

NICOLAS ROJAS COVARRUBIAS
ABOGADO

Reinhard Zimmermann

EL NUEVO DERECHO ALEMÁN DE OBLIGACIONES

Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado

Traducción al castellano de
Esther Arroyo i Amayuelas

[BOSCH]

ciones de otros grupos de interés que se verían afectados por la reforma¹⁹². A lo largo del verano y el otoño de 2001, el proyecto del Gobierno fue presentado al Parlamento por vía de un procedimiento de urgencia. A lo largo de la discusión, el texto sufrió numerosas modificaciones¹⁹³. Finalmente, la Ley de modernización del Derecho de obligaciones fue aprobada por el Parlamento Federal en octubre y por el Senado a principios de noviembre de 2001. Fue promulgada el 26 de noviembre de 2001. En poco más de cinco semanas entraba en vigor.

La reforma provocó una división sin precedentes entre los profesores de Derecho privado en Alemania. Se ha hecho servir un lenguaje agresivo para destacar la falta de madurez intelectual del nuevo Derecho y el desdén se ha hecho visible en otros muchos aspectos. Otras críticas se refieren al hecho de que el Gobierno estuvo muy presto a oír las críticas de los académicos, a involucrar a juristas destacados en el proceso de reforma del Proyecto de Discusión y a seguir muchas de sus sugerencias. Pero, por muchas críticas que mereciera la reforma, entre tanto los juristas alemanes han tenido que ir acostumbrándose a ella¹⁹⁴. Ha aparecido una ingente cantidad de bibliografía jurídica, ya sea en forma de manuales, comentarios o artículos de revista. Y continúa aumentando con una rapidez vertiginosa. Sin embargo, mucho más de lo que hasta ahora había sido el caso, los autores alemanes deberán abstenerse de contemplar el Derecho alemán como algo aislado. Deberán tener en cuenta, y a la vez contribuir a, lo que puede ser considerado uno de los mayores acontecimientos de nuestra época: la creciente europeización del Derecho privado¹⁹⁵.

192. «Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts», accessible fácilmente en Canaris (n. 185) 429 ss., 569 ss.

193. Así, por ejemplo, el Bundesrat propuso 150 enmiendas, de las que sólo 100 fueron admitidas por el Gobierno; *vid.* «Stellungnahme des Bundesrates (31 August 2001)» y «Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts», de fácil acceso en Canaris (n. 185) 935 ss., 995 ss.

194. Un estado de la cuestión, en Barbara Dauner-Lieb, «Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis-Versuch einer Bestandsaufnahme», en Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen y Karsten Schmidt (eds.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 3 ss. Un punto de vista (especialmente desfavorable) de un jurista extranjero, en Ole Lando, «Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts», (2003) 67 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 231 ss.

195. Perspectiva en Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (2004); Reinhard Zimmermann, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (2006), 539 ss.

XIII. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Desde aproximadamente mediados de 1980, las Comunidades Europeas empezaron a promulgar directivas que afectaban de lleno a partes centrales del Derecho privado de los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁹⁶. Fueron hitos de este desarrollo las directivas sobre responsabilidad por productos defectuosos, sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, crédito al consumo, viajes combinados, cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y ventas de consumo¹⁹⁷. En consecuencia, ha adquirido una importancia práctica notoria la exigencia de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las directivas en las que éste se basa¹⁹⁸. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque no es un Tribunal Supremo para los litigios de Derecho privado en la Unión Europea, ha puesto de moda ciertos conceptos, reglas y principios, que no son sólo importantes para el Derecho de la Unión europea, sino también para los Derechos privados de los Estados miembros¹⁹⁹. Varias comisiones y grupos de expertos internacionales trabajan, a través del método del *restatement*, en la búsqueda de principios comunes de un Derecho europeo de contratos, responsabilidad o incluso *trusts* o Derecho de familia²⁰⁰. Ambiciosos proyectos de investigación se esfuerzan por establecer el «núcleo común» del Derecho privado europeo²⁰¹. Desde siempre, el Parlamento europeo ha abogado por la codificación del Derecho privado europeo y, por primera vez, en una resolución de mayo de 1989²⁰². De forma

196. Peter-Christian Müller-Graff, «EC Directives as a Means of Unification of Private Law», en Arthur Hartkamp *et alii*, (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed. (2004), 77 ss.

197. Tales directivas y aun otras, recopiladas en Oliver Radley-Gardner, Hugh Beale, Reinhard Zimmermann y Reiner Schulze (eds.), *Fundamental Texts on European Private Law* (2003), sub I [N.T.: Reiner Schulze – Reinhard Zimmermann – Esther Arroyo Arnayuelas (eds.): *Textos Básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación* (2002), sub I].

198. Claus-Wilhelm Canaris, «Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre», en *Im Dienst der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski* (2002), 47 ss.

199. Walter van Gerven, «The ECJ Case-law as a Means of Private Law Unification», en Hartkamp *et alii* (n. 196) 101 ss.; a propósito de las normas sobre responsabilidad extracontractual, *vid.* Wolfgang Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts* (2003), 13 ss.

200. Wolfgang Wurmnest, «Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze-Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa», (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 714 ss.

201. Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law* (2002).

202. Sobre lo cual, *vid.* Winfried Tilmann, «Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05.1989», (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 613 ss.

algo más cauta, la Comisión de la Unión europea ha puesto en práctica un Plan de Acción para un Derecho contractual europeo más coherente²⁰³ que, *inter alia*, pretende el desarrollo de un «Marco común de referencia». Este marco es el que, supuestamente, proveerá las bases para ulteriores discusiones sobre un instrumento opcional en el ámbito del Derecho contractual europeo²⁰⁴. Los Principios del Derecho Contractual Europeo, elaborados por la llamada Comisión «Lando»²⁰⁵, constituyen un anteproyecto de tal instrumento opcional. La promulgación de un Código civil europeo ha sido una opción enormemente contestada entre los académicos de toda Europa²⁰⁶. Se pueden contar dos iniciativas internacionales en la tarea de redactar proyectos de códigos, en el ámbito de los contratos, pero también más allá²⁰⁷. En el ámbito educativo también existen síntomas que anuncian un cambio de perspectiva²⁰⁸. La movilidad de los estudiantes de Derecho a lo largo de la Unión Europea aumenta gracias al extraordinariamente exitoso programa Erasmus (ahora Sócrates). Cada vez más Facultades de Derecho intentan dar un perfil «europeo», tratando de ofrecer programas de estudio integrados. Ya se han creado Institutos y Cátedras de Derecho privado europeo, Derecho de los negocios europeo, o Historia del Derecho europeo. Cada vez reciben mayor atención los modelos de armonización jurídica de la Europa del pasado²⁰⁹ y de otras partes del mundo²¹⁰.

203. COM (2003) 68, DO C 63, de 15 de marzo de 2003, 1.

204. *Vid.*, recientemente, la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Derecho contractual europeo y revisión del acervo: Perspectivas para el futuro», de 11 de octubre de 2004», COM (2004) 651 final. Los parámetros de discusión doctrinal se analizan en Stephen Weatherill, «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?», (2004) 12 *European Review of Private Law* 633 ss.

205. Lando y Beale (n. 187) y Lando, Clive, Prüm y Zimmermann (n. 187), ambos citados con anterioridad. Para un comentario, *vid.* Reinhard Zimmermann, «The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundation for a New, European Scholarship of Private Law», en Florian Faust y Georg Thüsing (eds.), *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law — Symposium in Honour of Heinz Kötz* (2006), 111 ss.

206. Ewoud Hondius, «Towards a European Civil Code», en Hartkamp *et alii* (n. 196) 3 ss.

207. Giuseppe Gandolfi (coordinateur), *Code Européen des Contrats: Avant-projet* (2000); Christian von Bar, «The Study Group on a European Civil Code», en *Festschrift für Dieter Henrich* (2000) 1 ss.

208. Michael Faure, Jan Smits y Hildegard Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research* (2002).

209. Reinhard Zimmermann, «Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science», (1996) 112 *Law Quarterly Review* 576 ss. [N.T.: «El legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho comparado y el nacimiento de una ciencia

Aún más, el aislamiento nacional del Derecho y de la doctrina jurídica está siendo superado por el Derecho privado uniforme de los convenios internacionales. En este sentido, es de vital importancia la historia del éxito del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que empieza a desempeñar un papel importante en las sentencias de los tribunales nacionales²¹¹. Tal evolución, meramente esbozada, se aprecia igualmente en la emergencia de una bibliografía jurídica que se basa más en el Derecho europeo que en el nacional. Esto empezó en el ámbito del Derecho comparado y la historia del Derecho²¹². Desde entonces, hemos asistido a la publicación de manuales sobre Derecho europeo de contratos²¹³, responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injusto²¹⁴; a *casebooks* de Derecho comparado²¹⁵; a series de monografías cuyo objeto es la historia y el Derecho privado europeo y, por lo menos, al nacimiento de tres revistas jurídicas dedicadas al Derecho privado europeo²¹⁶, así como a la recopilación de los documentos básicos en ese ámbito²¹⁷.

jurídica europea» en Reinhard Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado europeo* (trad. Antoni Vaquer Aloy) (2002), 19 ss.].

210. Vernon Valentine Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001); Jan Smits, *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (2002); Reinhard Zimmermann, Daniel Visser y Kenneth Reid (eds.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective* (2004).

211. Reinhard Zimmermann y Kurt Siehr (eds.), «The Convention on the International Sale of Goods and its Application in Comparative Perspective», (2004) 68 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 113 ss.

212. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. I (1985); vol. II (1989) [N.T.: *Derecho Privado europeo*, vols. I-II (trad. Antonio Pérez Martín) (1996)] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990).

213. Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I (1996) (traducción inglesa: *European Contract Law*, realizada por Tony Weir, 1997). El volumen II será escrito por Axel Flessner y aún no ha sido publicado.

214. Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. I (1996); vol. II (1999) [traducción inglesa: *The Common European Law of Torts*, vol. I (1998); vol. II (2000)]; Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, vol. I (2000); vol. II (2001); cf. además, Reinhard Zimmermann (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts* (2003); *idem* (ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts* (2005).

215. Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz y Denis Tallon (editores generales), *Cases, Materials and Text on Contract Law* (2002); Walter van Gerven, Jeremy Lever y Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (2000); Jack Beatson y Eltjo Schrage (eds.), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment* (2003); cf. también Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 2.ª ed. (2003).

216. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, *European Review of Private Law*, *Europa e diritto privato*.

217. Radley-Gardner, Beale, Zimmermann y Schulze (n. 197) [N.T.: Schulze, Zimmermann, Arroyo (2002)].

A su vez, está claro que en el futuro inmediato nos enfrentamos a la coexistencia de un gran número de ordenamientos de Derecho privado en Europa. Se ganaría mucho si éstos pudieran ser asimilados de manera gradual u orgánica. Ello exige a los protagonistas del desarrollo jurídico nacional darse cuenta de lo que sucede en los otros ordenamientos jurídicos y a nivel europeo, examinar de forma crítica las particularidades y la idiosincrasia de sus propios sistemas y adoptar, cuando sea posible, una aproximación armónica²¹⁸. Por otro lado, los responsables de fijar la dirección que debe tomar el Derecho privado europeo deben tener en cuenta las experiencias nacionales que han ido acumulando tanto los tribunales como la doctrina.

Con este espíritu se presentan reunidos en este volumen algunos estudios que tratan de explicar la reciente reforma del Derecho de obligaciones en Alemania.

218. En lo que se refiere a la judicatura, Walter Odersky, «Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur», (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 ss.; además, *vid.* Zimmermann (n. 205) sub V.