

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA*

DR. PETER GUILLES**

INTRODUCCIÓN

El concepto de protección al consumidor —tanto como aspiración de política legislativa, como contenido de las leyes ya existentes— representa, no sólo en Alemania, sino también en muchos otros países, uno de los principales estímulos para la reforma del Derecho de Obligaciones y un desafío a la concepción clásica del Derecho Privado. El título de un ensayo "Protección al consumidor: Golpe mortal o posibilidad de sobrevivencia para el Derecho Civil", ilustra gráficamente el conflicto.¹ El dilema consiste en determinar si debe el viejo Derecho Civil aventurarse en una lucha a muerte con el relativamente

joven Derecho del Consumidor, o si le conviene más bien fusionarse con él con el fin de obtener nueva vitalidad. Es también lícito preguntarse si tal unión no contribuiría más bien a restarle las últimas fuerzas al "socio envejecido" y a acelerar con ello su proceso de muerte. No obstante, temores o esperanzas en este sentido —según sea la posición política del observador— serían sin embargo anticipados, pues luego de un considerable desarrollo del Derecho del Consumidor —principalmente en los últimos decenios— e intensivos esfuerzos para la renovación del Derecho de Obligaciones, ambas tendencias han

* La traducción de este trabajo, incluyendo las notas al pie de página, es del Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez.

** El Dr. Peter Guilles, especialista en Derecho Civil, Procesal Civil y Comparado, es también conocedor profundo del Derecho de Protección al Consumidor, aspecto este al que ha dedicado gran parte de sus esfuerzos académicos. Principalmente ha puesto de manifiesto la importancia que la legislación proteccionista tiene en el terreno de la reforma del Derecho de Obligaciones, por otra parte ya emprendida en la República Federal Alemana. El presente artículo contiene la conferencia que el Dr. Guilles pronunciara ante la Asociación Jurídica Argentino-Germana, el 27 de setiembre de 1988 en Buenos Aires, Argentina y por su contenido es de interés en aquellos países en los que se realizan esfuerzos tendientes a la reforma y perfeccionamiento del Derecho Privado. Esta aspiración ha encontrado eco en Costa Rica. En efecto, por decretos ejecutivos números 16.842-J de 16 de enero y 17.146-J de 31 de julio, ambos de 1986, se constituyó la Comisión Organizadora del Centenario del Código Civil y dentro de ella se nombró una Comisión Revisora de dicho texto legislativo. En el año 1987 se celebró, además, el IX Congreso Jurídico Nacional, denominado "Centenario del Código Civil", el cual se dedicó a la revisión del Código. A todo lo anterior se suman las ya numerosas sesiones de trabajo de la Comisión Revisora que se han llevado a cabo con miras a dotar al país de un código moderno, adecuado a la realidad actual. Todos estos denuedos han rendido ya su fruto en la crítica de la legislación vigente, la que ha puesto de manifiesto los déficit del actual sistema y la necesidad urgente de una reforma en este campo. Falta todavía camino que recorrer. Y aquí las experiencias vividas en otras latitudes pueden contribuir, sin lugar a dudas, al esclarecimiento de muchos problemas y a poner en guardia contra los obstáculos que pueden encontrarse en la ruta hacia la meta propuesta. Es en el calor del debate, producido por la fricción de ideas —a veces incluso radicalmente opuestas— que se clarifican los problemas a resolver y las soluciones a ellos apropiadas. En la medida en que el presente artículo contribuya a avivar la discusión en el medio costarricense, verá el traductor cumplida su intención.

1. LEIPOLD, Dieter, *Verbraucherschutz-Todesstoß oder Überlebenschance für das Bürgerliche Recht*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebmann*, Giuffrè, Milano, 1979, s. 2691.

perdido considerablemente sus bríos.² Puede incluso afirmarse que el Derecho Civil liberal del casi centenario Código Civil alemán (B.G.B.), ha sabido hasta el momento defenderse de todos los ataques.

Por otra parte, el que el desarrollo del Derecho del Consumidor y los esfuerzos reformistas en el campo de las obligaciones fueran en Alemania particularmente intensos, no significa que se trata de un asunto que incumbe únicamente a este país. Antes bien, puede decirse que en varias naciones industrializadas, orientadas hacia una economía de mercado, se plantean en conexión con dicha temática similares problemas. Tal es el caso de algunos miembros de la Comunidad Europea, que poseen codificaciones de Derecho Civil de cierta antigüedad.

En el siguiente desarrollo se pretende poner de manifiesto los principales interrogantes que como consecuencia de la complejidad del fenómeno del Derecho del Consumidor y su influencia en un nuevo Derecho de Obligaciones, se plantean a la consideración del jurista.

1. Derecho del Consumidor como impulso para un nuevo Derecho Civil.

Fue principalmente el desarrollo del Derecho del Consumidor el fenómeno que llamó la atención sobre los déficit del Derecho de Obligaciones vigente y presentó como asunto de máxima urgencia la reforma de esta rama del Ordenamiento jurídico.

1.1. El desarrollo del Derecho del Consumidor.

De la rápida evolución que en el pasado tuvo lugar en este terreno, se desean ahora destacar los principales aspectos.

1.1.1. Protección del consumidor y Derecho del Consumidor.

Durante casi 10 años se cuestionó la ciencia jurídica si el concepto de protección al consumidor es efectivamente un principio jurídico. Hoy, luego de un enorme desarrollo legislativo, científico y jurisprudencial,

la respuesta no admite duda alguna: La protección del consumidor no es solamente un principio jurídico entre tantos otros, sino uno de los fundamentales conceptos de los Ordenamientos jurídicos de varias de las naciones industrializadas —cuando no de casi todas—, orientadas hacia una economía de mercado.³ Esto vale sobre todo para los miembros de la Comunidad Europea.⁴

En los correspondientes Ordenamientos jurídicos —aunque con diversa intensidad— la idea de protección del consumidor ha penetrado paulatinamente no solo en el Derecho Público (administrativo, penal y procesal), sino también en gran parte del Derecho Privado y en particular en el Derecho de Obligaciones y contratos. Precisamente es en el terreno del Derecho Contractual donde se encuentran hoy una gran cantidad de leyes y reglamentaciones especiales que han convertido al Derecho del Consumidor en una "rama jurídica" especial, que se domina por principios y valoraciones propias y que en su independencia podría compararse con el Derecho Laboral.

Actualmente no es posible dudar ya de la existencia y vigencia de esta categoría jurídica. El proceso emprendido no puede ya echar marcha atrás.⁵

No obstante debe reconocerse que los contornos de esta rama deben todavía acentuarse y sus diferencias con otras ramas del Derecho —especialmente con aquellas que integran el núcleo del Derecho Privado— no están aún claramente perfiladas. En este punto no debe esperarse una pronta solución, pues no existe aún acuerdo definitivo sobre las metas y estrategias políticas, teorías e instrumentos jurídicos propios del Derecho del Consumidor.⁶

1.1.2. Legislación especial de protección del consumidor y Derecho Civil.

No solo la ciencia jurídica sino también la legislación carece de un concepto general en materia de política del consumidor aceptado mayoritariamente. En este sentido puede decirse que todo lo que en el

2. SCHLECHTRIEM, Peter, *Schuldrechtsreform*, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, p. 7.

3. Sobre la existencia de disposiciones de protección de las partes contractuales "débiles", en Europa, ver PLANCK, Max, *Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Hamburg: *Rechtvergleichung*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundersanzeiger Verlagsgesellschaft, Köln, Band 1, 1981, p. 9.

4. Sobre la protección del consumidor en Europa ver: V. HIPPEL, Eike, *Verbraucherschutz in Europa*, *Rechts Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1981, s. 353.

5. El inicio de la discusión en torno a la protección del consumidor se centra en lo fundamental entre los años 1972 y 74. Ver sobre el particular: WEITZEL, Jürgen, *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, in *Recht und Politik*, 1985, s. 155.

6. Ver la crítica de LIEB, Manfred, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 183 (1983), s. 155.

pasado ha sido creado o planeado en relación con determinadas regulaciones legislativas, no corresponde a un programa de fines claramente previsto y concebido, por lo que difícilmente puede ser posteriormente encuadrado en un marco que reúna esas características. Debe más bien reconocerse que lo que puso en funcionamiento la maquinaria legislativa en el terreno de protección al consumidor fue el simple impulso que se derivó de la aparición de determinados problemas reales, situaciones de conflicto o crisis. De aquí resultaron soluciones legislativas o propuestas de solución, a esos problemas, insuficientemente coordinadas, superpuestas unas con otras o sencillamente contradictorias. El legislador ha sido consciente de la insuficiencia de tales regulaciones, por lo que durante varios años ha preferido no perturbar la real o supuesta armonía (formal y material) de los grandes complejos normativos —y particularmente la del Derecho Civil—, con cualquier innovación normativa.⁷ Por el contrario, ha remitido a leyes especiales las nuevas regulaciones que estimó necesarias para una adecuada protección del consumidor. Ello explica el por qué el Derecho del Consumidor se formó fuera del B.G.B., fenómeno que, por lo demás, condujo a una significativa "atomización del Derecho Civil", la que trajo aparejado un alto grado de inseguridad jurídica. Lo anterior se hace patente en la circunstancia de que ya en el decenio que precede a 1978 fueron emitidas más de 100 leyes y reglamentaciones especializadas relacionadas —por sus fines o consecuencias— con la protección del consumidor. Incluso materias de fundamental importancia para el Derecho Civil han sido "abordadas" por la legislación especial. Conviene citar aquí, a manera de ejemplo: 1) La Ley de Adquisición de Bienes "a plazo", 2) La Ley de Regulación de las llamadas "Condiciones Generales de la Contratación", 3) numerosas leyes relacionadas con el derecho de locación o con la protección de los inversionistas, 4) la Ley de "Inmobiliarias" y Constructores de Vivienda, 5) la Ley de Protección de los Participantes en Programas de Enseñanza a Distancia. A la anterior lista debe agregarse la reciente-

mente promulgada Ley sobre los Contratos de Viaje. En cuanto a ésta, es interesante hacer notar que a pesar de que la idea original era la de emitir una ley especial, casi en el último minuto se decidió incorporar la regulación de este contrato en el Código Civil. Este acontecimiento es de singular importancia, ya que representó un primer paso en el camino hacia la reintegración de las principales materias de contenido civil en la correspondiente codificación. Esta tendencia también se ve favorecida en el Proyecto de Ley sobre Contratos de Corretaje. Por el contrario, en 1986 la Ley sobre Revocación de los llamados "negocios en la puerta" y similares,⁸ fue puesta en vigencia como legislación especial. Igual suerte corrió el Proyecto de Ley sobre el Crédito al Consumidor.

1.1.3. Derecho Privado clásico-liberal y Derecho Privado social orientado al consumidor.

Lo que más se ha lamentado en este desarrollo del Derecho del Consumidor, no ha sido tanto la pretendida atomización sino más bien la interna, política e incluso ideológica desarmonía entre aquél y el Derecho liberal clásico. De aquí se originó la más candente cuestión metodológica de la actual teoría del Derecho Civil; a saber, la de si el tradicional Derecho Civil patrimonial debería ser en lo sucesivo concretado, interpretado y desarrollado de conformidad con el espíritu de esta nueva legislación, o si por el contrario, el Derecho Privado clásico debería permanecer "libre" del ideario (pretendidamente "desestabilizador del sistema"), propio del Derecho del Consumidor. Este fue en verdad el tema de la jornada alemana de Derecho Civil, que tuvo lugar en el año 1977.⁹

De esta sustancial desarmonía y de las inconfundibles diferencias de valor entre los "derechos del consumidor" por un lado y el clásico Derecho Privado por otro, se derivó también la cuestión, claramente política, de si sería posible con la ayuda del nuevo Derecho fortalecer la hasta ahora olvidada referencia del Derecho Privado al bien común,¹⁰ o si

7. Sobre el punto GUILLES, Peter, *Zur Neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in Ihrem Verhältnis zum Klassischen Privatrecht*, *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, s. 4.

8. Sobre estos negocios ver MEDICUS, Dieter, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten*, *op. cit.*, s. 528.

9. GUILLES, *op. cit.*, s. 6. Comparar con WESTERMANN, H.P., *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das Allgemeine Privatrecht*, *Archiv für Zivilistische Praxis*, Band 178, 1978, s. 150; LIEB, Manfred, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?*, in *Archiv für Zivilistische Praxis*, Band 178, 1978, s. 196.

10. Comparar con WESTERMANN, Harm Peter, *op. cit.*, s. 176. Del mismo: *Verabschiedung oder Überarbeitung des B.G.B.* *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, s. 253.

por el contrario, a través de una estricta, metódica y sustancial demarcación del Derecho del Consumidor, debería evitarse la pretendida socialización del Derecho Privado. Este conflicto sólo a nivel político —gracias al consenso de la mayoría política partidaria—, podrá ser resuelto y permanece hasta ahora en la República Federal Alemana candente.

1.1.4. *El Derecho del Consumidor: reto e impulso para la reforma del Derecho Privado.*

La anterior exposición permite vislumbrar el desafío que el Derecho del Consumidor presenta al tradicional Derecho Privado. Este desafío existe con independencia de la posición que se adopte al respecto. En definitiva, es gracias a este reto que se han puesto de manifiesto cuestiones fundamentales de nuestro Derecho Civil que no pueden ser más ignoradas, sino que deben ser discutidas intensivamente. Pero es precisamente en el terreno de la reforma al Derecho de las Obligaciones, donde el Derecho del Consumidor ha aportado un impulso decisivo. Ello se debe a la circunstancia de que los instrumentos jurídicos de esta disciplina contrastan claramente con los principios rectores, institutos jurídicos y figuras tradicionales del Derecho Civil clásico. Propios del Derecho del Consumidor son, entre otros, los siguientes mecanismos:

- 1) aprobación y control estatal de determinados contratos,
- 2) agudización de los deberes de "información" en la fase tendiente a la formación del contrato y mayor regulación legal de folletos o medidas publicitarias,
- 3) mayor utilización de tipos contractuales determinados,
- 4) control de la letra y contenido de determinados contratos,
- 5) aumento de las causas de nulidad del negocio,
- 6) aumento de disposiciones proteccionistas,
- 7) consideración de los negocios en fraude de la ley, relaciones negociales multilaterales, contratos mixtos y en cadena,
- 8) mayor facilidad de revocar, resolver o "denunciar" el contrato.

1.2. **Desarrollo y déficit del Derecho de Obligaciones.**

El Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán (B.G.B.) tiene ya aproximadamente 100 años. No obstante, para su edad se encuentra todavía en "buena condición". A pesar de los profundos cambios políticos, sociales y económicos ocurridos a lo largo de su historia y a pesar del rápido avance del Derecho, es todavía continuamente consultado y constituye el eje del Derecho Civil alemán.¹¹ El que todavía conserve mucha de su originaria vitalidad, se debe a la elaborada técnica legislativa de sus redactores, los que, consciente o inconscientemente, con el elevado grado de abstracción del título referido al Derecho de Obligaciones como en general de todo el B.G.B., con la disponibilidad de sus normas, con la facilitación de modelos contractuales y en definitiva, mediante el recurso a conceptos jurídicos indeterminados y "cláusulas generales", crearon una ley elástica y flexible, que puede ser adaptada a las cambiantes circunstancias históricas.¹²

1.2.1. *Envejecimiento del Derecho de Obligaciones y su reforma dentro del B.G.B.*

A pesar de sus méritos, tampoco pudo el B.G.B. sustraerse de los fenómenos del envejecimiento y desgaste. En muchos aspectos ha mostrado —sobre todo en el último decenio—, una innegable necesidad de reforma. En este sentido pueden mencionarse las siguientes modificaciones del Código: 1) reforma del derecho de locación y de prestación de servicio, 2) modificación del artículo relativo a la usura, 3) reformas referentes al contrato de compra y al de obra, 4) regulación del contrato de viaje, 5) recientemente se ha regulado en el nuevo artículo 690 del B.G.B. la rescisión de créditos, luego de derogar el anterior artículo 247. A pesar de lo anterior, el Código Civil —y principalmente el Derecho de Obligaciones que éste contiene— en lo sustancial ha permanecido intacto, al margen de innovaciones legales que pudieran "perturbar" su coherencia interna y valores fundamentales.

1.2.2. *Desarrollo del Derecho de Obligaciones fuera del B.G.B. y atomización del Derecho.*

Hoy es claro que el gigantesco "flujo" legislativo que ha tenido lugar en la República Federal Alemana sobre todo en el último decenio, produjo la disper-

11. SÄCKER, Franz-Jürgen, *Einleitung. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, Band 1, 1978, s. 2.

12. Sobre el particular, ver: WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 468 ss



sión del Derecho de Obligaciones, a la que se ligó no sólo una creciente inseguridad jurídica sino también un progresivo distanciamiento del Derecho con respecto a los sujetos.¹³

Según una encuesta inoficial del Ministerio Federal de Justicia, aproximadamente se han dictado en la República Federal Alemana 250 leyes especiales, las que contienen aproximadamente 2.700 disposiciones de contenido obligacional.¹⁴

Pero las consecuencias de esta atomización van más allá. Ella hace patente la circunstancia de que el Derecho de Obligaciones del B.G.B. tuvo que aceptar una pérdida de eficiencia al trasladarse la regulación de importantes materias a la legislación especial. No en vano se habla con frecuencia de una "pérdida de funciones" del Derecho de Obligaciones del B.G.B.

1.2.3. Superposición y superación del Derecho de Obligaciones (legal), a través de la jurisprudencia y la doctrina.

Tanto el denominado derecho judicial, como la ciencia jurídica han contribuido en gran medida a la transformación y perfeccionamiento de esta rama del Derecho. Ello ha tenido lugar gracias al desarrollo o creación de nuevos institutos jurídicos, a través de los cuales el Derecho de Obligaciones legal, contenido en el B.G.B., ha experimentado una pérdida del significado en sentido formal (aunque puede afirmarse que desde el punto de vista material, se ha enriquecido con tales contribuciones) de las que merecen especialmente citarse, a manera de ejemplo, las siguientes:

- 1) la llamada "culpa in contrahendo",
- 2) la violación positiva del crédito,
- 3) la desaparición de la base negocial,
- 4) el derecho de la responsabilidad por culpa y de la carga de la prueba,
- 5) la ampliación de la responsabilidad civil extracontractual en procura de la protección de los derechos de la personalidad,
- 6) el derecho relativo a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad.

En este sentido, se considera que la desbordante actividad jurisprudencial y la rica dogmática jurídica, se han superpuesto a los textos estrictamente legales e incluso, los han superado.¹⁵

1.2.4. Alejamiento del Derecho de Obligaciones de la realidad social y pérdida de realismo gracias al surgimiento de nuevos tipos contractuales.

Por otra parte el desarrollo social y económico ha sobrepasado también la normativa que contiene el Código Civil en materia de obligaciones. Este desarrollo ha traído consigo problemas reales y situaciones conflictivas, las cuales difícilmente pueden ser superadas con dichas disposiciones legales. Aquí conviene anotar, que con el correr de los años se han ido formando diversos contratos,¹⁶ a los que las disposiciones vigentes del B.G.B. prácticamente no resultan aplicables. Valga citar entre otros, los siguientes:

- 1) las variadas formas de los negocios bancarios y crediticios,
- 2) contratos de construcción,
- 3) contratos de transporte,
- 4) contratos de asesoramiento y tratamiento médico,
- 5) contratos de mantenimiento y reparación,
- 6) contrato de suministro de energía,
- 7) y la gran variedad de modernos contratos sobre la producción, cesión o cuidado del "computer hardware" o "computer software".

1.2.5. Descuido de la "referencia social" en el Derecho Privado clásico e insuficiencia normativa para lograr el equilibrio de las situaciones sociales de desigualdad.

Para muchos científicos, políticos y demás interesados en el fenómeno, la principal deficiencia que acusa el Derecho de Obligaciones vigente, es la insuficiencia de normas de protección tendientes, por un lado, al adecuado equilibrio y nivelación de las llamadas situaciones de desigualdad que tienen

13. GUTACHTEN, Einleitung, *op. cit.*, p. XII.

14. *Ibid.*

15. Sobre el particular, SCHWARK, Eberhard, *Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts des B.G.B.*, *Juristenzeitung*, 1980, s. 745.

16. Sobre el punto: SCHÜNEMANN, Wolfgang B., *Wandlung des Vertragsrechts*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, s. 2027.

lugar en los actuales procesos de producción, distribución y consumo; y por otro, al restablecimiento y compensación de la paridad contractual entre oferentes y adquirentes de bienes y servicios, allí donde ésta ha sido perturbada.¹⁷ En ello hay, sin lugar a dudas, mucho de cierto. Si bien han sido promulgadas algunas leyes especiales que velan por el equilibrio social, no puede negarse que todavía existen muchos aspectos del Derecho de Obligaciones y en general del Derecho Privado, que reflejan la originaria filosofía liberal-individualista que inspiró a los redactores del B.G.B.

Esta concepción se apoya en el modelo social de una comunidad de ciudadanos libres, iguales y propietarios; en la idea de un mercado ideal, en el que el intercambio de bienes y servicios tendría lugar entre sujetos de igual condición, de manera "transparente", y sin más regulación que la que resulta del libre juego de la oferta y la demanda y finalmente, en un modelo contractual en el que la formación de las relaciones jurídicas intersubjetivas tiene lugar exclusivamente en virtud del principio de la autonomía privada.¹⁸ Con el correr del tiempo se han evidenciado los peligros que estos postulados acarrearán para los individuos social y económicamente más débiles de la comunidad.

1.3. Motivos para la revisión del Derecho de Obligaciones.

En síntesis, puede decirse que motivos para la revisión del Derecho de Obligaciones han habido y hay con creces, de los cuales conviene ahora recapitular los más importantes:

a) flujo normativo, b) atomización del Derecho, c) distanciamiento del Derecho en relación con los ciudadanos, d) inadaptación del Derecho legal al desarrollo jurídico actual, e) alejamiento de la realidad social y económica de nuestros días, f) descuido de la referencia social y contradicciones valorativas internas. A todo ello se suma la idea de la protección del consumidor, como uno de los principales motores de la reforma.

2. Reforma del Derecho de Obligaciones.

En los déficits del actual Derecho de Obligaciones y en los correspondientes motivos para su revisión, pueden vislumbrarse las metas de la reforma, tal y como éstas han sido formuladas por la ciencia, legislación y política. (En particular han influido las ideas anteriores de los ministros de justicia socialdemócratas *Vogel*¹⁹ y *Schmude*,²⁰ las apreciaciones del Ministro del mismo ramo *Engelhard*).²¹

2.1. Objetivos.

En general pueden resumirse los objetivos de la ya iniciada reforma en cuatro tareas principales:

a) *Contención del flujo normativo.* Ello a través de una "estandarización" y generalización de viejos y nuevos complejos normativos y disposiciones particulares, creación de unidades normativas coherentes y comprensibles y facilitación del llamado "acceso del individuo al derecho", gracias a la creación de codificaciones, leyes y en general de un Derecho más cercano al individuo y comprensible.

b) *Eliminación de la atomización en el Derecho de Obligaciones, como en general en el Derecho Privado.* Aquí se trata de la reincorporación de viejas materias e inclusión de nuevas en el B.G.B., con el fin de que éste pase a ser casi el cuerpo general de todo el Derecho Privado. Paralelamente se busca la recopilación de derechos y leyes especiales, con el fin de formar codificaciones propias, por ejemplo, en materia del Derecho del Consumidor, del derecho de locaciones, etc.

c) *Actualización del Derecho de Obligaciones.* A través del reconocimiento *legal* de las creaciones jurisprudenciales consolidadas y de los institutos científicos y dogmáticos ampliamente reconocidos. Por lo demás, se procura la adaptación del Derecho de Obligaciones legal a la nueva realidad jurídica, principalmente a través de la incorporación de nuevos tipos legales contractuales en el "derecho especial de obligaciones" y la revisión de los modelos contractuales ya existentes allí.

17. Sobre el tema de las situaciones de desigualdad, ver: LIMBACH, Jutta, *Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, s. 165.

18. GUILLES, *op. cit.*, p. 5.

19. VOGEL, Hans-Jochen, *Zur Diskussion um die Normenflut*, *Juristenzeitung*, 1979, s. 321.

20. SCHMUDE, Jürgen y GUTACHTEN, *Vorwort, op. cit.*, p. V.

21. ENGELHARD, Hans A., *Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, s. 1201.

d) *Restablecimiento de la unidad interna*, gracias a la eliminación de las contradicciones de valor existentes entre el Derecho Privado clásico y las múltiples leyes especiales dictadas en materia de protección de las partes contractuales social o económicamente débiles. Ello puede lograrse ya sea por el fortalecimiento del "componente social" (socialización) del Derecho Privado; o bien, a través del retorno a la concepción liberal-individualista (liberalización) en las materias abarcadas por el Derecho especial.

2.2. Trabajos previos y proyectos.

Los esfuerzos que se han dado en la República Federal Alemana, con el fin de hacer efectivas estas ambiciosas metas se llevan a cabo ya desde hace largo tiempo. Ciertamente desde 1974 se ocupan grupos de trabajo y departamentos del Ministerio Federal de Justicia del problema de la revisión general del Derecho de Obligaciones. No obstante, puede citarse como inicio de la reforma el encargo que entre los años 1979 y 1980, hiciera el citado ministerio a varios científicos para que se pronunciaran sobre 17 cuestiones básicas del Derecho de Obligaciones vigente y sus perspectivas de reforma.

Los resultados de las investigaciones fueron publicados en el año 1981 en dos gruesos volúmenes bajo el título "Dictámenes y recomendaciones para la revisión del Derecho de Obligaciones" en los cuales se abordan las siguientes cuestiones: a) el Instituto Max Plank para Derecho Privado Internacional y Extranjero, investigó los nuevos desarrollos contractuales en Europa. Se trata de un estudio de Derecho Comparado en siete países, a saber: Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Austria, Suecia y Suiza. Se llega a la conclusión de que esfuerzos similares a los que se dan en la República Federal Alemana, no existen en todos los países citados, aunque se constata la presencia de nuevas y variadas normas dictadas en favor de la protección de las partes contractualmente más débiles, tanto dentro como fuera del Código Civil; b) el dictamen confeccionado por los profesores Dr. Frank Peters y Dr. Reinhard Zimmermann (Hamburg), se ocupa de los plazos de prescripción, específicamente, de su influencia en las relaciones obligacionales y las posibilidades para su estandarización; c) el

Dr. Gehard Hohloch (München) estudia el Derecho relativo a los daños, con el fin de determinar si se recomienda una nueva regulación legal de la materia; d) el profesor Dieter Medicus (München) estudia el fenómeno de la culpa en las tratativas contractuales preliminares, con el fin de determinar si se recomienda una regulación normativa de la teoría relativa a este problema y de los deberes precontractuales en el B.G.B. Se trata de una revisión del derecho de la denominada "Culpa in contrahendo" en el sentido de responsabilidad por violación de los deberes de seguridad en el tráfico negocial; e) el profesor de Bielefeld, Dr. Norbert Horn, analiza el tema de la duración de los contratos, como problema relativo a la regulación del Derecho de Obligaciones. Responde a la pregunta de si se recomienda una regulación general de las obligaciones de ejecución sucesiva y de los contratos a largo plazo; f) la cuestión de las "perturbaciones del cumplimiento" es tratada por el profesor de Bonn, Dr. Ulrich Huber. Se trata de una revisión general del Derecho de incumplimiento, en relación con el problema de las violaciones contractuales no reguladas legalmente; g) en un nuevo dictamen se pronuncia el autor anterior sobre la cuestión del contrato de compraventa. Determina qué modificaciones se requieren en este tipo contractual, en consideración a los desarrollos técnicos, económicos y jurídicos operados en la cambiante realidad del Derecho. Se considera la cuestión de si los desarrollos operados fuera del B.G.B., como por ejemplo en materia de compraventa comercial, pueden ser incorporados en la codificación civil; h) el Dr. Gerhard Igl, de München estudia el negocio denominado "Heimvertrag"²² y determina si es necesaria una particular regulación de las relaciones obligacionales establecidas entre los habitantes del asilo o residencia y sus representantes legales. Paralelamente se recomienda su inclusión en la codificación civil; i) el trabajo del Dr. Erwin Deutsch y del asesor Michael Geiger, ambos de Göttingen, se refiere al contrato de tratamiento médico celebrado entre el paciente y el galeno respectivo. Se propone la regulación de este contrato como una relación obligatoria propia, claramente diferenciada de otros tipos contractuales (en especial del contrato de prestación de servicios) en la cual deben normarse las principales cuestiones que se suscitan en la relación médi-

22. La denominación hace referencia al contrato de alojamiento en una institución a fin de recibir de ella, durante tiempo indeterminado, asilo, provisiones, asistencia y cuidado. Todo en consideración de las necesidades de la persona y al giro normal del establecimiento. Contrapartida es el pago de una suma de dinero. Se cita como ejemplo en la literatura el caso del asilo de ancianos entre otros N.d.T.

co-paciente; j) al Dr. Hans Leo Weyers, de la Universidad de Frankfurt a.M., le correspondió el estudio del contrato de obra y el análisis de cuáles desarrollos y modificaciones resultan indispensables en consideración al avance de la técnica, economía y de la ciencia jurídica; k) por su parte, el Dr. Hans-Joachim Musielak, de Passau, analiza el problema del mandato remunerado,²³ en relación con su nueva regulación y diferenciación de otros tipos contractuales; l) el Dr. Franz Häuser (Mainz) se pronuncia sobre las relaciones entre los institutos de crédito y sus usuarios, con particular referencia a los negocios bancarios propiamente dichos, con el fin de determinar si se recomienda su nueva regulación en el Código Civil; ll) el Dr. Ingo Koller, de Passau, estudia el fenómeno de los títulos valores, a fin de determinar si se recomienda integrar en el B.G.B. una parte general relativa al derecho de esos títulos. Se propone particularmente la incorporación de la Ley sobre Cheques en el Código Civil; m) sobre el problema del enriquecimiento sin causa, se pronuncia el Dr. Detlef König, de Heidelberg y determina qué desarrollos jurisprudenciales y doctrinales deben ser regulados legislativamente en el B.G.B.; n) los últimos tres dictámenes fueron encomendados a los profesores Dr. Peter Schlechtriem (Freiburg i.Br.), Christian von Bar (Osnabrück) y Hein Kötz (Hamburg), los que se pronuncian, por su orden, sobre la responsabilidad contractual y extracontractual, la responsabilidad delictual y la responsabilidad por riesgo. En ellos se analizan los nuevos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, con miras a una nueva regulación legal de estos problemas.

Particularmente, se estudian las relaciones y fronteras que existen entre la responsabilidad contractual y extracontractual, según el estado actual de la teoría; se recomienda la adecuación de la responsabilidad delictual al aumento de los riesgos en la vida cotidiana y la incorporación legal de institutos

jurídicos reconocidos (tales como la protección de los derechos de la personalidad y la protección jurídica de carácter preventivo). Finalmente, se recomienda la incorporación en el B.G.B. de la responsabilidad por riesgo, como principio de igual valor y jerarquía que el de la responsabilidad por culpa en materia de imputación de daños.

No obstante, en los anteriores 17 dictámenes no se agota la contribución que la ciencia jurídica ha hecho en relación con la reforma al Derecho de Obligaciones.

2.2.1. Temas del simposio sobre la reforma al Derecho de Obligaciones de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (1983).

También la Asociación de Profesores de Derecho Civil se ha ocupado del tema, y en el año 1983, organizó un simposio en el que los siguientes autores expusieron sus ideas sobre los siguientes temas:

- a) Lieb: cuestiones fundamentales de la reforma al Derecho de Obligaciones.²⁴
- b) Picker: la inclusión de formas no reguladas de perturbaciones del cumplimiento en la ley.²⁵
- c) Vollkommer: se refirió también al problema de las perturbaciones del cumplimiento, tanto desde una perspectiva general, como en relación con formas de perturbación propias de contratos en particular.²⁶
- d) Leser: instrumentos de protección de los bienes jurídicos en la responsabilidad delictual, por riesgo y en el derecho relativo al enriquecimiento.²⁷
- e) Hopt: abordó la temática de la responsabilidad extracontractual.²⁸

Pero tampoco aquí se agota la discusión. En el año 1982 el Ministerio Federal de Justicia encargó siete dictámenes más sobre el particular.

23. "Entgeltliche Geschäftsbesorgung", N.d.T.

24. LIEB, Manfred, *op. cit.*, p. 327.

25. Véase PICKER, Eduard, *Positive Forderungsverletzung und Culpa in Contrahendo*, *Archiv für Civilistische Praxis*, Band 183, 1983, p. 369.

26. VOLLKOMMER, Max, *Die Konkurrenz des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts mit den Leistungsstörungensinstituten der Besonderen Schuldvertragstypen*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 1983, p. 525.

27. LESER, Hans, *Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikt und Gefährdungshaftungsrecht*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 1983, p. 568.

28. HOPT, Klaus J., *Nichtvertragliche Haftung Außerhalb von Schadens und Bereicherungsausgleich*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 1983, p. 608.



2.2.2. Dictámenes y recomendaciones 1982/83.

Los temas sobre los cuales en esa oportunidad fueron consultados diversos científicos del Derecho fueron los siguientes:

a) Protección al consumidor. Sobre este particular se pronuncia el Dr. Harm Peter Westermann (Bielefeld), a fin de determinar si se recomienda una inclusión de las actuales disposiciones dictadas en favor de la protección del consumidor en el B.G.B., según una regulación unitaria del problema. Se recomienda orientar los esfuerzos de política del consumidor, no hacia leyes especiales, sino con miras al perfeccionamiento de las garantías de justicia que ofrecen algunos institutos del Código Civil. Se aconseja la regulación de aquellas situaciones que amenazan la justicia contractual. b) Con respecto al contrato de suministro de energía, el Dr. Volker Emmerich (Bayreuth), recomienda la promulgación de una ley especial que, de manera unitaria, venga a regular el fenómeno del suministro de energía. c) El contrato de servicios. El Dr. Manfred Lieb (Köln) propone una nueva regulación legal del contrato de servicios e incluso del contrato individual de trabajo en el B.G.B. d) Derecho de la construcción. El tema es desarrollado por el Dr. Kurt Keilholz (Meerbusch) el que recomienda la modificación y complementación de las disposiciones particulares del contrato de obra del B.G.B., desde la perspectiva del Derecho de la construcción. Paralelamente se propone la codificación de la contratación de arquitectos y la renuncia a una amplia y propia ley de la construcción. e) Gestión de negocios sin mandato. El tema corresponde al Dr. Johann Georg Helm, de Nüremberg, el que determina qué función cumple el instituto y su campo de aplicación en comparación con otras figuras. f) La sociedad de Derecho Civil. En este particular el Dr. Karsten Schmidt de la Universidad de Hamburg, determina qué modificaciones son necesarias en el derecho de la sociedad civil. g) Finalmente fue abordado el tema: Fianza y garantía, por los doctores Walter Hadding, Franz Häuser y Reinhard Welter (Mainz). Se recomienda renunciar a regular el contrato de garantía en el B.G.B.

2.2.3. Integración de la Comisión de Reforma al Derecho de Obligaciones en 1984.

En consonancia con los planes del Ministerio Federal de Justicia fue constituida la Comisión para la Reforma al Derecho de Obligaciones el 2 de febrero de 1984, la que se compone de autoridades ministeriales, prácticos y científicos.²⁹ Y como a menudo acontece, el sometimiento del asunto a consideración de una comisión, ha hecho que la presión reformadora se haya relajado considerablemente.³⁰

2.3. Apreciación crítica de los actuales resultados y planeamientos.

El intento de valoración de los actuales resultados del movimiento de reforma al Derecho de Obligaciones —especialmente en lo que toca a los indicados dictámenes científicos— produce una cierta impresión de "discrecionalidad", cuando no de "arbitrariedad" en la elección de los temas sometidos a consideración de los expertos. Con excepción quizá del dictamen introductorio de Derecho Comparado y del referido al Derecho del Consumidor (perteneciente a la última ronda de dictámenes), se carece de una concepción general de los temas fundamentales para la reforma al Derecho de Obligaciones.³¹ Temáticas altamente abstractas y generales, se entremezclan con otras de naturaleza especial y concreta; estudios altamente dogmáticos, se cruzan con otros de política jurídica. Por otra parte la lectura de los dictámenes revela al lector que cada autor parte de diversas representaciones subjetivas de las metas por alcanzar, como diversos son también los enfoques científicos que en ellos se vierten, y los puntos de vista relativos a las correspondientes cuestiones jurídicas tratadas. No obstante cada dictamen es sin lugar a dudas una obra científica de gran valor y en conjunto constituyen un aporte científico para el Derecho Civil de gran significación. Queda eso sí por determinar si los proyectos de ley contenidos en ellos —servirán en el futuro como base del nuevo "edificio" del Derecho de Obligaciones—.

29. ENGELHARD, Hans A., *op. cit.*, p. 1201.

30. Sobre el estado actual de la reforma, ver: MEDICUS, Dieter, *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 188, 1988, s. 168. La comisión para una reforma del Derecho de Obligaciones alemán está integrada por cinco jueces, un abogado, un notario y cuatro profesores. Estos últimos son los doctores: Diederichsen, Kötz, Schlechtriem y Medicus.

31. Véase también la valoración que hace de los dictámenes DIEDERICHSEN, Uwe, *Zur Gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 182, 1982, s. 105 ss.

3. Problemas no resueltos de la reforma al Derecho de Obligaciones.

En primer término resulta evidente que el legislador carece de una concepción básica y unitaria de la reforma al Derecho de Obligaciones. No se ha reflexionado suficientemente sobre los verdaderos déficit del Derecho de Obligaciones vigente, sobre las metas generales y particulares a seguir y sobre los medios y vías de que se disponen para su realización. Las tareas que se ha autoimpuesto el legislador con este gran proyecto son numerosas y complejas,³² en parte se sobreponen y en parte se contradicen y eventualmente son incluso utópicas. Esto último vale fundamentalmente para la idea de crear un Derecho más "cercano al ciudadano", "un derecho popular", o bien un "código del pueblo" que pueda ser entendido por la generalidad de las personas que componen la sociedad,³³ pues es claro que nuestro mundo complejo no puede regularse adecuadamente con un Derecho simple. Incluso la meta de contener el flujo legislativo no parece realizable, si se tiene en cuenta la gran cantidad de proyectos de nuevas regulaciones existentes. Permanece también sin discutir la cuestión de a quién perjudican verdaderamente más leyes y en qué reside la ventaja de su reducción, si la alternativa a ello es el derecho judicial.

3.1. Problemas relativos a la codificación, sistematización y contenido de la reforma.

Los problemas técnicos y de contenido que sobre el particular se presentan son sin lugar a dudas enormes. En primer lugar, se plantea el problema de la "sobrecarga" del B.G.B., gracias a la reintegración de las materias especiales o a la normativización de los actuales desarrollos científicos. Estrechamente conectada con estos interrogantes se encuentra la cuestión del volumen de los actuales códigos. Por otra parte se discute si el actual legislador domina ampliamente el "elevado arte legislativo" de las pasadas generaciones y si se encuentra en situación de producir, con ayuda de la abstracción y técnica legislativa necesarias, la armonía interna y sistemática propia de los grandes

complejos normativos. En realidad, se presentan dudas en cuanto a este aspecto, si se tienen a la vista algunas leyes modernas. Y principalmente se plantea la pregunta de cuáles materias, en qué codificación deben comprenderse y cómo deben éstas elegirse y sopesarse. Si solo las particularmente significativas, importantes o socialmente relevantes deberían ser codificadas, sería primeramente oportuno demostrar cuáles son estas materias y por qué se trata de ellas y no de otras en particular. Lo anterior tiene relación con la rápida formación de nuevos tipos contractuales en la realidad, pues no todos ciertamente pueden ser comprendidos en el B.G.B. Como ha observado sarcásticamente un crítico: "De la contratación de los servicios de una partera a los de un asilo de ancianos; desde la cuna al féretro, toda la vida en el Código Civil", no puede ser lema de la reforma al Derecho de Obligaciones.³⁴

3.2. Problemas de valor, método innovación.

Mucho más profundas y difíciles de resolver son las cuestiones relativas a cuál espíritu verdaderamente domina el nuevo Derecho de Obligaciones, cuáles modelos sociales, contractuales y de mercado se tienen a la vista y si debe el Código específicamente adaptarse a un modelo liberal o a uno de carácter social; o bien, a un modelo liberal fundamental, con varios modelos sociales de excepción. Finalmente no puede pasarse por alto el problema de cómo se puede lograr la unidad interna de la codificación —ávida cuenta de las contradicciones de valor existentes entre el Derecho Privado clásico y los derechos especiales—³⁵ y de acuerdo a qué método puede ello llevarse a la práctica.

3.3. Política, ideología y estrategia.

A los anteriores problemas deben agregarse todavía otros, que afloran en el terreno de la política, la ideología y la estrategia a seguir. En primer término, conviene recalcar que un proyecto de las dimensiones del de reforma al Derecho de Obligaciones no puede mantenerse al margen de la política. Pensar lo contrario sería ilusorio, tanto como estimar que se trata de un esfuerzo meramente "científico". Más

32. Ver BRÜGGERMEIER, Gert, *Überarbeitung des Schuldrechts, Herausforderung oder Überforderung des Gesetzgebers?*, Krit. Justiz, 1983, s. 386.

33. Al respecto, véase la crítica de WOLF, Ernst, *Kein Abschied vom B.G.B.*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1982, s. 4.

34. DIEDERICHSEN, Uwe, *op. cit.*, p. 121.

35. DAMM, *Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem*, Juristenzeitung, 1978, p. 175.

bien es posible pronosticar que con cada variación del panorama político, con los cambios en las relaciones de poder existentes entre los partidos, con los necesarios compromisos parlamentarios y el inevitable influjo de los grupos de presión, el movimiento de reforma transita un camino lleno de vicisitudes, pudiendo incluso refrenarse o estancarse.

A fin de evitar tal riesgo, habría precisado obtener primero el consenso político indispensable para llevar a cabo la reforma propuesta, el cual se hubiese podido preparar —a manera de ejemplo—, en una "comisión-base". Sin la existencia de esta predecisión política, las posibilidades de éxito del proyecto de reforma —en la medida en que se trata de decidir entre un Derecho de Obligaciones liberal o social—, son relativamente bajas. Con todo la constitución de una comisión para el tratamiento de ésta y otras cuestiones hace temer —si se pasa revista a las experiencias que han proporcionado tales comisiones—, que se le dé "largas" al asunto y en lugar de un código que dure cien años sea la labor misma

de revisión la que se prolongue por más de una centuria.

4. Consideración final.

Es en vista de todas estas preguntas sin respuesta que la formulación de un nuevo Derecho de Obligaciones se encuentra todavía lejana. No obstante, aun cuando se puede ser escéptico en cuanto a la realización de estos elevados planes, no cabe duda de que el comienzo de este largo camino ha resultado provechoso, tan sólo sea por la discusión científica del actual Derecho de Obligaciones que se ha vertido en los dictámenes encargados por el Ministerio Federal de Justicia. Por último, esta gran labor de investigación que se lleva a cabo en la República Federal Alemana es también de valor —tanto en lo que respecta a sus experiencias positivas como negativas—, para todos aquellos países en los que se desarrollan ideas de reforma semejantes: no solo como modelo, sino también como advertencia y recordatorio de las dificultades a afrontar.

* * *