

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)^(*)

Leysser L. León

Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Alumno de la Scuola Superiore "Sant'Anna" di Studi Universitari e di Perfezionamento (Pisa, Italia).

1. Introducción.

En uno de los números que va acumulando un bienintencionado informativo mensual de actualidad jurídica, recientemente aparecido en nuestra Facultad, se acoge la opinión de un lector que se pronuncia en favor de la necesidad de reformar de modo radical, si no eliminar, el Código Civil, amparándose en el deleznable, pero a estas alturas acostumbrado, argumento de que se trata de un texto legal inaplicable en un importante porcentaje de las operaciones comerciales, y más precisamente, bancarias.

No sería admisible sostener, en descargo del comité de redacción del boletín mencionado, que una necesidad semejante se exhibe bajo la especie de una carta, en una sección que se limita a dar cabida a la opinión de los lectores, donde toda consideración ajena es bienvenida y, por lo tanto, publicable.

En el momento actual es de ingenuos dar crédito a estas "manifestaciones", llamémoslas así, de la libertad de expresión.

Tamaño ingenuidad sería imperdonable, además, porque las características del medio escrito ahora involucrado están a la vista, y porque no es difícil identificar el mismo juicio disparatado en las conferencias y estudios de académicos, en mayor o menor medida ilustres, pero siempre respetables, que, de la noche a la mañana, han salido a dictaminar la pena de muerte para el Código Civil o para algunas de las instituciones que en él se reglamentan.

Como quiera que sea, constituiría una alevosa pérdida de tiempo -una "asignación ineficiente" de los recursos, ni más ni menos- desmentir el ridículo argumento de la inadecuación de las normas vigentes a la contratación moderna o, como reza el cliché, a las "exigencias del mercado" en general. Un error de

^(*) Agradezco a mi amigo Alessandro Somma, catedrático de Derecho comparado, experto en temas jurídicos germánicos, por la acogida y valiosa información brindadas durante el congreso internacional *La reforma del Schuldrecht alemán: ¿Un modelo para un futuro Derecho europeo de obligaciones y contratos?*, celebrado en la Universidad de Ferrara los días 7 y 8 de marzo del año en curso; a Stefanie Haeger, por su apoyo de siempre en la consulta de bibliografía alemana; y especialmente, a Su Wand Fong, quien hizo posible esta investigación. "So eine wahre, warme Freude ist nicht in der Welt, als eine große Seele zu sehen, die sich gegen einen öffnet" (J. W. Goethe).

perspectiva de tales dimensiones no es ni siquiera “moderno”, si por “moderno” se entiende “de nuestros días”: no es más que la repetición histórica -predictiblemente, e imperdonablemente, ignorada- de lo ocurrido durante las primeras codificaciones, en la lejana y superada época en que los únicos temas importantes eran la libertad del individuo, la propiedad y los contratos. En aquel entonces, todas las instituciones del Derecho Privado se regulaban, se justificaban ante la colectividad y se explicaban a los estudiantes en función a la circulación de la riqueza.

Pero hoy, qué duda cabe, es imposible discutir sobre el Código Civil sin tener en cuenta los derechos de la persona, el Derecho de Familia, las reglas del Derecho Internacional Privado, etcétera.

Por ello, no debe generar extrañeza que estos tres últimos temas (personas, familia, conflicto de normas), brillen por su ausencia en el discurso, y acaso en el conocimiento, de los que vociferan contra el Código Civil.

Si se tiene la honestidad de admitir que uno de los grandes y caricaturizables defectos de la suma de individuos que componemos la sociedad peruana es el desorden -la mediocridad y la “criollada”, para los más pesimistas- no debería existir dificultad para reconocer también, como se propondrá a continuación, la “peruanidad”⁽¹⁾ de nuestro Derecho Civil.

2. La “peruanidad” de nuestro Derecho Civil y el mito de su supuesta “Escuela”.

En el prólogo escrito para uno de los tomos de los *Comentarios al Código Civil peruano* de José León Barandiarán (1899-1987), comercialmente reimpresos

y reordenados con el engañoso título de *Tratado de Derecho Civil peruano*, un visionario profesor escribió, por enésima vez, que al recordado jurista lambayecano se debía la fundación de la “Escuela” del Derecho Civil peruano.

No faltan otras expresiones fuera de lugar en aquellas páginas, como una, que se me ha quedado grabada en la memoria, en la que el prologuista agradece a León Barandiarán por haberle enseñado “a ser maestro”(!).

En esta oportunidad, renuncio de plano a desvirtuar tan obvia fatuidad, y me autoimpongo el objetivo, más modesto, de denunciar, y lamentar, la falsedad de tan osados enunciados.

Vamos por partes.

En primer lugar, la etiqueta con la que ahora circula la obra de León Barandiarán es engañosa, en tanto y en cuanto presupone la improbable e insostenible existencia de un verdadero Derecho Civil “peruano”⁽²⁾.

A despecho de los incontables “tratados” de “Derecho Civil argentino”, no menos falaces, que han venido gozando de fama, muchas veces inmerecidamente, entre nosotros, todos los ordenamientos latinoamericanos, tienen en común una actitud “pasiva” y “receptiva” frente a las familias jurídicas foráneas; tan “pasiva” y “receptiva” como la que han manifestado siempre los autores españoles frente a la doctrina alemana, italiana, etcétera⁽³⁾.

Salvo mejor parecer, no existen sino cuatro grandes “familias” jurídicas, a saber: la romanista, la germánica, la nórdica y la angloestadounidense, y otras de no tan amplio espectro geográfico, pero sí demográfico, como la islámica, la china, la talmúdica, etcétera⁽⁴⁾.

El título original de la obra de León Barandiarán reflejaba, sin lugar a dudas, la verdadera, y en modo

(1) Hace algunos años, en una reveladora y esclarecedora conferencia brindada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Carlos Ramos Núñez expuso con lujo de argumentos, la palpable existencia de un Derecho “chicha” en el Perú. Y mencionaba en favor de sus apreciaciones, por ejemplo, la circunstancia de que prácticamente ninguna editorial jurídica peruana fuese administrada por abogados o personas vinculadas al mundo del Derecho.

Si en esta introducción se prefiere hablar de la “peruanidad” de nuestro Derecho Civil, no ha sido para oponer una distinta opinión a tan apreciado y docto amigo, sino, sencillamente, para evitar el empleo de un vocablo que, acaso más por su forma de sonar que por los distintos sentidos que admite, podría resultar de insoportable incomodidad.

(2) Lo cierto es que José Leon Barandiarán no evitó utilizar la expresión en algunas de sus obras, como por ejemplo, las publicadas en la imprenta de la Universidad de San Marcos: *Contratos en el Derecho Civil peruano*. 2 volúmenes. 1965.; y *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 1973. La aparente naturalidad que se percibe en “Derecho Civil Peruano”, en cuanto equivalente a “ordenamiento jurídico peruano”, me sugirió el título de uno de mis últimos estudios: LEÓN, L. Leysser. *Funcionalidad del ‘daño moral’ e inutilidad del ‘daño a la persona’ en el Derecho Civil peruano*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Número 23. Trujillo, 2003. pp. 1 y ss.

(3) ROPPO, Vincenzo. *Negozio giuridico, Stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell’atto amministrativo*. En: *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, al cuidado de Cesare Salvi. Milán: Feltrinelli, 1978. pp. 201-202.; anota, por ejemplo, que el espacio obtenido por la teoría general del negocio jurídico en los ordenamientos de América Latina, y en el mismo ordenamiento español, fue el “resultado de un *transfert* cultural, bastante mecánico, y no el fruto de elaboraciones relativamente autónomas y originales, como las que sí tuvieron lugar en Italia”, a pesar de lo cual dicha teoría consiguió radicarse fuertemente en el terreno de la opinión jurídica común de tan vasto ámbito geográfico.

(4) ZWEIGERT, Konrad y Heinz KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3era. edición. 1996.; 3era. edición inglesa al cuidado de Tony WEIR. Oxford: Clarendon Press, 1998. pp. 63 y ss.; MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law tradition: An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*. 2da. edición. California: Stanford University Press,

alguno ambiciosa, intención de su autor: el “comentario” del Código Civil peruano de 1936, pero a la luz, en definitiva, y como se aprecia en todas sus páginas, de la doctrina extranjera.

Considerando críticamente los cuarenta códigos civiles entrados en vigor sólo entre 1948 y 1988, el profesor Rodolfo Sacco nos advierte que dicha cantidad no significa, ni debe hacer creer, que en esas mismas cuatro décadas se hayan elaborado cuarenta “nuevos” códigos.

“La adopción de un código -prosigue Sacco- no presupone necesariamente una elaboración *ex novo*. La extragrande mayoría de los códigos está constituida por imitaciones, en mayor o medida revisadas, de modelos vigentes en otros lugares. Por tal motivo, la historia y la problemática de la codificación resulta distinta si alguien decide concentrarse en la elaboración de códigos *originales*, o en la adopción de códigos *secundarios*”⁽⁵⁾.

El carácter “secundario” de nuestro Código Civil es indiscutible.

En segundo lugar, la comunión en un cenáculo, hasta hoy a la espera de un juicio crítico por parte de las nuevas generaciones de juristas peruanos, no hace una “Escuela”; tampoco la circunstancia de haber recibido, como otros miles de estudiantes, las lecciones de un mismo catedrático. La verdadera “Escuela”, y es ocioso señalarlo, se aprecia en la obra, en la forma de escribir, en la actitud ante el estudio, en la difusión y desarrollo de ideas originales del supuesto maestro, en la herencia de un modo de ser y de un don de gentes, y al final, sólo al final, en la prosecución de la docencia, que no siempre llega a ser un “magisterio”, entre los jóvenes.

Y si aquí se opina que es “lamentable” tener que desconocer la existencia de la imaginaria “Escuela”, es porque quien escribe tiene la convicción de que ella hubiera contribuido en gran medida al progreso de la investigación jurídica -sería orondo y ridículo escribir “al progreso de la ciencia jurídica”- en nuestro medio.

No se falta a la verdad si se especula que ninguno de los confesos integrantes de la apócrifa “Escuela” ha leído menos de la ventésima parte de cuanto leyó, o declaró haber leído, el antiguo maestro.

Se trataría, pues, de una “Escuela ‘a la peruana’”, que ha producido, como era lógico esperar, estudiantes que no leen a León Barandiarán ni a sus antecesores y contemporáneos -Francisco Samanamú, Ángel Gustavo Cornejo, Jorge Eugenio Castañeda, Eleodoro Romero Romaña, Aníbal Corvetto Vargas, Rómulo Lanatta Guilhem, sólo por desenterrar algunos nombres-, y tampoco, una vez desengañados, a los pretenciosos discípulos.

Como si no bastara, el lector informado -que es, además, el único y verdadero buen discípulo- puede descubrir en la obra de León Barandiarán, y repetidamente, la cita inconfesada de la opinión de juristas foráneos.

Con ello, creo que terminan derrumbándose las paredes de ceniza, digámoslo con García Márquez, de la supuesta “Escuela”.

La “peruanidad” también se constata en la historia de nuestro Código Civil, hecho a pedazos, en una frankensteineana reunión de normas extranjeras por parte de académicos y políticos que se limitaron a hacer “su parte”, sin buscar jamás la concordancia con cuanto iban escribiendo los demás redactores: el libro dedicado a las personas, es de influencia italiana; el libro sobre el acto jurídico es seudofrancés en su denominación, alemán en su primera norma (con pinceladas inspiradas en el Código Civil de Brasil de 1916) e italiano en su estructura interna; el libro sobre la familia tiene alguna cercanía con la doctrina y legislación española (a las que ninguno de los demás legisladores prestó atención prioritariamente, y era justo que así fuera), pero los esponsales son regulados conforme a las prescripciones del Código Civil italiano, y se abusa de las llamadas normas “de aplicación progresiva”, que bien haríamos en calificar de declaraciones demagógicas (defecto atribuible a la visión más política que jurídica de su redactor); el libro sobre las sucesiones es el más variopinto de todos, y por lo mismo, el de peor estructura interna; el libro de derechos reales tiene pasajes de gran originalidad, pero resulta totalmente inconexo y no concordante con el resto de las disposiciones; tenemos una normativa mayoritariamente afrancesada sobre las

1985. pp. 1 y ss.; postula la existencia de tres “tradiciones jurídicas” (*legal traditions*): la del *Civil Law*, la del *Common Law*, y la del *Socialist Law*. La obra de Merryman ha gozado de cierta difusión entre nosotros, gracias a una muy mala traducción: *La tradición jurídica romano-canónica*, a cargo de Eduardo L. Suárez. 2da. edición corregida. 3era. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1997; DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10ma. edición. 1992; al cuidado de Camille Jauffret-Spinozi, traducción italiana coordinada por Rodolfo Sacco. Padua: Cedam. 1994; también en otros pasajes, prefería hablar de familia “romanista-germánica”, de *Common Law* y de “Derecho de los países socialistas”.

Como resulta claro, las expresiones “*Socialist Law*” y “Derecho de los países socialistas” se pueden considerar anacrónicas.

(5) SACCO, R. Voz “*Codice, II) Diritto comparato e straniero*”. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen VI. Roma, 1988. p. 1 (de la separata).

obligaciones en general y la responsabilidad extracontractual, y un italianizado tratamiento del contrato en general, de los contratos típicos, y de las demás fuentes de las obligaciones; y el triste repertorio puede proseguir.

En este último ámbito, en la codificación civil, la “peruanidad” se propaga, y deja huellas imborrables en la totalidad de los anteproyectos, así como en los comentarios compilados por Delia Revoredo, un extraordinario documento que permite constatar la irregular preparación de los ponentes.

Por obra de la “peruanidad”, igualmente, la dación de nuestro Código Civil marca la fecha de nacimiento de muchos nuevos “juristas”, de cuya existencia y pensamiento no existen pruebas, en algunos casos ni un solo libro o artículo, antes de tan importante episodio legislativo y cultural, pero que empiezan a escribir, caóticamente, con la evidente intención de defender cuanto creen haber legado a la posteridad en el Código Civil; y cada uno de ellos, para que no queden dudas, se reserva la parte de la normativa en la que obraron a sus anchas, y se vuelven “especialistas” en los distintos temas. Y quién sabe con qué intenciones, un autor se apura en advertir al público que los comentarios en cuestión no constituyen la “verdadera”, la “oficial”, exposición de motivos, y por algún tiempo, auspicia la publicación en *El Peruano* de los trabajos preparatorios auténticos, hasta que pierde el interés, si no es que, sencillamente, cae en la cuenta de la inutilidad de su propósito, ya por la mediocridad de los textos difundidos, ya por la imposibilidad de encontrar más material de tal naturaleza.

También son atribuibles a la “peruanidad” las tomas de posición que se inspiran exclusivamente en malas lecturas, que es como llamamos a las traducciones de las traducciones, a las citas de las citas, o citas “de segunda mano”, a las traducciones poco fieles, a los falsos tratados y a toda obra que proponga una lectura en clave no nacional de las instituciones jurídicas.

Lo mismo puede afirmarse con respecto a la consulta reverencial de textos científicos y códigos extranjeros (como viene ocurriendo con el cuestionable proyecto argentino de Código Civil elaborado por una comisión presidida por Atilio Aníbal Alterini); a la ignorancia,

no siempre justificada, de la evolución de los sistemas jurídicos foráneos; a la arrogante e indocumentada crítica contra los estudios dogmáticos; a la inexistencia de una “comunidad jurídica nacional”, en cuyo ámbito se podrían debatir ideas y promover iniciativas, y que haría sentir su voz para hacer público el proceso de reforma en curso; a la imposibilidad de obtener certeras y atendibles referencias de jurisprudencia (léase, “imposibilidad de obtener sentencias precedentes sobre casos similares a alguno que nos interese”), a menos que se tenga la capacidad económica de pagar una suscripción (aunque por la mala calidad del servicio jamás se resuelve el problema); a la importación de polémicas que no sirven para nada o que no nos atienen (como, por ejemplo, la unificación de la responsabilidad civil, la responsabilidad “objetiva” por incumplimiento de obligaciones, la distinción entre “daño moral” y “daño a la persona”, etcétera.); a falacias como el denominado “Derecho genético”, que vuelven aun más folclórica nuestra realidad frente a los investigadores extranjeros, que echan de menos los serios estudios sobre la contratación moderna o el Derecho de Familia, pero que sonríen, asombrados, como el primer náufrago holandés que vio un dodo en las Mauricio, cuando constata que existe una cátedra dedicada a tan insostenible e inútil materia en la universidad pública más importante de uno de los países más pobres de América; etcétera.

En un reciente congreso internacional de Derecho patrimonial, uno de los expositores peruanos comunicó al perplejo auditorio sus planes para una futura regulación de la cláusula penal, que no eran otra cosa, en el fondo, que la repetición de casi todos los errores cometidos en nuestro Código Civil vigente, en cuya redacción él había participado, y donde, para comenzar, el capítulo correspondiente sigue formando parte del título dedicado a la “inejecución de las obligaciones”, con el afrancesado encabezado de “obligaciones con cláusula penal”⁽⁶⁾, que resulta contradictorio con la decisión de seguir al Código Civil italiano -y sobre todo, nótese bien, la doctrina y terminología italianas- en las demás reglas, así como en la normativa sobre el contrato en general⁽⁷⁾.

El esquema sugerido en aquella conferencia puede resumirse como sigue: para la reglamentación general

(6) Es una traducción literal del encabezado de la sección IV, *Des obligations avec clauses pénales*, del capítulo IV, *Des diverses espèces d'obligations*, del título III, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, del libro II, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, del Código Civil francés. De este Código, el legislador peruano ha copiado el artículo 1227. 2do. párrafo (nuestro artículo 1345).

(7) Las tres normas sobre la cláusula penal incluidas en el Código Civil italiano (artículos 1382 a 1384) han sido copiadas, con cambios menores, pero generadoras de enorme confusión, en el Código Civil peruano (artículos 1341, 1342, 1343 y 1346).

de la cláusula penal se puede mantener, sin problemas, la traducción de los artículos respectivos del Código Civil italiano de 1942; para los preceptos complementarios de la institución, hay que preservar la enseñanza del Código Civil brasileño (la del antiguo Código de Clóvis Bevilacqua, de 1916, porque, claro, el expositor recomendaba y se comprometía a tener en cuenta también las nuevas disposiciones del nuevo Código del 2002, vigente desde el 11 de enero del 2003); y para la ubicación sistemática de todas estas normas, nada como seguir siendo fieles al Código de Napoleón (!!).

Al margen de los notorios problemas de fondo que presenta este instrumento en la contratación cotidiana (su exigibilidad, ante todo), no se puede ignorar que según al razonamiento expuesto en la recordada conferencia, la lógica del codificador italiano, que dispuso sus normas sobre la cláusula penal, como tenía que ser (pues la “penalidad”, desde luego, es contractualmente pactada, y ello no lo ponen en discusión ni siquiera los civilistas franceses)⁽⁸⁾, en el régimen sobre los “efectos del contrato” (título II, “del contrato en general”, separado del título I “de las obligaciones en general”, ambos insertos en el libro IV, “de las obligaciones”), seguirá presentándose deformada para nosotros, en tanto combinada, por un lado, con el autónomo e incompatible modelo francés, y por otro, con la normativa brasileña, que también es de derivación francesa en este punto.

En el *Code Napoléon*, la *clause pénale* es regulada en el área “de las diversas especies de obligaciones”, que se enmarca, a su vez, en el sector de “los contratos o de las obligaciones convencionales en general”, y más ampliamente, en el de “las diferentes maneras de adquisición de la propiedad”.

En el Código Civil de Brasil de 1916⁽⁹⁾, la *cláusula penal* (o *multa*, como se le conoce en la práctica) tenía su espacio en el título I, “de las modalidades de las obligaciones”, y, más en general, en el libro III, “del derecho de las obligaciones”. Ahora, en cambio, forma parte de la subárea del “incumplimiento de las obligaciones” del Código Civil del 2002⁽¹⁰⁾.

Nada de lo expuesto quiere decir que el esquema del Código Civil francés, o el del Código brasileño, en cuanto a la cláusula penal, sean ineficientes o generadores de equívocos en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Cada reglamentación posee una lógica interna, que se altera, y se desfigura para el intérprete, cuando el legislador que “importa” -el peruano, en este caso- toma porciones de varias, y a veces incompatibles, experiencias extranjeras, y mucho más cuando da rienda suelta a sus, generalmente desafortunados, raptos de originalidad

Léanse, y hágase el intento de entender, por si existieran dudas, los artículos 1347 a 1349 de nuestro Código Civil, donde el legislador “inventa”, tal es la palabra, el problema de la “divisibilidad” o “solidaridad” de la cláusula penal (¡como si la cláusula, en cuanto tal, fuera escindible!), que no tiene precedentes en el Código Civil francés, ni en el brasileño (donde lo esencial, lógicamente, es la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación a la que se aplica la cláusula penal), ni en el italiano.

Tal es el panorama.

Y, entonces, un tema de descontado interés internacional en el campo jurídico, como la Ley alemana de modernización del Derecho de Obligaciones, “*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*”, del 26 de noviembre del 2001, vigente desde el 1 de enero del 2002, exige, cuando menos, unas reflexiones iniciales por parte de quien pretenda rendir cuenta sobre ella al público lector peruano.

3. El Derecho comparado como herramienta para la buena comprensión, modificación y mejora de nuestras instituciones jurídicas: trascendencia de la *Schuldrechtsmodernisierung* en Europa y justificación de su divulgación en el Perú.

Escribiendo sobre la utilidad del Derecho comparado, el gran estudioso francés René David (1906-

(8) PAISANT, Gilles. Voz *Clause pénale*. En : *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*. Tomo III. París, 1993. p. 2 (de la separata), afirma que constituye “un engagement contractuel (...) destiné à garantir l'exécution d'une obligation déterminée, dite obligation première ou principale; (...) la clause pénale se présente comme une sorte de contrat dans le contrat”.

(9) De dicho Código, el legislador peruano copió literalmente el artículo 916 (artículo 1344 del nuestro) y el sentido de la regla del artículo 925, 2do. párrafo (artículo 1350 del nuestro).

(10) En efecto, en el Código Civil brasileño de 1916, organizado, sistemáticamente, a la manera alemana (“Parte General” y “Parte Especial”: “Derecho de Familia”, “Derecho de cosas”, etcétera), las reglas sobre la cláusula penal (artículos 916 y ss.), estaban en el capítulo VII, *Da cláusula penal*, del título I, *Das modalidades das obrigações*, del libro III, *Do direito das obrigações*. En la misma área se normaban, por ejemplo, las “obligaciones de dar”, las “obligaciones alternativas”, las “obligaciones solidarias”, y las “obligaciones divisibles e indivisibles”.

1990), nos dejó dicho que dicha materia, que él contribuyó a perfeccionar durante toda su vida, era fundamental para el cabal conocimiento, y mejora, del propio Derecho nacional. Consideraba, de igual forma, que el Derecho de Obligaciones tiene, “como factor unificante para los ordenamientos de la familia romanista-germánica, una importancia igual a la que puede tener, para los mismos fines, el *trust* en los países del *Common Law*, o el régimen de la propiedad en los países socialistas”⁽¹¹⁾.

Si bien es habitual que el intérprete se escude en opiniones tan reconfortantes, y autorizadas, como la anterior, nada hay que autorice a renunciar, sin más, a la búsqueda de una justificación más satisfactoria para el estudio de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania, y que demuestre, convincentemente, la importancia de su conocimiento en un país como el Perú.

En otras palabras, hay que hacer algo más, o mucho más, que parafrasear el discurso de los juristas europeos que, como era de esperar, se han interesado masivamente por el tema, ya desde la perspectiva comunitaria, ya desde el punto de vista de las posibles influencias que el acontecimiento puede tener en sus países de proveniencia.

El catedrático de la Universidad de Padua, y discípulo de Alberto Trabucchi (1907-1998), Giorgio Cian, juzga que la reforma del *Bürgerliches Gesetzbuch* (del Código Civil alemán, en adelante BGB) constituye

un acontecimiento de primaria trascendencia en el panorama de los procesos legislativos europeos, y para todas las codificaciones de esta área jurídica-geográfica; y expone dos razones⁽¹²⁾:

a) La firme y declarada voluntad que los legisladores alemanes han tenido para recuperar el lugar central del Código Civil en el sistema de la rama privatística del ordenamiento jurídico; y que se ha concretizado en un proceso de inserción en el *corpus* del Código de distintas leyes especiales precedentes, nacionales y comunitarias

Así ha ocurrido, por ejemplo, con la normativa sobre las cláusulas generales de contratación, y de una parte de la directiva europea en materia de comercio electrónico (*E-commerce*).

Al mismo tiempo, han sido objeto de consagración legislativa construcciones clásicas de la jurisprudencia y doctrina alemanas, como la alteración de la base del negocio jurídico (*Störung der Geschäftsgrundlage*), las lesiones positivas del crédito (*positive Forderungsverletzungen*), el término de las relaciones obligatorias por causa importante, y los deberes que pueden surgir con ocasión del inicio de tratativas precontractuales (*Vertragsverhandlungen*)⁽¹³⁾.

Finalmente, han tenido lugar importantes reformulaciones posteriores en el campo de la responsabilidad por acto ilícito, en especial, en lo que concierne al resarcimiento del daño no patrimonial⁽¹⁴⁾.

(11) DAVID, R. Op. cit.; pp. 5 y 70. Como es obvio, la apreciación sobre los países socialistas es producto de la época en que se escribió la obra, cuya 1era. edición se remonta a 1964.

Acaso por la misma razón, las únicas líneas que David dedica a nuestro país (Ibid.; p. 61) no expresan más que un antiguo estereotipo: “(a) sí pues, un derecho agrario original puede mantenerse en las comunidades indígenas de México, Guatemala o Perú; quien se presenta, en teoría, como el propietario de la tierra, puede ser, en realidad, el mero representante del grupo por cuya cuenta, o en cuyo interés, debe, conforme a la costumbre, explotar la tierra”.

(12) Aquí y en lo que sigue, expongo lo señalado por Giorgio Cian en su ponencia *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea. Fra unitarietà e pluralità degli statuti*, leída en el congreso en honor del profesor Angelo Falzea, *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, celebrado en Mesina, del 4 al 7 de junio del 2002, y ahora publicada en la *Rivista di Diritto Civile*. Fascículo 4. Padua, 2002. pp. 504-505.

Similarmente, un autor español entiende que la reforma del Código Civil alemán merece ser estudiada, sobre todo, “porque ha supuesto una verdadera modernización del Derecho de Obligaciones, acercándolo al siglo XXI, para que el BGB sea más europeo y más internacional”: ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*. En: *Anuario de Derecho Civil español*. Tomo LV. Fascículo III. Madrid, 2002. p. 1135.

En el mismo número del anuario, pp. 1229-1310, se ha publicado una versión en castellano de la Ley de Modernización, *Traducción de la reforma 2002 del BGB*, realizada por María Luisa Vives Montero, revisada por el mismo K. J. Albiez Dohrmann, que me ha servido de referencia, en ningún caso definitiva, para la transcripción de los párrafos citados en el texto y apéndice normativo del presente estudio. También he tenido a la vista la traducción al inglés de Geoffrey Thomas y Gerhard Dannemann, publicada en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm>.

(13) Tanto la base del negocio jurídico, cuanto la responsabilidad precontractual, constituyen temas clásicos de la doctrina y jurisprudencia española. Recordemos, a propósito, la traducción al castellano del libro de Karl Larenz. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos)*, al cuidado de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956). En Latinoamérica, el impacto del primer tema ha sido menor. En el Código Civil peruano se sigue el esquema italiano de la excesiva onerosidad de la prestación.

(14) El autor se refiere a la llamada *Schadensersatzrechtsreform*, reforma del Derecho de la responsabilidad civil (literalmente, el “derecho del resarcimiento”), plasmada, por ejemplo, en el *Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, del 19 de julio del 2002, en vigor desde el 1 de agosto del mismo año. He rendido cuenta sobre dicha reforma en mi trabajo *Funcionalidad del daño 'moral'*...; también en otros pasajes.

b) El contudente “certificado de validez” recibido por la figura de la relación obligatoria, como categoría general y abstracta, al haber sido legalmente ratificada como punto de referencia para una normativa destinada a aplicarse, en principio, a todos los tipos de relaciones obligatorias.

Para tal efecto se ha revisado, por ejemplo, la regulación de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, que ha pasado a formularse en una cláusula normativa general (*Generalklausel*), y desde el punto de vista de la “infracción de un deber” (*Plifchtverletzung*), que ha reemplazado el antiguo sistema tripartito que distinguía entre “imposibilidad de la prestación” (*Unmöglichkeit der Leistung*), “retraso en la ejecución de la prestación” (*Verzug*) y “lesión positiva del crédito”⁽¹⁵⁾.

En cuanto al segundo punto, Claus-Wilhelm Canaris ha tenido la oportunidad de afirmar, recientemente, que la categoría de la relación obligatoria constituye “una sólida y sensata base para construir una codificación”, que no puede ser sustituida por la categoría del contrato⁽¹⁶⁾.

Esta última consideración es fundamental al verificarse que todos los proyectos de codificación civil europea actualmente en curso, de palmaria cercanía al *common law*, se centran en la normativa sobre los contratos, en desmedro de la parte general de las obligaciones.

En efecto, Cian observa, agudamente, que los esfuerzos de unificación de las legislaciones europeas, como los *Principles of Contract Law* del Instituto Unidroit, los *Principles of European Contract Law* de la Comisión presidida por el profesor danés Ole Lando, así como al *Code européen des contrats*, coordinado

por Giuseppe Gandolfi, y un grupo de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (Italia) “muestran un planteamiento que parece tener en cuenta el contrato, y no la relación obligatoria en general; y cuando se hace referencia a esta última, la consideran desde la perspectiva de los efectos (obligatorios, justamente) de la *fattispecie* constitutiva, del contrato que las genera, precisamente: así pues, da la impresión de que se hubiera invertido, por decirlo así, el péndulo de la historia jurídica, que presencié, en el ochocientos, el triunfo definitivo del proceso de focalización de la relación y de su normativa, con respecto al tipo de fuente que la produce; una focalización que representaba el resultado final de la creación pandectista, la cual partía, a su vez, de la base brindada, en tal sentido, por el mismo Derecho Romano. Hoy, en cambio, parece que primara la perspectiva anglosajona del *contract* y del *breach of contract*, que se contraponen a las obligaciones que nacen de los *torts*, o que primaran, si se prefiere, las perspectivas del *Vertrag und Unrecht*, propuestas por cierta doctrina alemana de los años treinta, y presentes en la reforma del *curriculum* de los estudios, adoptada en Alemania en 1935, las cuales, además, eran expresión de tendencias antiromanistas y antipandectistas”⁽¹⁷⁾.

La *Schuldrechtsmodernisierung*
representa (...) una demostración
de la posibilidad de armonizar la
propia tradición, sin tener que
renunciar a ella

(15) Infra nota 7.1.

(16) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: Profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*. Se trata del texto mecanografiado de la ponencia del autor, leída en el referido congreso de Ferrara *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per un futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, 7 y 8 marzo del 2003, que tiene un precedente en su extenso estudio *Die Reform des Rechts des Leistungsstörungen*. En: *Juristenzeitung*. Año 56. Número 10. Berlín, 2001. pp. 499 y ss. En una conferencia anterior a la reforma, el catedrático de la Universidad de Munich -quien tiene a su cargo la reelaboración del famoso tratado de obligaciones de Karl Larenz, nada menos-, ya había sostenido que, hoy en día, la relación obligatoria sigue presentándose “como un fundamento válido, para el mundo científico y para el mundo legislativo, con miras a reglamentar determinadas materias, tradicionalmente comprendidas en la noción de *Schuldrecht* (‘Derecho de Obligaciones’): CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Bedeutung einer allgemeinen Regelung des Schuldverhältnisses und die Abschnitte I und II des zweites Buches des BGB*. Traducción italiana de Dalbosco, Maria Cristina. *Il significato di una regolamentazione generale dell’obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*. En: *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, actas del congreso celebrado en Ferrara, del 26 al 28 de septiembre de 1996. Padua: Cedam, 2002. p. 287.

(17) CIAN, G. *La figura generale ...*; pp. 505-506. Véase, con respecto a la pandectística, Infra nota 4. Al respecto, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. Op. cit.; pp. 1143-1144, destaca, a propósito del objetivo de la reforma consistente en lograr un BGB más europeo, que “la incorporación de leyes especiales, cuyo origen fue la trasposición de las presentes y futuras directivas al BGB convierten a éste en un cuerpo legal cada vez más europeo. Pero no sólo las directivas están ‘europeizando’ el BGB, sino también por el hecho de que la Reforma 2002 ha tomado muchas notas de los informes elaborados por las Comisiones Lando y Papper. No sin razón se está hablando en la doctrina alemana de una progresiva “europeización” (*Europäisierung*) del BGB”.

Con idéntica certeza, Aurelia Colombi Ciacchi percibe que la opción alemana no representa un fenómeno aislado, sino una expresión de la tendencia, más general, del Derecho Privado europeo, en camino hacia la recodificación: “tanto el nuevo Código Civil holandés –anota– que también incorporó la normativa especial, y anterior, en materia de protección de los consumidores, cuanto el gran debate sobre un futuro (y aún hipotético) Código Civil de la Unión Europea, pueden ser interpretados como tangibles indicios de la veracidad de dicha premisa”⁽¹⁸⁾.

Un reciente congreso italiano-alemán celebrado en Ferrara, en marzo del 2003, organizado por el Centro Interuniversitario para la Documentación y Estudio de las Relaciones Jurídicas entre Italia y Alemania, las Universidades de Padua, Trieste y Ferrara, y el Centro para la Investigación y Enseñanza del Derecho Privado Europeo de la Universidad de Verona, en el que participaron juristas como Canaris, Cian, Reiner Schulze, Pietro Rescigno, Stefan Grundmann, Massimo Bianca, Peter Kindler, Adolfo Di Majo, Gerhard Hohloch, Salvatore Patti, Karsten Schmidt, Alessio Zaccaria y Alessandro Somma, entre otros, tuvo como llamativo título una pregunta: *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per un futuro Diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*

Como es bien sabido, los cambios legislativos que se producen en el mundo no siempre tienen el mismo efecto que los cambios económicos o geopolíticos. Por ello, nunca hay que caer en la falsa erudición de estudiar un acontecimiento por su trascendencia, o aparente trascendencia, en otros países.

Para una correcta apreciación, qué duda cabe, es imprescindible leer, sí, leer, y tener buen juicio para diferenciar lo relevante y lo fútil.

Hace años, por ejemplo, que llegó al Perú, proveniente del Río de la Plata la ya mencionada cháchara del “Derecho de daños” y la unificación de la responsabilidad civil, sobre la que existen infinidad de estudios; pero a inicios del decenio 1990-2000, por ejemplo, la naciente república de Eslovenia emitió una Constitución en la que, acaso por primera vez en el mundo, se reconoce como derecho fundamental del individuo el resarcimiento de los daños que se cometen en el ejercicio de funciones públicas.

Ahorro comentarios sobre la importancia de uno u otro tema.

A tan lamentable actitud, al facilismo de platicar con el locuaz vecino, y plagiar sus dilemas jurídicos, se debe el arribo a nuestro medio de polémicas que, como si fuera poco, carecen de todo respaldo en la legislación peruana.

Llegados a este punto, entonces, lo legítimo es preguntarse si todos aquellos juicios de valor expuestos por juristas que desarrollan sus actividades en países de la Unión Europea también pueden ser válidos para justificar la importancia del conocimiento de la *Schuldrechtsmodernisierung* en el Perú.

Como es obvio, el defecto más grave al que se tiene que hacer frente consiste en el desconocimiento sobre la evolución de los sistemas jurídicos foráneos.

Con particular referencia a la bibliografía jurídica alemana, no hay cómo negar que ésta no tiene ningún indicio importante de acogida entre nuestros civilistas, sobre todo luego de la desaparición de José León Barandiarán, quien menciona en varias partes de sus *Comentarios*, con su particular técnica de citado, por medio de los paréntesis, a autores como Carl Crome, Otto Gierke, Paul Oertmann, o a obras célebres como el *Staudingers Kommentar*, y de Jorge Eugenio Castañeda, quien profundizó, en cierta medida, sus estudios germánicos en el último período de su vida académica.

En el Código Civil peruano de 1984, como es habitual afirmar con respecto al Código anterior (aunque ninguno de los codificadores de 1936 dominara el alemán, ni manifestara especial interés en la doctrina alemana, a juzgar de las actas en las que recopilaron sus trabajos preparatorios, y de su, casi inexistente, obra), se detecta una influencia menor, esencialmente, y limitadamente, en la sistemática⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, la “peruanidad” del proceso formativo de nuestro Código Civil puede llegar a confundir, y generar equivocadas creencias en los cultores del Derecho comparado, incluso en los más destacados.

Luego de apreciar la regulación del negocio jurídico en el Código Civil del Perú, Sacco se apresura en escribir que en nuestro país, “la influencia alemana ha sido más reciente”, y que ésta se ha transmitido, “no sólo a través de la ciencia, sino también del BGB”: “Al código de

(18) COLOMBI CIACCHI, A. *Il nuovo Diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. En: *Annuario di Diritto tedesco 2001*, al cuidado de Salvatore Patti. Milán, 2002. pp. 111-112.

(19) Sobre la sistemática y organización del BGB, y la adopción de este modelo en códigos como el peruano, se ha pronunciado Vincenzo Roppo, en su *Presentación a Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, selección, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: ARA, 2003. pp. 28. Véase también lo que refiero Infra nota 5.

1851 (*sic*), de influencia francesa, subsigue el de 1936, y luego el de 1984; este último dedica a la figura del negocio (acto) casi cien artículos (140 y ss.)⁽²⁰⁾.

Y a juicio de Sacco, la recepción del negocio jurídico en un código presupone, entre otras cosas, “que un mínimo de cultura alemana haya arribado y haya sido aceptado en el país”⁽²¹⁾ del que se trate.

Con respecto al Perú, ninguna de las citadas observaciones es exacta.

El único rastro germánico, y más exactamente pandectista, que se percibe en nuestra normativa sobre el negocio jurídico, llamado “acto jurídico” a causa de una “mala lectura” de textos de Derecho Civil francés, de traducciones francesas, y de traducciones castellanas del francés⁽²²⁾, es su definición como “manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”⁽²³⁾.

El resto de las reglas del Código Civil peruano en materia de negocio jurídico han sido tomadas, casi íntegramente, del régimen sobre el contrato en general del Código Civil italiano de 1942, y su organización coincide, sospechosamente, con los esquemas o índices de las obras alemanas e italianas sobre el tema (generalidades, interpretación, representación, vicios de la voluntad, nulidad y anulabilidad, etcétera), que, por reflejo, se recibieron en España. Para darse cuenta de ello, basta con echar un vistazo a las lecciones de Derecho Romano de Vittorio Scialoja, al manual de Derecho Privado de Nicola Coviello, a los tratados de Emilio Betti, Giuseppe Stolfi, Luigi Cariota Ferrara (todas estas obras han sido traducidas al castellano), o al de Federico de Castro y Bravo, o al libro de Manuel Albaladejo.

Si se procede con cuidado, para no formular conclusiones equivocadas como las que se acaban de rebatir, es posible encontrar, de todas maneras, la justificación que estamos buscando.

Veinte años atrás, al comentar las iniciativas que apuntaban a la reelaboración del Derecho de las Obligaciones en la antigua República Federal Alemana,

Adolfo Di Majo escribió que verificar una toma de decisión tan importante en un país donde “la fascinación por la sistemática y el conceptualismo ha sido siempre muy fuertes, puede querer decir que los tiempos están cambiando, y que la urgencia de reformas vuelve a plantear, por decirlo así, un ajuste de cuentas, digno de elogio, entre soluciones legislativas y categorías conceptuales estratificadas”⁽²⁴⁾.

Conocer la modernización del Derecho Civil de Obligaciones que ha tenido lugar en la Alemania de nuestros días, permite constatar una reafirmación de la fe en la codificación como pilar de una cultura jurídica a la que también nosotros pertenecemos, y una enseñanza de altísimo nivel sobre el modo de proceder cuando el contexto presente, la actualidad, en una palabra, conflagra con un cuerpo legal que, con el correr del tiempo, deja de ser adecuado para su regulación⁽²⁵⁾.

La *Schuldrechtsmodernisierung* representa, igualmente, una demostración de la posibilidad de armonizar la propia tradición, sin tener que renunciar a ella, con las persistentes y atendibles demandas de los pragmáticos del Derecho, en una época donde la palabra “globalización” está en boca de todos, no pocas veces con grosera ignorancia sobre su verdadero sentido y trascendencia.

Porque la reforma del BGB, así como las directivas comunitarias que se emiten permanentemente en la Unión Europea, en torno de los más diversos temas, pueden ser atribuidas, en gran parte, a la necesidad de uniformar las normas del Derecho Civil alemán, y el Derecho europeo en general, a los estándares estadounidenses, ya institucionales, ya lingüísticos, por el solo hecho de que así lo exige la competencia económica.

Esta no es la sede adecuada para debatir sobre la legitimidad de tal asimilación. Recuerdo, nada más, las desafiantes preguntas de un amigo tan perspicaz como Ugo Mattei –profesor en Estados Unidos, por añadidura– en las emotivas páginas de uno de sus más recientes artículos, a propósito de los proyectos de

(20) SACCO, R. *Voz Negozio giuridico (circolazione del modello)*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*. XII. Turín: Utet, 1995. p. 92.

(21) *Ibid.*; p. 93.

(22) Como creo haberlo demostrado en mi estudio *Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú: el acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión*. En: *Proceso & Justicia*. Número 2. Lima, 2002. pp. 121 y ss.

(23) Dicha definición es bastante similar a la de Andreas von Tuhr (1864-1925), *Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. Volumen II-1. *Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft* (1914). Reimpresión. Berlín: Duncker & Humblot, 1957. p. 144: “la manifestación de voluntad (*Willensäußerung*) de un individuo (*Privatperson*), dirigida a un efecto (*Wirkung*) jurídico (creación, extinción o modificación de una relación jurídica o de un derecho)”.

(24) DI MAJO, A. *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*. En: *Rivista critica del Diritto Privato*. Año 1. Número 1. 1983. pp. 167-168.

(25) Lo que no quiere decir que la reforma haya estado exenta de críticas, como veremos más adelante. *Infra* nota 8.

“americanización” del Derecho Privado europeo:

“¿Acaso el mercado europeo tiene que competir con el estadounidense con la oferta de una cantidad excesivamente alta de productos a un precio excesivamente bajo, drogado, como el otro, por costos sociales y ambientales soportados en el sur del mundo? En Bruselas, con el Código Civil, se está preparando la Constitución Económica de la nueva Europa. ¿Sabrá ser la Constitución de un bloque fuerte, autorizado y responsable, capaz de asumir sus propias responsabilidades políticas, económicas e históricas, incluso frente a países donde se producen los bienes que nosotros consumimos (a menudo con el trabajo de mujeres o niños atrozmente explotados?); ¿o será, acaso, como es más probable, la Constitución Económica de otra provincia de aquello que Hardt y Negri reconocían, con justicia, como el imperio, sucesor del imperialismo?; ¿queremos una Europa donde los Logo-Lords globales definan, libremente, sus propias reglas de juego? Quien crea que el Derecho y la política deberían seguir guiando el mercado (y no a la inversa) no puede conformarse con mirar lo que pasa”⁽²⁶⁾.

Pese a dicha actitud sumisa, de lamentable paralelismo con la del período del “fujimorato” y con la de los actuales congresistas peruanos -de los que hemos heredado, y estamos heredando, un sistema de “soft law”, de reglas a la medida de los inversionistas, donde el Estado renuncia a intervenir en la economía, con la finalidad de establecer un escenario favorable para el exclusivo enriquecimiento de las empresas transnacionales enclavadas en nuestro país-, pero sorprendente, y menos entendible, tratándose de una alianza económica compuesta por algunos de los países más industrializados del mundo, hay quienes, como

Alessandro Somma, tienen el valor de declarar que el estudio del propio modelo jurídico estadounidense demuestra que es éste, ni más ni menos, el verdadero obstáculo para la armonización internacional del Derecho Privado⁽²⁷⁾.

4. Inadmisibilidad de la “visión latina” del Derecho como excusa para el desconocimiento de la cultura jurídica alemana en el Perú.

No llama la atención que uno de nuestros más destacados autores haya llegado a sostener que la doctrina alemana “no es compatible con nuestra visión latina del Derecho”⁽²⁸⁾.

¿Es ello cierto?

No existe ningún indicio que permita postular inequívocamente la existencia de un rechazo premeditado frente a la tradición jurídica germánica⁽²⁹⁾, a la que se debe, además, el método sistemático⁽³⁰⁾. Más razonable es especular que aquella lejanía cultural, percibida por el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, se debe a circunstancias que no tienen nada que ver con una, de suyo cuestionable, “visión latina del Derecho”.

¿Acaso no es “latina” la doctrina alemana?!

Las reglas de la lengua latina misma, y la más autorizada acuarela de aquello que pudo haber sido el Derecho romano, si no es que la refundación de este último, han llegado a nosotros gracias a la cultura alemana.

Entre las circunstancias que podrían haber influido, con mayor verosimilitud, en la subrayada incomunicación cultural sí destaca, por ejemplo, el general desconocimiento de la lengua de Goethe⁽³¹⁾ y Heine⁽³²⁾ (ambos abogados, por lo demás), y, en

(26) MATTEI, U. *Quale Codice Civile per l'Europa?*. En: *Rivista critica del Diritto Privato*. Año XX. Número 1. 2002. p. 6.

(27) SOMMA, A. *Patrimonio culturale europeo o modelli americani per l'UE?*. En: ID., *Diritto comunitario versus Diritto comune europeo*. Turín: Giappichelli, 2003. p. 101, tras los pasos, según refiere el mismo autor, De Reimann, M. *Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseninheit*, en *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, al cuidado de R. Zimmermann. Tübinga, 1995. pp. 147 y ss.

(28) DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana*. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años...*; p. 71.

(29) Recuérdese, para eliminar hesitaciones, el opúsculo de Estuardo Núñez. *La influencia alemana en el Derecho peruano*. Lima: Gil, 1937. Al ilustre maestro, nuestro primer y más importante estudioso de literatura germánica, y de la obra poética egureniana, se debe, asimismo, el artículo *Goethe y la vocación por el Derecho*, publicado en la *Revista Jurídica del Perú*. Año I. Número 1. 1950. pp. 39 y ss.

(30) SACCO, R. *Introduzione al...*; p. 238: “(s)i varios juristas proponen definiciones divergentes, será necesario un criterio para discriminar la definición verdadera de la falsa. Dicho criterio será brindado por la coherencia: la definición verdadera será la que armonice bien con las demás definiciones del sistema. El método del jurista alemán se llamará, por lo tanto, método sistemático”.

(31) Aquí recordaré una frase goethiana, tomada de sus *Sprüche in Prosa*, citada por Sante David. *Appunti su Goethe giurista*. En: *Studi Senesi*. Volumen LXIV. Siena, 1952. p. 159: “(q)uien quiera defender algo injusto tiene motivos para andar con calma y profesar maneras finas. Quien siente que el Derecho está de su parte, debe, necesariamente, presentarse de manera enérgica: un Derecho cortés no significa nada”.

(32) Heinrich Heine (1797-1856) estudió en las Universidades de Bonn, Göttingen y Berlín. Aunque al final obtuvo la licenciatura en Göttingen (1825), donde tuvo un decepcionante y único encuentro con Goethe, es común recordar que en Berlín tuvo como profesores a Savigny y Hegel (a quien recuerda, y cuya filosofía crítica, en varios pasajes de sus *Geständnisse*, “confesiones”) y que en esta ciudad publicó un volumen de *Gedichte* (poesías) y le fue dado conocer a Chamisso, Fichte y Humboldt.

consecuencia, el poco interés que existe en procurarse y consultar bibliografía jurídica alemana⁽³³⁾.

Tal anomalía –repárese bien– podría ser una característica de la generalidad de los ordenamientos jurídicos de lengua castellana, donde existe la antigua costumbre de conocer la doctrina alemana a través de intermediarios y divulgadores, incluso en áreas distintas del Derecho Civil, como el Derecho Constitucional, el Derecho Penal y el Derecho Mercantil. No es necesario aguzar tanto la vista para comprobar ello: si se aprecia con criterio, por ejemplo, muchos de los autores españoles religiosamente, y mecánicamente, citados –aunque las más de las veces no sean mencionados de modo explícito– en las resoluciones del Indecopi sobre signos distintivos, competencia desleal o protección al consumidor, no son más que divulgadores, a veces de cuestionable calidad, de la doctrina alemana en materia.

En reveladoras páginas, Sacco refiere un dato histórico fundamental: que los juristas italianos, tras descubrir las creaciones doctrinales alemanas, superpusieron éstas a sus propios modelos, que en aquel entonces eran de raíz francesa⁽³⁴⁾. Según concluye Sacco, se debió al prestigio que tenían los modelos italianos en España el hecho de que quedara confiada

a la literatura italiana “la tarea de divulgar en el mundo de habla castellana los modelos científicos germánicos”⁽³⁵⁾.

Con todo, la admiración suscitada, hoy como ayer, por la cultura germánica hace legítimo intuir las bondades que podría encerrar una suerte de región no revelada del mundo del Derecho Civil.

Y si cuanto se va anotando no fuere suficiente para instarnos a mirar un poco más allá, téngase en cuenta, asimismo, que tratándose de la más importante reforma del BGB en sus más de cien años de historia, el lector de lengua castellana, estudiante, investigador, académico en general, de aquí en adelante, ya no podrá considerar fuentes fiables, ni citables, en gran medida, las clásicas traducciones de la obra de Ludwig Enneccerus (1843-1928) actualizada por Heinrich Lehmann (1876-1967)⁽³⁶⁾, y de los tratados de Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), Karl Larenz (1903-1993) y Dieter Medicus (nacido en 1929), que continúan sirviendo de fuente bibliográfica a los trabajos de investigación jurídica dedicados al Derecho de Obligaciones en nuestro medio⁽³⁷⁾. Hace mucho tiempo que los libros traducidos de los autores citados dejaron de ser actuales, y disponen, en casi todos los casos, de nuevas ediciones en su lengua original⁽³⁸⁾.

(33) Ni siquiera la biblioteca del propio Instituto Goethe de Lima, como he comprobado personalmente, dispone de buenas o actuales obras jurídicas en alemán.

(34) El Código Civil italiano de 1865 era una traducción del *Code Napoléon*, y desde la mitad del siglo XIX abundaban ediciones en italiano de obras de civilistas franceses como Aubry y Rau, Toullier, Marcadé y Troplong, y la del belga Laurent.

(35) Sacco, R. (dirección). *Introduzione al diritto comparato*. 5ta. edición. En: *Trattato di diritto comparato*. Turín, Utet, 1992. p. 241. Recuérdense, al respecto, las viejas traducciones españolas de las obras (en los dos primeros casos, de muchos tomos) de Francesco Ricci, Giorgio Giorgi, Gian Pietro Chironi o Carlo Francesco Gabba.

(36) El volumen dedicado al derecho de las relaciones obligatorias. *Recht der Schuldverhältnisse*, de Ludwig Enneccerus, actualizado por Lehmann (la 15ta. edición, definitiva, fue publicada en Tubinga, en 1958), que forma parte del *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, de Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, fue traducido al castellano por Blas Pérez González y José Alguer en el decenio 1930-1940 (para la editorial Bosch, de Barcelona), y dividido en dos partes, esta última en dos tomos. La “parte general” alcanzó una 2da. edición, en castellano, al cuidado de José Puig Brutau; la “parte especial” tiene una 3era. edición, a cargo de José Ferrandis Vilella. La edición barcelonesa del *Lehrbuch* todavía figura en los catálogos de las librerías, y si nos fijamos de lo que se lee en las primeras páginas de los diversos tomos, la traducción ha sido actualizada, según la última edición alemana, por Eduardo Valentí Fiol.

(37) No se ha actualizado el volumen de Justus Wilhelm Hedemann, *Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches*, y ello es entendible, porque la traducción de Jaime Santos Briz (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958) fue posterior a la 3era. edición alemana, definitiva (Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1949)

Distinto es el caso del tratado de Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, también traducido por Santos Briz, a partir de la 2da. edición alemana, de 1957 (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959), que sigue publicándose, actualizada, en su “parte especial”, ahora dividida en dos tomos, al cuidado de Claus-Wilhelm Canaris (la 14ta. edición de la “parte general”, la última revisada por el autor, fue publicada por la editorial muniquesa Beck, en 1987; el segundo tomo de la “parte especial” tiene una 13era. edición de 1994).

En esta última situación se encuentra también la obra de Dieter Medicus, *Schuldrecht. Ein Studienbuch*, traducida por Ángel Martínez Sarrión (Barcelona, Bosch, 1995. 2 Volúmenes, 1 de apéndices). La edición española lleva el pomposo título castellano de *Tratado de las relaciones-obligacionales*, cuando se trata, como es bien sabido en el medio alemán y europeo, de un manual destinado al uso de los estudiantes de derecho. El título original del libro (donde se lee: *ein Studienbuch*), y la práctica, no admiten dudas. De aquí que sus ediciones se sucedan permanentemente. Sus dos volúmenes, el primero dedicado al *Allgemeiner Teil*, y el segundo, al *Besonderer Teil*, han llegado a la 13era. edición (Múnich, Beck, 2002 y 2003, respectivamente).

(38) Diferente, y envidiable, es la experiencia foránea. Tony Weir, por ejemplo, ha actualizado por segunda vez su traducción de la *Einführung in die Rechtsvergleichung auf des Gebiete des Privatrechts* (luego de publicada la 3era. edición alemana, Tubinga, Mohr, 1996) de Zweigert y Kötz. Por su parte, Rodolfo Sacco ha vuelto a dirigir la 4ta. edición italiana de *Les grands systèmes de droit contemporains* de René David, para mantenerla al día con la edición francesa definitiva (10ma. edición, París, Dalloz, 1992).

No es imposible que se deba a esta última razón, es decir, a la permanente actualización de las versiones originales de los manuales europeos, la ausencia de las otrora frecuentes ediciones en castellano de textos jurídicos alemanes, y también italianos⁽³⁹⁾, que podrían no resultar un buen negocio para las editoriales.

5. Actualidad del Código Civil alemán a cien años de su entrada en vigor: su influencia en los países de *Civil Law*.

Algo hay que decir, cómo no, del centenario Código Civil alemán.

En alguna oportunidad⁽⁴⁰⁾, todavía con el sinsabor que me produjo la lectura de sus incontables e inservibles definiciones, escribí que el Proyecto de Código Civil argentino de la comisión de Alterini constituía un vano intento de imitación del BGB, pero ejecutada sin el talento de Bernhard Windscheid (1817-1892) ni de Gottlieb Planck (1824-1910).

¡Ni Windscheid, ni Planck habrían llegado a tanto!

Para que no queden dudas al respecto, hago saber que el doctor Alterini y los correddores del citado proyecto⁽⁴¹⁾, completamente prescindible en los futuros trabajos de reforma de nuestro Código Civil, llegan al colmo de incluir una definición del alemanísimo, jheringniano, concepto del “interés negativo” (*negatives Vertragsinteresse*).

En efecto, en el artículo 920 del criticable documento, bajo el subtítulo “deber de buena fe”, se dice que “las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo”. En los ordenamientos de *Civil Law*, esa regla, donde se habla, a la italiana, de “frustración injusta de las tratativas”, se ha podido deducir, sin problemas, del deber de buena fe que rige la negociación contractual. Pero sigamos adelante. En la letra c) del artículo 1600, anclado en una sección dedicada a definir todo lo que es innecesario e inservible definir en un Código Civil con respecto a la categoría del “daño”, aparece la siguiente definición, más apropiada para un manual, y aun ello sería discutible: “(e)l daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado, y, en su caso, un resarcimiento por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto”⁽⁴²⁾.

Como se verá más adelante, ni siquiera la *Schuldrechtsmodernisierung* ha determinado la regulación normativa del concepto, ni mucho menos una definición del “interés negativo”.

Los autores del proyecto de Alterini han superado en imaginación jurídica, pues, a los propios alemanes.

(39) Porque no hay que olvidar, en efecto, la antigua tradición de las versiones en nuestro idioma de los manuales italianos destinados a los estudiantes universitarios del curso de Instituciones de Derecho Privado. Acá me limito a recordar los nombres de algunos de los autores traducidos: Nicola Coviello, Roberto de Ruggiero, Lodovico Barassi, Biagio Brugi, Domenico Barbero (los dos concisos volúmenes de la última edición de su *Sistema del diritto privato italiano*, publicada por la Utet, en 1965, fueron groseramente transformados en cinco tomos por Santiago Sentís Melendo, aunque es justo reconocer que también pudieron pesar los intereses económicos de la editorial argentina que creó, de la nada, y vendió, un “tratado”), Salvatore Pugliatti, Francesco Santoro-Passarelli, Aurelio Candian, Giuseppe Branca, Alberto Trabucchi, y más recientemente, Ugo Natoli, Lina Bigliuzzi-Geri, Francesco Donato Busnelli y Umberto Breccia.

(40) En mi *Nota preliminar a Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. cit.; p. 37.; y con anterioridad, en mis *Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Número 18. Trujillo, 2002. *passim*, especialmente, pp. xxx-xxxii, nota (49).

(41) Que puede consultarse en <http://www.alterini.org>, donde, como si fuera poco, se falsea la realidad. En el documento *El proyecto de Código civil de 1998: perspectiva y prospectiva* (1999), que allí puede leerse, el doctor Alterini malinforma a los usuarios de Internet lo siguiente: “(e)n Perú algunos hasta quieren volver al Código Civil de 1852, no obstante que fue reemplazado por otro en 1936, y nuevamente subrogado por un tercero en 1984. El Maestro peruano Max Arias-Schreiber Pezet ha dicho con dureza que «ello nos lleva al recuerdo de una estupenda película, ‘Parque Jurásico’, llena de dinosaurios que existían en épocas pretéritas»”. El dato y el calificativo son, naturalmente, falsos.

(42) La inútil definición, y las vanidosas expresiones de Alterini en defensa de su proyecto, desperdigadas en su página-web, me hace recordar otra “argentinidad” jurídica.

Para resaltar el conocimiento del derecho romano por parte de Vélez Sarsfield, el doctor Abelardo Levaggi, *La formación romanística de Dalmacio Vélez Sarsfield*. En: Studi Sassaesi. III Serie. Número V. *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, año académico 1977-1978, Milán, 1981, p. 344, articula los siguientes chovinismos: “(n)i Pothier, ni Savigny, ni Troplong, revelaron a Vélez Sarsfield la magnificencia de ese derecho. El derecho romano se introdujo en su mente a través de la enseñanza impartida por la universidad cordobesa y fue ese germen el que, fertilizado por el talento del jurista, lo indujo a tomar contacto con los modernos representantes de la jurisprudencia europea, además de Freitas, pero no por otro motivo que no fuese la común pertenencia de todos ellos a la escuela romanista, si bien matizada, según los casos, con mayores o menores ingredientes históricos o filosóficos, aunque invariablemente centrada en el estudio de este derecho. El derecho romano obró así, en la mente del Codificador, como elemento catalizador y gracias a él puedo ser realidad la síntesis alcanzada entre el derecho tradicional y la ciencia jurídica moderna. Esta fue la concepción talentosa de Vélez y la causa de la justa admiración que despertó su obra”. Sin comentarios.

El juicio apriorístico contra el Código Civil alemán, sería inútil disimularlo, obedece a la difundida creencia en que fue el resultado del trabajo de juristas, de grandes juristas, que privilegiaban, sin embargo, la dogmática, la abstracción, los conceptos (“*Begriffe*”).

Hay que reconsiderar tan prejuiciosa apreciación.

John Henry Merryman sostiene que, distintamente del “carácter esencialmente revolucionario, racionalista y no técnico del *Code Napoléon*, el Código Civil alemán de 1896 (en vigor desde 1900) estuvo históricamente condicionado, era científico y profesional”⁽⁴³⁾.

La relatividad de tal dictamen ha quedado bien evidenciada en análisis como el de Antonio Gambaro, quien hace bien en atribuirlo a la pura exageración: “(l)a idea de un código capaz de hablar al corazón de todos los ciudadanos, de un Código claro y preciso en su lenguaje común, de modo que todos puedan comprender sus disposiciones es un mero sueño antilegalista nacido en el seno de la ilustración radical, y cultivado, desde entonces, con fines veladamente propagandistas. La lectura de un Código Civil, sin importar el estilo literario en que esté escrito, puede ser útil, únicamente, para los juristas. El lenguaje del BGB es árido y no elegante, es verdad, pero es preciso y jamás cae en el desorden. Los términos técnicos siempre son utilizados rigurosamente, con el mismo significado; las anfibologías son completamente evitadas”⁽⁴⁴⁾.

La mala fama acompaña al BGB desde su primer proyecto (*erste Entwurf*), que se remonta a diciembre de 1887, elaborado por una comisión (*Vorkommission*) que trabajó en él desde 1874⁽⁴⁵⁾. Dicho texto preliminar, acompañado de cinco tomos de exposiciones de motivos

(comúnmente conocidos como *Motive*), fue posteriormente remitido a universidades, tribunales y altos dignatarios estatales, para proceder a su examen y redacción definitiva.

Pier Giuseppe Monateri relata que las críticas principales que se formularon contra el Proyecto fueron tres⁽⁴⁶⁾: en primer lugar, estaba el problema de su excesivo planteamiento doctrinal, atribuido a la influencia de Windscheid⁽⁴⁷⁾, que era de tal medida que la obra resultaba complicada de entender para las personas que no eran juristas. En segundo término, se realizaba lo incomprensible del lenguaje, que era abundante en términos exclusivamente técnicos, fruto, a su vez, del estilo de las altas burocracias y cancillerías imperiales. Finalmente, se cuestionaba la intrincada técnica de remisiones del texto, a causa de la cual, para saber lo que se decía sobre determinada institución se tenía que ir, primero, a la parte general, luego al libro de la materia en cuestión, y luego a la parte especial donde se regulaba la especie.

No fueron las únicas objeciones. Otto Gierke (1841-1921) reprochó a los autores del Proyecto la ignorancia de algunas instituciones (del Derecho de Familia, por ejemplo) de lo que él consideraba como el verdadero Derecho de raíz germánica. Desde este punto de vista, un defecto tan grave era exclusivamente achacable al privilegio concedido las soluciones romanistas y al culto rendido, y plasmado en el papel, a las enseñanzas de la escuela pandectista. Por su parte, un exponente del socialismo jurídico, el austriaco Anton Menger (1841-1906), en un libro que no tardó en hacerse célebre: *Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*

(43) MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition*, Op. cit.: p. 30.

(44) GAMBARO, A. “*Il modello tedesco*”, en Gambaro, A y R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª. edición, a su vez en *Trattato di diritto comparato* dirigido por Rodolfo Sacco, Turín, Utet, 2002, p. 355.

Sacco, R. voz “*Codice, II) Diritto comparato e straniero*”, Op. cit.: p. 2 (de la separata), califica de “ingenuo” el caer en la tentación de imputar la diferencia entre el *Code Napoléon* y el BGB a la diferencia, de tipo nacional, entre el ambiente francés y el ambiente alemán.

(45) La comisión fue creada mediante la ley “Miquel/Lasker” del 20 de diciembre de 1873, según las referencias de J. W. Hedemann, voz “*Bürgerliches Gesetzbuch*”, en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, al cuidado de Fritz Stier-Somlo y Alexander Elster, vol. I, Berlín- Leipzig, Walter de Gruyter, & Co., 1926, p. 840; Emilio Betti, *Cours de droit civil comparé* (dictado en la Universidad d’Ain Chams, El Cairo, 1962-1963), volumen II. *Système du code civil allemand*, Milán, Giuffrè, 1965. pp. 11 y ss.; K. Zweigert y H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf des Gebiete des Privatrechts*, edición cit.: p. 141.; F. Sturm. *La formazione del BGB*. En las actas del congreso: *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*. Op. cit.: pp. 43 y ss., especialmente, pp. 58 y ss.

Para la exposición sobre el itinerario de la codificación alemana, me baso, además, en lo informado por Andreas von Tuhr (1864-1925), *Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, *Allgemeine Lehren und Personenrecht* (1910), edición cit.: pp. 2 y ss. La obra fue traducida al castellano por el jurista italiano, exiliado en Argentina, Tito Ravà, y publicada por la editorial Depalma, de Buenos Aires, entre 1946 y 1948.

(46) MONATERI, P. G. *Il modello di civil law*, 2a. edición revisada. Turín, Giappichelli, 1997, p. 111.

(47) MAZZACANE, Aldo, voz “*Pandettistica*”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milán, Giuffrè, 1981, p. 607; F. Sturm, “*La formazione del BGB*”, cit.: p. 59.; y R. Schöder y J. Thiessen, *Von Windscheid zu Beckenbauer-die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag*, en “*Juristenzeitung*”. Año 57. Número 7. 2002. p. 326.; recuerdan las famosas expresiones de Otto Bähr, quien, en 1888, calificó el BGB como un “*kleiner Windscheid*” (“*Windscheidcito*”). Estos últimos autores, Op. cit.: p. 327, nota (34), y R. Sacco. *Introduzione al diritto comparato*. Op. cit.: p. 242.; refieren que Bähr fue autor de un *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches* (1892), de un “contraproyecto”, propiamente dicho, que contenía una propuesta alternativa completa, más leal para con el derecho germánico.

(1890), vio en el Código el fruto de la imposición de los intereses de los “que tienen” sobre los intereses de los “que no tienen”: según Menger, figuras como la propiedad privada y las sucesiones tenían como objetivo garantizar la perpetuación del poder de control de los medios de producción, en manos de unos pocos⁽⁴⁸⁾.

Fritz Sturm prefiere resumir con cuatro adjetivos las críticas de los opositores: el proyecto era *hyperromanistisch* (hiperromanista), *undeutsch* (no-germánico), *doktrinär* (doctrinario) y *unsozial* (no-social)⁽⁴⁹⁾.

A pesar de todas aquellas denuncias, y con algunas modificaciones posteriores, introducidas en las propuestas que se sucedieron⁽⁵⁰⁾, y en el marco de las labores de una segunda comisión, en las que participó el famoso jurista e historiador Rudolf Sohm (1841-1917), además de representantes de diversos sectores profesionales, el *Bürgerliches Gesetzbuch* fue aprobado el 24 de agosto de 1896, y entró en vigencia el 1 de enero de 1900.

Lo anotado hasta este punto tiene que ver con el planteamiento general de la codificación alemana; desde el punto de vista estructural, en cambio, el BGB es considerado como fruto de la pandectística⁽⁵¹⁾.

“Derecho de pandectas” (*Pandektenrecht*) es el nombre que recibe “el Derecho Privado común alemán de origen romano”⁽⁵²⁾, o más precisamente, “el movimiento de estudio que tomó el nombre de los títulos de sus tratados generales más recientes en aquel entonces, que echó raíces en el ámbito de la escuela



histórica alemana, cuyos inicios se remontan al siglo XVIII y que tuvo su máximo desarrollo en el XIX, y que tendía a crear una teoría general de la parte del Derecho Privado que se fundaba, principalmente, en el

(48) Informan sobre estas críticas: A. VON TUHR. *Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. Op. cit.; Tomo I, p. 2, y notas (4) y (5); J. W. Hedemann, voz “*Bürgerliches Gesetzbuch*”, cit.; p. 841; A. DI MAJO, “*La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*”, cit.; pp. 169, 174 y ss.; P. G. MONATERI, *Il modello di civil law*, cit.; pp. 108 y 111.; B. S. Markesinis, W. Lorenz y G. Dannemann, *The German Law of Obligations*, vol. I, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford, Clarendon Press, 1997. p. 6; K. Zweigert y H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf des Gebiete des Privatrechts*. edición. cit.; p. 142.; F. Sturm, “*La formazione del BGB*”, cit.; pp. 60-61. La mencionada obra de A. Menger (4ta. edición, póstuma, Tubinga, 1908), fue traducida al castellano por Adolfo González Posada, con el título *El derecho civil y los pobres* (una de las tantas reimpressiones se publicó en Buenos Aires, Atalaya, 1947)

(49) STURM, F. “*La formazione del BGB*”, Op. cit.; p. 60.

(50) Estas modificaciones mueven a F. Krämer-Diethardt, voz “*Windscheid, Bernard*” (*sic*), en *Novissimo Digesto italiano*. Volumen XX. Turín: Utet, 1975.; p. 1085.; y R. Schöder y J. Thiessen, “*Von Windscheid zu Beckenbauer-die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag*”. cit.; *passim*. a aclarar que el BGB se basa en el “segundo proyecto”, presentado por una comisión de la que Windscheid no formó parte.

(51) ZWEIGERT, K. y H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, edición. cit.; p. 144.; en el mismo sentido: J. Gaudemet. *La reception du droit romain dans les pays latins*. En : *Studi Saresesi*. III Serie. Número 5. cit.; p. 490.; R. David. *Les grands systèmes de droit contemporains*. edición. cit.; p. 73.; quien no pierde la oportunidad para este comentario: “la parte general del BGB es fruto de la enseñanza, bastante dogmática, impartida en las universidades alemanas por la Escuela de los pandectistas, que renovó profundamente, con el pretexto de sistematizarlo, el *ius commune* aplicado en Alemania durante el siglo XIX”; B. S. Markesinis, W. Lorenz y G. Dannemann. *The German Law of Obligations*. Volumen I. cit.; p. 5 y ss.; R. SACCO, voz “*Codice, II) Diritto comparato e straniero*”, cit.; p. 3.; ID., *Introduzione al diritto comparato*. cit.; p. 242.; Gambaro, A., “*Il modello tedesco*”, cit.; p. 355.

(52) WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Volumen I. 8va. edición. al cuidado de Theodor Kipp, Frankfurt am Main. Rütten & Loening, 1900. p. 1: “*Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs*”. Mazzacane, A., voz “*Pandettistica*”, cit.; p. 593, identifica como elementos distintivos del derecho de las Pandectas: (i) la visión histórica de los ordenamientos, en particular, del derecho romano; (ii) la idea de “sistema”; y (iii) la valoración con respecto a las tareas de la jurisprudencia.

Derecho romano; para ser más precisos, en el Derecho justinianeo, que constituía el Derecho común vigente. Dicha orientación persistió, no obstante la promulgación de los códigos germánicos, que ella consideró expresiones legislativas del Derecho común mismo, para pasar a afirmar, entonces, la necesidad de estudiar este Derecho para comprender y analizar tales expresiones⁽⁵³⁾.

El ejemplo que propone Monateri para explicar el proceder de los pandectistas es muy claro: en el Derecho romano, se conocían el contrato, la donación y el testamento; el pandectista encuentra en todas estas figuras el elemento de la declaración de voluntad privada dirigida a producir efectos jurídicos; el resultado sería la construcción del concepto de “negocio jurídico”.

El jurista alemán de la escuela pandectista —explica Monateri— se había trazado como meta “*descubrir* los conceptos subyacentes a las categorías de la tradición romanista, los cuales, por ende, eran más generales. (...) (1) a *construcción* jurídica iba a transformarse en el verdadero arte del jurista, es decir, el saber descomponer y recomponer las distintas figuras jurídicas concretas (...) sobre la base de las categorías generales abstractas del Derecho”⁽⁵⁴⁾.

Pero, a continuación, el comparatista de la Universidad de Turín aclara que dicha abstracción conceptualista era razonable si se tiene en cuenta la situación institucional de Alemania en aquella época, y para con la “filosofía de fondo” de los pandectistas: “(e)sta elaboración de una estructura jurídica común tenía que ser, y era útil que así lo fuera, un esqueleto conceptual riguroso, adecuado para comprender todo ordenamiento. *Conformemente, aún hoy la dogmática pandectista es un instrumento útil y riguroso para encuadrar el mundo desde el punto de vista del Derecho. Mediante la pura dogmática, es decir, mediante las*

puras definiciones no se podía ‘cambiar el mundo’, ni derivar reglas jurídicas concretas, pero se podía enmarcar todo el mundo y construir toda regla y toda relación. En tal sentido, la abstracción de la dogmática constituye su fuerza perenne”⁽⁵⁵⁾.

La herencia de la pandectística se reconoce, comúnmente, en la organización y presentación general del Código⁽⁵⁶⁾.

El BGB está compuesto por libros dedicados, respectivamente, al *allgemeiner Teil* (a la “parte general”), al *Recht des Schuldverhältnisse* (“Derecho de las relaciones obligatorias”), al *Sachenrecht* (“Derecho de cosas”), al *Familienrecht* (“Derecho de Familia”), y al *Erbrecht* (“Derecho de Sucesiones”).

Se trata, y no cuesta mucho apreciarlo, de la normal distribución de los tratados de Derecho Civil alemán, algunos conocidos entre nosotros, como el, ya mencionado, de Enneccerus, Kipp y Wolff, y corresponde, notoriamente, al esquema seguido por el codificador peruano de 1984⁽⁵⁷⁾, no obstante la inentendible decisión de éste de destinar dos libros distintos (para dos, o más, legisladores distintos, claro está) a un mismo fenómeno, el VI, *Las obligaciones*, y el VII, *Fuentes de las obligaciones*, cuando la razón aconsejaba procurar un tratamiento uniforme.

De todos modos, se debe reconocer que lo finalmente plasmado en el Código Civil peruano, coincide más con el modelo italiano, que también efectúa la división (“obligaciones en general” y “contrato en general”), pero que, al interior del libro cuarto, dedicado a “las obligaciones”, tiene el debido cuidado de incluir, entre sus normas preliminares, un artículo (1173) sobre las “fuentes de las obligaciones”: contrato, acto ilícito, o todo hecho o acto idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico.

(53) IMPALLOMENI, G. voz *Pandettistica*. En *Novissimo Digesto italiano*. Volumen XII. Turín: Utet, 1967. p. 350. Los “tratados alemanes recientes” a los que hace referencia el autor, fueron clásicos en el siglo XIX, y sus títulos permitían apreciar que en ellos se explicaban las “Pandectas”, es decir, la segunda parte del *Corpus iuris* justinianeo (tal cual informa Artur Steinwenter, voz “*Pandekten*”, en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Op. cit. Título IV. 1927. p. 349), también llamada, conforme al título de la obra más importante de Friedrich Carl von Savigny (1789-1861), “*heutiges römisches Recht*”, es decir, “derecho romano actual” (así: C. G. BRUNS y L. MITTEIS, *Das Pandektenrecht*, en *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, iniciada por Franz von Holtzendorff, luego al cuidado de Josef Kohler, 6ta. edición. Volumen I. Leipzig, Duncker & Humblot, y Berlín, J. Guttentag, 1904. p. 291). Son de recordar, entre tales obras, además de la de Windscheid, citada *supra*, nota (52), que fue la más famosa de todas: la de Anton Thibaut (1772-1840), *System des Pandekten-rechts*. 9na. edición, póstuma, Jena, 1846.; la de Georg Friedrich Puchta (1798-1846), *Pandekten*, 6ta. edición, póstuma, al cuidado de A. Rudorff, Leipzig, 1852.; la de Heinrich Dernburg (1829-1907), *Pandekten*, 6ta. edición al cuidado de J. Biermann, Berlín, 1902.; la de Alöys Brinz (1820-1887), *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1884.; y la de Ferdinand Regelsberger (1831-1911), *Pandekten*, Leipzig, 1893.

(54) MONATERI, P. G. *Il modello di civil law*. cit.; p. 104.

(55) *Ibid.*; pp. 104-105 (las cursivas son añadidas).

(56) J. W. HEDEMANN, voz “*Bürgerliches Gesetzbuch*”. cit.; p. 843.; K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf des Gebiete des Privatrechts*. edición cit.; p. 145.; B. S. MARKESINIS, W. LORENZ y G. DANNEMANN. *The German Law of Obligations*. Volumen I. cit.; pp. 11-13.

(57) En relación con este punto, véase lo que se ha referido *supra*, nota (10), acerca del Código Civil de Brasil.

En la estructura del BGB, el Derecho de las relaciones obligatorias predomina sobre los Derechos Reales, en oposición a lo decidido por los autores del Código Civil francés⁽⁵⁸⁾, y ello implica “la conciencia de que en una sociedad industrial, las relaciones de colaboración tienen una relevancia preeminente con respecto a las situaciones de pertenencia”⁽⁵⁹⁾.

La estructura del texto del BGB vigente sigue siendo la original. Aunque en sus cien años de aplicación se han producido algunas modificaciones y supresiones, todas ellas han sido menores en comparación con la *Schuldrechtsreform* que nos ocupa en la presente oportunidad.

Bajo el régimen nacionalsocialista, la *Akademie für deutsches Rechts*, la “Academia de Derecho alemán”, hizo el intento de imponer un *Volksgesetzbuch*, un “Código popular”⁽⁶⁰⁾, pero la idea no prosperó, y sólo se llegó a redactar el primer libro. Y en la época previa a la caída del muro de Berlín, existió un Código Civil de la República Democrática Alemana, el *Zivilgesetzbuch* de 1976, de tono socialista y antidogmático, que quedó derogado el 3 de octubre de

1990, con el establecimiento formal de la reunificación.

Con entendible énfasis, Mattei resalta que las raíces del BGB están tan bien afirmadas en la cultura alemana que han hecho posible la supervivencia de dicho código a pesar de la sucesión de formas de gobierno incompatibles, como el imperio, la República de Weimar, el nazismo, el régimen comunista en el este, y la experiencia democrática posterior a la Segunda Guerra⁽⁶¹⁾.

Aun cuando Sacco advierte que el prestigio de la ciencia jurídica alemana ha dado lugar a que ésta tenga una difusión mucho mayor que la del texto del BGB⁽⁶²⁾, lo cierto es que se trata de uno de los dos códigos de mayor irradiación en el mundo del *Civil Law*. Sirvió de inspiración, casi contemporáneamente a su promulgación, al Código Civil del Japón, luego al de la Unión Soviética, y ahora, al de la Federación Rusa, al de México, al de Tailandia (Siam), al de Grecia, al de Portugal⁽⁶³⁾. En algún momento, asimismo, llegó a constituir el modelo para los proyectos de codificación que se redactaron en Hungría y la antigua Yugoslavia (antes asimilados, por su dependencia política, a la

(58) Con respecto al Código de Napoléon, GHESTIN, Jacques y Gilles GOUBEAUX. *Introduction générale*. 3era. edición. En: *Traité de droit civil* dirigido por J. Ghestin. París: L.G.D.J., 1990. p. 98, destacan, cómo no, la coherencia lógica del trabajo de los legisladores franceses, que se expresaría, entre otras cosas, en la organización del *Code*: un libro sobre “las personas”, otro sobre “los bienes y las diferentes modificación de la propiedad”, y otro, más bien de “orden aproximativo” -como reconocen los autores citados- sobre “las diferentes maneras de adquisición de la propiedad”. La técnica sería satisfactoria -siempre según Ghestin y Goubeaux- porque los codificadores franceses superaron dos peligros: por un lado, se abstuvieron de enunciar principios filosóficos: “*c’est une œuvre pratique faite par des praticiens*”; y por otro, evitaron entrar en los detalles de la reglamentación: “*les rédacteurs du Code civil se sont bornés à poser des principes juridiques, laissant aux juges le soin de les appliquer à la diversité de cas de espèces*”.

Como observa Giovanni TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna*. Volumen I. *Assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonia: Il Mulino, 1976. p. 24: “en Francia, el país de las declaraciones de derecho, de las constituciones y de los códigos, la codificación constitucional y la formación de los códigos civiles penales y procesales han estado históricamente e ideológicamente, estrictamente ligadas”. Para P. G. Monateri, *Il modello di civil law*. Op. cit.; p. 87.: “el modelo del Código francés, aun cuando presentado bajo el manto de una lógica aparentemente banal, se comprende sólo como modelo contra el *ancien régime*, es decir, como conjunto de decisiones políticas fundamentales”.

(59) GAMBARO, A. *Il modello tedesco*. Op. cit.; p. 356.

(60) Lo recuerdan, entre otros, F. Sturm. *La formazione del BGB*. Op. cit.; p. 72, nota (102), y P. Rescigno, *Relazione introduttiva alla terza sessione*, también en las actas del congreso “*I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*”. Op. cit.; p. 268; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*. Op. cit.; pp. 245-246; GAMBARO, A. *Il modello tedesco*. Op. cit.; p. 361; y sobre todo, A. Somma, “*El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*”. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Op. cit.; pp. 88, 97-98.

(61) MATTEI, U. *Quale Codice Civile per l’Europa?*. Op. cit.; p. 3. En el mismo sentido se pronuncian F. Sturm, “*La formazione del BGB*”, cit.; pp. 72-73; P. Rescigno, *Relazione introduttiva alla terza sessione*. Op. cit.; p. 268: “Un código que ha sobrevivido a experiencias como la dictadura y la laceración de la unidad revela, de suyo, su fuerza interna, aun cuando la neutralidad, a juicio de algunos, signifique disponibilidad a toda lectura y a toda aventura política y económica”; y A. Somma, “*El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*”, Op. cit.; p. 81.

(62) SACCO, R. voz *Codice*, II) *Diritto comparato e straniero*. Op. cit.; p. 4.

(63) Son referencias de K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Op. cit.; pp. 154-155. De resultados, en los Códigos de Japón y Rusia, por ejemplo, se reconoce la categoría del negocio jurídico o “declaración de voluntad”, como informan, entre otros, Irina Lucidi, “*La recezione del negozio giuridico in altri paesi*. En: *Atlante di diritto comparato*, al cuidado de Francesco Galgano, con la colaboración de Franco Ferrari. 1era. edición. Bolonia: Zanichelli, 1992. pp. 62-63; y R. Sacco, voz *Negozio giuridico (circolazione del modello)*. Op. cit.; p. 92.

Con referencia a la codificación brasileña (1916), mexicana (1928), peruana (1936), y la revisión de la codificación venezolana (1942), Emilio BETTI. *Système du code civil allemand*. Op. cit.; p. 20, consideraba preferible hablar de “síntesis latino-germánica”, y no de “síntesis franco-alemana”.

tradición iusnaturalista del Código Civil de Austria, el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB, de 1811), en Polonia y en China. En tiempos más recientes, su influencia se percibe, notablemente, en la elaboración de los nuevos Códigos Civiles de Holanda y Brasil, donde, por ejemplo, se brindan amplios espacios a la teoría general del negocio jurídico.

En un minucioso análisis, Monateri ha llegado a encontrar rastros del BGB en la antigua *Sales of Goods Act* de Gran Bretaña, y en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos⁽⁶⁴⁾. En este último caso, la influencia del pensamiento alemán tiene un punto de referencia fundamental en la obra del más importante exponente de la “*sociological wing*” del “realismo jurídico estadounidense”: el catedrático de la Universidad de Columbia, Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), quien jefaturó la elaboración del citado documento, adoptado en 1952⁽⁶⁵⁾.

En un congreso de académicos que conmemoró el centenario del Código Civil alemán, Sacco hacía ver que la “grandeza del BGB” no se deduce de la “actualidad de sus soluciones, juzgada según criterios

del año 2000”, sino en la circunstancia de que en su elaboración se aprovechó “la obra coherente de una de las escuelas más importantes de la historia del pensamiento jurídico, y quizá la más importante de la historia del pensamiento jurídico de la humanidad. Y la grandeza del BGB debe apreciarse en la perfección del discurso, y del sistema, que hace del mismo el Código más culto de la historia de las codificaciones”⁽⁶⁶⁾.

Acaso por todo lo expresado, Frederic William Maitland (1850-1906) comentó que el BGB era “*the best code that the world has yet seen. Never, I should think, has so much first-rate brain power been put into an act of legislation*”⁽⁶⁷⁾.

6. Antecedentes de la modernización del Derecho de Obligaciones.

Según las reseñas de Reinhard Zimmermann, Walter Rolland y Aurelia Colombi Ciacchi⁽⁶⁸⁾, el antecedente más cercano de la reforma del Derecho de Obligaciones en el BGB, se remonta a la época anterior a la unificación, en 1978⁽⁶⁹⁾, cuando el ministro de justicia

(64) MONATERI, P. G. *Il modello di civil law*. Op. cit.; pp. 114-115; D. Caruso. *La culpa in contrahendo: l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milán: Giuffrè, 1993. p. 6.; y nota (3). En la página-web de las Associated Schools of Construction se puede consultar: Kristin McLaughlin y Donald A. Jensen, Jr., “*The Uniform Commercial Code: How it Effects Construction Contracts*” (1998): <http://asceditor.unl.edu/archives/1998/mclaughlin98.htm>.

(65) Karl N. Llewellyn realizó estudios en Alemania, incluso antes de su inscripción en el Yale College (1911), y posteriormente, en la Yale Law School, donde obtuvo la licenciatura en 1918. La germanofilia de Llewellyn, quien enseñó, además, en las Universidades de Yale (1922-1925) y Chicago (1951-1962) es bien conocida. La Primera guerra mundial lo sorprendió en París, y se enroló, entonces, en la infantería prusiana, donde llegó a obtener la medalla al valor. En el año académico 1928-1929 fue *visiting professor* en la Universidad de Leipzig.

(66) SACCO, R. *Relazione introduttiva alla quarta sessione*, en las actas del congreso “*I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*”. Op. cit.; p. 481.

(67) MAITLAND fue uno de los más grandes juristas e historiadores ingleses, catedrático de la Universidad de Cambridge y fundador de la Selden Society, entidad dedicada al estudio del derecho inglés. Su obra más famosa, *The History of English Law: Before the Time of Edward I* (2 volúmenes, 1895), escrita en colaboración con el no menos famoso profesor de Oxford, sir Frederick Pollock (1845-1937), es considerada como el primer documento de la literatura anglosajona donde se evidencia una concepción moderna del empleo del método histórico en la ciencia jurídica.

La cita es de F. STURM. *La formazione del BGB*. Op. cit.; p. 73; y también aparece en K. ZWEIGERT y H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, edición cit.; p. 148. También Reinhard Zimmermann, en las primeras líneas de su artículo *Schuldrechtsmodernisierung?*. En: *Juristenzeitung*. Año 56. Número 4. Tubinga, 2001. p. 171, recuerda pasajes del estudio de Maitland, *The Making of the German Civil Code* (1906), publicado en *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, al cuidado de H. A. L. Fisher. Tomo III, 1911. Este ensayo de Zimmermann ha sido traducido al italiano por Sabine Buchberger, y publicado con el título *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, en *Annuario di diritto tedesco* 2001, al cuidado de Salvatore Patti. Op. cit.; pp. 55 y ss.

(68) Para la exposición de los antecedentes recojo la información que figura en R. Zimmermann, “*Das neue deutsche Verjährungsrecht – ein Vorbild für Europa?*”, en *Wandlungen des Schuldrechts*, al cuidado de Peter Schlechtriem, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 53 y ss.; W. Rolland, *Einführung* al volumen de ensayos *Das neue Schuldrecht*, Múnich, Beck, 2002, pp. 2 y ss.; A. Colombi Ciacchi, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*, Op. cit.; pp. 89 y ss., y nota (1); y K. J. Albiez Dohrmann. *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, cit.; pp. 1135 y ss.

En Internet puede consultarse la síntesis de H. SCHULTE-NÖLKE, *The New German Law of Obligations: an Introduction*, <http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm>; y en castellano, la página-web <http://www.indret.com>, donde se han publicado dos artículos de Albert Lamarca i Marqués. *La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB* (abril del 2001), y *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones* (enero del 2002).

La edición del BGB que he tenido a la vista es la 53era. de la editorial Beck de Múnich, 2003, con introducción de Helmut Köhler.

(69) También hay que tener en cuenta la Ley regulatoria de las condiciones negociales, *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)* del 9 de diciembre de 1976, en vigor desde el 1 de abril de 1977, traducida al italiano y comentada

de entonces, Hans-Jochen Vogel, la propuso, tanto en el nivel parlamentario, cuanto en la quincuagésimosegunda Asamblea de Juristas Alemanes (el prestigioso *Deutscher Juristentag*).

A partir de entonces, se sucedieron una serie de contribuciones bibliográficas en favor de una futura reforma. En 1984, el Ministerio Federal de Justicia (*Bundesministerium der Justiz*) nombró una comisión encargada de preparar la reelaboración del Derecho de Obligaciones (*Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts*), cuyo informe final y conclusiones fueron publicados luego de ocho años de trabajo (*Abschlussbericht der Schuldrechtskommission*, 1992).

Paralelamente, en el seno de la Unión Europea se emiten, una tras otra, diversas directivas, estrechamente vinculadas con la temática del Derecho de Obligaciones, a saber: la n. 1999/44, sobre las garantías de la venta de bienes de consumo; la n. 2000/31, sobre el comercio electrónico; y la n. 2000/35 que reprime el retraso en el cumplimiento en el marco de operaciones comerciales.

En dicho marco, “la idea de fondo del legislador alemán es que desde el punto de vista de la claridad y coherencia sistemática lo preferible es hacer compatible con las normas comunitarias la entera regulación de las relaciones obligatorias, en lugar de crear ulteriores normativas especiales y diferenciadas, aplicables a la venta de bienes de consumo, al comercio electrónico, o al retraso en los pagos en los contratos entre comerciantes profesionales”⁽⁷⁰⁾.

El proyecto reformativo del Derecho de Obligaciones del BGB se publicó el 4 de agosto del 2000, y fue difundido por Internet, inclusive. En la justificación del Proyecto se deja constancia que la modernización involucraba “el derecho sobre prescripción de acciones, la responsabilidad por incumplimiento, la obligación de saneamiento, la transposición de tres directivas comunitarias y la incorporación al BGB de las recientes leyes especiales en materia de obligaciones y contratos, específicamente

dirigidas a la protección de los consumidores”⁽⁷¹⁾.

“La iniciativa –refirió en su momento, Albert Lamarca i Marqués– manifiesta una profunda confianza en el BGB como una de las normas estructurales del ordenamiento jurídico, y que, en palabras del propio proyecto, vería ahora restituido y fortalecido su significado como centro de la codificación civil”⁽⁷²⁾.

Klaus Jochen Albiez Dohrmann observa, adicionalmente, que el Gobierno Federal alemán “actuó con astucia poco común al someter desde el primer momento la iniciativa legislativa a la opinión pública, en particular al mundo universitario, atrayéndose hacia sí algunos juristas de máximo prestigio, y supo encajar muchas de las críticas que se formularon durante la redacción hasta el proyecto final”⁽⁷³⁾.

La propuesta se transformó en proyecto de ley el 9 de mayo del 2001. En el recorrido parlamentario de la norma, en el *Bundestag* y el *Bundesrat* (la Cámara de diputados, y la Cámara alta), se introdujeron diversas modificaciones. La reforma entró en vigor el 1 de enero del 2002.

7. Esquema de la reforma y dos casos de aplicación.

Ínutil intentar brindar un panorama completo de la reforma. En este punto es conveniente aclarar, sin embargo, que ella ha afectado no solamente la regulación en materia de obligaciones, sino también la normativa sobre la prescripción⁽⁷⁴⁾, ubicada en el libro I del BGB (Sección 5, *Verjährung*, §§ 194 y siguientes), donde la novedad (§ 202) es la admisión de la modificación convencional (de reducción o ampliación) de los plazos de prescripción para el ejercicio de derechos, con la sola excepción de la responsabilidad por dolo:

“§ 202. *Inadmisibilidad de los acuerdos de prescripción*. La prescripción no puede ser reducida anticipadamente por medio de un negocio jurídico, en el supuesto de la responsabilidad (*Haftung*) por dolo (*Vorsatz*).

por Vincenzo FRANCESCHELLI y Michael LEHMANN. *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*. En: *Il foro italiano*. 1978. Parte V, Roma, cols. 35 y ss. Como se ha anotado antes, esta ley ha sido incorporada al BGB con la reforma (§§ 305 a 310).

(70) COLOMBI CIACCHI, A. *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. Op. cit.; p. 90.

(71) LAMARCA I MARQUÉS, A. *La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB*. Op. cit.; p. 2 (del documento pdf).

(72) *Ibid.*, loc. cit.

(73) ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*. Op. cit.; p. 1136.

(74) “La nueva configuración de la regulación de la prescripción –anota, más detalladamente, A. COLOMBI CIACCHI. *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. Op. cit.; p. 93– persigue la doble finalidad de volver clara y simplificar la materia y adecuarla a las necesidades del mundo económico. El antiguo sistema preveía una gran variedad de plazos de prescripción, de seis meses a treinta años, y no siempre era claro qué plazo debía aplicarse al caso concreto. En algunas hipótesis, el plazo era considerado demasiado breve (por ejemplo, en materia de compraventa), en otras hipótesis, demasiado largo, porque en ausencia de disposiciones especiales se aplicaba el plazo general de treinta años. La reforma ha invertido la relación regla-excepción, al reducir el plazo general de prescripción a sólo tres años (§ 195) y al prever para determinados supuestos plazos especiales más largos o más breves (§§ 196 a 199)”.

La prescripción no puede ser agravada mediante negocio jurídico, si se trata de un plazo mayor que el de treinta años, previsto legalmente”.

El tema es de una importancia fundamental, y debería ser estudiado con más profundidad. Se trata, nada menos, que de un reconocimiento de la posibilidad, y libertad, de los interesados para hacer lo que juzguen más conveniente, incluso con respecto a los plazos de prescripción, que tradicionalmente tienen carácter imperativo, o, como se dice, de “orden público”.

En el Código Civil peruano los plazos de prescripción sólo se fijan mediante la ley (artículo 2000). Asimismo, el derecho de prescribir es irrenunciable, y son nulos los pactos destinados a impedir los efectos de la prescripción (artículo 1990). Por todo ello, me limito a referir aquel importante aspecto de la reforma alemana para demostrar cómo podría resultar limitada la denominación que se aplica al episodio legislativo bajo examen (*Schuldrechtsmodernisierung*).

Sin perjuicio de lo anterior, el esquema de la reforma puede resumirse en cuatro sectores principales⁽⁷⁵⁾: (i) la prescripción; (ii) las irregularidades en la ejecución de la prestación (*Leistungsstörungen*); (iii) la compraventa y el contrato de prestación de obra; y, (iv) la normativa de protección al consumidor.

Por la cercanía de los siguientes temas al discurso de la doctrina y codificación peruana, he decidido analizar con más profundidad, por un lado, el nuevo régimen en materia de irregularidades del cumplimiento, con énfasis en el papel de los conceptos de imposibilidad de la prestación (*Unmöglichkeit der Leistung*) e infracción de un deber (*Pflichtverletzung*), y por otro lado, las tratativas precontractuales y la responsabilidad que ellas pueden conllevar (responsabilidad *in contrahendo*).

7.1. El régimen en materia de irregularidades en la ejecución de la prestación.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, considero que las reformas producidas en el BGB en lo relativo a las irregularidades del cumplimiento, y, más en general, en la responsabilidad del deudor que no ejecuta la prestación, admiten dos lecturas: la del *common lawyer* y la del *civil lawyer*.

En una notable síntesis, y dirigiéndose, evidentemente, a quienes conocen y aplican el Derecho

contractual del *common law*, Hans Schulte Nölke expresa que el *system of remedies* alemán antes de la modernización tenía como característica esencial el reconocimiento de cuatro tipos de *breach of contract*, a saber: la imposibilidad (*impossibility*), el retraso (*delay*), la lesión positiva del contrato (*positive breach of contract*) y los defectos del bien en la compraventa (*obligee's rights in the event of defects*). Ese sistema -señala- generaba dificultades, porque cada especie de *breach of contract* dependía de prerequisites: “En muchos casos, el acreedor (el comprador, por ejemplo), se encontraba en una situación relativamente desfavorable si tenía lugar un cumplimiento imperfecto (la entrega de bienes defectuosos, por ejemplo). Sus derechos estaban sujetos a un período de prescripción muy breve (en nuestro ejemplo, seis meses contados desde la fecha de la entrega) y el resarcimiento sólo podía ser demandado en casos excepcionales. Sin embargo, la situación del comprador variaba si el vendedor no había entregado nada (inejecución de la prestación) (*non-performance*). En este caso, el comprador podía, en general, demandar el resarcimiento, incluso por las pérdidas subsiguientes, y el período de prescripción para ello era mucho mayor (las más de las veces, dos años)”.

“En el nuevo BGB –prosigue Schulte-Nölke– el *system of remedies* ha cambiado completamente, con miras a hacer que dichas distinciones se vuelvan innecesarias, o, en todo caso, menos relevantes. El nuevo prerequisite esencial para los *remedies* a disposición del acreedor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso es la infracción de un deber (*breach of duty*), que es un concepto mucho más amplio. (...) (l)os prerequisites para los remedios a disposición del acreedor dependen, ahora, del tipo de *remedy* que él seleccione. Estos serían: el resarcimiento, como sustituto de la prestación, en caso de retraso o ante otros daños; el poner término al contrato; u otros remedios como la eliminación de un defecto, la reducción del precio o la entrega de nuevos bienes libres de defectos. (...) (l)uego de la reciente reforma, es mucho más fácil para el acreedor poner término al contrato y demandar el resarcimiento en lugar de la prestación. En otras palabras: es mucho más perjudicial para el deudor no ejecutar la prestación. Y ello –por supuesto– incrementa el incentivo en el deudor, para que cumpla. Esta era una meta explícita de la reforma”⁽⁷⁶⁾.

(75) Adopto el esquema de exposición propuesto por A. Colombi Ciacchi. *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. Op. cit.: p. 92, quien traduce la expresión *Leistungsstörungen* como “*patologie della prestazione*” (“patologías de la prestación”).

(76) SCHULTE-NÖLKE, H. *The New German Law of Obligations: an Introduction*. Op. cit. Análogas simplificaciones, siempre con respecto

El discurso anterior, que, como es claro, privilegia la compraventa como punto de referencia para la exposición -en tanto ella constituye el contrato de intercambio por excelencia, y es como decir “el” contrato en el lenguaje del *Common Law*⁽⁷⁷⁾-, y responde a las preguntas sobre los aspectos funcionales del nuevo sistema, típicas del razonamiento anglosajón, experimenta notables modificaciones si seguimos los estándares tradicionales de comunicación de los civilistas.

Nada de lo que se dirá seguidamente debe postergar un ejercicio de autocrítica sobre la complejidad que cobrará el discurso, que en los últimos años ha colocado al “doctrinario” a merced del “pragmático”, al “académico”, en la mira del “abogado” o, a la estadounidense, del “asesor legal”.

7.1.1. La imposibilidad de la prestación y la reafirmación de la culpa como base de la responsabilidad del deudor.

Un principio generalmente admitido en el Derecho de Obligaciones es que la imposibilidad de la prestación puede tener como consecuencia la responsabilidad del deudor, o bien la liberación de éste de su deber de ejecutarla, sin que tenga que responder por nada. Todo depende, naturalmente, de las circunstancias en que dicho acontecimiento, la imposibilidad, tenga lugar.

Para hablar de responsabilidad por incumplimiento en el Derecho alemán, es determinante hacer referencia al sistema de las *Leistungsstörungen*, que son “los eventos que obstaculizan la exacta ejecución de la prestación e impiden que el acreedor realice su pretensión. Si son atribuibles al hecho del deudor, las llamadas irregularidades del cumplimiento pueden dar lugar a un juicio de responsabilidad y obligar a aquél al resarcimiento del daño”⁽⁷⁸⁾.

La referencia a la imposibilidad es forzosa, porque el sistema alemán de responsabilidad “contractual” –llamémosla así, pero sin ignorar lo impropio del calificativo⁽⁷⁹⁾– tiene como característica la ausencia de una categoría general, o noción unitaria, de incumplimiento, en cuanto comportamiento antijurídico⁽⁸⁰⁾.

Se reconocen como *Leistungsstörungen*, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el retraso en el cumplimiento, y las infracciones positivas del crédito.

También hay que tener en cuenta que desde la época de los pandectistas⁽⁸¹⁾ se diferenciaban la imposibilidad “objetiva” (“natural”, “jurídica”, “práctica”, etcétera) de la imposibilidad “subjetiva”; la imposibilidad “de origen” de la imposibilidad “sobrevenida”; y la imposibilidad “imputable” de la imposibilidad “no imputable”. Si se consulta una de las más famosas ediciones comentadas del BGB, como la

a la situación precedente a la modernización, se encuentran en B. S. MARKESINIS, W. LORENZ y G. DANNEMANN, *The German Law of Obligations*, vol. I, *The Law of Contracts and Restitution: A comparative Introduction*, cit.; pp. 401 y ss.; y en la traducción inglesa de K. ZWIGERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, edición cit.; pp. 488 y ss.

(77) GALGANO, F. *Il negozio giuridico*. 2da. Edición. En: *Trattato di Diritto Civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU, Francesco MESSINEO y Luigi MENGONI, ahora continuado por Piero Schlesinger. Milán: Giuffrè, 2002. pp. 33-34.

(78) MEMMO, D. *La responsabilità per inadempimento contrattuale II Il modello tedesco*. En: *Atlante di diritto comparato*, al cuidado de Francesco GALGANO. Op. cit.; p. 120.

(79) BETTI, E. *Système du code civil allemand*. Op. cit.; p. 64.

(80) MENGONI, L. *La parte generale delle obbligazioni*. En: *Rivista critica del diritto privato*. Año II. Número 3. 1984. p. 510: “la responsabilidad del deudor se funda en el concepto de imposibilidad de la prestación sobrevenida, por causa a él imputable”; D. Memmo. *La responsabilità per inadempimento contrattuale, II, Il modello tedesco*. Op. cit.; p. 121.

(81) En el *Lehrbuch der Pandekten* del profesor de la Universidad de Viena, Karl Ludwig Arndt (la segunda edición, que he tenido a la vista, fue publicada en Múnich, en 1955), traducidas al italiano por su discípulo Filippo Serafini. *Trattato delle Pandette*. Volumen II. Bolonia: Fava e Garagnani, 1875. pp. 190-191, se enseñaba: “la obligación (*Obligatio*) se extingue cuando el incumplimiento deviene imposible de casualidad (*durch Zufall*), es decir, sin culpa del obligado, a menos que la mora o una convención previa lo hagan responsable aun en tal circunstancia”.

Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Volumen II. 1900. Op. cit.; pp. 80 y ss., explica que en caso de invocación de la imposibilidad de la prestación, hay que distinguir los casos, en atención a si la imposibilidad existía desde el principio (*ursprüngliche Unmöglichkeit*, “imposibilidad de origen”), o si ésta ha tenido lugar en un momento posterior (*nachfolgende Unmöglichkeit*, “imposibilidad sobrevenida”). En la primera, la imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva, en función si es absoluta o si afecta sólo al deudor. En la segunda, lo relevante es si establecer si el deudor es culpable (y por ende, responsable) o no de la imposibilidad.

Heinrich Dernburg, *Pandekten*. Op. cit.; tomo II, *Obligationenrecht*. 1903. p. 185, en fin, señala que la obligación se extingue si la prestación de lo que se debe deviene objetivamente imposible, ya desde el punto de vista real, ya desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, la obligación se mantiene, bajo la especie de una pretensión a una compensación en dinero (*Geldersatz*), si el deudor ocasionó la imposibilidad con actos por los cuales él tenga que responder, o si estaba en mora (...). La extinción de la obligación se produce, asimismo, cuando impedimentos (*Hindernisse*) en la persona del acreedor hicieren imposible la prestación”.

fundada por Otto Palandt (1877-1951), que ha alcanzado su 63 era. edición, y nada digamos sobre los manuales, todos estos términos –que también han llegado hasta nosotros, no lo perdamos de vista– son explicados didácticamente.

Según propone Canaris⁽⁸²⁾, lo más importante que se debe subrayar es el lugar central de la imposibilidad de la prestación como supuesto de liberación del deudor.

En el BGB se prescribía originalmente que el deudor quedaba libre de su deber de ejecutar la prestación si ésta devenía imposible, por causa no imputable a él:

“§ 275. El deudor queda liberado del deber de prestación (*Verpflichtung zur Leistung*) si ésta se vuelve imposible (*unmöglich*) por una circunstancia de la que él no tenga que responder, sobrevinida luego de surgida la relación obligatoria.

La incapacidad (*Unvermögen*) sobrevinida del deudor se equipara a la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) producida luego del surgimiento de la relación obligatoria”.

La citada norma -importante es señalarlo- sirvió directamente de inspiración al artículo 1256 del Código Civil italiano de 1942:

“Artículo 1256. *Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporal.*- La obligación se extingue cuando por una causa no imputable al deudor la prestación deviene imposible.

Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras ella perdure, no es responsable del retraso en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue, si la imposibilidad perdura hasta cuando, en mérito al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no pueda ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación, o si el acreedor ya no tiene interés en obtenerla”.

En Italia, la norma citada ha servido de sustento a la llamada teoría de la *responsabilità contrattuale oggettiva* (“responsabilidad objetiva por incumplimiento de obligaciones”), inicialmente representada por Giuseppe Osti, quien participó en la redacción del texto legal en cuestión, defendida por Giovanna Visintini, e importada, sin mayor fortuna, a España por un ex-becario del Colegio de Albornoz de la Universidad de Bolonia, Francisco Jordano Fraga, y que ha sido totalmente desvirtuada, en su oportunidad, por autores como Michele Giorgianni y Massimo

Bianca, que han demostrado suficientemente, la plena vigencia de la culpa como fundamento general de la imputación de la responsabilidad en el incumplimiento.

En Italia, como en Perú, el principio general es que el deudor responde de los daños causados al acreedor por efecto de la inejecución de la prestación si le es imputable dolo o culpa de ello.

La culpa también ha salido victoriosa en la *Schuldrechtsmodernisierung*.

“§ 276. *Responsabilidad del deudor (Verantwortlichkeit des Schuldners)*. El deudor es responsable por dolo y negligencia (*Fahrlässigkeit*) cuando no se hubiere determinado una responsabilidad (*Haftung*), mayor o menor, ni ella se derive de otro contenido de la relación obligatoria, en particular, de la asunción de una garantía o de un riesgo de suministro. Las prescripciones de los §§ 827 y 828 son de aplicación en este caso.

Existe negligencia cuando no se ha tenido el cuidado normalmente exigible en el tráfico (*Verkehr*).

El deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo”.

En Alemania, la responsabilidad del deudor sigue ligada, determinadamente, a la culpa. En el antiguo § 276, 1er. párrafo, del BGB -que es la única parte modificada con la reforma-, se prescribía: “A menos que se haya dispuesto algo distinto, el deudor debe responder del dolo y negligencia”. Se han añadido, entonces, los casos en los que la responsabilidad deriva, de “otro contenido” de la relación obligatoria. Volveremos sobre el tema dentro de poco, al analizar los deberes de protección. Lo importante, por el momento, es señalar que el aval reconocido a la culpa no quiere decir que ahora se reste valor a la importante evolución que alterna, en la praxis jurisprudencial, los criterios de culpabilidad y los criterios que prescinden de este análisis. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de las obligaciones genéricas⁽⁸³⁾.

Aun más importante es señalar que en el Código Civil peruano aparece copiada una porción de la norma italiana.

El único problema, para nuestro pesar, es que en la copia se deformó la expresión más importante de la regla que se estaba importando, es decir, la “imposibilidad”:

“Artículo 1316.- *La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al*

(82) Aquí y en lo que sigue, expongo lo señalado por C.-W. CANARIS en el texto mecanografiado de su antes citada ponencia *Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*.

(83) CANARIS, C.-W. *Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*. Op. cit.; p. 20.

deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda el interés en su cumplimiento o ya no le sea útil”.

Con las cursivas, pongo en evidencia el calco parcial de la norma italiana (incluso en la traducción literal de *ritardo* como “retardo”, que es menos común que “retraso” en castellano), y la deplorable aplicación de muchos atributos de la “imposibilidad” (en la norma italiana) a la “causa de la imposibilidad”.

Si en Perú se formula la pregunta ¿por qué se responde de la “inejecución de la obligación”? –según la terminología de nuestro Código Civil– la previsible e inmediata respuesta sería “por dolo o culpa”. ¿Y de qué cosa? De la inejecución, porque como se prevé en el artículo 1321: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

Paradójicamente, en Alemania e Italia, de donde también hemos importado normas aplicables a la figura, lo central es el dolo o la culpa, sí, pero ligados al hecho de la imposibilidad.

Pero retornemos al BGB.

El régimen sobre la imposibilidad de la prestación fue sometido a una fuerte y permanente crítica por parte de la doctrina alemana, ya desde los primeros años de aplicación del Código. Ello determinó, según relata Canaris que “tanto la primera comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones, en 1991, cuanto el Ministerio Federal de Justicia, inspirándose en aquélla, en el 2000, renunciaran completamente, en sus proyectos, a la categoría de la imposibilidad. La razón fundamental de esta decisión radicaba en la insatisfacción frente al hecho de que los redactores del BGB sobrevaloraron, ampliamente, la importancia de la imposibilidad, convirtiéndola en el eje de la regulación de las pretensiones resarcitorias derivadas de la relación obligatoria. Se llegó, así, a un punto tal que muchos casos particularmente importantes de incumplimiento no estaban contemplados ni regulados, por lo que se hizo necesario resolverlos a través del recurso a la teoría de la llamada lesión positiva del crédito”⁽⁸⁴⁾.

La solución del reformador alemán ha sido la siguiente:

“§ 275. *Liberación del deber de prestación (Ausschluss der Leistungspflicht)*. La pretensión de recibir una prestación no procede cuando ésta sea imposible para el deudor o para todos en general.

El deudor puede negar la prestación en caso que ésta exija gastos que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y el deber de buena fe, resulte desproporcionado con respecto al interés que el acreedor pudiera tener en la prestación (*Leistungsinteresse*). Para la determinación de las exigencias al deudor también deberá considerarse si el deudor es responsable del impedimento de la prestación (*Leistungshindernis*).

El deudor también puede negar la prestación cuando tiene que realizarla personalmente, y la misma no puede serle exigida en atención a los impedimentos (*Hindernisses*) que se opongan a su realización frente al interés que el acreedor pudiera tener en la misma.

Los derechos del acreedor se regirán por los §§ 280, 283 a 285, 311^a y 326⁽⁸⁵⁾.

Como se advierte, no se elimina la categoría de la imposibilidad porque con ello, como explica Canaris, se habrían ignorado las funciones que ella está llamada a cumplir: “por un lado, es fundamento de una pretensión resarcitoria, y desde esta perspectiva, le compete, en efecto, una relevancia modesta; pero, por otro lado, la imposibilidad también sirve como fundamento de la liberación del deudor de su deber de ejecutar la prestación, y desde esta perspectiva, ella tiene una función decisivamente útil. Se debe distinguir, por lo tanto, entre el denominado deber primario de ejecutar la prestación *in natura*, y el deber subsidiario, relativo a la prestación resarcitoria en dinero. Conforme a esta perspectiva, y contrariamente a los proyectos originales, en la nueva formulación del BGB, en definitiva, se ha mantenido, y es más, se ha reforzado, el papel central de la imposibilidad como hipótesis de liberación del deber de ejecutar la prestación primaria. *En el nuevo § 275 del BGB se comprenden, ahora, todos los tipos de imposibilidad, la original y la sobrevenida, la objetiva y la subjetiva, la imputable y la no imputable*. Un cambio, para estos efectos, reside en el hecho de que el efecto liberatorio, distintamente de cuanto se preveía en el antiguo texto, se produce, hoy, también en el caso en que el deudor deba responder de la imposibilidad. En efecto, incluso si, por ejemplo, en el período que media entre la celebración del contrato y la entrega, la cosa debida se pierde por una causa imputable a culpa del deudor, no tendría sentido condenar a este último a

(84) *Ibid.*, p. 3.

(85) La traducción de todos estos párrafos figura más adelante, y en el apéndice normativo, *infra*, § 9.

la ejecución de la prestación, desde el momento que la cosa ya no existe, y la ejecución coactiva de la sentencia, por lo tanto, no sería posible. De estas consideraciones emerge con claridad cuál es la razón fundamental por la cual la imposibilidad debe seguir siendo configurada como hipótesis liberatoria del deber de ejecutar la obligación primaria. Ella reside en el hecho de que para el acreedor sería inútil mantener al deudor vinculado a un deber que no puede ser cumplido y no que ni siquiera puede ser realizado por el ordenamiento jurídico en vía coactiva, a través de la ejecución forzada. En ello debe identificarse el contenido de justicia sustancial de la configuración de la imposibilidad como hipótesis liberatoria⁽⁸⁶⁾.

¿Qué ocurre si la imposibilidad es imputable?

Antes, si la imposibilidad era debida a causa de un hecho “por el cual el deudor estaba obligado a responder” –parafraseando el texto del antiguo § 275–, existía responsabilidad, y se debía resarcir el daño según el § 280:

“§ 280. Si la prestación deviene imposible a causa de una circunstancia de la que debe responder el deudor, éste tiene que resarcir al acreedor el daño ocasionado por el incumplimiento (*Nichterfüllung*).

En caso de imposibilidad parcial (*teilweiser Unmöglichkeit*), el acreedor puede pretender, rechazando la parte todavía posible de la prestación, el resarcimiento de los daños por el incumplimiento de todo el compromiso (*Verbindlichkeit*), si el cumplimiento parcial no tiene ningún interés para él. Las normas sobre el derecho convencional de poner término al contrato (*Rücktrittrecht*) de los §§ 346 a 356 encuentran una aplicación análoga”.

El nuevo § 280 dice como sigue:

“§ 280. *Resarcimiento por infracción de un deber (Schadensersatz wegen Pflichtverletzung)*. Si el deudor lesiona un deber (*Pflicht*) de la relación obligatoria, el acreedor puede demandar resarcimiento por el daño producido. Ello no rige cuando el deudor no sea responsable de la infracción del deber.

El resarcimiento por retraso (*Verzögerung*) en la ejecución de la prestación sólo puede ser demandado por el deudor conforme a los presupuestos adicionales del § 286.

El resarcimiento en sustitución del cumplimiento de la prestación sólo puede ser demandada por el deudor

según los presupuestos adicionales de los §§ 281, 282 o 283”.

“Hasta la fecha -aprecia Canaris- existía una grave laguna en el derecho alemán, porque solamente las hipótesis de imposibilidad y mora estaban previstas expresamente, y reguladas como posibles fuentes de una pretensión resarcitoria derivada de una relación obligatoria; en cambio, para las demás formas de inejecución del deber, y en particular, para el cumplimiento inexacto, no existía ninguna norma directamente aplicable. En consecuencia, nos hemos visto constreñidos (...) a elaborar la institución de las llamadas *positive Vertragsverletzungen*, que no está contemplada en la ley. La nueva normativa del Código, en cambio, recorre un camino completamente distinto en el § 280: *la infracción de un deber derivado de una relación obligatoria por parte del deudor se ubica, en efecto, en una posición primaria y central. Se trata, en realidad de una cláusula normativa general, que conforme al propósito del legislador, debería representar el fundamento de las pretensiones resarcitorias derivadas de toda tipología de infracción de un deber*”⁽⁸⁷⁾.

El nuevo fundamento de la responsabilidad del deudor ha pasado a ser, entonces, “la infracción de un deber” (*Pflichtverletzung*).

“El objetivo perseguido con esta nueva figura – resume Aurelia Colombi Ciacchi – es claro: comprender todas las instituciones, de la *culpa in contrahendo* a la *positive Forderungsverletzung*, a la *culpa post contractum finitum*, y al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, que la jurisprudencia alemana había tenido que crear para resolver los casos que no se podían incluir en los abstractos supuestos de las disposiciones del Código Civil, o bien para remediar los inconvenientes ligados con la aplicación de estas últimas. En Alemania, dichas instituciones gozaban de un reconocimiento tan universal que eran pacíficamente consideradas como normas de Derecho Consuetudinario”⁽⁸⁸⁾.

7.1.2. El retraso en la ejecución de la prestación y la constitución en mora del deudor.

Con respecto al retraso en la ejecución de la prestación, me limito a referir sus aspectos fundamentales conforme al nuevo régimen.

Conforme a la legislación anterior (§§ 284-292), las reglas esenciales del BGB en materia de mora

(86) CANARIS, C.W. *Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*. Op. cit.; pp. 3-4.

(87) *Ibid.*, p. 13.

(88) COLOMBI CIACCHI, A. *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. Op. cit.; p. 96.

establecían que si el deudor, ante requerimiento (*Mahnung*) del acreedor —o “intimación” por parte del acreedor, conforme a la italianizada terminología del Código Civil peruano—, realizado luego del vencimiento del plazo para la ejecución de la prestación, no procedía a realizar aquélla, quedaba constituido en mora (*in Verzug*) (§ 284). A renglón seguido, se precisaba: (i) que el deudor no incurría en mora si la prestación no se ejecutaba oportunamente por una causa de la que él no estuviese obligado a responder (§ 285); (ii) que el deudor estaba obligado a resarcir al acreedor por el daño derivado de la mora; y, (iii) que si la prestación, luego de la mora, perdía interés para el acreedor, éste podía rechazar la ejecución de aquélla, y demandar, en cambio, el resarcimiento de los daños por incumplimiento (§ 286). También se consideraba que el deudor, durante la mora, tenía que responder de toda negligencia, y que pesaba sobre él la responsabilidad por la imposibilidad de la prestación sobreviniente mientras persistía la mora, si no demostraba que el daño se habría producido aunque hubiese ejecutado a tiempo la prestación (§ 287).

No reviste dificultad identificar las huellas de algunos de estos principios en el Código Civil peruano.

En efecto, en nuestro artículo 1336, se fusionan, con nada de criterio, dos de las citadas reglas, y se establece que “el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

En la primera parte, la equivalencia es total: sólo el deudor ya constituido en mora responde por los daños moratorios, aun en caso de imposibilidad sobreviniente no culpable. Pero en la segunda parte, se exime de responsabilidad al deudor si el retraso no ha sido culpable, que es como decir que un deudor puede ser constituido en mora inútilmente (si él consigue demostrar que no hubo culpa). Mas lo increíble viene luego, en la segunda parte, donde se habla (lo he resaltado con las cursivas) de “afectación de la prestación”, cuando la regla importada de Alemania habla claramente de “daño”, es decir, del daño que iba a tener lugar de todas maneras, aun en caso de ejecución puntual de la prestación.

¿Qué ocurrió?

En el antiguo § 287 se señala, literalmente: “El deudor, durante la mora, tiene que responder de toda negligencia. Es responsable también de la imposibilidad

de la prestación sobreviniente fortuitamente durante la mora, salvo que se trate de un daño que habría tenido lugar aun si la prestación se hubiese ejecutado a tiempo”.

El “daño” al que hace referencia el legislador alemán es, evidentemente, el daño ligado con la imposibilidad, no “la imposibilidad” misma.

En nuestro artículo 1337 se dice: “cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios”. Aquí la coincidencia sí es absoluta con el antiguo § 286, 2.º párrafo, del BGB.

El régimen actual del BGB con respecto a la mora no ha variado mucho. Las modificaciones han sido, en notoria mayoría, de carácter procedimental. Me parece oportuno, entonces, seguir limitándome al esquema general.

Si la prestación todavía es posible, y el plazo para su ejecución se ha vencido, el deudor incurre en mora luego de que el acreedor efectúa la intimación respectiva. Dicha intimación puede obviarse cuando, por ejemplo, la prestación está vinculada a una fecha precisa (día calendario), o cuando las partes prevén un aviso y un tiempo razonable para la ejecución de la prestación.

Además, el deudor moroso responde por el retraso solamente si éste se ha debido a su negligencia. Sin embargo, el régimen de la especie hace que la imputación del retraso tenga que ser considerada “objetiva” desde el punto de vista de la carga de la prueba: es el deudor quien tiene la posibilidad de probar que no tuvo responsabilidad en la demora.

“§ 286. Mora del deudor. Si el deudor no ejecuta la prestación luego de la intimación del acreedor, efectuada después del vencimiento, incurre en mora desde dicha intimación. Son equivalentes a la intimación la interposición de la demanda que tenga como objeto la prestación y la notificación de la orden de pago en el proceso sumario de pago.

No será necesaria la intimación:

1. Cuando se haya fijado un día del calendario para la prestación.

2. Cuando se haya previsto un aviso y un tiempo razonable para la prestación, de modo que ella pueda computarse mediante el calendario, a partir del momento en que se verifica el aviso.

3. Cuando el deudor se niegue, seriamente y definitivamente, a ejecutar la prestación.

4. Cuando por motivos especiales, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, se justifique el inicio inmediato de la mora.

El deudor en un crédito remuneratorio incurrirá en mora, a más tardar, cuando no ejecute la prestación dentro de los treinta días posteriores al vencimiento y la recepción de la factura o liquidación equivalentes. Esta norma se aplica al deudor que sea consumidor solamente si se le informa de dichas consecuencias en la factura o liquidación. Cuando el momento de la prestación o de la liquidación sea incierto, el deudor que no sea consumidor incurrirá en mora, a más tardar, luego de pasados treinta días desde el vencimiento y de la recepción de la contraprestación.

El deudor no incurre en mora mientras la ejecución de la prestación no se realice por una circunstancia de la que él no sea responsable”.

“§ 287. *Responsabilidad durante la mora.* Durante el tiempo en que esté en mora, el deudor es responsable por toda negligencia. Él es responsable de la prestación aun en caso fortuito, a menos que se trate de un daño que se habría producido aunque se hubiese cumplido a tiempo”.

Aurelia Colombi Ciacchi subraya un error en el nuevo § 286, en la parte donde se prevé que en caso de incertidumbre sobre la fecha de recepción de la “liquidación equivalente”, los efectos de la mora comenzarán a más tardar treinta días después del vencimiento del crédito y de la recepción de la contraprestación. La razón es el siguiente absurdo que se produciría: “si existe incertidumbre sobre la fecha de recepción de un pedido de pago enviado, con seguridad, no antes del 15 de junio, por mercaderías recibidas el 15 de marzo, el deudor debería pagar los intereses moratorios a partir del 15 de abril”⁽⁸⁹⁾.

En las deudas dinerarias, tales intereses, los moratorios, están ahora sujetos a una nueva tasa de interés (§ 288). En los negocios jurídicos que tienen

como parte a un consumidor, dicha tasa es de cinco puntos porcentuales por arriba de la tasa básica; para los demás negocios es de ocho puntos porcentuales más la tasa básica. En ningún caso, por lo demás, se perjudica el derecho del acreedor al resarcimiento de un daño mayor⁽⁹⁰⁾.

7.1.2. La lesión positiva del crédito y la infracción de los deberes de protección.

Mayor interés revisten las “lesiones positivas del crédito”, que en el nivel jurisprudencial alemán han superado los casos de imposibilidad y retraso en el cumplimiento⁽⁹¹⁾.

Con la expresión *positive Vertragsverletzung* (“lesión positiva del contrato), atribuida a la obra del abogado berlinés Hermann Staub⁽⁹²⁾, que se suele traducir al inglés como *positive breach of contract*, y que ahora ha dejado su lugar a *positive Forderungsverletzung* (“lesión positiva del crédito”, precisamente), los juristas alemanes han calificado, por tradición, dos supuestos de comportamiento del deudor (de allí su “positividad”), en nada similares a la imposibilidad ni a la mora, en los que él, de todas maneras, tiene que ser considerado responsable: por un lado, el cumplimiento inexacto, y por otro, la infracción de los denominados “deberes de protección” (*Schutzpflichten*) que están ligados al deber, llamémoslo “central”, de prestación (*Leistungspflicht*)⁽⁹³⁾.

Todo ello obedece a que en la doctrina alemana –como explicaba Luigi Mengoni– la relación obligatoria es vista orgánicamente, como una “estructura compleja, en la cual el núcleo primario, constituido por el deber de prestación, es complementado con una serie de deberes accesorios, coordinados en un nexo funcional unitario”⁽⁹⁴⁾.

(89) *Ibid.*, p. 104.

(90) Todo esto lo informan la misma A. COLOMBI CIACCHI, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*. Op. cit.; *loc. ult. cit.*; K. J. ALBIEZ DOHRMAN, *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*. Op. cit.; p. 1171; y A. LAMARCA I MARQUÉS, *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*. Op. cit; p. 6.

(91) Así lo hacía ver, ya a inicios del decenio 1980-1990, Herman-Josef BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*. Traducción de Salvatore PATTI. En: *Rivista critica del diritto privato*. Año I Número 1, 1983, p. 187.

(92) HEDEMANN, J. W. *Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Op. cit.; p. 115, quien hace notar la costumbre alemana de definirlo todo en función de “positivo” y “negativo”; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. En: *Jus*, año XXIII, Milán, 1976, p. 128. La obra de STAUB, *Die positiven Verragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* (“Las lesiones positivas del contrato y sus efectos”), se publicó en 1902.

(93) CIAN, G. *Relazione introduttiva al congresso di Ferrara “La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?”*. p. 7 (mecanografiada del texto).

(94) MENGONI, L. *La parte generale delle obbligazioni*. Op. cit; p. 509. También: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. Op. cit.; p. 124, considera que al interior de dicha “relación compleja”, “el deber de prestación es sólo el núcleo fundamental de una estructura complementada por una serie de situaciones subjetivas que se vinculan a él de modo funcional”; y sobre todo, con útiles datos históricos, F. BENATTI, voz *Doveri di protezione*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*. Volumen VII. Turín: Utet, 1991, p. 222: “La categoría de los ‘deberes de protección’ (*Schutzpflichten*) fue elaborada en Alemania, a inicios de los años treinta, por Heinrich Stoll. Con la instauración de una relación obligatoria –escribía el célebre autor de la Escuela de Tubinga– las partes exponen sus

El aspecto más interesante de esta forma de apreciar el fenómeno, está representado por la teoría de los “deberes de protección” que ha extendido el ámbito de la relación obligatoria, y por ende, el régimen de la responsabilidad por incumplimiento al interés que las partes tienen en preservar su propia persona y sus propios bienes frente al riesgo específico de daño que se genera por la relación instaurada entre ellas. Estos “deberes de protección” no están vinculados con el cumplimiento o garantía del interés ligado a la prestación; lo que buscan es tener al reparo los demás bienes jurídicos del acreedor⁽⁹⁵⁾.

Los deberes de protección tienen como sustento el deber de buena fe de los sujetos de la relación obligatoria. Francesco Benatti aclara que “el deber de prestación se determina sobre la base del contenido de la obligación y tiene un fin positivo, en tanto sirve para la realización del *Leistunginteresse*; los deberes de protección, en cambio, derivan del principio de la buena fe, y si bien pueden consistir en un *facere*, tienen una función negativa, pues están dirigidos a la conservación de la esfera jurídica ajena”⁽⁹⁶⁾. Pero “los deberes de conservación tienen razón de ser, por el principio de buena fe, sólo en las relaciones cuya ejecución conlleva la exposición de la persona y cosas de un contratante, a riesgos, como consecuencia de la actividad del otro. En oposición, no existe motivo de configurarlos cuando el comportamiento dirigido a la protección de la esfera jurídica ajena resulta extraño al contenido del contrato. Así, si a un comerciante se le cae de la mano un objeto que está mostrando a su cliente, y hiere a éste, no se puede afirmar que existe infracción de un deber de conservación, porque en la compraventa no se plantean para la persona del adquirente peligros más graves que aquellos que surgen en el desarrollo de la vida cotidiana

de relación; por ello, no sería justificado disponer una protección del comprador más acentuada, tal cual derivaría del deber de conservación”⁽⁹⁷⁾.

Veamos otros ejemplos de la jurisprudencia alemana, que brinda el mismo Benatti⁽⁹⁸⁾:

a) Dos personas estaban jugando al ajedrez en un local; poco después, arriban otros sujetos que se ponen a jugar en una mesa de billar que estaba cerca de donde se encontraban los ajedrecistas; en un momento, una de las bolas de billar vuela y golpea en la cabeza a uno de ellos, y lo lesiona de gravedad. La víctima demanda resarcimiento del propietario del salón de juegos, sobre la base de que la mesa de ajedrez estaba demasiado cerca de la mesa de billar. El tribunal alemán, concede lo requerido, y admite la responsabilidad “contractual” del demandado porque considera que entre los deberes “contractuales” del propietario de una sala de este tipo se encuentra el de garantizar la seguridad de sus clientes.

b) Una persona entra a una estación ferroviaria, y cuando va a tomar su tren, resbala, y se lesiona, a causa de la nieve que había caído durante la noche. La causa también es resuelta según los criterios de la responsabilidad “contractual”, porque, en opinión del tribunal, la empresa administradora, en virtud del contrato de transporte ferroviario, tenía que efectuar todos los actos adecuados para evitar que se pusiera en peligro la integridad e incolumidad de los pasajeros.

Se consideran deberes de protección: la comunicación, el aviso, la custodia, la cooperación, el secreto y la conservación⁽⁹⁹⁾. Los civilistas italianos han promovido exitosamente su reconocimiento, con carácter general, sobre la base del artículo 1175 del Código de 1942, que obliga a los sujetos de la relación obligatoria a comportarse con arreglo a la lealtad

respectivas esferas jurídicas al peligro de que la actividad de uno de ellas pueda originar para la otra un daño a la persona o al patrimonio”. La obra de Stoll a la que hace referencia este último autor es “*Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung*”. En: *Archive für die civilistische Praxis*. 1932. pp. 285 y ss.

(95) CANARIS, C.W. *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*. Op. cit.: p. 274. El elemento más importante de una relación obligatoria —expresa el mismo autor (Ibid., p. 272)— es “el derecho de crédito (*Forderung*), a una prestación, que un sujeto acreedor (*Gläubiger*) tiene frente al deudor (*Schuldner*). (...) Lo que tienen en común todas las obligaciones no debe ser visto en alguna característica relativa a la figura, sino únicamente en su efecto jurídico (*Rechtsfolge*), que es, justamente, el ‘pretender una prestación’ (*‘eine Leistung zu fordern’*)”. En la doctrina alemana, conformemente, las *Schutzverpflichten* se distinguen de los “deberes relativos a la prestación” (*Leistungspflichten*). Toda esta interpretación es desarrollada por CANARIS sobre la base de la primera norma del libro del BGB dedicado a las relaciones obligatorias: “§ 241 *Deberes que derivan de la relación obligatoria (Pflichten aus dem Schuldverhältnis)*. En virtud de la relación obligatoria el acreedor tiene el derecho de pretender una prestación del deudor. La prestación también puede consistir en una omisión (*Unterlassung*)” (1er. párrafo).

(96) BENATTI, F. *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año XIV, Milán, 1960, p. 1346.

(97) BENATTI, F. *voz Doveri di protezione*. Op. cit.: p. 223.

(98) BENATTI, F. *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, Op. cit.: p. 1343. Estas didácticas sentencias alemanas se remontan a 1914 y 1915, respectivamente.

(99) Ibid., p. 222.

(*correttezza*). En el ordenamiento francés se habla, desde un famoso fallo de 1911, de *obligations de securité*.

En el régimen anterior del BGB, para admitir la responsabilidad por infracción de los deberes de protección se tenía que razonar por analogía, sobre la base de la normativa en materia de mora. “Dado que el deudor está obligado a resarcir en caso de no hacer lo que debía (mora), análogamente tendrá que responder por los daños derivado de haber hecho lo que no debía hacer, o simplemente, de la ejecución inexacta de la prestación”⁽¹⁰⁰⁾.

Ahora la primera norma (§ 241) del libro II del BGB ha sido objeto de una ampliación. Originalmente, se limitaba a establecer una regla fundamental:

“En virtud de la relación obligatoria el acreedor tiene el derecho de pretender una prestación del deudor. La prestación también puede consistir en una omisión”.

Ahora se ha añadido un segundo párrafo, donde se prescribe:

“Por el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto (*Rücksicht*) de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra”.

Y con el nuevo texto del § 280 del BGB, la infracción, por parte del deudor, de un deber nacido de una relación obligatoria ha cobrado un papel esencial. Si dicha norma es, tal cual se ha señalado, una “cláusula normativa general”, habrá de servir de sustento, en el futuro, para demandas de resarcimiento originadas en toda especie de *Pflichtverletzung*: daños por mora, vicios de la cosa entregada al comprador, y, en el caso de los deberes de protección, se aplicará “al daño que el deudor ocasiona cuando, en la ejecución de la prestación, no adopta los cuidados y la prudencia que son necesarios para evitar lesionar otros bienes jurídicos del acreedor”⁽¹⁰¹⁾, y con ello perjudica, por ejemplo, la integridad física o las cosas que son propiedad del acreedor.

7.2. Las tratativas precontractuales y la responsabilidad *in contrahendo*.

Como la teoría del negocio jurídico, como la patrimonialidad de las relaciones obligatorias, también la responsabilidad que puede nacer de los tratos preliminares al contrato constituye un tema predominantemente germánico.

En Alemania, la responsabilidad *in contrahendo* abarca, según refiere Canaris, los siguientes supuestos: (i) la responsabilidad en el caso de celebración de un contrato inválido (por ejemplo, cuando una de las partes causa conscientemente un disenso, o si guarda silencio sobre la necesidad de obtener una autorización para la procedencia del contrato, por parte de la autoridad administrativa o estatal); (ii) la ruptura injustificada de las tratativas; (iii) los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración del contrato, ocasiona un daño a la otra, en los bienes jurídicos de ésta que no tienen relación con el contrato (como una lesión corporal o un daño a una cosa de su propiedad); y, (iv) los casos en que el contrato se celebra, pero en condiciones desfavorables para una de las partes, como ocurre, por ejemplo, cuando el transferente de una empresa presenta al adquirente un balance falso, en cuyo caso, la jurisprudencia reconoce al afectado la posibilidad entre la anulación del contrato o la disminución del precio de la adquisición, siempre por *culpa in contrahendo*⁽¹⁰²⁾.

Salvo mejor parecer, los ecos de la institución de la *culpa in contrahendo* que han llegado hasta nosotros comprenden únicamente el segundo caso. El tratante que se aparta de las negociaciones maliciosamente es responsable —como enseñan, en bloque, los contractualistas peruanos— por la infracción del artículo 1362, donde se dice, a la letra: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(100) CASTRONOVO, C. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit.; p. 129, quien reproduce, en este punto, el pensamiento de STAUB.

(101) CANARIS, C.-W. *Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, cit.; p. 13.

(102) Toda esta explicación es de C.-W. CANARIS. *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*. Op. cit.; pp. 296-297.

(103) ALPA, G. *Las nuevas fronteras del derecho contractual*. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Op. cit.; pp. 1072-1073.

“Mention good faith to a German Lawyer and his mind will dart to the twenty words of § 242 BGB and next, perhaps, to the voluminous tome in ‘Staudingers Kommentar’ which dedicates over five hundred pages exclusively to it. If you push an Anglo-American down that path, a number of thoughts will start crossing his mind”, escriben B. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Obligations*. Volumen I. Op. cit.; p. 511.

En el citado § 242, sistemáticamente ubicado en la primera sección del libro dedicado a las relaciones obligatorias, y ahora subtítulo “*Leistung nach Treu und Glauben*” (“prestación con arreglo a la lealtad y confianza”, literalmente), se prescribe: “El deudor está obligado a ejecutar la prestación según lo exige la buena fe, en el respeto de los usos del tráfico”.

Hay que hacer ver, a quienes comparten dicho criterio, que sus apreciaciones son netamente germánicas.

La responsabilidad precontractual en Alemania, siempre deriva de la infracción del principio de *Treu und Glaube* (“buena fe”, aunque la traducción al castellano, como la italiana y la francesa, no signifiquen exactamente lo mismo)⁽¹⁰³⁾. Si por algo se caracteriza el ordenamiento jurídico alemán es por el amplio espacio que en él se concede a la buena fe, y a las cláusulas normativas generales⁽¹⁰⁴⁾.

En tal contexto, “un juicio de responsabilidad para el caso de ruptura, y la eventual redistribución de los daños que son consecuencia del término de las tratativas, no requieren particulares justificaciones, porque, como máxima, justamente, no se duda que sea merecedor de protección la parte que ha confiado, razonablemente, en las apariencias creadas por el comportamiento de la otra”⁽¹⁰⁵⁾.

Por ello, el “interés negativo” –y es todo lo que diremos en este momento– es definido, en la doctrina alemana moderna, como *Vertrauensschaden* (“daño a la confianza”), esto es, “daño causado por la violación de la confianza de una persona en la seriedad, lealtad, en la honestidad del otro tratante”⁽¹⁰⁶⁾, ligado, naturalmente, con un *Vertrauensinteresse* (“interés de confianza”), que es la “pretensión a un específico comportamiento, diligente y leal de la contraparte”⁽¹⁰⁷⁾,

y con una *Vertrauenshaftung* (“responsabilidad derivada de la relación de confianza”).

Sin negar la importancia de los antecedentes de la especie en el Derecho romano propiamente dicho, y que, como se ha visto previamente, era el Derecho común y aplicado en Alemania hasta la promulgación del BGB, es usual atribuir a Rudolf von Jhering (1818-1892) la primera reflexión en torno de los daños que pueden tener lugar en el período anterior a la celebración del contrato, y sobre la necesidad y procedencia de su resarcimiento⁽¹⁰⁸⁾; y no menos habitual es exponer que dicha tesis sacudió las bases del magisterio pandectista –del que Jhering decidió apartarse, y al que atacó ásperamente, luego de una revelación intelectual que ha dado lugar a importantes estudios en el terreno de la metodología del Derecho–, de conformidad con el cual, sólo la voluntad de las partes, manifestada en la celebración del contrato, podía servir de respaldo a una pretensión resarcitoria de naturaleza, valga la redundancia, “contractual”⁽¹⁰⁹⁾, más aun, teniendo en cuenta que el fenómeno no podía ser comprendido en la responsabilidad por hecho ilícito, o extracontractual, debido a que en el BGB, esta última está sometida a un régimen estricto de tipificación⁽¹¹⁰⁾.

El caso es que el estudio de Jhering sobre la *culpa in contrahendo* se publicó en su revista *Anales para la dogmática*, en 1861. Era un trabajo bien conocido, entonces, por “los padres del BGB”⁽¹¹¹⁾. Sin embargo,

(104) SOMMA, A. *Il diritto dei contratti tra scienze economiche e scienze sociali*. En: ID. *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*. Op. cit.; p. 56.

(105) BESSONE, M. *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*. En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1972. p. 1015; la cita es de Guido ALPA, voz “*Responsabilità precontrattuale*. II) *Diritto comparato e straniero*”. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*, volumen XXVII, Roma, 1991. p. 3 (de la separata).

(106) BENATTI, F. *Culpa in contrahendo*. En “*Contratto e impresa*”, año 3, núm. 1, Padua, 1987, p. 306.

(107) TURCO, C. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milán, Giuffrè, 1990, p. 172.

(108) VON JHERING, R. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* (1861) (*Culpa in contrahendo, o resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse*), ahora en sus *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1891), reimpresión, Aalen, Scientia, 1969,

(109) CARUSO, D. *La culpa in contrahendo: l'esperienza statunitense e quella italiana*. Op. cit.; p. 7.

Para desvirtuar las ideas de Gabriele FAGGELLA, quien había desarrollado y divulgado, doctrinariamente, y auspiciado, desde su alto cargo judicial en Nápoles, la tesis jheringiana, Giovanni CARRARA. *La formazione dei contratti*, Milán, Vallardi, 1915, p. 12, hacía notar la unanimidad de los juristas con respecto al hecho de que “en el período de las tratativas no se incurre en ninguna responsabilidad, porque no existe voluntad de obligarse; de aquí que las partes puedan retirarse si así lo quieren, romper o modificar las tratativas, sin temor a ningún deber de resarcimiento, a menos que sean responsables por culpa extracontractual. Por lo tanto, el recesso, que representa la más concreta expresión de una voluntad contraria al proyecto contractual, no sería más que el ejercicio de un derecho, y en cuanto tal, no produciría responsabilidad”.

(110) BENATTI, F. *Culpa in contrahendo*. Op. cit.; p. 288: “En Alemania, donde la rígida tipificación de los hechos ilícitos prevista en el § 823 del BGB, no permite comprender entre ellos la *culpa in contrahendo*, se ha configurado la relación instaurada entre los sujetos en las tratativas como una relación de confianza con carácter cuasicontractual, y por ello, fuente de deberes de lealtad, cuya infracción da lugar a responsabilidad contractual”.

En el § 823 del BGB (que en la nueva edición oficial ha sido subtítulo “deber de resarcimiento”, *Schadensersatzpflicht*) se establece que sólo se resarcen los daños ocasionados ilícitamente (*widerrechtlich*) por dolo o culpa contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho ajeno.

(111) Así los llama D. MEDICUS. *Culpa in contrahendo*. traducción italiana de Maria Rosaria Marella. En: *Rivista critica del diritto privato*. Año II. Número 3. 1984. p. 573.

en el texto del Código Civil alemán no se estableció ninguna norma que dispusiera con carácter general el deber de resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual⁽¹¹²⁾. El tratamiento de la figura fue más bien “fragmentario”⁽¹¹³⁾, y limitado a la hipótesis del contrato afectado por un vicio que lo vuelve inválido: en un párrafo se establece el deber de resarcimiento para el supuesto de la invalidez del contrato por error o por falta de seriedad de la declaración de voluntad (§ 122); en otro, el del contrato en que la prestación, a sabiendas de una de las partes, resulta imposible (§ 307); y en otro, el del contrato celebrado por alguien que no es representante, *falsus procurator*, y que, por ende, carece de poderes para ello (§ 179).

A pesar de todo -anota Medicus-, “desde 1900 se afirmó, y con gran rapidez, la difundida opinión de que, desde su ingreso a las tratativas, cada una de las partes está obligada a la observancia de una particular diligencia frente a la otra. Frente a una infracción de este deber, del cual el sujeto deba responder, existe obligación de resarcimiento del daño”⁽¹¹⁴⁾.

Con la reforma, se ha reconocido normativamente que una relación obligatoria, con los deberes que ella involucra, puede surgir de las tratativas precontractuales:

“§ 311. *Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial*. Para la constitución (*Begründung*) de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*), así como para la variación (*Änderung*) del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato (*Vertrag*) entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario.

Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, 2.º párrafo, también nace:

1. Mediante la iniciación de tratativas contractuales (*die Aufnahme von Vertragsverhandlungen*).

2. Mediante la preparación de un contrato con el cual una parte da a la otra, con miras a una eventual relación negocial, la posibilidad de influir en sus

derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía.

3. Mediante contactos de carácter cuasinegocial.

Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, 2.º párrafo, puede producirse entre personas que en definitiva no serán parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero exige para sí una confianza especial y a través de ésta influye notablemente en las tratativas o en la celebración (*Vertragsschluss*) del contrato”.

Es imposible informar a cabalidad sobre los distintos matices que cobra la responsabilidad precontractual en la práctica de los tribunales alemanes. No puedo, sin embargo, dejar de retomar el tema del interés negativo, al que ya he hecho referencia en mi comentario sobre su previsión explícita en el Proyecto de la comisión Alterini en Argentina⁽¹¹⁵⁾.

La explicación tradicional quiere que la determinación del daño resarcible se concentre: (i) en la ausencia del contrato, y entonces, la reintegración consistirá en la pretensión de la ejecución, o cuando menos en el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento (“interés positivo”); o bien, (ii) la ineficacia del contrato es tolerada, y entonces se consideran solamente aquellas pérdidas patrimoniales que el contratante frustrado ha sufrido por haber confiado en la eficacia del contrato (“interés negativo”), entre ellas, los gastos afrontados en vano, para la celebración, o el cumplimiento del contrato que en definitiva resulta ineficaz, pero también la ganancia que se pudo obtener con la celebración de otro contrato⁽¹¹⁶⁾.

Como bien expresa Benatti, quien es uno de los más autorizados estudiosos italianos de la responsabilidad precontractual, “la locución ‘interés negativo’, es sólo una expresión meramente descriptiva para indicar el daño que nace de la infracción de los deberes precontractuales, y no reviste ningún valor en relación con la entidad de dicho daño, ni con los criterios a través de los cuales tiene que ser especificado”⁽¹¹⁷⁾.

(112) A diferencia de la opción tomada en el Código Civil italiano de 1942, al menos en el subtítulo del artículo 1337: “*Tratativas y responsabilidad precontractual*.- Las partes, en el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe”.

(113) La expresión es de MARKESINIS, B. *The German Law of Obligations*. Op. cit.; I, p. 65.

(114) MEDICUS, D. *Culpa in contrahendo*. Op. cit., loc. ult. cit.

(115) Supra nota 5.

(116) El esquema es de MEDICUS, D. *Culpa in contrahendo*. Op. cit.; p. 576.

(117) BENATTI, F. *Culpa in contrahendo*. Op. cit.; p. 306. El parecer es secundado por MONATERI, P.G. *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano*. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Op. cit.; pp. 517-518.

Desde otra perspectiva, pero con similar, y legítimo, inconformismo. Claudio TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Op. cit.; p. 150, expresa: “la definición corriente de interés negativo como ‘interés en no participar de una tratativa inútil’ o ‘en no celebrar un contrato inválido’, que busca diferenciar, justamente, el contenido y el interés positivo en el cumplimiento respectivo.

“Para Jhering -detalla Benatti- quien causa culposamente la invalidez del contrato no está obligado a abonar el equivalente de la prestación comprometida, pues de un contrato nulo no surge ningún deber de cumplimiento. Estará obligado, eso sí, a poner a la otra parte en la idéntica situación patrimonial en la que ella se encontraría si no hubiese estipulado el negocio. De ello se deduce, entonces, que el daño a resarcir coincide, no con el interés en la ejecución, es decir, con el interés positivo, sino con el interés en la falta de celebración del contrato, es decir, con el interés negativo. A partir de esta premisa, era fácil para Jhering identificar la diferencia entre los dos tipos de interés: el primero presupone la validez del contrato, el segundo, la invalidez del mismo”⁽¹¹⁸⁾.

Por su parte, Claudio Turco aclara que en el ensayo de Jhering, la fórmula *negatives Vertragsinteresse* parece responder, esencialmente, “a la finalidad de contraponer *direccionalmente* la situación jurídica de crédito, que acompaña a la celebración de un contrato válido (*positives Vertragsinteresse*) y se concreta en la pretensión a la ajena diligente ejecución de la respectiva prestación, a la situación de crédito ligada con la (inutilidad de la tratativa, en tanto culminada en la) celebración de un contrato inválido por culpa de la contraparte (*negatives Vertragsinteresse*) y que tiene como objeto, por lo tanto, el ajeno comportamiento diligente, apto para evitar dicha invalidez: de aquí que se deduzca una lógica diversidad de tratamiento en el plano de la protección resarcitoria, cuando dicha situación sea infringida”⁽¹¹⁹⁾.

El examen crítico de Benatti⁽¹²⁰⁾, en fin, termina de demostrar la relatividad de las concepciones jheringianas:

a) “Puesto que existe *culpa in contrahendo*, no sólo en relación con hipótesis de celebración de un contrato inválido, sino también cuando se celebra un negocio válido, o cuando no se ha llegado a ningún acuerdo, ya que las tratativas se han interrumpido, se propone la primera corrección a la concepción de Jhering, esto es, se rechaza que el criterio distintivo entre interés negativo

e interés positivo consista en el hecho de que el primero presupone la invalidez del contrato y el segundo la validez”.

b) “Jhering sostenía que en el caso de la *culpa in contrahendo* por invalidez del contrato se tiene que resarcir el daño que una parte ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del negocio. La fórmula es tan persuasiva que ha sido adoptada en los §§ 122, 307 y 309 del BGB (...); sólo que ella no brinda ningún elemento apto para identificar los daños que deben ser resarcidos en la hipótesis de responsabilidad precontractual por contrato inválido, y sobre todo, cuando se ha celebrado un contrato válido, o cuando no se ha logrado ningún acuerdo a causa de la ruptura de las tratativas”.

c) “Jhering afirmó que el interés negativo puede ser superior al positivo. Esta doctrina no ha sido seguida por el legislador alemán en los § 122 y 179, 2.º párrafo del BGB, en tanto allí se dispone que el resarcimiento causado por la invalidez o ineficacia del contrato no debe ser mayor de cuanto se habría obtenido a través de la ejecución del contrato”.

Fuera de valoraciones sobre la exactitud -en mi opinión, fuera de duda-, o falsedad de lo subrayado por Benatti y Turco, la enseñanza que se puede, y debe, rescatar de sus exámenes es que no se puede continuar hablando mecánicamente, e inconscientemente, de “interés negativo”, sin advertir la evolución que la expresión ha tenido en el ordenamiento donde surgió, y lo inconveniente de importar una voz que en nuestro idioma, bien podría no significar absolutamente nada. Mucho menos, naturalmente, encapsular un concepto puramente dogmático, pero que se ha mostrado dúctil en la experiencia jurisprudencial alemana e italiana, en una mediocre definición legislativa.

“*The student of Jurisprudence is at times troubled by the thought that he is dealing not with things, but with words, that he is busy with the shape and size of counters in a game of logomachy, but when he fully realizes how these words have been passed and are still being passed as money, not only by fools and on fools,*

parece. más bien, ser criticable, incluso en el plano de la semántica, por su connotación sustancialmente negativa: es como si la esencia de una figura jurídica, y, más en general, de una realidad ontológica cualquiera, pudiera, apropiadamente y cabalmente, definirse por lo que no es, en lugar de apelar a características y requisitos que la identifican en sentido positivo”.

(118) *Ibid.*, p. 305. En opinión de MONATERI, P.G. *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano*. Op. cit.; pp. 516-517, el concepto del interés negativo “es empleado en contraposición al interés positivo, es decir, al interés en el cumplimiento, para indicar el interés en que las tratativas contractuales infructuosas ni siquiera se hayan iniciado o no hayan sido continuadas; para emplear la fórmula latina: *id quod interest contractum initum non fuisse*. El resarcimiento del interés positivo es descartado, en efecto, porque de otra manera se eliminaría la libertad de apartarse de las tratativas, que es invariablemente reconocida por el ordenamiento a aquel que no la ejerce de un modo incorrecto”.

(119) TURCO, C. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milán, 1990. p. 47.

(120) BENATTI, F. *Culpa in contrahendo*. Op. cit.; pp. 305-307.

but by and on some the acutes minds, he feels that there is work worthy of being done, if only it can be done worthily”, enseñaba, hace más de un siglo, el profesor John Chipman Gray⁽¹²¹⁾.

8. Reflexiones finales y precisiones terminológicas.

Adolfo Di Majo ponía punto final a uno de sus estudios dedicados a la reelaboración del Derecho de Obligaciones en el BGB con esta frase: “*non resta altro che l’onere di documentarsi per poi riflettere*”⁽¹²²⁾.

Pero las objeciones, naturalmente, no han estado ausentes.

Las críticas contra la “modernización”, que informaré en esta oportunidad, se deben a Reinhard Zimmermann⁽¹²³⁾, y son más dignas de atención, por haber sido formuladas antes de la entrada en vigor de los artículos reformados:

a) La ausencia de debate, con respecto a las normas que se han introducido en materia de protección del consumidor; y lo que es peor, el carácter puramente externo de la integración anhelada, que recuerda “a una canción moderna que se ha perdido en el interior de una sinfonía clásica: un cuerpo extraño, privado de todo enlace temático o estilístico con su ambiente. No se ha tenido en cuenta el hecho de que el BGB se basa en un orden interno, en un sistema”.

b) Las divergencias, para nada irrelevantes, que se detectan a lo extenso de la Ley de Modernización, como por ejemplo, en lo relativo a la prescripción, en las que se aprecia, además, la falta de estudio de los avances internacionales, en el nivel de la doctrina y de la legislación.

c) El hecho de que la Ley de Modernización consista en normas que se remontan al inicio de todo el proceso de reelaboración, es decir, a inicios del decenio 1990-2000, y que, por ende, ignoran cambios importantes acaecidos en el mundo jurídico, como la recogida en el nuevo Código Civil holandés, y el debate que por él generado en Europa. De igual forma, la no bien lograda “europeización” del Derecho Civil alemán, que determinará, algún día, que el BGB parezca “provincial” y “superado”.

d) “Para el legislador de un país que se precia del valor científico de su propio Derecho debería resultar obvio que los conocimientos más recientes deben ser utilizados como base de sus acciones. Una propuesta de reforma sólo puede ser sensata si tiene como origen una *lex artis* y un análisis del Derecho vigente, desarrollado con ciencia y conciencia”. Así pues, la “modernización” corre el peligro de terminar en un “retroceso reaccionario”.

Ha transcurrido poco más de un año desde la entrada en vigor de la Ley de Modernización; los procesos de codificación europea prosiguen, y sólo el tiempo comprobará o desvirtuará las citadas predicciones.

Pero también al observador peruano, y latinoamericano, no le queda más que “documentarse y reflexionar”, como aconseja Di Majo.

Los esfuerzos de los juristas de nuestro país, en el poco cultivado campo del Derecho de Obligaciones, deberían concentrarse en conocer, y luego en explotar las ventajas de este particular modo de emprender una reforma, y de establecer un régimen elaborado, por ejemplo, para un fenómeno tan importante como lo que nosotros llamamos “inejecución de obligaciones”.

La “enorme dimensión” de la tarea de la doctrina, queda evidenciada en las siguientes expresiones de Piero Schlesinger, que bien pueden ser leídas como un “llamado” a nuestros académicos:

“Si no existiera una constante actividad de búsqueda, análisis, de cotejo histórico y crítico, comparación, documentación, catalogación, coordinación, conceptualización, argumentación, sistematización, valoración equitativa y social, etcétera, que la doctrina desarrolla de mil formas -aunque los resultados no tengan continuidad, y sean de muy distinto valor, desde las puras pérdidas de tiempo, privadas de toda utilidad, hasta estudios ejemplares, no siempre reconocidos y apreciados en su pleno valor- los abogados, en primer lugar, y los tribunales, al final, se verían privados de la mayor parte de sus recursos, y se verían constreñidos a efectuar un trabajo deshonesto y, prácticamente, de imposible realización, si no es a costa de demasiado tiempo, y de una inevitable degradación de los resultados”⁽¹²⁴⁾.

(121) La cita es de Wesley Newcomb HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. En: *Yale Law Journal*. Volumen XXIII, 1913-1914, New Haven. p. 29, nota (25). Allí mismo, impresiona por su actualidad y veracidad la afirmación del juez O. W. HOLMES, “*It is one of the misfortunes of the law that ideas become encysted in phrases and thereafter for a long time cease to provoke further analysis*”.

(122) DI MAJO. A., *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*. Op. cit.: p. 179: “no queda sino el compromiso de documentarse, para luego reflexionar”.

(123) ZIMMERMANN. R. *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?* Op. cit.: pp. 82 y ss.

(124) SCHLESINGER. P. *Interpretazione della legge civile e prassi delle corti*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XLVIII. Número 4. Padua, 2002. p. 542.

Leo que dentro de poco se realizará en Lima el primer congreso universitario sobre la reforma del Código Civil peruano, en el que no podían estar ausentes, por obvias razones, algunos profesores extranjeros, que no estarían dispuestos a prestar atención, tengámoslo por seguro, a ninguna sugerencia peruana en la reforma de sus propios códigos.

Creo que la reforma debería ser vista, entre otras cosas, como una oportunidad, como “la” oportunidad, para corregir los errores sistemáticos del texto original de nuestro Código, y para solucionar su falta de coordinación interna, además, desde luego, de adecuar la regulación, sensatamente, a las democráticas exigencias de la hora actual.

Sin embargo, veo también que, por un lado, las tan negativas “especialidades”, a las que se deben todas las incongruencias del pasado, y por otro lado, la presencia de abogados sin ningún antecedente académico, ha vuelto a imperar. Y en los artículos que están circulando ya comienzan a leerse referencias “de segunda mano”, como todas las que se sustentan en el Proyecto de Código Civil del doctor Alterini, sin el menor cuidado, y lealtad intelectual, de investigar cuál es la verdadera fuente de las futuras normas que se importarán, y la razón de ser de éstas en sus ordenamientos de origen.

Como ya se ha señalado, coincidentemente, y lamentablemente, en el viejo continente “está a la orden del día el debate sobre la necesidad y conveniencia de crear un Código Civil europeo, que se sumará, y quizá sustituirá, los códigos nacionales. Hasta el momento, el debate se ha desarrollado en un mero nivel técnico-académico. Pero la cuestión es rica en implicancias políticas, económicas y culturales, y en consecuencia, la ausencia de debate público confirma el peligroso déficit de democracia, típico de las instituciones europeas”⁽¹²⁵⁾.

Somos, pues, más parecidos a los europeos de cuanto pudiéramos creer.

En una reciente entrevista televisiva, un integrante de la comisión encargada de revisar el Código Civil explicaba al público que se trataba de la norma más importante después de la Constitución.

La historia permite relativizar dicha afirmación, aunque, desde luego, no puede desmentirla.

“El Estado-nación -escribe Ugo Mattei- no tiene como única característica la constitución. Existen documentos jurídicos mucho más antiguos que las constituciones, que han conquistado un puesto central en la identidad de los pueblos. Estos documentos, los códigos civiles, no tienen solamente un alcance técnico, en tanto contienen las bases de las relaciones jurídicas entre los particulares. Los códigos civiles tienen también una clara dimensión política, porque contienen las reglas fundamentales de las relaciones económicas”⁽¹²⁶⁾.

Ello hace aún más delicada y comprometedora la tarea.

Con respecto al Derecho de Obligaciones, me parece oportuno recordar las palabras de Herman-Josef Bunte, quien, años antes de la “modernización”, opinaba que una reelaboración de este importante sector no se podía limitar “a una mera transferencia al BGB de las disposiciones contenidas en leyes especiales ni a la codificación de algunas evoluciones nuevas de la jurisprudencia y de la praxis contractual. En realidad, están presentes importantes cuestiones de fondo: lo principal es determinar *cómo se puede preservar, y desarrollar ulteriormente la sistemática y la estructura básica del BGB*, a la cual, generalmente, no se ha prestado atención con ocasión de la evolución del Derecho de las Obligaciones a través de la legislación y la jurisprudencia. Se deben adoptar, asimismo, decisiones de carácter valorativo, si se pretende eliminar los conocidos puntos débiles del BGB (...). En lo tocante a las demás reglas, se debería reflexionar sobre su conformidad a criterios de justicia”⁽¹²⁷⁾.

Todos los cometidos anteriores son legítimamente predicables, y dignos de auspicio, con respecto a la reforma del Derecho de Obligaciones, y de las demás secciones del Código Civil peruano.

Concluiré con algunas reflexiones de carácter terminológico.

Para nuestro codificador los tropiezos expresivos han sido permanentes, debido a su poco cuidado en la importación de términos del francés e italiano.

Cito un ejemplo.

En el Código Civil peruano se utilizan varias veces las expresiones “ejecución” e “inejecución” de las

(125) MATTEI, U. *Quale Codice Civile per l'Europa?* Op. cit.; p. 4. Y prosigue (p. 5), con referencia a la virtual imposibilidad de detener el proceso de euro-codificación, en la que, inicialmente, nadie creía: “los juristas europeos, en su mayoría conservadores, por tradición, temían un cambio muy importante, porque la complejidad del derecho brinda grandes oportunidades de retorno profesional a la clase que monopoliza su conocimiento”.

(126) *Ibid.*, p. 3. Acá, y en la nota anterior, mantengo las mayúsculas en “Códigos Civiles”, con las cuales Ugo enfatiza aun más sus veraces expresiones.

obligaciones, pero también hay casos en los que se habla de “ejecución” de la prestación, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 1220: “se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha *ejecutado íntegramente la prestación*”; o el artículo 1316: “la obligación se extingue *si la prestación no se ejecuta* por causa imputable al deudor”.

La razón de la confusión es un desarreglado empleo de los términos, y la omisión de la consulta de las fuentes originales.

En francés, se habla de *exécution e inexécution* de las *obligations*, porque lo que se “ejecuta”, o no, para la doctrina francesa, es la obligación.

En italiano, en cambio, las expresiones correspondientes son *adempimento e inadempimento*, que se traducen como “cumplimiento” e “incumplimiento”. En el Código Civil peruano se habla de “*cumplimiento* parcial, tardío o defectuoso” de la obligación (artículos 1153, 1314 *in fine*, 1321, 2.º párrafo, 1329 a 1331, etcétera) y de *incumplimiento* de las obligaciones de hacer (artículo 1150) y no hacer (artículo 1158), y de las obligaciones solidarias (artículo 1195).

La doctrina italiana entiende que la obligación no puede “ejecutarse”, porque no es un hecho, como sí lo es el comportamiento, la prestación⁽¹²⁸⁾. La obligación se “cumple” o “incumple”, la prestación se “ejecuta” (el verbo es *eseguire*) o no.

Es claro que el discurso correcto, en castellano, coincide, a menos que se atente contra la lógica, con el del idioma italiano. Basta reflexionar un momento sobre las realidades que se quieren explicar, en el fenómeno que se quiere definir, conforme a las reglas de nuestro idioma, para comprobarlo.

Inútil describir, luego, lo arduo que ha resultado verter al castellano el lenguaje “técnico-jurídico” -no sé de qué otro modo podría calificarlo- alemán, mucho más, porque quien escribe está aún muy lejos de lograr su conocimiento óptimo.

Di Majo atribuye a una tradición secular y “cultura” la caracterización del lenguaje jurídico alemán como la “fiel expresión de un pensamiento científico, de fuerte densidad conceptual”. Si el Derecho de Alemania sigue siendo fascinante para el observador foráneo es por “el gran rigor y la riqueza terminológica del lenguaje

jurídico, a pesar de que, muy a menudo, existe el peligro de que bajo semejante nitidez terminológica no se esconda una sustancia de pensamiento de igual nivel”⁽¹²⁹⁾.

Por esta última razón, he procurado andar con cuidado.

En relación con este punto, juzgo que la lengua italiana resulta más fácil de amoldar. Una palabra central de la modernización del Derecho de Obligaciones, por ejemplo, es la voz femenina *Pflicht*, que he traducido siempre como “deber”. Los juristas italianos, al menos todos los autores que he citado en estas páginas, han sacado del baúl la palabra *obbligò* para sus propias traducciones, con el fin de aclarar que se trata de un deber más exigible que el mero deber jurídico (*dovere giuridico*). Ello ha ocurrido, a pesar de que desde hace algún tiempo se había propuesto asimilar las voces *dovere giuridico* y *obbligò*⁽¹³⁰⁾, con lo cual se había aliviado el trabajo del traductor de lengua castellana, tradicionalmente en problemas cuando tiene que enfrentar estas sutilezas lingüísticas.

Lo mismo cabe decir del término *Schadensersatz*, que he traducido siempre como “resarcimiento”. El vocablo alemán está compuesto de las palabras *Schaden*, “daño”, y *Ersatz*, “sustituto”; la fusión de ambos es lo que se puede llamar “resarcimiento”. En la citada traducción española de la reforma, elaborada por María Luisa Vives Montero, se propone “indemnización de daños”, lo que, según mi modesto parecer, constituye una reiteración. Por ello, creo que el subtítulo del § 823, *Schadensersatzpflicht*, debe traducirse, sencillamente, como “deber de resarcimiento”, y no como “obligación de resarcimiento”, ni “deber de indemnización de daños”.

La riqueza del idioma alemán, y la precisión que exige el lenguaje jurídico, permite que a propósito de la suma que se recibe, en una causa de responsabilidad civil, por concepto de aquello que conocemos con la expresión de origen francés “daño moral”, y que en el BGB (§ 253) tiene algún parecido con “daño no patrimonial”, *nicht Vermögensschaden* (“precio del dolor”, *Schmerzensgeld*, en la doctrina), se hable de *Entschädigung in Geld* (en la edición del BGB fundada por Palandt se utiliza también *Geldentschädigung*), que no es “indemnización”, ni “resarcimiento”, porque no

(127) BUNTE, H.-J., “*Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*”. Op. cit.; p. 188.

(128) IRTI, Natalino, *Introduzione al diritto privato*, 4a. edición, Padua, Cedam, 1990, p. 93, aclara que lo que se ejecuta no es el contrato, porque de éste sólo derivan deberes de comportamiento; lo que se ejecuta es la prestación debida.

(129) DI MAJO, A., *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*. Op. cit.; p. 168.

(130) GUASTINI, R., voz “*Dovere giuridico*”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, p. I (de la separata).

puede hablarse de una “sustitución” en tal caso (el dinero jamás llega a “reparar” el sufrimiento); *Entschädigung* es, si se quiere, y con las cautelas necesarias, “compensación”.

En realidad, creo que si en algo se puede mejorar el lenguaje técnico entre nosotros, lo ideal sería utilizar “resarcimiento”, como en italiano (*risarcimento*) únicamente para la reparación de un daño a título de responsabilidad civil, e “indemnización”, como en italiano (*indennizo*, aunque la similitud sea menor), para las cantidades que se abonan, no por la comisión de un hecho ilícito, sino en virtud de los más diversos títulos (como la suma que se paga en virtud de un contrato de seguro, donde el origen de la obligación no es legal, ni tiene su raíz en la imputabilidad del daño a sujeto que paga, es decir, la compañía de seguros, sino la voluntad de las partes).

Fahrlässigkeit es “negligencia”, y más exactamente, “descuido”, “falta de cuidado”. En las traducciones españolas, dicho término siempre ha sido traducido como “culpa” (que en alemán se dice *Schuld*, que también significa “débito”). Quien conozca la materia, podrá evocar, ahora desde una perspectiva crítica, los inútiles debates en torno de la distinción entre “culpa” y “negligencia”. El mismo ejercicio se puede practicar, por ejemplo, con respecto a la distinción entre “objeto” y “contenido” del negocio jurídico, “objeto” del contrato, “objeto” de la obligación, etcétera, todas expresiones mal copiadas del italiano.

Al margen de estas precisiones, siempre he procurado tener presente los valiosos pasajes en los que Rodolfo Sacco describe las peripecias de los romanistas, civilistas, procesalistas y publicistas italianos que, movidos por la pura admiración, importaron a su país la doctrina alemana, sobre todo, desde fines del siglo XIX. Para hacer realidad su cometido, tuvieron que aprovisionarse de todas las palabras necesarias para expresar las ideas, el método y los conceptos que los habían fascinado. Sacco anota que el prestigio de la cultura alemana, que se encontraba en la cúspide, “exigía el sacrificio debido para aprender un idioma más”⁽¹³¹⁾.

A la sufrida labor y, por qué no anotar lo, al derroche de fantasía, de aquellos juristas, se debió la creación de términos y definiciones que no existían en la lengua italiana, que resultarán raramente familiares para los lectores peruanos, aunque nuestra lengua sea el castellano: *soggetto* (*Subjekt*), *rapporto giuridico* (*Rechtsverhältnis*), *diritto potestativo* (*Gestaltungrecht*), *pretensione* (*Anspruch*), *fattispecie* (*Tatbestand*), *negozio giuridico* (*Rechtsgeschäft*), *rapporto obbligatorio* (*Schuldverhältnis*), *diritto di credito* (*Forderung*), *prestazione* (*Leistung*), etcétera.

Y entonces, cuando pienso en los términos de “tercera” mano (añado la de los divulgadores españoles) que hemos heredado en Latinoamérica, recuerdo un artificio que leí en el manual de obligaciones peninsular que consultaba cuando era estudiante: que se tenía que hablar de “relación obligatoria” –así rezaba el cuento– porque así, y sólo así, se lograba apreciar la “total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económico-social en torno del interés protegido”.

Por mucho tiempo “me la creí”.

Ahora puedo leerlo como lo que siempre fue: un calco de las ideas de Michele Giorgianni, en el que, sin nada de imaginación, se nos complica la vida con la castellanización de por lo menos tres expresiones, y definiciones, italianas: *rapporto obbligatorio*, *funzione economico-sociale*, *interesse protetto*.

9. Apéndice normativo.

Reproduzco únicamente el texto de los párrafos reformados del BGB a los que remiten las demás normas citadas en los subcapítulos de mi artículo, y aun en dicho caso, sólo los que he considerado imprescindibles para una visión global de la reglamentación actual sobre los medios de los que dispone el acreedor en caso de inejecución o irregularidades de la prestación⁽¹³²⁾.

§ 281. *Resarcimiento en sustitución de la prestación por la inejecución de la misma o por su falta de conformidad a lo debido*. Cuando el deudor no ejecuta

(131) SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*. Op. cit.; p. 260. “En aquella época –relata el autor, que titula esta parte de su obra, en actitud auto-crítica, “*Italia, país imitador*”–, la lengua italiana poseía todos, o casi todos, los términos que son necesarios para expresar una idea conocida en Francia. La descendencia de las dos lenguas (jurídicas) del latín (jurídico), y la derivación de los modelos italianos más recientes de los modelos franceses explican adecuadamente dicho estado de cosas. En este punto, sin embargo, la lengua italiana tuvo que aprovisionarse de todos los términos que son necesarios para expresar las ideas alemanas; la ductilidad de este idioma, debida al libre juego de los sufijos, ayudó a resolver el problema. ‘Dación en pago’ (*dation en payement*) sufrirá la competencia de ‘prestación en lugar de cumplimiento’; el esquema de la nulidad, subdividida en relativa y absoluta, dejó su lugar al esquema de la invalidez, subdividida en nulidad y anulabilidad; y así por el estilo”.

(132) Como he señalado *supra*, nota (12), la base de los párrafos citados es la traducción de María Luisa VIVES MONTERO, publicada en el “Anuario de derecho civil español”, que he reescrito, donde me ha parecido conveniente, a la luz del texto original, y de la edición en inglés de Geoffrey THOMAS y Gerhard DANNEMANN.

una prestación vencida, o cuando ésta no sea ejecutada conforme a lo debido, el acreedor podrá demandar, según los presupuestos establecidos en el § 280, primer párrafo, el resarcimiento en lugar de la prestación, en caso de que él hubiere otorgado sin éxito al deudor un plazo razonable para ejecutar la prestación o para su cumplimiento posterior. Si el deudor hubiere ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo podrá demandar resarcimiento en lugar de la prestación total si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor hubiere ejecutado la prestación en modo no conforme al debido, el acreedor no podrá demandar resarcimiento en lugar de la prestación si la infracción del deber no es de consideración.

No será necesario fijar un plazo cuando el deudor niegue la prestación seriamente y definitivamente, o cuando concurren circunstancias especiales que, teniendo en cuenta el interés de ambas partes, justifiquen la inmediata demanda del derecho a resarcimiento.

Si no se pudiere tomar en consideración la fijación de un plazo, debido al tipo de infracción del deber, se sustituirá por una intimación.

La pretensión de la prestación no procede tan pronto como el acreedor haya demandado el resarcimiento.

Si el acreedor demandara resarcimiento en lugar de la prestación total, el deudor podrá exigir la restitución de lo cumplido, según los §§ 326 a 348.

§ 282. *Resarcimiento en lugar de la prestación por infracción del deber según el § 241, 2.º párrafo.* Si el deudor lesiona un deber de prestación según lo establecido en el § 241, 2.º párrafo, el acreedor podrá, según los presupuestos del § 280, 1.º párrafo, demandar resarcimiento en lugar de la prestación, cuando ésta deje de ser exigible al deudor.

§ 283. *Resarcimiento en lugar de la prestación en caso de liberación del deber de prestación.*- Si el deudor no tiene que realizar la prestación conforme a lo dispuesto en el § 275, párrafos 1 a 3, el acreedor podrá demandar, según los presupuestos establecidos en el § 280, 1.º párrafo, resarcimiento en lugar del cumplimiento. Aquí será de aplicación lo previsto en el § 281, 1.º párrafo, partes 2 y 3, y 5.º párrafo.

§ 284. *Compensación por gastos infructuosos.* En lugar del resarcimiento, el acreedor podrá demandar la compensación de los gastos infructuosos que hubiere efectuado por su confianza en recibir la prestación, y que sería justo pedir, a menos que su finalidad tampoco se hubiese alcanzado en ausencia de la infracción del deber por parte del deudor.

§ 285. *Cumplimiento del resarcimiento.* Si el deudor obtuviere, por circunstancias en cuya virtud ya no esté

obligado a ejecutar su prestación según el § 275, párrafos 1 a 3, un resarcimiento por la cosa debida o una pretensión de resarcimiento, el acreedor podrá solicitar la entrega de lo recibido como resarcimiento o la cesión de la demanda de resarcimiento.

Si el acreedor pudiere demandar resarcimiento en lugar de la prestación, aquél se reducirá cuando él haga uso del derecho reconocido en el 1.º párrafo, por el valor del resarcimiento obtenido, o de la pretensión de resarcimiento.

§ 311^a. *Impedimento de ejecución de la prestación al momento de perfeccionamiento del contrato.* No es contrario a la eficacia del contrato el hecho de que el deudor no tenga que ejecutar la prestación conforme al § 275, párrafos 1 a 3, y el impedimento de la prestación exista ya al momento de perfeccionamiento del contrato.

El acreedor puede demandar, a su elección, el resarcimiento en lugar de la prestación, o el reembolso de sus gastos, dentro de los límites establecidos en el § 284. Lo anterior no será de aplicación cuando el deudor no haya conocido el impedimento de la prestación al momento del perfeccionamiento del contrato, y él no sea responsable por su desconocimiento. Aquí será de aplicación el § 281, 1.º párrafo, partes 2 y 3, y 5.º párrafo.

§ 326. *Liberación de la contraprestación y resolución por exclusión del deber de prestación.* Si el deudor no tuviere que cumplir, según lo previsto en el § 275, párrafos 1 a 3, no procederá la pretensión a la contraprestación; en caso de cumplimiento parcial, será de aplicación el § 441, 3.º párrafo. La parte 1 no será de aplicación cuando el deudor, en el caso de que la prestación no se ajustara a lo debido, no necesite repetir la prestación, según se prevé en el § 275, párrafos 1 a 3.

Si el acreedor fuere, por sí mismo, o principalmente, el responsable de la circunstancia por la cual el deudor no necesita cumplir la prestación, según lo previsto por el § 275, párrafos 1 a 3, o si tal circunstancia no fuere imputable al deudor, y ella se produce en un momento en que el acreedor se haya retrasado en la aceptación, el deudor mantendrá su pretensión a la contraprestación. Sin embargo, él tendrá que dejarse descontar lo ahorrado como consecuencia de haberse librado de la prestación, o lo ganado por utilizar sus empleados en otro lugar o lo que haya dejado de ganar intencionalmente.

Si el acreedor requiere, según prevé el § 285, la entrega de una reparación por la cosa debida o la cesión de un derecho a resarcimiento, entonces seguirá obligado a la contraprestación. Ésta disminuirá, sin embargo, en la medida del § 441, 3.º párrafo, siempre que el valor de la reparación o de la pretensión de resarcimiento sea inferior al de la prestación debida.

Cuando se efectúe una contraprestación no debida, según esta disposición, se puede exigir la restitución de lo prestado, según lo previsto en los §§ 346 a 348.

Si el deudor no necesitare cumplir, según lo previsto

en el § 275, párrafos 1 a 3, el acreedor podrá poner término a la relación. A dicho receso, se aplicará el § 323, en la medida en que sea prescindible la fijación de una fecha. 𐀀