2 BGB, la indemnización solo será exigible si se dan los requisitos adicionales previstos en el § 286 BGB (Albiez, 2018, p. 1171, 2002, p. 1171; Díaz, 2003, p. 23). En general, el deudor que no ha cumplido una obligación vencida y exigible debe ser intimado al pago por el acreedor. Quedan exceptuados aquellos casos en que haya fijado un plazo con anterioridad —cuando presuponga un acontecimiento y este pueda ser calculado—, cuando el deudor rechace de manera seria el cumplimiento o cuando, tomando en cuenta los intereses de las partes, esté justificado el comienzo inmediato de la mora (Ehmann & Sutschet, 2006, p. 174). Existe una regla especial para prestaciones remuneratorias consistente en que el deudor incurre en mora a más tardar treinta días después del vencimiento de la factura o nota de crédito. La excepción la constituye el § 286.4 BGB, el cual establece que el deudor no incurre en

mora cuando el incumplimiento sea consecuencia de una circunstancia por la cual no es responsable. Si se dan los supuestos que exige la responsabilidad, el deudor debe compensar al acreedor por todos los daños que cause su retraso. En este supuesto, las reglas alemanas son la transposición de la Directiva 2000/35/CE sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Sin embargo, la regulación germánica es mucho más amplia, pues se aplica a todos los negocios jurídicos (Díez-Picazo, 2003, p. 1572). También es destacable que la Reforma alemana regula la indemnización por producto defectuoso (§§ 281.1 y 323.5 BGB), vicio e imposibilidad (§§ 285 BGB), etcétera.

III.1.3. La indemnización por daños y perjuicios como reemplazo de la prestación

La indemnización puede tener dos funciones: la primera denominada *Schadensersatz statt der Leistung*, que ocupa el lugar de la prestación; y la segunda es complementaria a la prestación y se denomina *Schadensersatz neben der Leistung*. Con relación a esta figura en el Derecho alemán, antes de la reforma, el gran civilista venezolano Mélich-Orsini señalaba lo siguiente:

[C]uando el cumplimiento forzoso en especie se ha hecho ya imposible por culpa del deudor, por ejemplo: por haber este ejecutado la conducta que le estaba prohibida en el contrato, parecería en efecto que no quedara para la otra parte del contrato bilateral, más alternativa que la resolución del contrato. Pero esto, que dentro de una lógica simplista como la que suele emplearse en nuestro sistema parece algo obvio, no resulta así en la óptica del sistema alemán. Entre el cumplimiento en especie y la resolución del contrato se interpone la posibilidad de un cumplimiento por equivalente, y ninguna razón justifica el que se someta al acreedor de la obligación incumplida, a tener que conformarse con la liberación de su obligación correspactiva, la cual, antes bien, pudiera él tener interés en cumplir. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que por tratarse de mercancías molestas o de difícil conservación, resultare más conveniente para el acreedor entregar tales mercancías y reclamar de su deudor el sustituto pecuniario (el resarcimiento de los daños y perjuicios) de la obligación dejada de cumplir por este. Es por ello por lo que el remedio de la resolución se supedita en el BGB a la preferencia de la parte inocente, ya que, si esta lo prefiere, puede, según lo señalado, cumplir la propia prestación a su cargo y demandar el subrogado del cumplimiento en especie hecho imposible por obra del deudor, es decir, la indemnización. Solo si la parte inocente optare en este mismo supuesto por la resolución del contrato, quedaría excluida para ella la necesidad del cumplimiento de su propia obligación (2003, pp. 30-31).

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

En todo caso, esta distinción no es desconocida en el derecho continental latino. Así, en Chile, respecto de la indemnización de perjuicios, se debe distinguir entre la «*aestimatio rei*» —que ocuparía el lugar del objeto del contrato— y el «*id quod interest*» o indemnización de perjuicios propiamente tal. El primer criterio se determina conforme al valor de la prestación—criterio independiente de la indemnización de perjuicios—. El segundo, en cambio, determina el «*quantum*» de la indemnización de perjuicios por un eventual y frustrado interés subjetivo insatisfecho. Esta posición también tiene asidero en el derecho francés, en el cual algunos autores han visto la necesidad de reemplazar el cumplimiento forzado por la *aestimatio rei*. Así, la sanción al incumplimiento de una obligación contractual sería el cumplimiento por equivalencia, más que el cumplimiento forzado o específico. Como señala Bustamante, para parte de la doctrina estaríamos frente a un incumplimiento relativo de las obligaciones (2005, pp. 116-126).

En todo caso, en el derecho alemán este supuesto concurre solo si se dan las circunstancias contempladas en los §§ 281-283 BGB, según lo dispone el § 280.3 BGB. Y no cabe confundir esta indemnización con la indemnización por responsabilidad civil que está regulada en los §§ 276 a 278 BGB. La primera de las normas citadas exige imputabilidad por culpa o dolo, aunque precisa las excepciones a la responsabilidad civil, como el riesgo de suministro que se aplica a las cosas genéricas y a las especies y cuerpos ciertos.

El § 281 BGB establece que para apreciar que ha habido incumplimiento bastará que el acreedor haya otorgado al deudor un plazo razonable para realizar la prestación o su cumplimiento ulterior, luego de un primer incumplimiento. Para Pantaleón, este plazo que otorga el acreedor al deudor, después de producido el incumplimiento (denominado «*Nachfrist*»), ha sido el aporte más valioso del derecho alemán al derecho europeo de los contratos, antes de la reforma (Pantaleón, 1993, p. 1733). En este sentido, Fenoy Picón señala lo siguiente:

Otro posible modelo que puede terminar atribuyendo al acreedor la resolución consiste en que, habiendo incumplido el deudor, aquel fije a este un nuevo y adecuado plazo para cumplir y si este último vuelve a incumplir, el legislador atribuye al acreedor el remedio de la resolución (esto con algún límite en el que ahora no procede entrar y que en su momento expondremos). Este modelo estuvo y está presente en el BGB; concretamente, en el derogado § 326 (1) BGB, y en el vigente § 323 BGB. A este modelo me refiero como el de la *Nachfrist* y la resolución. Esto es, el modelo consistente en la concesión al deudor de un plazo adicional (o suplementario) para cumplir, antes de que el acreedor pueda disponer de la resolución (2015, p. 809).

También existe derecho a la indemnización en caso de violación de deberes de protección. Tal vez, la gran diferencia con el *soft law* y la reforma del derecho alemán consiste en que, en caso de imposibilidad de cumplimiento, el acreedor —que no tiene derecho a la indemnización de perjuicios— tiene derecho a reclamar lo subrogado o a una cesión del reclamo, conforme al § 285.1 BGB. La indemnización, naturalmente de proceder, conforme al § 285.2 BGB queda reducida al valor de lo subrogado (Zimmermann, 2008, pp. 65-66).

Finalmente, el acreedor también puede ser responsable de los daños del incumplimiento en la medida que haya infringido los deberes y cargas que tienen como objeto asegurar el cumplimiento del deudor (§§ 276, 278, 284 y 326 II b BGB). En este sentido, Löwisch señala lo siguiente:

The principle of liability for fault has thereby been upheld: according to 280 (1) Sentence 2, the claim for compensation does not arise if the debtor is not liable for the failure to comply with his duty, that is if he has acted neither deliberately nor negligently. However, a stricter liability may result from the subject matter of the obligation, especially an assumption of a guarantee, as the new version of 276 (1) 1 BGB now explicitly points out (2003, p. 144).

Así, el § 284 BGB concede una acción de reembolso por gastos de desembolso («*Ersatz vergeblicher Aufwendungen*»). Esta norma puso fin a la regla jurisprudencial por la que el reembolso de gastos exigía que el incumplimiento hubiese impedido una ganancia para el acreedor. Löwisch señala un caso en que la Corte Federal negó una acción de reembolso por publicidad a una asociación que había arrendado una sala al ayuntamiento. La demanda se basaba en que la asociación no pudo hacer uso de la sala y, por ello, demandó los gastos de publicidad del evento. La corte consideró que no se cumplía con el segundo de los supuestos de la acción de reembolso, ya que era un evento gratuito (Löwisch, 2003, p. 145). El § 284 BGB puso fin a este requisito, exigiendo para dar lugar a la acción de reembolso que el gasto fuese razonable, con relación a la ejecución de la prestación, y que, en caso de cumplimiento del deudor, la pérdida no se hubiese generado.

IV. PARALELO ENTRE EL BGB, EL DERECHO COMUNITARIO Y TEXTOS INTERNACIONALES

IV.1. Coincidencias entre el BGB, el derecho comunitario y textos internacionales

Como indica Ebers,

[L]a reforma ha conducido a una europeización del BGB, mediante la integración en él de numerosas Directivas y, sobre todo, a partir de una

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

transposición que ha ido más allá de lo estrictamente exigido en ellas. [...]. La mejor muestra 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 garantía de los bienes de consumo (2003, pp. 1579-1580).

El Considerando (7) de esta Directiva dispone lo que sigue:

Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales; que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales; que en determinadas tradiciones jurídicas nacionales puede no ser posible basarse solo en ese principio para garantizar un nivel mínimo de protección del consumidor; que, en particular, con arreglo a las citadas tradiciones jurídicas puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor y que, en la medida en que esos derechos se deriven de la presente Directiva, no sean vinculantes para el consumidor.

La CISG introduce el concepto de previsibilidad para determinar cuándo existe un incumplimiento esencial. En efecto, su artículo 79.1 establece que: «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 la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias».

Así, la CISG establece una «responsabilidad objetiva atenuada», disponiendo que en los casos en que exista, razonablemente, una previsibilidad de que se produzca un daño por el incumplimiento de alguna obligación, deberá el deudor responder de este, ya que el derecho le exige al deudor la conducta que se le exigiría a cualquiera persona que se encontrase en iguales circunstancias (Rivera Restrepo, 2017b, pp. 708-709). Pero también es posible entender que se trata de una responsabilidad subjetiva con aplicación de criterios de inimputabilidad objetivas, como lo son la concurrencia de un impedimento ajeno a la voluntad del deudor y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

Por su parte, Vidal al respecto lo siguiente:

Este modelo de obligación es el considerado hoy día por los ordenamientos que integran lo que se conoce como Nuevo Derecho de los Contratos, como lo son la Convención de Viena [esta constituye un tratado internacional]; los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL) y los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales [al igual que la Convención de Viena, constituye un tratado internacional]; la Directiva Nº 44 de 1999 sobre ventas de consumo del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (99/44/CEE) que reemplaza para esta clase de compraventas el tradicional sistema de las acciones edilicias por uno más amplio, el de la falta de conformidad de la cosa y la reforma al BGB del año 2002 (2007, pp. 43-44).

En este mismo sentido, Ebers estima que la reforma fue adecuada al adoptar un modelo único que evita la existencia de lagunas legales o vacíos normativos. Con todo, hay que señalar algunas divergencias entre el modelo alemán y las normas europeas en esta materia (2006, pp. 54-55).

IV.2. Divergencias del BGB y el *soft law*

IV.2.1. La violación de un deber como incumplimiento contractual e infracción a deberes estatutarios.

Como ha destacado León, la reforma alemana se aleja de la CISG, de los PU y del *soft law*, ya que atiende a una visión estatutaria de la obligación que no se centra únicamente en el contrato (León, 2003, p. 18). Así, hay diferencias en la terminología utilizada en uno y otro cuerpo de normas. El § 280 BGB se refiere a la «violación de deber». En cambio, la CISG se refiere a la «violación de contrato», y los PECL y PU se refieren directamente al «incumplimiento». Esto evidencia una importante diferencia conceptual, desde que el BGB incluye en su § 280 la parte general del derecho de las obligaciones y, por tanto, se refiere no solo al incumplimiento del contrato. Además, este concepto de «violación de deber» permite incluir la violación de deberes estatutarios, como los deberes de protección, cosa inédita en Europa, que no existe ni en la CISG, ni en los PECL o en los PU.

IV.2.2. Mantención de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil del deudor

El legislador alemán mantuvo el principio de responsabilidad por culpa, siendo que la CISG, los PECL y PU prescinden en parte de criterios de imputabilidad subjetiva, como fundamento de la responsabilidad. Además, el BGB limitó la indemnización a los daños previsibles. Se ha señalado que la culpa sería la gran triunfadora de la reforma alemana (León, 2003, pp. 31-34). Sin embargo, creemos que la supuesta expulsión

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

de la culpa del sistema moderno de remedios no es tal. Y, en este sentido, nos parece que la reforma al BGB viene a poner las cosas en su lugar. Así, para Ebers, la diferencia no es relevante si tenemos en cuenta que el § 280.2 BGB en el fondo establece como principio la culpa presunta; por tanto, en ambos sistemas la indemnización de perjuicios procede respecto del incumplimiento. La diferencia se aminora todavía más si consideramos las causales eximentes de responsabilidad, por cuanto tanto el BGB como el *soft law* recurren a criterios de imputabilidad objetiva (Barcia Lehmann, 2017, pp. 457-462; Rivera Restrepo, 2016f, p. 280). De este modo, el artículo 8:108 de los PECL establece la siguiente causal de exoneración por imposibilidad de cumplimiento —que se aplica al cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicio en la medida que no sea temporal: «(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias».

Antonio Morales Moreno estima que la solución de los PECL es mejor que la de la CISG. La CISG, en su artículo 79, establece como criterio de exclusión de la indemnización de perjuicios que el incumplimiento esté fuera de la esfera de control del deudor; pero al no hacerla operar respecto del cumplimiento forzado, ha conducido a los comentaristas a buscar vías cada vez más forzadas de solución para hacer que la causal de exclusión opere respecto de ambos remedios (2006, p. 62). Sin perjuicio de lo cual, la precedente regulación de los PECL ha sido criticada por cuanto, a pesar que establece que el caso fortuito y fuerza mayor sería una causa de exoneración que afectaría tanto al cumplimiento forzado como a la indemnización de perjuicios, no afecta el ejercicio de los otros remedios (Roca Trías, 2011, p. 11).

De ser estas causas temporales, simplemente se suspende el contrato, pero no se extinguieren las obligaciones (PECL, artículo 8:108, (2)). A estas causales comunes de exoneración, los PECL agregan causales específicas para el cumplimiento forzado. De este modo, en torno a la exclusión del derecho al cumplimiento forzado, los PECL distinguen entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias (artículo 9:103). En torno a las obligaciones no pecuniarias, se establece una solución intermedia entre el *«civil law»* y el *«common law»*, pues el artículo 9:102 (2) de los PECL dispone lo siguiente:

- (2) Sin embargo, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando:
 - (a) el cumplimiento resulte ilícito o imposible; o

- (b) dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables; o
- (c) el cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal; o
- (d) el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías.

A ello se suma que el acreedor debe solicitar el cumplimiento en un plazo razonable (PECL, artículo 9:102 (1)). En los supuestos del artículo 9:102 (2), naturalmente, el contrato no se resuelve, pudiendo a su vez el deudor exigir la obligación correlativa. Encarnación Roca Trías no considera, en el DCFR, el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor como incumplimiento esencial. Así, para la referida autora, la solución a este problema respecto de la obligación correlativa en los contratos bilaterales, en el artículo III.- 3:502, desecharía la resolución, por lo que el contrato debería ejecutarse respecto de la obligación correlativa (Roca Trías, 2011, p. 12). El citado artículo es del siguiente tenor:

III.- 3:502: Termination for fundamental non-performance

- (1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental.
- (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:
 - (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or
 - (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on.

En todo caso, los supuestos que interesan son los signados en las letras (b) y (d) del artículo 9:102 (2), precedentemente transcritos, los cuales se refieren a imposibilidades de cumplimiento. El desarrollo de esta regulación se consagra en el artículo III.- 3:302 del DCFR, en los siguientes términos:

III.- 3:302: Enforcement of non-monetary obligations

- (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money.
- (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation.
- (3) Specific performance cannot, however, be enforced where:

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

- (a) performance would be unlawful or impossible;
- (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or
- (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.

(4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance.

(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense.

A este respecto, Vaquer expresa lo siguiente: «[e]n efecto, en la letra (a) recoge la privación de las legítimas expectativas contractuales que fueran previsibles, y en la letra (b) el incumplimiento intencional o por culpa grave y la creencia razonable de que el deudor no cumplirá su obligación. Se excluye de la categoría del incumplimiento esencial el supuesto de que el exacto cumplimiento fuera fundamental para el contrato» (2013, p. 101). Estos supuestos, a diferencia de los señalados en el artículo 8:108 de los PECL, no excluyen la indemnización de perjuicios (DCFR, artículo III.-3:303). Las Directivas comunitarias, separándose de la técnica del *soft law*, suelen generar un efecto no deseado de descodificación, como destaca Roca Trías.

A su vez, respecto de las obligaciones pecuniarias, el artículo 9:101 de los PECL establece lo siguiente:

Obligaciones pecuniarias

- (1) El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe.
- (2) Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que:
 - (a) hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste; o
 - (b) no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias.

No hay causales de exclusión propias de la indemnización de perjuicios, puesto que esta se presenta como un remedio preferente respecto del cumplimiento forzado, dadas las limitaciones a este, en el cumplimiento de una obligación no pecuniaria, establecidas en el artículo 9:102 (2) y la regulación de la indemnización de perjuicios, en el artículo 9:103,

ambos del PECL. Para Morales Moreno, la pretensión indemnizatoria se presenta como única opción respecto de los casos de imposibilidad definitiva, por una parte, y económica —es decir, basada en criterios de eficiencia— por otra; pero no justifica su posición, la cual iría contra el tenor del artículo 8:108 (1) de los PECL (2006, pp. 66-68 y 73-78).

En Chile, estas tesis están teniendo acogida. Así, López —comentando una Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 14 de noviembre de 2016— plantea lo que sigue:

En el caso que venimos comentando, el prestador de servicios no realizó dicha advertencia, omisión que indudablemente constituye un incumplimiento, que, en cuanto tal, lo habilita para demandar cualquier medio de tutela, pero que, atendido el vencimiento de un término esencial absoluto, no puede ser otro que la pretensión indemnizatoria. Por otro lado, se configura una infracción de un deber secundario de conducta en sede contractual que, en cuanto tal, faculta a demandar la sola indemnización de daños, argumento que se suma al anterior para justificar, dogmáticamente, la indubitable procedencia de la indemnización (2017, p. 316).

Asimismo, sostiene lo siguiente:

Como ha quedado de manifiesto en las líneas precedentes, el vencimiento del término esencial constituye una hipótesis de frustración el interés del acreedor, pues éste subordina la satisfacción de su interés a la realización de la prestación en un único momento en que ella le será útil. Nos encontramos ante una determinación del tiempo que imprime a la prestación una función satisfactiva del interés del acreedor, toda vez que la prestación y el término se identifican y la mora determina el incumplimiento y la consiguiente responsabilidad del deudor (2013, pp. 63-64).

V. DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Los problemas que ha planteado la resolución del contrato —como derecho del acreedor— se han generado, desde la perspectiva del derecho tradicional, desde dos fuentes distintas. La primera es el derecho romano, el cual no reconoció el derecho a la resolución del acreedor, sino a través de la *lex comisoria*, por cuanto para el derecho romano clásico las obligaciones contractuales no estaban vinculadas en los contratos bilaterales. Así, el incumplimiento de una obligación no afectaba a la obligación correlativa. A ello se sumaría el escepticismo del derecho de la Ilustración frente a la resolución: se estimaba a este remedio como verdadero atentado contra el *pacta sunt servanda*. Este fue el argumento decisivo por el cual se entendió que la resolución era

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

un derecho supletorio con relación al cumplimiento específico. Por ello, desde distintas culturas jurídicas, la resolución del contrato se planteó como un derecho excepcional del acreedor y que se aplica en casos de incumplimiento grave.

En Alemania, esta reticencia se plasmaría en la estricta alternativa entre resolución e indemnización de perjuicios, por una parte, y en la prestación de la facultad resolutoria legal mediante la remisión a los preceptos sobre la facultad resolutoria contractual del ex § 327.1 BGB por la otra (Eiranova & Coester-Waltjen, 1998, p. 135; Zimmermann, 2000, pp. 133-134). Esta opción entre remedios —propia del derecho alemán, en la que optar por la resolución del contrato conduce a privarlo de sus efectos, por lo que no procede la indemnización de perjuicios— ha sido criticada por el derecho comparado y afrontada por la reforma (Zimmermann, 2000, p. 139; Löwisch, 2003, pp. 146-147). Así, el § 325 del BGB permite la indemnización de perjuicios en los casos de resolución del contrato.

En la actualidad en el derecho alemán, la pretensión de resolución (*Rücktritt*) es un derecho potestativo del acreedor que no exige culpa por parte del deudor, y es considerada un acto jurídico receptivo. El § 323, que regula en la actualidad esta materia en el BGB (antes de la reforma este plazo era regulado por el § 326 (1) del BGB), no presupone que el deudor haya actuado culposamente, sino que el acreedor puede resolver el contrato cuando haya concedido al deudor sin éxito un plazo adecuado para cumplir con su obligación (Löwisch, 2003, pp. 146-147; Riveros Ferrada, 2009, pp. 95-96; Fenoy Picón, 2015, pp. 809-810). La resolución es una figura que ha evolucionado fuertemente en el derecho comparado, sobre todo para ser separada de la imputabilidad. A este respecto, Díez-Picazo señala que «[n]o se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento» (2005, p. 15).

A su vez, si se da el caso de imposibilidad, el establecimiento de un plazo es prescindible. El § 324 del BGB regula derechos de resolución en caso de violación de deberes secundarios que no formen parte del contenido de la prestación (Rivera Restrepo, 2015a, 2015b, 2016a, 2016b, 2016c, 2016d, 2016e, 2016f, 2016g, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d, 2017e). La regulación de la resolución en el derecho alemán influyó fuertemente en el *soft law* y llevó al desarrollo de los denominados *self help remedies*, los cuales precisamente —a diferencia del derecho francés— no exigen que la resolución se declare o produzca efectos a través de una sentencia judicial (Vaquer, 2003, p. 541). Sin perjuicio de lo cual, la solución alemana —en cuanto a los efectos de la resolución— se aleja del *soft law* al concederle efectos restitutorios y no solo indemnizatorios.

La restitución se debe hacer en los términos establecidos en el § 346 del BGB. La regla es que las partes deberán restituir lo recibido en consideración al contrato; pero si esto no es posible, se deberá el valor de sustitución. Ello podrá suceder, por ejemplo, si una de las partes ha realizado un hecho o una actividad a favor de la otra parte, o si la cosa ha resultado destruida; en estos casos no es posible restituir.

V.1. Algunas notas doctrinales e históricas de la reforma

Los PECL, siguiendo a la CISG, reconocen una pretensión de daños derivada del incumplimiento, siempre que este no sea excusable. La pretensión de daños no afecta a la conservación del contrato, pero en muchos casos el acreedor preferirá resolverlo y exigir la indemnización. Ahora bien, tal resolución solo es posible si el incumplimiento es esencial, aunque sea excusable. La idea de que la resolución del contrato solo es posible cuando el incumplimiento es serio se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Esta exigencia se basa en que la resolución afecta el principio del *pacta sunt servanda* y, además, tiene el efecto de poner de cargo del incumplidor un riesgo que, de acuerdo con el contrato, debía ser soportado por el perjudicado. El derecho romano era mucho más estricto y nunca reconoció una casual de resolución por infracción del contrato. Durante mucho tiempo esa fue la posición dominante tanto en el *ius commune* como en el BGB, el cual no contenía una disposición general sobre la resolución, sino una regulación fragmentaria que se basaba mayormente en la *lex commissoria*, sobre la que existía un acuerdo tácito entre los contratantes. Así, antes de la reforma, existía una serie de disposiciones sobre la materia, pero estas no eran claras, ni de fácil aplicación; por el contrario, era muy difícil comprender su doctrina y, más aún, llegar a soluciones practicables y consistentes.

V.2. Ante la imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor, el acreedor queda liberado de su deber de cumplir

La reforma simplificó la regulación de la resolución, que siempre ha sido deficiente en el derecho civil tradicional, tanto alemán como comparado (con la salvedad del código civil italiano de 1942). Así, el acreedor no necesita recurrir a la resolución del contrato en caso quede liberado de cumplir con su obligación correlativa (§ 323.1 BGB). Esta norma, que no fue parte del proyecto original de reforma, se incluyó en la reforma por cuanto la resolución no tiene sentido cuando el acreedor no tiene otra alternativa a la de imposibilidad de cumplimiento, es decir, no es posible mantener el contrato. Con todo, este argumento no es convincente, pues el acreedor puede perseverar en el contrato. Así, el acreedor puede reclamar daños en lugar de la prestación, en cuyo caso

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

la indemnización se mide de acuerdo con lo que, antes de la reforma, se designaba con la expresión *Surrogationstheorie*. En ese caso, como ya hemos analizado, el acreedor podía exigir el valor total de la prestación, con la única condición de cumplir su propia obligación correlativa.

Ahora bien —como ha señalado la doctrina alemana—, en los supuestos de imposibilidad la exclusión *ipso iure* de la contraprestación del otro contratante es el equivalente al derecho de resolución. Esto es así tanto si el deudor es responsable de la imposibilidad, como si no lo es. A su vez, si la imposibilidad fuera de responsabilidad del acreedor, o si tuvo lugar tras la negativa del acreedor de recibir la prestación, el deudor conserva su derecho a la contraprestación.

La reforma incorpora otros detalles relativos al cumplimiento del acreedor. De este modo, si el acreedor reclama lo que el deudor obtiene en sustitución de la prestación debida, el deudor mantiene su derecho a la contraprestación; pero la cuantía se verá reducida si el valor del subrogado es inferior al de la prestación inicialmente pactada. Si el acreedor había cumplido, sin tener que hacerlo, tiene derecho a la restitución.

V.3. Clases de resolución del contrato

El acreedor tiene, ante la infracción contractual derivada de una causa distinta a la imposibilidad, derecho a la resolución siempre que se cumplan los requisitos establecidos para los daños en lugar de la prestación; pero, aún antes de la reforma, el acreedor tiene derecho a una indemnización por todo daño adicional (Larenz, 1987, p. 404). Para Zimmermann, esta asimilación a la prestación demuestra la intención de los autores de la reforma de prevenir el peligro que generaba el que los requisitos exigidos para la resolución acabaran siendo alterados por la posibilidad de recurrir a los daños en lugar de la prestación (2008, p. 77). De este modo, conforme a la reforma, se distingue entre:

- a) la situación en que el deudor no cumple, o no lo hace adecuadamente, en el momento en que debía ejecutar la prestación; y
- b) la situación en la que el deudor infringe deberes accesorios que no afectan a la prestación en sí misma.

Para este último supuesto se concede al acreedor el derecho de resolver el contrato si razonablemente ya no puede esperarse que acepte la prestación (véase § 324 BGB).

En los supuestos de la primera opción, el acreedor puede resolver si ha fijado un plazo razonable de cumplimiento (§ 323.1 BGB) o para corregir el cumplimiento defectuoso, y siempre que tal plazo haya

transcurrido sin que la prestación haya sido cumplida. Existe una diferencia fundamental entre los requisitos exigidos para la resolución y los establecidos para exigir daños, en lugar de la prestación, y es que la resolución no depende de la culpa del deudor. Al igual que antes de la reforma, para la resolución es suficiente la notificación al deudor. A su vez, se mantiene la norma que dispone que la resolución supone que ambas partes quedan liberadas de sus respectivos deberes y deben restituirse recíprocamente las prestaciones (Larenz, 1987, p. 404). Sin embargo, esta restitución no se basa en el enriquecimiento injusto, ya que para esto hay normas especiales ubicadas en el subtítulo denominado resolución (*Rücktritt*, §§ 346-354 BGB). Doctrinalmente la existencia de este régimen específico de restitución se basa en que la resolución no hace desaparecer completamente el contrato y, por lo tanto, no crea una situación en la que la prestación se haya realizado sin base alguna⁶. En este sentido, se reconoce que la resolución no produce efectos *ex tunc*, es decir, no vuelve a las partes al estado anterior (Larenz, 1987, pp. 404-406; Zimmermann, 2008, pp. 78-79). Esta doctrina ya se había impuesto en el derecho alemán antes de la reforma. Así, Larenz destacaba lo siguiente:

La doctrina anteriormente dominante ha sido prácticamente abandonada por completo. Lo correcto es que las obligaciones de prestación primarias aún existentes en adelante se diluyan. Con ellas se diluyen también obligaciones de prestación secundarias ya constituidas como indemnización por el interés en el cumplimiento. Esto resulta dudoso, sin embargo, con respecto al derecho a la indemnización por el daño ya incurrido por demora. Sin embargo, si una de las partes hubiese infligido daño adicional a la otra parte, superando el interés en la prestación propiamente dicho, por medio de un rendimiento deficiente, o un rendimiento deficiente o vulneración con respecto a un deber de conducta adicional, su deber de indemnizar por daños permanece (1987, pp. 404-405)⁷.

V.4. Formas de restitución

El derecho tradicional de los contratos le otorgaba un efecto retroactivo a la condición cumplida que ha sido resistido fuertemente por el *common law* y por el *soft law* (Palazón, 2016, pp. 909-911). En realidad, el efecto retroactivo siempre fue muy difícil de lograr, sobre todo en los casos de

⁶ Al respecto, véase el artículo «*Rücktritt (Allgemeines)*» en el sitio web *Jura-Basic* (http://www.jura-basic.de/aufruf.php?file=1&pp=48&art=6&find=R%C3%BCcktritt_Allgemeines).

⁷ «Die früher herrschende Lehre ist heute nahezu allgemein aufgegeben. Richtig ist nur, dass die noch bestehenden primären Leistungspflichten nunmehr entfallen. Mit ihnen entfallen etwa schon entstandene sekundäre Leistungspflichten auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Zweifelhaft ist dies nur hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz des schon eingetretenen Verzugsschadens. Hatte der eine Teil aber dem anderen durch Schlechtleistung oder Schlechtleistung oder Verletzung einer weiteren Verhaltenspflicht einen über das eigentliche Leistungsinteresse hinausgehenden zusätzlichen Schaden zugefügt, so bleibt seine Schadensersatzpflicht insoweit bestehen».

incumplimientos parciales por parte de ambas partes. Imagínese un caso en el que una parte puede volver al estado anterior, pero la otra, dada una situación de insolvencia o habiendo enajenado el bien, no puede; entonces, si se obliga a una de las partes a volver al estado anterior y no a la otra, se generará una solución poco equitativa. Así, este efecto ha sido revisado por la teoría moderna del contrato, inclinándose más bien a entender que un incumplimiento esencial o grave (como sucede en el derecho alemán, belga o español) o que no es de una entidad menor (como el derecho italiano, artículo 1455 del código civil; o el derecho holandés, artículo 6:265 (1) del código civil) no deja sin efecto al contrato, sino que lo adecua a las nuevas circunstancias contractuales. Se trata, por tanto, de un modelo más dúctil que no necesariamente es contrario al efecto retroactivo de la condición cumplida. En los países del *common law*, los efectos restitutorios son absorbidos por la indemnización de perjuicios, como si el acreedor entregó determinados bienes o dinero (Palazón, 2014, pp. 158-160). En dicho caso no existe una acción de reembolso por lo entregado, sino que el acreedor deberá demandar mediante una acción de indemnización de perjuicios el valor de lo entregado, a través de un criterio de cuantificación del daño denominado costo de oportunidad (Brian, 2004, pp. 629-638; Ferriell & Navin, 2004, pp. 665-680; Fischer, 2006, pp. 32-33). Otro tanto sucede con el *soft law*, el cual no reconoce el efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida; pero sí le otorga tanto un acotado efecto restitutorio como un claro efecto liberatorio. De este modo, la resolución libera del cumplimiento al acreedor (PECL, 9:305; DCFR, III.- 3:509), pero genera algunos efectos restitutorios (PECL, 9:306-9:309; DCFR, III.- 3:511-512). A su vez, en los casos de imposibilidad de restitución, se recurre a la indemnización de perjuicios (DCFR, III.- 3:511 4), 3:513). Tal vez, la gran diferencia de los ordenamientos jurídicos precedentes con los ordenamientos jurídicos latinos, o de derecho tradicional, consiste en que en ningún caso se afectan derechos de tercero. Así, en Chile, la acción resolutoria trae aparejada una acción reivindicatoria contra tercero de mala fe (artículos 1490 y 1491 del Código Civil chileno; artículos 1295 y 1298 del Código Civil español). La acción contra tercero, en el derecho español, es más exigente que en el derecho chileno por cuanto exige, además de exigir que el tercero tuviese conocimiento de la condición resolutoria, ánimo de defraudar por parte del tercero. A ello se suma la limitación de la acción respecto de los títulos gratuitos en el derecho español (Ocaña, 2016, p. 286). Para finalizar, el *soft law*, siguiendo al *common law*, acogería la indemnización de perjuicios como un remedio compatible con la resolución del contrato. Y, en realidad, aquel sería el remedio de general aplicación (PECL, 9:506, 507; DCFR, III.- 3:706).

La solución alemana es muy sencilla; está dada por el § 346 BGB y consiste en otorgar al acreedor una acción de reembolso que cubre la prestación recibida. Sin embargo, de no ser ello posible, se abona el valor de sustitución (Miquel, 2016, pp. 309-310). La pretensión indemnizatoria se rige por los §§ 280ss. del BGB (Zimmermann, 2008, pp. 76-79).

V.5. Comparación con las reglas del *soft law*

En materia de resolución, el § 323 BGB sigue las reglas del *soft law* en el sentido de no exigir culpa en el incumplimiento del deudor. Se ha señalado que, en materia de resolución, no tiene sentido mantener el vínculo; pero, en realidad, permitir la resolución no culpable del contrato equivale a la aplicación de la teoría de los riesgos (Pantaleón, 1993, p. 1732). Ello es evidente, pues el acreedor podría no cumplir su obligación correlativa ante un incumplimiento fortuito de su deudor. Sin embargo, a diferencia del § 323 BGB, los PECL y los PU conceden un derecho de resolución solo en caso de infracción contractual esencial. En cambio, el BGB se guía por el plazo concedido por el acreedor al deudor (aspecto que también contemplan los PECL). También la reforma permite la resolución parcial, por parte del acreedor, cuando se haya cumplido parcialmente el contrato y el acreedor tenga interés en dicho cumplimiento parcial. Por tanto, la resolución total del contrato se producirá solo en la medida en que el cumplimiento parcial no satisfaga el interés del acreedor (§ 323.5 BGB)⁸. Ahora bien, el interés del acreedor estará determinado por la divisibilidad de la prestación con relación al propósito que se tuvo en mente al contratar. De este modo, puede ser que el cumplimiento parcial no satisfaga el objetivo que se buscó al contratar, pero aceptado el pago parcial, la carga de la prueba se invierte, asumiéndola el acreedor (como indicó el Tribunal Federal alemán en un fallo del 16 de octubre de 2009)⁹. A ello se suman los defectos de incumplimiento de menor importancia (§§ 323.1 y 2, 434.3, 437.2 BGB) (Albiez, 2002, p. 1182). Otro aspecto en que se diferencia el BGB del *soft law* es en que la imposibilidad de cumplimiento genera la resolución del contrato (§§ 275.1-3, 283 BGB)¹⁰; en cambio, en los PECL, puede dar lugar a una indemnización de perjuicios. De este modo, los PECL establecen lo siguiente:

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

8 En este sentido, la norma citada dispone lo siguiente: «Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung keine Interesse hat».

9 Véase el artículo «Vertrag (Teilleistung)» en el sitio web *Jura-Basic* (<http://www.jura-basic.de/aufruf.php?file=2&art=6&find=Teilleistungen@Teilr%FCcktritt>).

10 En igual sentido se derogan los §§ 350-353 BGB, los cuales impedían la resolución por imposibilidad de restitución.

Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

(3) La parte que incumple debe asegurarse que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación (PECL, 8:108).

Por su parte, respecto del DCFR, Rivera Restrepo señala lo siguiente:

existen ciertas excepciones al cumplimiento específico (*in natura*), tal es el caso de las prestaciones ilícitas o cuando su cumplimiento fuese imposible (física o jurídicamente), cuando su exigencia resultare excesivamente costosa (a este supuesto se le llama «imposibilidad económica»), o fuera una obligación *intuito personæ*, salvo que pueda delegarse en terceros. Asimismo, constituye una excepción al cumplimiento específico, justificada por el principio de la buena fe, el hecho de que el acreedor no exija la obligación dentro de un plazo razonable, contado desde la fecha en que supo y pudo razonablemente enterarse del incumplimiento. En este caso, tampoco podrá el acreedor exigir una indemnización de perjuicios (2016f, p. 281).

La CISG establece otra solución, concediendo derecho de resolución en los siguientes dos supuestos: (a) cuando hay incumplimiento de una obligación esencial y (b) en caso de no entrega de la cosa vendida en el plazo establecido, además, el comprador puede resolver el contrato.

Estos caminos son radicalmente diferentes. Es verdad que para algunos autores ambas soluciones son similares puesto que el acreedor, al establecer un plazo de cumplimiento, le indica al deudor que su incumplimiento es esencial (Rivera Restrepo, 2016e, pp. 267ss.). Sin embargo, el *soft law* tiene una concepción objetiva/subjetiva del incumplimiento. Es objetiva en cuanto el incumplimiento es resolutorio en la medida que el deudor no cumple en el plazo de espera, y es subjetiva en cuanto el acreedor podría calificar como esencial un incumplimiento nimio, otorgándole al deudor un plazo razonable de cumplimiento.

VI. BREVES CONCLUSIONES

VI.1. Aspectos generales

El nuevo derecho alemán se ha simplificado, acercándose al sistema de remedios instaurado por el *soft law* que poco a poco va siendo reconocido a nivel internacional por distintos ordenamientos jurídicos. De este modo, tanto los PECL como los PU se tomaron en cuenta en el proceso de reforma del derecho alemán. La influencia fue en ambas

direcciones, pues varios criterios de imposibilidad de cumplimiento fueron recogidos por el *soft law* precisamente del derecho alemán. Por tanto, la influencia entre estos sistemas jurídicos, aunque difiere en el tiempo, ha sido recíproca. Así, ambos sistemas proporcionan de forma conjunta una base de modernidad al derecho comparado, pero —como se ha podido apreciar en el presente trabajo— la reforma alemana no es una copia del *soft law*. El derecho alemán podría servir de base para sucesivas reformas legislativas en otros países, pues las nuevas normas reflejan una experiencia consolidada y demostrada como viable a lo largo de más de cien años de vigencia del BGB y del derecho consuetudinario que le antecedió.

VI.2. Aspectos específicos

VI.2.1. En torno al cumplimiento específico y su exclusión

La reforma hace una clara diferencia entre las formas de imposibilidad de cumplimiento (práctica, económica, moral, etcétera) y la alteración de la base del negocio (§§ 275 y 313 BGB, respectivamente) que no hace el *soft law*. Así, el *soft law*, aunque reconoce formas de imposibilidad de cumplimiento y asimila la alteración de la base del negocio jurídico (en torno a la obligaciones pecuniarias y no pecuniarias) a los supuestos de frustración del contrato, no es tan específico en su regulación. La clara diferencia entre una y otra regulación consiste en que la imposibilidad de cumplimiento se traduce en principio en la indemnización de perjuicios, pero deja el cumplimiento del contrato en manos del deudor (imposibilidad práctica); en cambio, la alteración de la base del negocio produce la revisión o alteración del contrato. La reforma ubica definitivamente a la imputabilidad/inimputabilidad como un criterio determinante para los efectos de la indemnización, haciendo de esta forma los casos de imposibilidad más objetivos. Pero, a su vez, como ya hemos señalado, los criterios de imputabilidad/inimputabilidad para dar lugar a la indemnización de perjuicios —tanto en el BGB como en el *soft law*— son objetivos.

La diferencia entre la imposibilidad económica y la alteración de la base del negocio jurídico no está del todo clara. Sin embargo, el presente trabajo ha recalcado varias diferencias, de las cuales la más relevante es que la alteración de la base del negocio es, por lo menos, una figura residual a la imposibilidad.

Como hemos analizado, la imprevisión se presenta como un requisito en la alteración de las bases del negocio. Esto no es así en los casos de imposibilidad de cumplimiento, la cual puede ser inicial. En cambio, en el *soft law*, los casos de desproporción contractual deben ser imprevistos.

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

VI.2.2. En torno a la violación de un deber y la responsabilidad civil del deudor

Es acertado el nuevo concepto general de «infracción o violación de deber» porque, de alguna forma, se hace cargo de la cultura alemana en cuanto a los deberes estatutarios. Así, estos deberes no son necesariamente contractuales y se incorporan al contrato a través de principios y reglas contractuales. A ello se suma —a diferencia de lo que sucede en el *soft law*— que dicha noción se aplica también a las obligaciones no contractuales. Esto ocurre a pesar de que esta tendencia es totalmente consistente tanto con el *soft law* y las Directivas de la Unión Europea como con el derecho moderno, el cual confía cada vez más en nociones que se determinan conforme a cláusulas generales que debe desarrollar la jurisprudencia. Esto no es un tema menor, pues su infracción es el punto de partida para dar lugar al incumplimiento y a la aplicación del derecho de remedios.

El principal efecto del incumplimiento se traduce en que la violación de un deber de conducta genera, en principio, indemnización de perjuicios. Ello se aprecia claramente en la reforma e indirectamente en el *soft law*. En ambos sistemas será el deudor el que deberá acreditar la ausencia de responsabilidad, recurriendo a criterios de inimputabilidad objetiva. Sin perjuicio de lo cual, aún en caso de incumplimiento, el acreedor podrá dejar subsistente el contrato, recurriendo a la indemnización de perjuicios en lugar de la prestación. El que la responsabilidad civil en el BGB se sustente en la culpa no marca una diferencia importante con el *soft law*, pues las consecuencias prácticas de ambos modelos indemnizatorios y resolutorios son muy similares.

VI.2.3. La resolución del contrato

La regulación de la resolución presenta dos méritos. Primero, es mucho más precisa que antes de la reforma y, segundo, se hace cargo de los principales avances del *soft law*. La pretensión resolutoria queda definitivamente en manos del acreedor, separándose de la culpa. Esto es así, pese a que se mantienen ciertos efectos restitutorios que alejan la solución alemana del *soft law*.

El BGB opta por no mantener el contrato en caso de imposibilidad de cumplimiento, sin recurrir a la resolución y a pesar de que excluye el cumplimiento específico. Naturalmente, en dicho caso el acreedor podría demandar de indemnización de perjuicios. Así, el acreedor puede optar por la indemnización de perjuicios, que ocupa el lugar de la prestación, en cuyo caso el contrato se mantendrá (sujeto a reducción en caso que el valor subrogado fuese inferior al contenido contractual).

REFERENCIAS

Albiez, K.J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones: la reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, 55(3), 1133-1228. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2002-30113301228

Albiez, K.J. (2011). La necesaria influencia del derecho privado europeo en la propuesta. En K.J. Albiez, M.L. Palazón y M.M. Méndez Serrano (coords.), *Derecho privado europeo y la modernización del derecho contractual en España*, (pp. 15-25). Valencia: Atelier.

Albiez, K.J. (2018). El rol del derecho comparado en la construcción del derecho privado europeo. *E-S Legal History Review*, 27, 1135-1227.

Barcia Lehmann, R. (2017). Una revisión del *ius electionis* en el denominado derecho de remedios. En H. Corral & P. Manterolo (eds.), *Estudios de derecho civil XII: ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 6 y 7 de octubre de 2016 (pp. 453-464). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Brian, A. (2004). *Contracts*. New York: Aspen Publishers.

Bustamante, L. (2005). Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños. En J. Varas Braun & S. Turner Saelzer (eds.), *Estudios de derecho civil I* (pp. 105-126). Santiago de Chile: LexisNexis.

Carrasco, Á. (dir.). (2014). Sobre la responsabilidad por falta de conformidad la garantía comercial en los vehículos de segunda mano. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 11, 29-78. Recuperado de <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/578/483>

Díaz, M.T. (2003). La gran reforma del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*): la ley de modernización del derecho de obligaciones. *El Consultor Inmobiliario*, 32, 18-25.

Díez-Picazo, L. (2003). La reforma de los códigos y derecho europeo. *Anuario de Derecho Civil*, 56(4), 1565-1574. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-40156501574_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Reforma_de_los_C%F3digos_y_Derecho_Europeo

Díez-Picazo, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Navarra: Thomson.

Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E. & Morales Moreno, A.M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.

Ebers, M. (2003). La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002. *Anuario de Derecho Civil*, 56(4), 1575-1608. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-40157501608

Ebers, M. (2006). La reforma y europeización del derecho alemán de las obligaciones. En F. Badosa y E. Arroyo (coords.), *La armonización del derecho de las obligaciones en Europa* (pp. 39-78). Valencia: Tirant lo Blanch.

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

Ehmann, H. & Sutschet, H. (2006). *La reforma del BGB: modernización del derecho alemán de obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Eidenmüller, H.; Faust, F.; Grigoleit, H.C.; Jansen, N.; Wagner, G. & Zimmermann, R. (2009). El marco común de referencia para el derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), 1461-1522. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-40146101522

Eiranova Encinas, E. & Coester-Waltjen, D. (1998). *Código Civil alemán comentado: BGB*. Madrid: Marcial Pons.

Fenoy Picón, N. (2015). La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña. *Anuario de Derecho Civil*, 68(3), 801-1082. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-30080101082

Fernández, J. (2002). La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida. *Anales de Derecho*, 20, 35-53. Recuperado de <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56711>

Ferriell, J. & Navin, M. (2004). *Understanding contracts*. New York: Lexis Nexis.

Fischer, M.J. (2006). *Understanding Remedies*. San Francisco: Lexis Nexis.

Infante Ruiz, F.J. (2002). 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, 153-171.

Larenz, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Larenz, K. (1978). *Derecho civil: parte general*. Jaén: Revistas de Derecho Privado.

Larenz, K. (1987). *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I: Allgemeiner Teil* (14^a ed.). Múnich: C.H. Beck.

Lamarca i Marquès (2001). La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB. *InDret*, 2. Recuperado de http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=173&pdf=052_es.pdf

Lamarca i Marquès (2002). Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones. *InDret*, 1. Recuperado de http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=256&pdf=078_es.pdf

Lamarca i Marquès, A. (2014). *Código civil alemán*. Madrid: Marcial Pons.

Leible, S. (2006). Vías para la unificación del derecho privado europeo. *Anuario de Derecho Civil*, 59(4), 1589-1610. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-40158901610

León, L. (2003). La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: a propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung). *Revista Ius et Veritas*, 26, 12-47.

López, P. (2013). El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20, 51-103. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722013000100002>

López Díaz, P. (2017). Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, 307-321. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722017000100307>

Löwisch, M. (2003). New Law of Obligations in Germany. *Ritsumeikan Law Review*, 20, 141-156. Recuperado de <http://www.ritsumeik.ac.jp/acd/cg/law/lex/rhr20/Manfred141.pdf>

Magnus, U. (2003). La reforma al derecho alemán de daños. *InDret*, 2, 1-12.

Marco Molina, J. (2009). La aproximación entre el régimen jurídico del vicio oculto y la regulación del incumplimiento contractual en la Directiva 1999/44/CE sobre Garantías en la Compraventa de Bienes de Consumo. En A. Martínez Cañellas & M.P. Ferrer Vanrell (eds.), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales* (pp. 256-265). Madrid: Dikynson.

Mélich-Orsini, J. (2003). *La resolución del contrato por incumplimiento*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Miquel, J. (2016). *Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.

Momberg, R. (2010a). La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida. *Revista Chilena de Derecho*, 37(1), 43-72. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372010000100003>

Momberg, R. (2010b). Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15(diciembre), 29-64. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722010000200002>

Momberg, R. (2014). La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de derecho contractual. *Revista de Derecho UCN*, 21(2), 277-304. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200008>

Morales Moreno, A. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Navarra: Thomson.

Ocaña, J. (2016). *La eficiencia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*. Granada: Comares.

Orduña, F. & Martínez, L. (2017). *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado* (2^a ed.). Madrid: Civitas.

Palazón, M.L. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*. Navarra: Aranzadi.

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

Palazón, M.L. (2016). La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento. En S. Sánchez (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (pp. 857-924). Madrid: Civitas.

Pantaleón, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 46(4), 1719-1745. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-40171901746_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Las_nuevas_bases_de_la_responsabilidad_contractual

Redondo Trigo, F. (2010). De los Principios Lando al marco común de referencia del derecho privado europeo: hacia un nuevo *ius commune*. *Anuario de Derecho Civil*, 63(4), 1643-1682. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40164301682

Rivera Restrepo, J.M. (2015a). Del concepto y de la naturaleza jurídica del derecho de opción del acreedor (la mal llamada condición resolutoria tácita) en el derecho civil español. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 34, 69-104.

Rivera Restrepo, J.M. (2015b). Notas marginales sobre la culpa contractual, como elemento del derecho de opción del acreedor. *Revista Vis Iuris*, 2(3), 9-17. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/945/794>

Rivera Restrepo, J.M. (2016a). *¿Es necesaria la mora del deudor para que opere el derecho de opción del acreedor?* *Derecho y Cambio Social*, 13(45), 1-16. Recuperado de https://www.derechoycambiosocial.com/revista045/ES_NECESSARIA_LA_MORA_DEL_DEUDOR.pdf

Rivera Restrepo, J.M. (2016b). Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual, en el *common law*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(1), 223-233. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3027/1733>

Rivera Restrepo, J.M. (2016c). Del fundamento del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual (condición resolutoria tácita). *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19(1), 203-244.

Rivera Restrepo, J.M. (2016d). La diligencia como elemento del derecho de opción del acreedor. *Revista de Derecho* (Universidad Centroamericana), 20, 3-10. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i20.2785>

Rivera Restrepo, J.M. (2016e). La gravedad del incumplimiento como requisito del derecho de opción del acreedor: tendencias modernas. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 267-291. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5897017&orden=1&info=link>

Rivera Restrepo, J.M. (2016f). Marco común de referencia y derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual. *Dikaios*, 25(2), 266-288. <https://doi.org/10.5294/dika.2016.25.2.6>

Rivera Restrepo, J.M. (2016g). Tres cuestiones en torno al derecho de opción del acreedor en España. *Prudentia Iuris*, 82, 187-203. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tres-cuestiones-derecho-acreedor-espana.pdf>

Rivera Restrepo, J.M. (2017a). ¿Es necesaria la imputabilidad para que opere el derecho de opción del acreedor? *Revista Boliviana de Derecho y Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 34, 120-139. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427552205007>

Rivera Restrepo, J.M. (2017b). Algunas notas en torno a la regulación del derecho de opción en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 268, 703-743. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61050>

Rivera Restrepo, J.M. (2017c). El derecho de opción del acreedor ante el derecho alemán de las obligaciones. *Revista Jurídicas*, 14(1), 40-53. <https://doi.org/10.17151/jurid.2017.14.1.4>

Rivera Restrepo, J.M. (2017d). La propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual. *Revista de la Facultad de Derecho*, 42, 247-278. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201719>.

Rivera Restrepo, J.M. (2017e). The creditor's right of option in Italy. *Revista Direito GV*, 13(1), 303-333. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201712>

Rivera Restrepo, J.M. & Barcia Lehmann, R. (2016). Aspectos generales en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión), en España. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47, 117-150. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200004>

Riveros Ferrada, C. (2009). El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 93-113.

Roca Trías, E. (2011). El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 65(2132), 1-27. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3915531.pdf>

Schulte-Nölke, H. (2013). The New German Law of Obligations: An Introduction. *German Law Archive*. Recuperado de <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>

Vaquer, A. (2013). El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis*, 1(1), 93-115. Recuperado de <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/10109>

Vattier Fuenzalida, C. (2005). Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (Redur)*, 3, 57-68. Recuperado de <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/vattier.pdf>

Vidal, Á. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372007000100004>

CONVERGENCIAS
Y DIVERGENCIAS
DEL DERECHO DE
INCUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO CIVIL
ALEMÁN CON LOS
PRINCIPIOS DE
DERECHO EUROPEO
DE LOS CONTRATOS
Y OTROS TEXTOS
INTERNACIONALES

CONVERGENCES
AND DIVERGENCES
OF THE LAW OF
NON-COMPLIANCE
OF THE GERMAN
CIVIL CODE WITH
THE PRINCIPLES OF
EUROPEAN LAW
OF CONTRACTS
AND OTHER
INTERNATIONAL
TEXTS

Wacke, A. (2013). Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 699-710. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372013000200015>

Weiskopf, N.R. (1996). Frustration of Contractual Purpose - Doctrine or Myth? *Saint John's Law Review*, 70(2), 239-271.

Westermann, H.P. (2006). Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del derecho de la compraventa en el BGB. *Anuario de Derecho Civil*, 59(2), 657-674. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-20065700674

Zimmermann, R. (2000). *Estudios de Derecho Privado Europeo*. Madrid: Civitas Ediciones.

Zimmermann, R. (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199291373.001.0001>

Zimmermann, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de las obligaciones*. Barcelona: Bosch.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
 Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 216/2018 (23 de abril de 2018), Civil (España). Roj: SAP B 2941/2018 ECLI: ES:APB:2018:2941

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 231/2018 (30 de abril de 2018), Civil (España). Roj: SAP B 3342/2018 ECLI: ES:APB:2018:3342

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 264/2018 (9 de mayo de 2018), Civil (España). Roj: SAP B 3284/2018 ECLI: ES:APB:2018:3284

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 294/2018 (8 de mayo de 2018) (España). Roj: SAP B 3367/2018 ECLI: ES:APB:2018:3367

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (Código Civil alemán). Recuperado de <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), Viena, del 11 de abril de 1980. Recuperado de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Diario Oficial, L 171 del 7 de julio de 1999, 12-16. Recuperado de <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales [disposición derogada], Diario Oficial, L 200 del 8 de agosto de 2000, 35-38. Recuperado de <https://www.boe.es/DOUE/2000/200/L00035-00038.pdf>

Draft Common Frame of Reference [DCFR]: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Outline Edition). Documento preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Múnich: Sellier, 2009. Recuperado de https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française [JORF], 0035, 11 de febrero de 2016, texto 26. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>

Principles of European Contract Law [PECL] (Principios de Derecho Europeo de los Contratos). Recuperado de <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (PU). Recuperado de <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter>

Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [TRLGDCU], Boletín Oficial del Estado [BOE], 287, 30 d noviembre de 2007 (España). BOE-A-2007-20555

Tribunal Supremo, Sentencia 24/2016 (3 de febrero de 2016), Sala de lo Civil, Madrid (España). Roj: STS 92/2016 ECLI: ES:TS:2016:92

Tribunal Supremo, Sentencia 64/2015 (24 de febrero de 2015), Sala de lo Civil, Madrid (España). Roj: STS 1698/2015 ECLI: ES:TS:2015:1698

Tribunal Supremo, Sentencia 649/2016 (3 de noviembre de 2016), Sala de lo Civil, Madrid (España). Roj: STS 4716/2016 ECLI: ES:TS:2016:4716

Tribunal Supremo, Sentencia 840/2013 (20 de enero de 2014), Sala de lo Civil, Madrid (España). Roj: STS 354/2014 ECLI: ES:TS:2014:354

Recibido: 06/06/2018

Aceptado: 24/09/2018