

InDret

Entra en vigor la llei de modernització del dret alemany d'obligacions

Albert Lamarca i Marquès

**Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra**

Barcelona, Gener 2002

www.indret.com

Sumari

- [Introducció](#)
- [Del projecte de discussió a la nova llei](#)
 1. [Prescripció](#)
 2. [Incompliment d'obligacions](#)
 3. [Transposició de directives i incorporació de lleis especials al BGB](#)
- [Codificació del dret privat de creació judicial](#)
- [Incorporació de la legislació especial sobre consum als codis de dret privat](#)
- [Límits de l'harmonització del dret privat a Europa mitjançant directives](#)
- [Links](#)

• **Introducció**

El primer de gener de 2002 ha entrat en vigor la llei de modernització del dret d'obligacions del Codi civil alemany (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), de 26 de novembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). La llei va ser publicada el passat 29 de novembre en el Butlletí Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*), poc més d'un any després de ser publicat *on-line* el projecte de discussió governamental.

La llei té tres grans objectius:

1. Implementar les propostes de reforma de parts centrals del dret d'obligacions del BGB formulades durant els anys vuitanta.
2. Incorporar a l'ordenament jurídic alemany les últimes directives europees.
3. Portar al BGB les lleis especials sobre protecció de consumidors i usuaris.

A InDret 2/2001 vam analitzar l'anomenat projecte de discussió governamental de 4 d'agost de 2000 (vegeu *La modernització del dret alemany d'obligacions: la reforma del BGB*). En aquesta edició d'InDret destaquem els aspectes en què la llei s'ha separat del projecte i les qüestions d'actualitat que planteja per al dret privat.

• **Del projecte de discussió a la nova la llei**

El projecte de discussió d'una llei de modernització del dret d'obligacions (*Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*) va ser publicat *on-line* a la pàgina web del Ministeri Federal de Justícia alemany a la fi de l'estiu del 2000. La seva presentació sorprengué a la comunitat jurídica alemanya que, no obstant això, va reaccionar amb rapidesa i diligència a la petició governamental d'opinió i consell. Fins a la seva adopció, mig any després, com a projecte de llei pel Govern Federal, el 9 de maig de 2001, els juristes alemanys van celebrar diversos congressos i jornades d'estudi sobre el projecte i es van publicar obres col·lectives i un gran nombre d'articles en revistes especialitzades i en la premsa diària. Els agents econòmics, organitzacions empresarials i de consumidors van fer pública la seva posició respecte del projecte. Amb aquest bagatge, i malgrat les crítiques i oposició d'alguns, el Ministeri Federal de Justícia va reelaborar el seu projecte inicial amb l'assessorament d'especialistes i prenent en consideració les diferents postures. En la posterior tramitació parlamentària de la llei, al *Bundestag* i al *Bundesrat*, es va dur a terme un meritori esforç per millorar tècnicament una llei molt complexa, a diferència del que sol succeir en aquests casos.

La llei ha canviat en aspectes importants de sistemàtica respecte del projecte inicial però pràcticament no ho ha fet en les regles bàsiques, excepte en matèria de prescripció, en la qual el debat sorgit en ocasió del projecte s'ha traduït en importants canvis legislatius.

1. Prescripció

El Capítol V del Llibre I del BGB, relatiu a la prescripció (*Verjährung*), ha estat completament reformat.

1. El termini ordinari o general de prescripció de les pretensions en dret alemany és de tres anys. La llei el fixa en la nou § 195 BGB igual com ho preveia el projecte, però supprimeix el seu allargament a deu anys en cas de mala fe del deutor.

2. El còmput del termini general de prescripció de tres anys s'inicia amb l'establiment de la pretensió. A més a més, el creditor haurà de conèixer, o haver pogut conèixer raonablement, la persona del deutor i les circumstàncies que fonamenten la seva pretensió. Assenyaladament, i en els termes del § 199.1 BGB, “el còmput del termini de prescripció comença amb la fi de l'any” en què es donen les circumstàncies anteriors, ço és, en el primer dia de l'any següent.
3. Es fixen terminis màxims (*Höchstfristen*) de deu i trenta anys, segons els casos, per a l'exercici de les pretensions, per causa dels anteriors criteris subjectius que poden retardar l'inici del còmput del termini de prescripció.
4. Les pretensions contractuals i extracontractuals estan sotmeses a un mateix termini general de tres anys. En el futur s'evitaran polèmiques sobre la qualificació de les pretensions i el seu possible concurs.
5. La suspensió (*Hemmung*) del còmput de la prescripció és la regla mentre que la interrupció (*Neubeginn*), o nou inici del còmput del termini, és residual. Els §§ 203 a 213 regulen amb molt de detall les causes de suspensió i interrupció del còmput de la prescripció.
6. El termini de trenta anys es manté per a algunes pretensions com les de dret de família i successions o la de restitució de la propietat. Per a les pretensions contractuals sobre immobles el termini es redueix a deu anys.
7. S'admet l'autonomia privada en matèria de prescripció tret de la responsabilitat per dol, en què no pot alleugerir-se el règim legal, i el termini màxim de trenta anys que no pot sobrepassar-se en cap cas.
8. La prescripció opera com una excepció i en virtut d'ella el deutor pot negar-se al compliment de la prestació que li reclama el creditor. Sobre les prestacions prescrites i ja complertes no hi ha pretensió de restitució, i el creditor té causa per a la seva retenció.

La nova regulació és un sistema coherent que només pot importar-se com a tal a d'altres ordenaments:

1. A un termini breu de prescripció li correspon un inici del seu còmput basat en criteris subjectius, de coneixement o possibilitat de coneixement de la pretensió pel creditor.
2. L'inici del còmput d'un termini breu de prescripció que es basa en criteris subjectius ha de produir-se en una data única per a tots els casos: el primer dia de l'any següent. Aquest institut és conegut com a *Ultimo-Verjährung*: el termini ordinari de prescripció venç sempre a fi d'any.
3. L'inici del còmput amb base en criteris subjectius no pot implicar mai que el termini efectiu aplicable al cas superi els terminis màxims de deu o trenta anys del § 199 BGB.

En darrer terme, i en aspectes de sistemàtica, cal esmentar que la regulació dels terminis de garantia en la compravenda i el contracte d'obra passa a ubicar-se en la seva seu contractual específica, a diferència del que preveia el projecte. En aquesta matèria, destaca que el termini de dos anys de la Directiva 1999/44, objecte de transposició, es generalitza en el dret alemany per a tots els supòsits de sanejament, intervinguin o no consumidors en el contracte (vegeu *Garanties* a InDret 4/2001).

2. *Incompliment d'obligacions*

Sobre una altra qüestió central de la reforma, l'incompliment de les obligacions, la llei ha adoptat una posició lleugerament eclèctica, amb relació al projecte i al BGB originari, i dissenya un sistema en què el deutor respon del dany que causa al creditor per l'incompliment de les seves obligacions sempre que aquest últim li sigui imputable.

En el nou sistema de responsabilitat per incompliment té un lloc central la noció de “violació d'un deure” o *Pflichtverletzung*, que substitueix a la fins ara vigent d'impossibilitat (*Unmöglichkeit*). Però, a diferència del projecte, aquesta substitució no és omnímoda: la nova llei dissenya un sistema flexible de responsabilitat per incompliment de les obligacions.

1. Es manté la impossibilitat com a causa d'extinció del deure de compliment en forma específica (§ 275.1 BGB).
2. La llei adopta com a noció central de les regles sobre incompliment la de “violació d'un deure” (*Pflichtverletzung*) com a fonament de responsabilitat del deutor (§ 280 BGB).
3. Es prenen en consideració d'altres categories en ús, teòriques i de la praxi, especialment la pròpia de “incompliment” o la de “inexigibilitat”, amb la voluntat de dotar els operadors jurídics d'unes regles flexibles i evitar l'error de substituir un model rígid per un altre igual d'impracticable (§§ 275.2. i 281 BGB).
4. Es detallen els diferents supòsits d'incompliment: total, parcial i defectuós, en el § 281 BGB, amb remeis adaptats a cadascun d'ells. L'incompliment no es considera definitiu fins que el creditor fixa, sense èxit, un termini raonable al deutor per al correcte compliment, tret que de les circumstàncies del cas no sigui necessari.
5. El § 241.2 BGB, en delimitar el contingut dels deures que deriven de la relació obligatòria, inclou els anomenats “deures de protecció” (*Schutzpflichten*) diferents del “deure de prestació” (*Leistungspflicht*). Deutor i creditor, vinculats pel deure primari de prestació, estan també obligats recíprocament a respectar els drets, béns jurídics o interessos de l'altra part. El § 282 BGB preveu indemnització per la violació d'aquests deures de protecció.
6. Els criteris d'imputació subjectiva són els tradicionals de la culpa i el dol a falta d'altres que derivin de pacte entre les parts o del contingut de la relació obligatòria, especialment per la prestació de garantia o assumptió d'un risc (§ 276.1 BGB). El § 276.2 BGB manté la tradicional definició normativa de la culpa o negligència com aquella actuació en què no s'ha tingut en compte la diligència o cura exigible en el tràfic (*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*). Correspon al deutor provar que l'incompliment no li és imputable.
7. En matèria de mora, el nou § 288 BGB fixa l'interès moratori en cinc punts per sobre de l'interès legal. Si al contracte no intervé un consumidor l'interès és de vuit punts per sobre de l'interès legal, a falta de pacte. La llei es pronuncia afirmativament sobre la polèmica qüestió de la indemnització del major dany que pot reclamar el creditor per mora del deutor.
8. El deutor en mora respon de forma objectiva. El nou § 287 BGB manté l'excepció tradicional a aquesta regla, amb base en criteris d'imputació objectiva, consistent en què el creditor també hagués patit el dany amb el compliment puntual del deutor.

9. Desapareix la incompatibilitat legal entre resolució i indemnització per incompliment. El BGB ja conté a partir d'ara, en els seus §§ 321 i ss., una regla semblant a la de l'art. 1124 del Codi civil espanyol, però amb desenvolupament de tots els supòsits vinculats a la resolució per incompliment.

3. Transposició de directives i incorporació de lleis especials al BGB

En relació amb la incorporació de les lleis especials sobre protecció de consumidors i la transposició de directives comunitàries la llei ha modificat la seva sistemàtica inicial.

En concret, distingeix els aspectes generalitzables dels tipus contractuals previstos per les lleis especials del dret de consum, que s'ubiquen en el Capítol II del Llibre II del BGB, relatiu a les obligacions contractuals. Succeeix així amb les qüestions relatives a contractació a distància, el dret de desistiment en els contractes celebrats fora dels establiments mercantils o la contractació electrònica que es regulen junt amb les condicions generals de la contractació.

Al seu torn, els diferents tipus o subtipus contractuals del dret del consum, de derivació comunitària, s'ubiquen en el Capítol VIII (fins ara VII) del Llibre II del BGB, corresponent a la part especial del dret d'obligacions i contractes amb els altres tipus contractuals. Cal destacar la completa reelaboració dels contractes de compravenda i de préstec o crèdit.

• Codificació del dret privat de creació judicial

La “modernització” del dret alemany d'obligacions té molt de codificació del dret privat de creació judicial. Ja des de l'entrada en vigor del BGB, el primer de gener de 1900, la pràctica i la doctrina van posar de relleu les seves mancances, contradiccions i disfuncions en les matèries que ara s'han reformat: prescripció, responsabilitat per incompliment i obligació de sanejament.

El termini ordinari de prescripció de trenta anys del § 195 BGB no era apropiat. El sistema de la impossibilitat no recollia tots els supòsits d'incompliment ni de dany contractual. La resolució del contracte era incompatible amb la indemnització per incompliment. Els terminis i les regles de la responsabilitat per sanejament -aplicades literalment- no es consideraven ajustades al tràfic econòmic. Al seu torn, la diferent regulació, en terminis i remeis, ha generat polèmiques i estèrils construccions doctrinals sobre el concurs de pretensions o de normes fonamentadores de la pretensió en matèria contractual, extracontractual, per sanejament o de distinció entre el contracte de compravenda i d'obra.

La pràctica ha sabut superar les mancances i disfuncions de les regles del BGB durant els últims cent anys. S'ha desenvolupat un dret de creació judicial que ha conformat institucions desconegudes en la lletra de llei. Ha succeït així amb les anomenades violacions positives del contracte o del crèdit (*positive Vertragsverletzungen* o *Forderungsverletzungen*), els deures de protecció (*Schutzpflichten*), la teoria de la diferència i la subrogació en la resolució per incompliment (*Differenztheorie* i *Surrogationstheorie*), la pèrdua de la base del negoci (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) o el desenvolupament de la teoria de la *culpa in contrahendo*. Els nous paràgrafs del Llibre II del BGB recullen aquestes institucions.

És cert que en determinats àmbits la reforma era inajornable i necessària. En matèria de prescripció, i malgrat el desenvolupament de doctrines com la *Verwirkung* o retard deslleial en l'exercici dels drets, el termini de trenta anys havia de ser reduït dràsticament i, en general, havien de reelaborar-se totes les regles sobre prescripció. En altres àmbits, com el sanejament per vicis ocults, el dret comunitari ha imposat la reforma i la redefinició de tots els instituts vinculats.

Durant el llarg any de discussió del projecte de llei, han estat molts els que han plantejat l'oportunitat de portar a la lletra de la llei el dret de creació judicial que ha corregit les disfuncions del BGB i l'ha adaptat a les necessitats de la pràctica. Però convertir en dret positiu les regles sorgides de la praxi planteja el dubte de si amb això es resoldran més problemes que els que es crearan. Formular com a mandats legals les regles d'un dret no escrit però que és aplicat diàriament pels tribunals, ensenyat en les Facultats de Dret i present en els manuals forenses té el risc de privar-lo del seu potencial dinàmic per resoldre problemes amb risc d'obsolescència. Els màxims detractors de la llei s'han emparat en aquest argument per afirmar que la reforma, en molts aspectes, no aportaria res de nou ni millor al dret aplicat a Alemanya. Cal plantejar-se si les mateixes consideracions valen per al dret espanyol codificat d'obligacions i contractes.

• ***Incorporació de la legislació especial sobre consum als codis de dret privat***

La part general del dret d'obligacions del Llibre II del BGB alemany havia superat un segle d'existència pràcticament sense canvis. El mateix pot dir-se del Llibre IV del Codi civil espanyol. El tòpic que la reforma del dret de família i de la persona dels codis civils europeus era l'antesala de la reforma del seu dret patrimonial sembla que es converteix en realitat.

El nucli del dret patrimonial de les codificacions liberals ha arribat al moment present, en la majoria de països, amb pocs canvis formals. Però això no vol dir que no hagi estat modificat. La modificació d'aquest dret s'ha produït amb disposicions externes. Des de les pròpies constitucions democràtiques de la segona postguerra, passant per la legislació especial de dret privat i la normativa fiscal i administrativa, l'àmbit d'aplicació i el sentit de les normes codificades s'ha anat reduint i modificant en les últimes dècades. Amb tot, les disposicions de dret patrimonial dels codis liberals han romàs, en molts casos, formalment inalterades.

El Llibre II del BGB –com el Llibre IV del CC espanyol– contemplava un model de relacions patrimonials en què els operadors jurídics –més que econòmics– contractaven en peu d'igualtat i en operacions individuals i aïllades. Exponent d'aquest model en el BGB és el seu § 98 que, en descriure les pertinences o accessoris dels béns immobles destinats a explotacions empresarials, es refereix al molí, la farga, la cerveseria i la fàbrica. En el nou BGB aquesta fesomia ha quedat substancialment alterada. Un bon exemple d'això és el Títol I del Capítol I del seu Llibre I. Dedicat originàriament a les persones naturals, la seva rúbrica ha passat a ser –amb la reforma precedent de 27 de juny de 2000– “Persones naturals, consumidor, empresari” i els seus originaris vint paràgrafs han quedat reduïts a nou, amb dos d'ells que defineixen les persones consumidor i empresari.

El § 9 BGB defineix el consumidor com la persona física que celebra negocis jurídics que per la seva finalitat no poden vincular-se a la seva activitat empresarial o professional (*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*).

Segons el § 10 BGB és empresari la persona física o jurídica que celebra negocis jurídics en l'exercici de la seva activitat empresarial o professional (*Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*).

Però, al meu parer, la reforma es queda a mig camí i cal fer dues fortes crítiques a la “modernització” alemanya del dret d'obligacions.

En primer lloc, perquè no es tracta de la reforma de tota la part general del dret d'obligacions i contractes. Es reformen algunes parts del Llibre II del BGB, però d'altres queden exactament igual com

van ser redactades fa més de cent anys. El que calia haver fet era reelaborar tota la part general del dret d'obligacions i contractes i no només reformar la part relativa al dret de l'incompliment. Així, dels prop de dos-cents paràgrafs dels actuals set primers capítols del Llibre II del BGB (§§ 241 a 432) només se n'han modificat poc més de mig centenar i s'ha afegit un nou capítol. Aspectes cabdals del dret patrimonial com són les regles sobre indemnització de danys i perjudicis romanen igual com fins ara als §§ 249 i ss. BGB. Amb tot, a la reforma actual li seguirà previsiblement la del dret de danys (veure [Avantprojecte de Segona Llei de modificació de les disposicions sobre dret de danys a Alemanya](#) a InDret 3/2001).

La segona crítica és de tècnica legislativa. La reforma d'un Codi, una llei que contenia originàriament 2385 paràgrafs en cinc Llibres o seus sistemàtiques diferents, sempre comporta un risc de deformar l'obra originària fins a fer-la irreconeixible. Així ha passat per al Llibre II del BGB: el que convenia era redactar-lo de nou. El manteniment d'una certa sistemàtica i de la numeració dels paràgrafs imposa preceptes molt llargs amb moltes divisions i subdivisions internes, com els §§ 305, 305a, 305b, 305c, 306, 306a i 307 a 310, que recullen la derogada *AGB-Gesetz* o llei de condicions generals de la contractació, mentre que d'altres paràgrafs queden sense contingut. La regla d'or de la tècnica legislativa (*Gesetzgebung*), paradigmàticament seguida en les codificacions liberals, que consisteix en “a cada article un tema, a cada paràgraf una oració i a cada oració una idea” brilla per la seva absència en els nous paràgrafs del BGB. La reforma i el desenvolupament d'un codi de dret privat té grans limitacions de tècnica legislativa.

En aquest marc, i a cent anys vista de l'entrada en vigor del BGB, la llei aprofita paradoxalment per donar un títol o rúbrica oficial als seus paràgrafs, que la pràctica ja ha consolidat. Així, es publica amb rang de llei una relació detallada de tots els paràgrafs del BGB, sense el seu text, junt amb la seva sistemàtica o divisions. La comunitat jurídica alemanya creu en la idea de la codificació, encara que potser aquesta reforma no compleixi amb totes les seves exigències. El nou Codi civil holandès ensenya que hi ha una altra manera de fer les coses respectant el model de la codificació.

• ***Límits de l'harmonització del dret privat a Europa mitjançant directives***

En darrer terme, un dels catalitzadors de la reforma ha estat la necessitat d'implementar les recents directives europees de dret privat. Enfront de la *Kleine Lösung* o solució menor que propugnaven alguns, consistent en la mera transposició de les directives, el Govern alemany s'ha decidit per la *Große Lösung* o solució major: la implementació de les directives comunitàries s'ha endut cent anys d'història de la part general del dret d'obligacions del BGB i ha propiciat la reforma de tot el contracte de compravenda. Aquest fet planteja clarament els límits de la unificació o harmonització del dret privat dels diferents Estats membres de la Unió Europea mitjançant directives.

L'art. 94 del Tractat de Roma preveu que el Consell podrà adoptar directives “per a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres que incideixin directament en l'establiment o funcionament del mercat comú”. L'art. 95 del Tractat detalla aquest procediment. Però aquesta progressiva harmonització -formalment per causa del mercat comú o interior- no pot suposar que el dret privat dels Estats membres estigui sotmès a una revisió i actualització constants i que no gaudeixi d'un mínim d'estabilitat. En la mesura que es concebi el dret privat com un sistema complex amb uns principis i estructura -els sistemes intern i extern- no sembla gaire adient modificar recurrentment les seves diferents parts de manera aïllada i sense coordinació amb tot el sistema. Aquesta ha estat la política comunitària dels tres darrers quinquennis, però sembla haver arribat al seu ocàs.

Les directives han complert fins ara el seu paper, però estan sotmeses a grans limitacions com a instrument per harmonitzar o unificar el dret privat dels Estats membres: no són incorporades de manera uniforme en les diferents legislacions nacionals i no sempre els Estats compleixen puntualment amb les seves obligacions de transposició. El mateix termini límit de l'1 de gener de

2002, per a la transposició de les directives objecte de la llei alemanya, regia per a l'Estat espanyol, sense que fins avui s'hagi presentat cap iniciativa legislativa al Parlament ni en la doctrina espanyola s'hagi generat un debat sobre la seva transposició. Sembla que la política comunitària en matèria de dret privat ha de ser repensada. Així ho apunten les recents i interessants:

- [Comunicació, d'11 de juliol de 2001, de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu.](#)
- [Resolució del Parlament Europeu, de 15 de novembre de 2001, sobre l'aproximació del Dret civil i mercantil dels Estats membres.](#)

• **Links**

- <http://www.bmj.bund.de>

Pàgina web del Ministeri Federal Alemany de Justícia. Es publiquen les iniciatives legislatives federals en matèria de dret privat.

- <http://www.dauner-lieb.de/schuldrecht>

Pàgina web de la Prof. Dra. Barbara Dauner-Lieb, de la Universität zu Köln, sobre la modernització del dret d'obligacions.

- www.stephan-lorenz.de

Pàgina web del Prof. Dr. Stephan Lorenz, de la Universität Augsburg, amb un apartat dedicat a la modernització del dret d'obligacions

- <http://www.junge.zivilrechtswissenschaftler.de/Freiburg2001/Schuldrechtsmodernisierung>

Pàgina web de l'associació de joves civilistes alemanys dedicada a la reforma del dret d'obligacions

- <http://www.schuldrechtsmodernisierung.com>

Pàgina web de Martin Heinrich, assistent del Prof. Dr. Hermann Reichold en la Universität Tübingen, sobre la modernització del dret d'obligacions.