

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

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

Recibido el 11 de julio de 2016  
Aprobado el 06 de diciembre de 2016

# EL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR ANTE EL DERECHO ALEMÁN DE LAS OBLIGACIONES

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA-RESTREPO\* |

## RESUMEN

El presente artículo trata acerca de la regulación que otorga el Código Civil alemán, respecto del derecho de opción del acreedor (mal llamado condición resolutoria tácita). En este, se analiza la opinión de algunos autores germanos. Lo relevante, es que esta regulación puede ser tenida a la vista en una futura reforma al derecho chileno de las obligaciones.

**PALABRAS CLAVE:** derecho de opción, resolución, obligación, derechos del acreedor, incumplimiento contractual, derecho de remedios, derecho alemán.

---

\* Doctor en Derecho Civil. Docente e investigador. Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, Chile. E-mail: jose.rivera@ugm.cl. ORCID: 0000-0003-0422-8494.

## **THE OPTIONAL RIGHT OF THE CREDITOR BEFORE THE GERMAN LAW OF OBLIGATIONS**

### **ABSTRACT**

This article deals with the regulation provided by the German Civil Code, regarding the right of option of the creditor (wrongly called tacit resolutely condition). In this, the opinion of some German authors is analyzed. What is relevant is that this regulation can be seen in a future reform of the Chilean law of obligations.

**KEY WORDS:** right option, resolution, obligation, creditor's claim, breach of contract, law remedies, German law.

El que no piensa en lo que está lejos, con certeza sufrirá con lo que tiene cerca. (Confucio, 1999, p. 193)

## INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen, me propongo elucidar algunos aspectos relevantes en torno a las principales características del derecho de opción en el ordenamiento jurídico alemán. En principio se debe advertir que esta materia ha evolucionado, en Alemania, de forma similar al derecho anglosajón (Clemente, 2009); aun cuando se presentan variadas diferencias entre ellos.

A manera de presentación, podemos decir que, en Europa, la doctrina ha planteado la existencia de dos grandes sistemas en el ámbito de la resolución por incumplimiento: el sistema francés y el sistema alemán. El sistema francés se identifica por establecer una resolución caracterizada por la intervención del juez, pues es él el encargado de declararla dado el marco discrecional que la ley le otorga al órgano jurisdiccional. Lo anterior se hace palpable, v. gr., con la interpretación restringida que la jurisprudencia gala le ha dado a la cláusula resolutoria expresa; ya que en virtud de esta el contratante más fuerte económicamente podría abusar de su contraparte, alegando la resolución ante cualquiera clase de incumplimiento por leve que este sea.

Por su parte, el sistema alemán de resolución se caracteriza por una resolución que depende exclusivamente de la voluntad del acreedor. Así, en el sistema alemán, el acreedor puede declarar la resolución una vez expirado el término adicional que le fija al deudor a fin de que este cumpla su deuda (Sánchez, 1979). La gran diferencia entre estos dos modelos es que, en el modelo francés, por regla general, la resolución constituye una facultad del acreedor cumplidor que debe ser declarada por el tribunal. En cambio, en el sistema alemán procede la resolución unilateral del acreedor; incluso, cuando ella también podría ser procedente en el primer sistema<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Así, v. gr., antes de la Reforma de 2001, en Alemania se establecía que si el acreedor constituye dentro de un término razonable en mora al deudor entonces podía solicitar el abono de los daños y perjuicios sufridos o la resolución del contrato. Cuando el acreedor constituía en mora al deudor, se producía *ipso iure* la resolución del negocio (Sánchez, 1979).

## ASPECTOS GENERALES

En general, la doctrina alemana ha planteado que los negocios jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales; conforme al número de voluntades necesarias para que aquél produzca sus efectos o deban intervenir una o varias voluntades frente a frente. Ejemplo del primero es la rescisión; del segundo, el contrato de arrendamiento. La unilateralidad o plurilateralidad<sup>2</sup> no depende de las declaraciones anexas de personas accesorias; por lo que la rescisión es un negocio jurídico unilateral, aunque la voluntad del arrendador tenga que manifestarse por medio de su representante legal (von Tuhr, 2006). Siguiendo con este análisis, se debe indicar que, según la doctrina germana, se distinguen dos especies de negocios unilaterales: (i) negocios unilaterales en *stricto sensu*, que son aquellos en que solo una de las partes contrae obligaciones y la otra adquiere los respectivos créditos, por ejemplo: la donación, el mutuo; (ii) negocios no rigurosamente unilaterales, aquellos de los que nacen créditos o derechos para una sola parte pero a los que también les cabe a su cargo una obligación que sin embargo no es la contrapartida de la obligación del otro contratante, por ejemplo: el mandato (Rodríguez, 1990).

Dentro de los contratos bilaterales o sinalagmáticos<sup>3</sup>, la doctrina alemana distingue dos subclases: (i) negocios bilaterales, sinalagmáticos o recíprocos (*contractus aequales*), que consisten en un intercambio de prestaciones recíprocas como en el contrato de compraventa; (ii) los *contractus bilaterales inaequales*, que se refieren a los contratos que crean obligaciones para ambas partes pero donde no existe intercambio de prestaciones tal como el contrato de comodato; toda vez que, en este, la obligación del comodatario de restituir la cosa dada en comodato no tiene el carácter de contraprestación sino que es un efecto jurídico de la entrega (von Tuhr, 2007).

Asimismo, en Alemania, se ha dicho que los efectos característicos de los contratos sinalagmáticos son la *exceptio non adimpleti contractus*: o el derecho de repetir lo que se hubiera pagado en caso de que la contraparte no cumpla lo pactado y la teoría de los riesgos (Gomá, 2005).

---

<sup>2</sup> En este mismo sentido, Bianca (2007) señala: “contrato plurilateral es el contrato conformado por más de dos partes en sentido sustancial. Según la opinión común, la parte debe entenderse como centro de intereses. [...] Por lo tanto, el contrato plurilateral se caracteriza ante todo por la presencia de varios centros de intereses (ej., el contrato de sociedad)” (p. 217).

<sup>3</sup> La expresión ‘sinalagmático’ es de origen griego y fue empleada por Aristóteles para hacer alusión a lo “justo correctivo”; es decir, a aquella noción cuyo fin principal es lograr un cierto equilibrio en el intercambio de bienes y servicios en la sociedad (Melich, 1997). Por su parte, Rezzónico (1999) expresa —con respecto al significado de la voz ‘sinalagma’— lo siguiente: “en cuanto el contrato sirve al cambio de prestaciones —cosas, valores, servicios— de manera que cada uno de los contratantes ofrece al otro su prestación (p. ej., sus servicios) y espera recibir la contraprestación (el precio en dinero), el fin negocial característico del contrato reside para cada parte de la convención, en la obtención de un bien que aparece como contrario aunque recíproco. En ese caso se está en el supuesto de los contratos sinalagmáticos” (p. 325).

La doctrina ha planteado que la acción resolutoria, cuyo fin es poner término a las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático, puede fundamentarse en una estipulación contractual o en la ley. Una vez que opera la resolución, la relación subjetiva se extingue con efecto retroactivo; es decir se considera que nunca ha existido (Enneccerus, 1954).

Para Enneccerus (1954), estamos frente a un derecho de modificación o derecho de formación. El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante BGB), al igual que el modelo seguido por el Código Civil suizo, trató de modificar ciertos elementos constitutivos del modelo francés (Rodríguez, 2013). Para la doctrina germana, el derecho o facultad de resolución solo se refiere al contrato; así, los actos ya cumplidos conforme a lo estipulado en un negocio bilateral no se invalidan, no pudiendo reclamarse repetición de la cosa dada o entregada a un tercero adquirente (Enneccerus, 1954). Con todo esto, se debe indicar que el derecho de resolución por incumplimiento era contrario a los postulados de la pandectística germana (Badosa, 2010; Windscheid, 1987) anterior a la dictación del BGB; pues, se decía que el contratante cumplidor únicamente tenía derecho a exigir el cumplimiento forzado de su crédito. Windscheid (1987) alegaba a favor del derecho de resolución; sosteniendo que sí las partes, implícita o explícitamente, hubieren estipulado el derecho no es posible objetar nada a esa autonomía contractual (Álvarez, 2009).

En el BGB, particularmente su primitivo § 349, se consideraba a la resolución por incumplimiento como un acto de la voluntad del acreedor dirigido al deudor<sup>4</sup>; el cual produce sus efectos cuando este es notificado, presentando un carácter irrevocable (San Miguel Pradera, 2004). El § 349 del BGB, no determinaba la oportunidad precisa que tenía el acreedor para declarar la resolución<sup>5</sup>. Esta norma es importante pues, a diferencia de su símil gala, la resolución no requería sentencia judicial (Rodríguez, 2013).

El BGB, anterior a la reforma de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, que se aprobó el 26 de noviembre de 2001, entrando en vigencia el 1 de enero de 2002) (Rösler, 2008), tipificaba dos figuras similares al incumplimiento del contrato: (i) la imposibilidad (*unmöglichkeit*) y (ii) la mora (*verzug*).

La *unmöglichkeit* solo excepcionalmente daba lugar a la resolución por incumplimiento (*rücktritt*), cuando la imposibilidad de la prestación es imputable al contratante incumplidor (*vom Schuldner zu vertretendes unmöglichwerden*). El contratante diligente disponía de la facultad para resolver la obligación (*rücktrittsrecht*), conforme al § 325 del BGB. En cambio, cuando existía una

<sup>4</sup> En este sentido, Rodríguez (2013) señala que: “la resolución se concebía como un remedio al incumplimiento, que operaba retroactivamente provocando que el contrato se considerase como no celebrado” (p. 116).

<sup>5</sup> Zimmermann (2005) plantea una excelente sinopsis del derecho obligacional existente antes de la Reforma de 2001. Por otro lado, se debe señalar que la parte que había solicitado la resolución ya no se podía arrepentir (Rodríguez, 2013).

imposibilidad no imputable al deudor ni al acreedor (*nicht zu vertretendes Unmöglichwerden*), el § 275 del BGB<sup>6</sup> establecía la liberación del deudor, perdiendo la facultad para exigir la contraprestación, conforme al § 323 del BGB<sup>7</sup> (*ipso iure auflösung*) (Castilla, 2001); es decir que el riesgo de la especie o cuerpo cierto era del acreedor<sup>8</sup>. Por último, cuando la imposibilidad de la prestación era imputable al acreedor, el § 275 del BGB disponía que el deudor quedaba liberado de su obligación (*vom gläubiger zu vertretendes unmöglichwerden*).

En el caso de mora (*verzug*), y conforme al § 326 del BGB primitivo, el acreedor no podía pretender la resolución de la relación jurídica sino cuando hubiere requerido de pago al deudor; concediéndole, un término (*nachfrist*) (Rodríguez, 2013) para cumplir su obligación. Solo una vez transcurrido dicho plazo, surgía la opción para el acreedor; quien podía solicitar, conforme a su arbitrio, la resolución del contrato o una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento. En el caso de optar por la resolución, esta se verificaba por la declaración de voluntad dirigida en contra del deudor (San Miguel Pradera, 2004).

Finalmente, conforme al § 346 del BGB, verificada la resolución, el contrato se considera no celebrado (*ad initio*) (Rodríguez, 2013). Con base en ello, la resolución no tiene lugar en los siguientes casos: (i) cuando la cosa objeto de la prestación del contratante incumplidor, perece por culpa o dolo del titular de la acción resolutoria (§ 351 del BGB); (ii) o fue objeto de accesión o especificación (§ 352 del BGB) y (iii), en ciertos casos, cuando fue enajenada la cosa objeto del contrato (§ 353 del BGB) (Rodríguez, 2013).

## **ALGUNOS CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN, CONFORME A SU NUEVA REGULACIÓN EN EL BGB**

La doctrina ha señalado que tratándose de la resolución judicial, establecida por el BGB —esto es, prescindiendo de la resolución unilateral del acreedor—, se pueden distinguir tres hipótesis: (i) incumplimiento total de la obligación; (ii) incumplimiento parcial de la obligación y (iii) retraso en la ejecución de la obligación. En la primera hipótesis, cuando la prestación se hace imposible de cumplir o cuando existe

<sup>6</sup> Eiranova (1998), afirma: “[...] b) la relación de deuda puede extinguirse también sin que los intereses del acreedor sean satisfechos; tal es el caso de la imposibilidad (§§ 275, 323), el paso del tiempo (§ 163), la admisión de la liquidación de una condición (§ 158), la privación (§ 242), contratos de supresión y de novación (§ 305)” (p. 141).

<sup>7</sup> El § 323 del BGB dispone: “si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la prestación a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminora la contraprestación de conformidad con los parágrafos 472 y 473. [...] Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto”.

<sup>8</sup> Para Castilla (2001): “como puede verse, en el Código germano se plantea el problema y le anuda unas consecuencias específicas y directamente establecidas: el acreedor de la prestación devenida imposible de forma fortuita no tendrá que realizar la prestación que le incumbía y, si ya lo hubiera hecho, podrá reclamar su restitución” (p. 362).

incumplimiento total de la misma por causa imputable al deudor, al contratante cumplidor se le concede un derecho opcional pues está facultado para solicitar cualquiera de las siguientes cuatro cosas: solicitar una indemnización por daños y perjuicios donde deberá igualmente cumplir íntegramente con su obligación, ya que la indemnización en parte tiene el carácter de compensatoria (reemplaza al objeto de la obligación) y en parte moratoria (reemplaza la oportunidad en que debió el deudor cumplir); resolver el negocio jurídico. Aquí las obligaciones recíprocas se extinguen, procediendo las prestaciones mutuas. El desistimiento se produce extrajudicialmente por medio de un aviso o notificación del acreedor al contratante incumplidor, sin que aquél tenga derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios: puede todavía el acreedor, y sin necesidad de declaración de desistimiento, oponerse en el caso de que la obligación se haya extinguido y no ejecutar su prestación; mientras que el acreedor puede solicitar la entrega del *commodum subrogatus*, cuando su valor no exceda al de la prestación adeudada, con la necesidad de reducción de su contraprestación (§§ 281 y 323 del BGB). Ahora bien, salvo el desistimiento que tiene el carácter de irrevocable, una vez que opta por alguna de las otras facultades puede el acreedor, según la opinión mayoritaria, cambiar de petición y solicitar alguna de las otras facultades (Álvarez, 2009). En cuanto al juicio valorativo de esta normativa, la doctrina, en general, ha dicho que la parte que reclama una indemnización de perjuicios está solicitando las ventajas que le hubiera reportado el contrato<sup>9</sup>.

En el caso de solicitar el desistimiento del contrato, el acreedor desea desligarse del vínculo obligacional (Álvarez, 2009). Con todo esto, es beneficioso que el acreedor tenga la opción para elegir entre varias alternativas posibles. En el nuevo BGB se concibe a la resolución no como un medio de terminación de la relación obligatoria, sino como una forma de transformación de la misma; pues se cristaliza en una relación contractual atípica que supone para las partes la necesidad de ejecutarse las prestaciones mutuas (*Rückgewährschuldverhältnis*). Esta compatibilidad se encuentra explicitada en el § 325 del nuevo BGB (Rodríguez, 2013).

En la segunda hipótesis, en caso de cumplimiento parcial de la obligación, si la parte incumplida resultare imposible de pagar, el contratante cumplidor se encuentra legitimado para solicitar una indemnización de perjuicios; pidiendo la ejecución de la parte que falta y que no se ha hecho imposible de cumplir. Así, si acredita que este cumplimiento parcial no le beneficia, el acreedor puede solicitar una indemnización de perjuicios por el total de la prestación debiendo ejecutar a la vez su propia prestación o bien puede rescindir del contrato o hacer uso del § 323 del BGB: es decir alegar una imposibilidad total no imputable al contratante incumplidor con el fin de subrogarse en las acciones de este (Rodríguez, 2013).

---

<sup>9</sup> Ya en 1929, Stoll había tratado de superar la contradicción entre la resolución y la indemnización de daños y perjuicios (Rodríguez, 2013).

Tercero, existiendo un retraso en el cumplimiento de la obligación, se aplica el § 326 del BGB; el cual dispone:

si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra puede señalarle un plazo prudencial para la realización de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la prestación al cumplimiento está excluida. Si la prestación hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 325, párrafo 1.º, inciso 2.º. Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1.º sin que sea necesaria la determinación de un plazo. (Álvarez, 2009, p. 43)

En este sentido, el acreedor que ha constituido en mora a su deudor tiene dos opciones: solicitar la ejecución forzada más una indemnización de daños y perjuicios moratorios o notificar al deudor incumplimiento, mediante aviso extrajudicial, la concesión de un plazo de gracia, con la advertencia de que vencido este se negará a recibir el pago de la obligación. En caso de transcurrir este término, sin que el deudor cumpla lo debido, el acreedor cumplidor puede exigir una indemnización por el total de la prestación incumplida debiendo ejecutar su prestación o solicitar la terminación del contrato. Cuando, atendida la mora del deudor, la ejecución tardía de la obligación no le reportare ningún beneficio al acreedor toda vez que perdió el interés en el contrato puede el acreedor elegir inmediatamente entre una indemnización de daños y perjuicios o la resolución del contrato (Álvarez, 2009).

Los principales caracteres de esta nueva *resolución por incumplimiento*, prevista en el § 323 del BGB son: la resolución por incumplimiento opera con prescindencia de la imputabilidad del deudor (Rodríguez, 2013); cuando el contratante cumplidor opta por la resolución del contrato, igualmente tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios; el principio general es el de mantenimiento del negocio jurídico, por ello se da preferencia al cumplimiento pues, aun optando por la resolución, el acreedor debe esperar un plazo para poder declarar la resolución del contrato; salvo que la ley prevea que se puede declarar la resolución inmediatamente; como queda claro ya no se distingue entre imposibilidad y mora, sino que la resolución del contrato se apoya en la noción de incumplimiento o en la lesión de la prestación



(San Miguel Pradera, 2004); el sistema del BGB<sup>10</sup>, a diferencia del modelo francés (en que se necesita de una sentencia judicial que decrete la resolución del contrato, concedida por un amplio margen de discrecionalidad al juez), se sustenta principalmente sobre la base de resolución unilateral del acreedor debido a que este puede, una vez constituido en mora el deudor, fijarle un plazo razonable para que cumpla; y vencido este podría reclamarle una indemnización por daños y perjuicios o entender resuelto el contrato *ipso iure*. Si se promoviere un juicio, el tribunal se limitará a constatar que se hayan reunido los requisitos de la resolución (Álvarez, 2009).

Igualmente, la acción redhibitoria se configura como una verdadera resolución (§§ 437 y 634 del BGB) (Rodríguez, 2013). A la vez la llegada del plazo no supone la resolución del contrato, sino que origina dos remedios para el acreedor: resolución e indemnización de daños y perjuicios (§§ 281 y 323 del BGB, respectivamente) (Rodríguez, 2013).

Junto con la resolución, existe otra figura similar que opera en los contratos de tracto sucesivo: la denuncia (*Kündigung*); la cual tiene efectos únicamente para el devenir (Rodríguez, 2013). El § 323 del BGB<sup>11</sup>, cuyo epígrafe es "*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*" ("resolución por prestación no realizada o no realizada conforme a derecho"), se erige como la norma capital en materia de resolución por incumplimiento (Rodríguez, 2013). Establece que el acreedor puede declarar la resolución después de transcurrido un plazo adicional fijado por este, sin que el deudor haya cumplido su obligación<sup>12</sup>. Como ya se dijo, la regla general es que el acreedor deba fijarle un plazo adicional al deudor para que cumpla

---

<sup>10</sup> En este mismo sentido, el Código Civil austríaco dispone en su artículo 918 que: "si un contrato a título oneroso no es ejecutado por una de las partes ya en el tiempo o en el lugar oportuno, ya en la forma determinada, la otra parte puede o bien pedir la ejecución y daños y perjuicios por el retraso, o bien, bajo la fijación de un plazo apropiado para la ejecución, declarar la rescisión del contrato. Si la ejecución es divisible para las dos partes, la rescisión por retraso en la entrega de una prestación parcial puede no ser declarada más que por esta parte o también por todas las prestaciones parciales que quedan por ejecutar". Por su parte, el artículo 107 del Código Federal suizo de las obligaciones, dispone: "cuando en un contrato bilateral una de las partes está en mora, la otra puede fijar o hacerle fijar por la autoridad competente un plazo oportuno para ejecutar. Si la ejecución no ha mediado a la expiración de este plazo el derecho de pedirla y de pedir indemnización por causa de retraso puede siempre ser ejecutado; sin embargo, el acreedor que ha hecho declaración inmediata de ello, puede renunciar a este derecho y reclamar daños y perjuicios por causa de indemnización o apartarse del contrato".

<sup>11</sup> Esta norma reza lo siguiente: "si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminora la contraprestación de conformidad con los parágrafos 472 y 473. Si la otra parte exige, según el parágrafo 281, la entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido o cesión de la prestación de indemnización, queda obligada a la contraprestación; ésta se aminora, sin embargo, de conformidad con los parágrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización o de la pretensión de indemnización quede por debajo del valor de la prestación debida".

<sup>12</sup> Se ha dicho que esa manifestación de voluntad del acreedor, encaminada a obtener la resolución del contrato, constituye un negocio jurídico (Enneccerus, 1954). Enneccerus (1954) señala que: "la resolución se hace mediante una declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte contratante (§ 349). La declaración es un negocio jurídico (que determina el efecto jurídico que se califica de querido, o sea el de que el contrato se considera como no celebrado); es, pues, irrevocable. Por tanto, las obligaciones contractuales extinguidas no podrían restablecerse sino mediante conclusión de un nuevo contrato, que necesitaría, en su caso, la forma prescrita para el mismo" (p. 201).

—salvo cuando la ley lo faculte para declarar la resolución del contrato— con el simple aviso (*abmahnung*) al deudor. El § 323, apartado 4, del BGB, prescinde de la culpabilidad del deudor<sup>13</sup>; ya que la resolución procede aun cuando el deudor no se encuentre constituido en mora, a no ser que el incumplimiento le sea imputable al acreedor o se haya manifestado cuando este se encontraba en mora (San Miguel Pradera, 2004)<sup>14</sup>.

Es interesante analizar este § 323, apartado 1, del BGB, pues a mi juicio esta norma consagraría la teoría de la frustración del fin del contrato; ya que hace alusión a una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte. Se trata de una circunstancia imprevisible al tiempo de contratar, que altera de tal manera la prestación de una de las partes, que hace perder la contraprestación; o sea, que destruye el vínculo obligacional pues desaparece la base objetiva del negocio jurídico (Álvarez, 2009).

La imposibilidad se encuentra regulada en el § 326 del BGB, que se refiere a las hipótesis en que el acreedor no le puede cobrar su crédito al deudor sea por imposibilidad o por otra causa (§ 275 del BGB). El § 326, apartado 1, del BGB, establece que el deudor que se libera de su obligación pierde su pretensión a la contraprestación (el riesgo es del acreedor); salvo que el acreedor esté en mora de recibir el pago o haya sido el único causante de la imposibilidad de cumplimiento. Con base en ello las dos novedades más destacables de la Reforma de 2001, son: (i) se establece un sistema objetivo de resolución por incumplimiento y (ii) la resolución es compatible con la indemnización de daños y perjuicios (§ 324 del BGB) (San Miguel Pradera, 2004). En definitiva, con el fin de precisar los efectos de la imposibilidad, se distinguen dos hipótesis: (i) si la imposibilidad no le es imputable al deudor, entonces, este queda liberado de su obligación (§ 275 del BGB) (Lamarca I Marquès, 2008)<sup>15</sup>. No tiene sentido, en este caso, fijarle un término para que el deudor cumpla con su obligación puesto que la prestación se ha hecho imposible (Ehmann y Sutschet, 2006); (ii) cuando la imposibilidad es imputable al acreedor, el deudor mantiene su prestación (§ 326 n° 2 del BGB)

---

<sup>13</sup> Ehmann y Sutschet (2006), afirman: “en la medida que se facilitan las condiciones de desistimiento del requisito de la culpabilidad se limita necesariamente el principio *pacta sunt servanda*; porque existe un derecho legal de desistimiento del acreedor para todos los casos de prestación fuera del tiempo o no conforme al contrato (es decir con vicios materiales o jurídicos) después del vencimiento sin éxito del plazo fijado” (p. 174).

<sup>14</sup> Con base en ello, Enneccerus (1954) plantea que: “[...] 2. Se excluye también la resolución cuando el titular de esa facultad transforma la cosa recibida, o una parte importante de la misma, en una cosa de otra especie (§ 352), y lo mismo podría suponerse cuando la transformación ha sido hecha por su representante legal o por su auxiliar” (p. 202).

<sup>15</sup> El § 275 del BGB, titulado “Exclusión del deber de prestación”, dispone: “(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona [...]”.

(Lamarca I Marquès, 2008)<sup>16</sup>. Lo mismo se aplica cuando es el deudor el que, por culpa o dolo, hace imposible la prestación; a no ser que el acreedor se encuentre en mora (§ 326 n° 2 del BGB) (Ehmann y Sutschet, 2006).

En Alemania, la facultad resolutoria se extingue cuando ha expirado el término voluntario fijado en la convención. En caso de no haberse pactado un plazo, el acreedor diligente puede fijarle un término prudencial para que el deudor cumpla su obligación (Enneccerus, 1954). Un aspecto importante tratado en la doctrina alemana, es la posibilidad de resolver una relación jurídica cuando se hayan alterado las circunstancias; desapareciendo, la base del negocio jurídico<sup>17</sup>. En este caso se ha dicho que el *pacta sunt servanda*, impone a los contratantes el cumplimiento cabal y oportuno de sus obligaciones en los términos convenidos. Sin embargo, los contratantes, al pactar el negocio jurídico en cuestión representan, de forma, más o menos consiente, las consecuencias que tendrá ese acto: económicas, jurídicas, morales o de cualquiera otra índole. Por tanto, las partes tienen en mente un fin que deberá ser alcanzado por los efectos del negocio por ellas celebrado. Por lo anterior, el negocio deberá seguir produciendo en el futuro esos efectos; pues el contratante cuenta con que se sigan verificando las condiciones originales. La pregunta que surge es: ¿qué ocurre cuando por un hecho ajeno a la voluntad de los contratantes, las expectativas de estos no son alcanzadas porque las circunstancias originales han variado? Se podría pensar que la variación de esas circunstancias tenidas en cuenta al momento de

---

<sup>16</sup> El § 275 del BGB, titulado “Liberación de la contraprestación y resolución en caso de exclusión del deber de prestación”, afirma: “(1) Si de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, el deudor no debe cumplir la prestación decae el derecho a la contraprestación; para la prestación parcial se aplica por analogía el § 441, apartado 3. El inciso 1 no rige si, para el caso de falta de prestación según contrato, el deudor no debe realizar la corrección del cumplimiento de acuerdo con § 275, apartados 1 a 3. (2) Si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia por causa de la cual el deudor no debe cumplir la prestación, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, o bien si esta circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación, el deudor conserva la pretensión a la contraprestación. Sin embargo, él debe dejarse deducir lo que, como consecuencia de la liberación de la prestación, ha ahorrado o ha ganado con el empleo de su trabajo en otras actividades o maliciosamente ha dejado de obtener [...]”.

<sup>17</sup> Según Mosco (1962): “la doctrina alemana considera al respecto que para proceder a tal valoración [criterio objetivo para determinar la gravedad del incumplimiento] se deben tener en cuenta todas las circunstancias posteriores a la estipulación del contrato, incluso de aquellas que no fueran previsibles, y por lo tanto se debe imputar al deudor la disminución del interés del acreedor siempre que exista la causalidad adecuada respecto a su incumplimiento, incluso si el evento final o efecto no era previsible al tiempo de la conclusión del contrato. En otras palabras, la doctrina germánica aplica plenamente a la institución de la resolución las normas y principios vigentes en materia de resarcimiento de daños. Sobre este punto son de notar dos cosas. En primer lugar, que puesto que se trata de instituciones diversas, la aplicación a la primera de las normas que rigen la segunda sólo se deben admitir cuando se pueda hacer por analogía. En segundo, que la reglamentación del resarcimiento de daños en el derecho germánico difiere de la nuestra por cuanto falta en aquel derecho una norma que como nuestro art. 1.225 limite la indemnización de los daños imprevisibles cuando el incumplimiento tenga origen doloso” (p. 29-30). Por su parte, Castán (2008) argumenta que: “para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio es menester, según dichos tratadistas, un triple requisito: 1.º Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2.º Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuiría valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3.º Que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder, procediendo de buena fe” (p. 623).

celebrar el negocio, constituyen una condición de tal suerte que para el acreedor se produce un beneficio que a la vez debe ser soportado como carga por el sujeto pasivo. No obstante, en este punto, entran en juego otras cuestiones como la necesidad de atribuir una cierta estimación a la finalidad del negocio y a la intención de las partes (Enneccerus, 1954). Es en este punto donde surge la llamada teoría *rebus sic stantibus*, cuyo objeto es lograr la modificación o extinción de un negocio jurídico, en el cual el deber de uno de los contratantes sin constituir un caso fortuito o fuerza mayor se torne, por una circunstancia imprevisible al tiempo de contratar, en un deber notablemente más gravoso y le signifique un esfuerzo desproporcionado; rompiendo así, el equilibrio conmutativo del contrato (Enneccerus, 1954). La doctrina concluye que la idea de equivalencia, sobre la base de la equidad natural, produjo que se permitiera la resolución por causa de alteración de las circunstancias; fundamentándose este derecho, en la teoría de la presuposición de Windscheid (1982) y en la buena fe (Terraza, 1951; Eckl, 2003; Jaluzot, 2001). Así, la jurisprudencia alemana declaró la resolución del contrato en el caso de que la prestación de uno de los contratantes se alterara esencialmente por un factor externo como la guerra o una revolución; convirtiéndose en una prestación nueva, distinta de la primitiva; contrariándose así, el principio de la buena fe (Enneccerus, 1954). Igual camino tomó la jurisprudencia italiana (sentencias de casación de fecha 11 de marzo de 2006; 23 de septiembre de 2004 y 10 de febrero de 2003) (Putti, 2009).

## CONCLUSIÓN

Resulta interesante recoger en el ordenamiento jurídico chileno, la resolución extrajudicial o unilateral del acreedor. En este punto, el derecho alemán establece que el acreedor, luego de notificarle su decisión al deudor, debe esperar un término (para que este cumpla) y tan solo después de transcurrido dicho plazo puede el acreedor proceder a declarar unilateralmente la resolución de la obligación. Este es un sistema que se ha abierto paso en la mayoría de los sistemas jurídicos foráneos, incluso en el derecho francés de las obligaciones.

Además, conviene tener presente principios jurídicos como la teoría de la presuposición y la doctrina de la base del negocio jurídico; lo que ayuda no solo a fundar las instituciones en comento sino que, además, significan importantes herramientas para el juez a fin de que este arribe con prescindencia del yugo de la exégesis a una decisión más conforme con los principios de la equidad natural y la buena fe.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada, España: Editorial Comares.
- Badosa, F. (2010). *Memoria de derecho civil*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bianca, C.M. (2007). *Derecho civil. Tomo 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Castán, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral. Tomo 3. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Castilla, M. (2001). *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Clemente, M.E. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Confucio. (1999). *Analectas. Reflexiones y enseñanzas*. Barcelona, España: Círculo de Lectores.
- Eckl, C. (2003). Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general. En Espiau, S. y Vaquer, A. (Ed.). *Bases de un derecho contractual europeo* (pp. 41-52). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ehmann, H. y Sutschet, H. (2006). *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Eiranova, E. (1998). *Código civil alemán*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Enneccerus, L. (1954). *Derecho de obligaciones*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Gomá, J.E. (2005). *Instituciones de derecho civil común y foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Jaluzot, B. (2001). *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de Droit français, allemand et japonais*. Paris, France: Éditions Dalloz.
- Lamarca I marquès, A. (2008). *Código civil alemán, concordancias y ley de introducción al Código civil*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Melich, J. (1997). *Doctrina general del contrato. 3ª Edición corregida y ampliada*. Caracas, Venezuela: Editorial Arte.
- Mosco, L. (1962). *Código civil*. Barcelona, España: Nereo.
- Putti, P.M. (2009). La risoluzione. En Lipari, N., Rescigno, P. y Zoppini, A. (Coord.). *Diritto civile* (pp. 1133-1174). Milano, Italia: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Rezzónico, J.C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Rodríguez, C.J. (1990). *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Rodríguez, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Málaga, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales S.A.
- Rösler, H. (2008). Harmonising the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution—The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective. En Valentine, V. (Ed.). *The Tulane European and civil law forum* (pp. 1-36). New Orleans, USA: Tulane University School of Law.
- Sánchez, J.R. (1979). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- San Miguel Pradera, L.P. (2004). *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Madrid, España: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris.

- Terraza, J. (1951). *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Wieacker, F. (1982). *El principio general de la buena fe*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
- Windscheid, B. (1987). *Tratado de derecho civil alemán*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- von Thur, A. (2006). *Parte general del derecho civil*. Granada, España: Editorial Comares.
- von Thur, A. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Granada, España: Editorial Comares.
- Zimmermann, R. (2005). *The new german law of the obligations*. Oxford, England: Oxford University Press.