

Derecho de obligaciones. Parte general

Dirk Looschelders

Catedrático en la Universidad Heinrich-Heine, Düsseldorf

17.^a edición

 Derecho Privado

DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

DERECHO DE OBLIGACIONES

PARTE GENERAL

DR. DIRK LOOSCHELDERS

Catedrático en la Universidad Heinrich-Heine, Düsseldorf

Traducción por Esther Gómez Calle



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición de la traducción al español: mayo de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© De la traducción al español, Esther Gómez Calle
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición

NIPO papel: 090-21-070-2
NIPO PDF: 090-21-069-X
NIPO ePUB: 090-21-068-4
ISBN: 978-84-340-2732-9
Depósito legal: M-11486-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

PRÓLOGO A LA 17.^a EDICIÓN

La nueva edición actualiza el manual a julio de 2019. Toma en cuenta la jurisprudencia y la doctrina relativas al Derecho general de obligaciones que se ha publicado desde la edición anterior. Además, toda la obra fue revisada a fondo. A estos efectos, se precisaron o completaron las explicaciones en diversos puntos.

Las particularidades en el caso de los contratos con consumidores se presentan en contexto en la Parte séptima de la obra desde la 12.^a edición. Con esto, también se toma en cuenta la creciente importancia del Derecho contractual de los consumidores en la doctrina y la práctica.

La ampliación de las exposiciones relativas al Derecho contractual de los consumidores no ha cambiado en nada el hecho de que los deberes generales de las partes y las consecuencias de las lesiones de los deberes y otras contravenciones de la relación obligatoria constituyen el centro de gravedad de las exposiciones. El principal objetivo de la obra sigue siendo proporcionar a los estudiantes de forma clara y concisa la nueva sistemática creada por la reforma del Derecho de obligaciones de 2002. En vista del creciente volumen de la materia, un enfoque sistemático ofrece la mejor base para tratar también con cuestiones individuales complicadas y problemas desconocidos en el examen de clausura y en los trabajos escritos.

A los lectores de la edición anterior tengo que agradecerles nuevamente las muchas y valiosas indicaciones y sugerencias. La mejor forma de hacerme llegar cartas es a la dirección de correo electrónico LS.Looschelders@hhu.de. Finalmente, mi gran agradecimiento a mis colaboradoras y colaboradores, que con su esfuerzo han hecho posible de nuevo terminar puntualmente la nueva edición.

DIRK LOOSCHELDERS

Düsseldorf, en julio de 2019

DEL PRÓLOGO A LA 1.^a EDICIÓN (2003)

La Ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 26.11.2001 (BGBl.2001 I 3138), que entró en vigor el 1.1.2002 (SchuldRModG), ha modificado de manera fundamental la estructura del Derecho alemán de obligaciones. La rápida entrada en vigor de la Ley, cuya versión definitiva no se decidió hasta finales de septiembre de 2001, ha planteado grandes desafíos no solo a la práctica sino también a la doctrina. Esto es especialmente aplicable a la cuestión de cómo se puede transmitir mejor el nuevo Derecho de manera didáctica.

La presente obra se basa en las clases magistrales de Derecho general de obligaciones que impartí en el semestre de invierno de 2001/2002 en la Universidad de Düsseldorf. Como se dirige (también) a los estudiantes que no están familiarizados con el antiguo Derecho, se ha renunciado deliberadamente a las comparaciones detalladas. Antes bien, la situación jurídica anterior solo se trata en la medida en que ello sea absolutamente necesario para comprender el nuevo Derecho.

El libro contiene numerosos ejemplos, que mayoritariamente se han tomado de la jurisprudencia. De este modo, se trata de dejar clara al lector la forma en que los problemas debatidos pueden ser relevantes al resolver los casos. Ciertamente es que las correspondientes sentencias se emitieron sobre la base del antiguo Derecho. Sin embargo, las sugerencias de solución se ajustan, por supuesto, a la situación jurídica actual. En el Anexo se encuentran, además, seis casos más detallados con las soluciones. Aquí se trata, sobre todo, de mostrar que la estructura de los exámenes de clausura respecto del nuevo régimen jurídico de la contravención de la prestación puede reconducirse a un esquema básico unitario.

Debido a la creciente internacionalización del tráfico jurídico privado, en el futuro el jurista alemán tendrá que ocuparse cada vez más del Derecho extranjero. Esto es particularmente aplicable respecto de los otros Estados de la Unión Europea. Para procurar al lector una impresión de las exigencias asocia-

das a ello, en diversos puntos se han incluido indicaciones de Derecho comparado. Estas indicaciones pretenden al mismo tiempo aclarar la «relatividad» de algunas soluciones de problemas que casi nos parecen evidentes sobre la base del Derecho alemán.

Mis colaboradoras y colaboradores me han ayudado de muchas maneras al concebir y redactar la obra. Mi especial agradecimiento a mis asistentes la asesora Señora Gabriele Kirchhoff, la asesora Señora Ioana Kraft, la graduada en Derecho en prácticas Señora Christina Paffenholz y el asesor Señor Thomas B. Schäfer. Muchas gracias también a los becarios y asistentes universitarios, la asesora Señora Meike Mues, la graduada en Derecho en prácticas Señora Elke Brenzenberg, el graduado en Derecho en prácticas Señor Tobias Heilmann y las estudiantes de Derecho Señora Christina Bruns y Señora Astrid Götz. Por último, me gustaría dar las gracias muy especialmente a mi secretaria la Señora Gabriele Krüger, que se ha hecho cargo del manuscrito de forma cuidadosa y fiable en todas las fases de su gestación.

DIRK LOOSCHELDERS

Düsseldorf, en septiembre de 2002

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRÓLOGO A LA 17. ^a EDICIÓN	7
DEL PRÓLOGO A LA 1. ^a EDICIÓN (2003)	9
TABLA DE CONTENIDOS	15
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	47
BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN).....	55
PARTE PRIMERA. FUNDAMENTOS	59
§ 1 La relación obligatoria	59
§ 2 Las fuentes jurídicas del Derecho de obligaciones	78
§ 3 La libertad contractual y sus límites	90
§ 4 El principio de la buena fe	97
PARTE SEGUNDA. EL NACIMIENTO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS	113
§ 5 Constitución mediante negocio jurídico (en particular, el contrato) ...	113
§ 6 El principio de libertad de contratación y sus limitaciones	127
§ 7 El principio de libertad de forma y sus limitaciones	134
§ 8 Relaciones obligatorias precontractuales	141

	Páginas
§ 9 Incorporación de terceros a la relación obligatoria	150
§ 10 Relaciones obligatorias legales	164
PARTE TERCERA. EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	169
§ 11 Determinación del contenido de las relaciones obligatorias	169
§ 12 Las modalidades de la prestación	180
§ 13 Objetos típicos del deber de prestación	193
§ 14 El contenido de algunos deberes de prestación	212
§ 15 Vinculación de los deberes de prestación	219
§ 16 Configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación	229
PARTE CUARTA. LA EXTINCIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN	243
§ 17 Cumplimiento	243
§ 18 La compensación	258
§ 19 Otros casos de extinción del deber de prestación	267
PARTE QUINTA. LAS ALTERACIONES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	273
Sección Primera. Fundamentos	273
§ 20 Introducción	273
§ 21 La imposibilidad como motivo de exclusión del deber de prestación	283
§ 22 La lesión del deber	302
§ 23 La responsabilidad del deudor	312
Sección Segunda. La pretensión de indemnización del daño	334
§ 24 Presupuestos y delimitaciones generales	334
§ 25 Simple indemnización del daño por lesión del deber	344
§ 26 Indemnización del daño por retraso	353

	Páginas
§ 27 Indemnización del daño en lugar de la prestación por lesión del deber	366
§ 28 Indemnización del daño en lugar de la prestación por imposibilidad originaria (§ 311a II)	392
§ 29 Cuantificación de la indemnización del daño en lugar de la prestación en los contratos bilaterales	400
§ 30 Resarcimiento de gastos inútiles (§ 284)	403
§ 31 La pretensión de restitución de la indemnización (§ 285)	408
Sección tercera. Resolución y desaparición del deber de contraprestación	412
§ 32 En general	412
§ 33 Retraso de la prestación y prestación defectuosa	417
§ 34 La lesión de los deberes de protección	426
§ 35 Imposibilidad	428
Sección cuarta. Los demás casos de contravención de la prestación	440
§ 36 Mora del acreedor	441
§ 37 Alteración de la base del negocio	449
§ 38 La pena convencional	463
Parte sexta. Extinción y liquidación retroactiva de las relaciones obligatorias	473
§ 39 Contrato extintivo y denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo	473
§ 40 Resolución del contrato	482
Parte séptima. Particularidades de los contratos con consumidores	499
§ 41 Fundamentos del régimen jurídico de protección del consumidor	499
§ 42 Formas especiales de distribución	523
Parte octava. Derecho de daños	551
§ 43 Principios básicos y función del Derecho de daños	551

	Páginas
§ 44 Concepto y tipos de daño	555
§ 45 Causación e imputación del daño	560
§ 46 Personas con derecho a indemnización	582
§ 47 Tipo y extensión de la indemnización del daño	591
§ 48 La indemnización de los daños morales	601
§ 49 Casos fronterizos	610
§ 50 La corresponsabilidad del perjudicado	624
Parte novena. Posición de los implicados en la relación con pluralidad de personas	643
§ 51 El contrato en favor de terceros	643
§ 52 El cambio de acreedor	659
§ 53 El cambio de deudor	689
§ 54 Pluralidad de acreedores y deudores	699
ANEXO I: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS	719
A. Indemnización del daño por lesión del deber	719
B. La indemnización del daño por imposibilidad originaria	728
C. Deber de prestación y de contraprestación	731
D. Resolución	735
ANEXO II: LIQUIDACIÓN RETROACTIVA TRAS LA REVOCACIÓN CONFORME AL § 312g I	739
REGISTRO DE PARÁGRAFOS	745
ÍNDICE DE MATERIAS	769
REGISTRO DE SENTENCIAS	795

TABLA DE CONTENIDOS

	Páginas
PRÓLOGO A LA 17. ^a EDICIÓN	7
DEL PRÓLOGO A LA 1. ^a EDICIÓN (2003)	9
TABLA DE CONTENIDOS	15
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	47
BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)	55
PARTE PRIMERA. FUNDAMENTOS	59
§ 1 La relación obligatoria	59
I. La relación obligatoria como objeto del Derecho de obligaciones ..	59
1. El concepto de relación obligatoria	59
2. La función del Derecho de obligaciones	60
II. La relación obligatoria en sentido estricto y amplio	61
III. Los deberes que derivan de la relación obligatoria	63
1. Deberes de prestación	63
a) Deberes principales de prestación y deberes accesorios de prestación	63
b) Deberes de prestación primarios y secundarios	65
c) Actividad de prestación y resultado de la prestación ...	66
d) Posible contenido del deber de prestación	67

	Páginas
2. Deberes de protección	67
a) Regulación legal	67
b) Relación con los deberes del tráfico extracontractuales...	69
c) Concursos	70
3. Significado y diferenciación de deberes de prestación y deberes de protección	71
IV. Cargas	72
V. Obligaciones incompletas (obligaciones naturales)	73
VI. Deberes obligatorios y situaciones jurídicas reales	74
VII. La relatividad de los derechos y los deberes obligatorios	75
1. Principio general	75
2. Quiebras	76
VIII. La responsabilidad del deudor por su obligación	77
§ 2 Las fuentes jurídicas del Derecho de obligaciones	78
I. El Libro segundo del BGB	78
1. Parte general y especial del Derecho de obligaciones	78
2. La estructura del Derecho general de obligaciones	80
II. Regulaciones del Derecho de obligaciones en otros Libros del BGB ...	80
III. Regulaciones del Derecho de obligaciones en otras leyes	81
IV. La influencia de la Ley Fundamental en el Derecho de obligaciones	82
V. La influencia del Derecho de la UE en el Derecho de obligaciones ...	83
1. Las Directivas de la UE como base del Derecho de obligaciones alemán	83
2. La importancia de las libertades fundamentales europeas	85
VI. La unificación internacional del Derecho de obligaciones	86
1. Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa	86
2. UNIDROIT Principles y Principles of European Contract Law	87
3. Borrador de un Marco Común de Referencia y la Propuesta de una normativa común de compraventa europea	87
VII. La reforma del Derecho alemán de obligaciones por la SchuldR-ModG	88

	Páginas
§ 3 La libertad contractual y sus límites	90
I. Ideas básicas y elementos de la libertad contractual	90
II. Libertad contractual y justicia contractual	92
III. El problema de la paridad negociadora alterada	93
1. En general	93
2. Grupos de casos	94
a) Tipificación legal de situaciones de desequilibrio	94
b) Alteración de la paridad negociadora en el caso concreto	95
IV. Protección frente a las discriminaciones conforme a la AGG	95
§ 4 El principio de la buena fe	97
I. Función y significado del § 242	97
II. Principios generales de la aplicación del § 242	100
1. Ámbito de aplicación del § 242	100
2. Los criterios determinantes para la valoración de intereses ...	101
a) Buena fe	101
b) Usos del tráfico	102
III. Delimitaciones	103
1. Buena fe y usos del tráfico en el § 157	103
2. Concreciones legales del § 242	103
3. Contrariedad a las buenas costumbres y abuso	104
IV. Grupos de casos del § 242	104
1. Función de concreción y función de integración	105
2. Función de barrera	106
a) Falta de interés propio digno de tutela	107
b) Desproporción	107
c) Inexigibilidad por razones personales	108
d) Adquisición deshonesto del derecho y frustración de la recepción	108
e) Conducta contradictoria	109
f) Retraso desleal	110
3. Función de control y de corrección	111

	Páginas
PARTE SEGUNDA. EL NACIMIENTO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS	113
§ 5 Constitución mediante negocio jurídico (en particular, el contrato) ..	113
I. En general	113
II. Contrato obligatorio y relación de complacencia	114
1. Delimitación	114
2. Deberes jurídicos en el marco de las relaciones de complacencia	116
a) La ausencia de deberes de prestación	116
b) Deberes de protección	116
c) Atenuaciones de responsabilidad en el Derecho de daños	118
III. Consecuencias jurídicas de la ejecución de prestaciones no solicitadas	121
1. Finalidad de la norma y posición sistemática del § 241a	121
2. Presupuestos	122
3. Consecuencias jurídicas	123
a) Exclusión de pretensiones contractuales	123
b) Repercusiones en las pretensiones legales	123
IV. Las arras	125
1. Función	125
2. Delimitaciones	126
§ 6 El principio de libertad de contratación y sus limitaciones	127
I. Libertad positiva de contratación y prohibiciones de contratación ...	127
II. Libertad negativa de contratación y obligación de contratar	128
1. Obligación legal de contratar	128
2. Obligación general de contratar ex § 826	129
a) Fundamentos	129
b) Suministro de bienes y servicios necesarios	130
c) Contravención de prohibiciones de discriminación	132
3. Obligación de contratar conforme a la AGG	132
§ 7 El principio de libertad de forma y sus limitaciones	134
I. En general	134

	Páginas
II. Obligación de transmitir o adquirir un inmueble	134
1. Finalidad tuitiva	135
2. Ámbito de aplicación del § 311b I	135
3. Ámbito de la exigencia de forma y consecuencias jurídicas de la falta de forma	136
4. Casos de divergencia	137
a) Denominación falsa por error	138
b) Divergencia consciente de voluntad y declaración	138
5. La subsanación del defecto formal	138
III. Contratos sobre el patrimonio presente	139
IV. Contrato sobre la futura cuota hereditaria legal o la legítima	140
§ 8 Relaciones obligatorias precontractuales	141
I. Evolución de la doctrina de la culpa en las negociaciones contractuales	141
II. La codificación de la culpa in contrahendo por la SchuldRModG ...	142
III. Nacimiento de las relaciones obligatorias precontractuales	143
1. Establecimiento de negociaciones contractuales	143
2. La preparación de un contrato	143
3. Contactos negociales similares	144
IV. Contenido de la relación obligatoria precontractual	145
1. Protección de los derechos y bienes jurídicos	145
2. Protección del patrimonio	146
a) La no conclusión de un contrato ventajoso	146
b) Conclusión de un contrato desfavorable	147
§ 9 Incorporación de terceros a la relación obligatoria	150
I. Incorporación de terceros al ámbito de protección de la relación obligatoria	150
1. Planteamiento del problema	150
2. Encuadre dogmático	151
3. Los presupuestos de la incorporación de terceros al ámbito de protección	153
a) La adecuada proximidad del tercero a la prestación	153
b) El interés justificado del acreedor en la incorporación del tercero	154
c) Reconoscibilidad y exigibilidad	156
d) Necesidad de protección del tercero	156
4. Consecuencias jurídicas	157

	Páginas
II. Responsabilidad de terceros conforme a los principios contractuales	159
1. Presupuestos de la responsabilidad del tercero	160
2. Grupos de casos	161
a) Responsabilidad de representantes y auxiliares para la negociación	161
b) Responsabilidad de peritos y otros expertos	161
c) Relación con la responsabilidad del vendedor	162
§ 10 Relaciones obligatorias legales	164
I. En general	164
II. Visión general de las diferentes relaciones obligatorias legales	164
1. Derecho especial de obligaciones	164
a) Gestión de negocios sin mandato	164
b) Enriquecimiento injustificado	165
c) Actos ilícitos	166
2. Relaciones obligatorias legales fuera del Derecho de obligaciones	167
PARTE TERCERA. EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	169
§ 11 Determinación del contenido de las relaciones obligatorias	169
I. Acuerdo de las partes	169
1. La libertad de configuración y de modificación de las partes ..	169
2. Límites de la determinación autónoma del contenido	170
a) Límites generales	170
b) Contratos sobre el patrimonio futuro	171
c) Contratos sobre la herencia de un tercero aún vivo	171
d) Otros límites de la libertad de contenido	172
II. Determinación de la prestación por una parte o por un tercero	173
1. Determinación de la prestación por una parte	174
a) El parámetro del criterio equitativo	174
b) Ejercicio del derecho de determinación	175
c) Determinación de la contraprestación	175
d) Compraventa según especificación en el Derecho mercantil	175

	Páginas
2. Determinación de la prestación por un tercero	177
a) Parámetro y controles judiciales	177
b) Impugnación de la determinación	177
c) Determinación por varios terceros	178
d) Contrato de dictamen arbitral y convenio arbitral	178
III. Derecho dispositivo	179
§ 12 Las modalidades de la prestación	180
I. Forma y manera de la prestación	180
1. Prestación parcial	180
a) La regulación del § 266	180
b) Consecuencias jurídicas	181
2. Prestación por terceros	181
a) Deber personal de prestación	181
b) Presupuestos del § 267	182
c) Consecuencias jurídicas	184
3. Derecho de redención del tercero	184
II. Lugar de la prestación	185
1. Concepto y trascendencia	185
2. Clases de deuda	186
3. La determinación del lugar de la prestación	186
4. Regulación especial de las deudas pecuniarias	188
III. Tiempo de la prestación	190
1. Conceptos	190
2. La determinación del tiempo de la prestación	190
3. Acuerdos sobre plazos de pago, de comprobación y de recepción	192
§ 13 Objetos típicos del deber de prestación	193
I. Visión general	193
II. La deuda genérica	194
1. En general	194
2. El derecho de elección del deudor	195
3. El deber de adquisición del deudor	196
a) Deuda de género ilimitado (referida al mercado)	196
b) Deuda de género limitado (deuda genérica limitada) ..	197

	Páginas
4. Concreción	197
a) Presupuestos	197
b) Consecuencias jurídicas	199
c) Efecto vinculante de la concreción	200
III. Deuda alternativa e institutos similares	201
1. Deuda alternativa	201
a) Relevancia práctica	201
b) El derecho de elección y su ejercicio	201
c) Ejercicio retrasado del derecho de elección	202
d) Imposibilidad	202
2. Facultad de sustitución	203
a) En general	204
b) Facultad de sustitución en el comercio automovilístico ..	204
c) Efecto vinculante de la declaración de sustitución	205
3. Concurrencia electiva	206
IV. Deuda pecuniaria	206
1. En general	206
2. Pago de las deudas pecuniarias	207
3. Clases especiales de deuda pecuniaria	208
a) Deuda en divisa extranjera	208
b) Deuda en moneda concreta	209
4. Intereses	209
a) Concepto	209
b) Causas de generación	210
c) Cuantía del tipo de interés	210
d) Prohibición del anatocismo	211
§ 14 El contenido de algunos deberes de prestación	212
I. Resarcimiento de gastos	213
1. El concepto de gasto	213
2. Reglas generales	215
II. Derecho de separación	216
III. Deber de información y de rendición de cuentas	217

	Páginas
1. Principios del deber de información	217
2. Casos especiales del deber de información	217
a) Deber de rendición de cuentas	217
b) Deber de presentación de un inventario de existencias ..	218
§ 15 Vinculación de los deberes de prestación	219
I. El derecho general de retención (§§ 273 y 274)	219
1. Fundamentos	219
2. Presupuestos del derecho de retención conforme al § 273 I ..	220
a) Pretensiones recíprocas	220
b) Conexión de las pretensiones	220
c) Exigibilidad y vencimiento de la contrapretensión	221
d) No exclusión del derecho de retención	221
3. Casos especiales	222
a) El derecho de retención conforme al § 273 II	222
b) El derecho de retención mercantil (§§ 369 ss. HGB) ..	223
c) El derecho de retención del poseedor frente al propietario	224
II. La excepción propia de contrato no cumplido (§§ 320-322)	224
1. Principios básicos	224
2. Presupuestos del derecho a denegar la prestación	226
3. Consecuencias jurídicas	227
4. Excepción propia de inseguridad en caso de deber de prestación anticipada (§ 321)	227
§ 16 Configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación	229
I. Introducción	229
II. Ámbito de aplicación de los §§ 305 ss.	230
III. Determinación del concepto	231
IV. Controles de incorporación	232
1. Principios generales	232
2. Consideración de las discapacidades físicas	233
3. Particularidades del empleo de CGC frente a empresarios	234
V. Cláusulas sorprendentes y ambiguas (§ 305c)	235
VI. Consecuencias jurídicas de la no incorporación o de la ineficacia ..	235

	Páginas
VII. Interpretación y control de contenido	236
1. Visión general	236
2. El control de contenido conforme al § 307 I y II	237
a) La cláusula general del § 307 I 1	237
b) La exigencia de transparencia del § 307 I 2	238
c) Los ejemplos generales del § 307 II	238
3. Las particulares prohibiciones de cláusulas (§§ 308 y 309) ..	239
4. Consecuencias jurídicas	240
PARTE CUARTA. LA EXTINCIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN	243
§ 17 Cumplimiento	243
I. Concepto	243
II. Persona que realiza la prestación	244
III. Receptor de la prestación	244
IV. Efecto del cumplimiento	246
1. Extinción de la relación obligatoria	246
2. Inversión de la carga de la prueba	246
3. Recibo y título de deuda	247
4. Orden de liquidación	247
a) Determinación de la liquidación por el deudor	248
b) Orden legal de liquidación	248
c) Imputación a intereses y costes	249
V. Naturaleza jurídica del cumplimiento	250
1. Estado de la controversia	250
2. Toma de postura	252
VI. Prestación en lugar del cumplimiento	253
1. Naturaleza jurídica	253
2. Deslinde respecto de la prestación a efectos de cumplimiento ..	254
3. Saneamiento	257
§ 18 La compensación	258
I. En general	258
II. Presupuestos	259
1. Situación de compensación	259
a) Reciprocidad de los créditos	259
b) Homogeneidad de los créditos	260

	Páginas
c) Exigibilidad del contracrédito	261
d) Eficacia y posibilidad de cumplimiento del crédito principal	262
2. Declaración de compensación	262
3. No exclusión de la compensación	263
a) Exclusión contractual de la compensación	263
b) Exclusión de la compensación por ley	264
III. Efecto de la compensación	265
IV. Pluralidad de créditos	266
§ 19 Otros casos de extinción del deber de prestación	267
I. Consignación y venta por uno mismo	267
1. Presupuestos de la consignación	267
a) Motivos de consignación	267
b) Susceptibilidad de consignación del objeto debido	268
2. Derecho de retirada del deudor y efecto de la consignación ..	268
3. Venta por uno mismo	269
II. Condonación y reconocimiento negativo de deuda	270
III. Novación y confusión	271
PARTE QUINTA. LAS ALTERACIONES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	273
Sección Primera. Fundamentos	273
§ 20 Introducción	273
I. Visión general	273
1. Lesión de deberes de prestación	274
a) Omisión de la prestación	274
b) Prestación defectuosa	275
2. Lesión de deberes de protección	275
II. El régimen jurídico de la contravención de la prestación antes de la reforma	276
III. El sistema del régimen jurídico vigente de la contravención de la prestación	277
1. El concepto de lesión del deber	277

	Páginas
2. Los límites del concepto	278
a) Efectos de la imposibilidad sobre el deber primario de prestación	278
b) El sistema de las pretensiones de indemnización del daño	279
c) El sistema de los derechos de resolución	280
3. Conclusión: el régimen jurídico vigente de la contravención de la prestación como «sistema mixto»	281
§ 21 La imposibilidad como motivo de exclusión del deber de prestación	283
I. Visión general	283
II. Imposibilidad real	283
1. Imposibilidad por las leyes de la naturaleza (física)	284
a) En general	284
b) Consecución del fin y desaparición del fin	285
c) Alteración del fin	286
2. Imposibilidad jurídica	286
3. Particularidades en el caso de las deudas genéricas y pecuniarias	287
4. Imposibilidad objetiva y subjetiva	287
5. Imposibilidad originaria y sobrevenida	288
6. Imposibilidad total y parcial	288
7. Imposibilidad transitoria	289
8. Irrelevancia del deber de responder	291
III. Grave desproporción entre el esfuerzo y el interés en la prestación	291
1. Concepto	291
2. Concreción de la «grave desproporción»	293
3. Particularidades en el caso de las deudas genéricas	296
4. Delimitación respecto de la alteración de la relación de equivalencia	296
IV. Inexigibilidad personal	298
1. Presupuestos	298
2. Denegación de la prestación por motivos de conciencia	299
V. Consecuencias jurídicas	300

	Páginas
§ 22 La lesión del deber	302
I. Concepto de lesión del deber	302
II. El retraso de la prestación	303
1. Eficacia, vencimiento y exigibilidad de la prestación	303
2. Falta de ejecución puntual de la prestación	304
III. Prestación defectuosa	305
1. En general	305
2. En particular: saneamiento por vicios materiales y jurídicos ...	306
a) Prestación viciosa como caso de prestación defec- tuosa	306
b) Vicios fácticos y jurídicos en el régimen jurídico de la compraventa	307
c) Los derechos del comprador	308
d) Particularidades respecto de la prescripción	309
IV. Lesión de los deberes de protección	309
V. Imposibilidad	310
1. La controversia sobre el contenido de la lesión del deber	310
2. Valoración	311
3. Irrelevancia de la lesión del deber en el § 326	312
§ 23 La responsabilidad del deudor	312
I. Responsabilidad por culpa propia	313
1. Dolo	313
2. Negligencia	314
a) En general	314
b) El parámetro de la negligencia	315
3. Capacidad de responder	317
II. Limitaciones del parámetro de diligencia	318
1. Contrato	318
2. Ley	319
3. Atenuación de responsabilidad derivada del resto del conteni- do de la relación obligatoria	321
III. Responsabilidad sin culpa	322
1. Asunción de una garantía	323

	Páginas
2. Asunción de un riesgo de adquisición	325
a) Ámbito de aplicación	325
b) Alcance del riesgo de adquisición	325
c) Deudas pecuniarias	326
IV. La responsabilidad por los auxiliares para el cumplimiento y los representantes legales	327
1. En general	327
a) Estructura del § 278	327
b) Concepto de auxiliar para el cumplimiento	327
c) Concepto de representante legal	329
2. Presupuestos de la responsabilidad por terceros conforme al § 278	329
a) Relación obligatoria	329
b) Actuación en cumplimiento de la obligación	330
3. Consecuencias jurídicas	331
V. Excurso: La responsabilidad por terceros en el ámbito extracontractual	332
Sección Segunda. La pretensión de indemnización del daño	334
§ 24 Presupuestos y delimitaciones generales	334
I. Presupuestos de la pretensión indemnizatoria del daño conforme al § 280 I	335
1. Relación obligatoria	335
2. La lesión del deber	337
3. Deber de responder	337
a) Encuadre dogmático y reparto de la carga de la prueba ..	337
b) Delimitación de la lesión del deber	338
c) Punto de referencia del deber de responder	340
4. Daño	340
II. Delimitación de las clases de indemnización del daño	341
§ 25 Simple indemnización del daño por lesión del deber	344
I. Ámbito de aplicación	344

	Páginas
II. Grupos de casos	344
1. Lesión de los deberes de protección	344
a) Lesiones de deberes de protección en el marco de los contratos (§ 311 I)	345
b) Relaciones obligatorias análogas a las negociales	345
2. Prestación defectuosa	346
a) En general	346
b) Casos concretos	347
c) Encuadre del daño por la pérdida de utilidad hasta la subsanción	350
3. Omisión de prestación pese a ser posible e imposibilidad	351
III. Consecuencias jurídicas	352
§ 26 Indemnización del daño por retraso	353
I. Mora del deudor	353
II. Presupuestos generales	354
1. Omisión de la prestación a pesar del vencimiento y de la exi- gibilidad de la pretensión	354
2. Intimación	355
3. Deber de responder	356
III. Falta de necesidad de la intimación (§ 286 II)	357
1. Tiempo de la prestación conforme al calendario	357
2. Previsibilidad del tiempo de la prestación a partir de un suce- so conforme al calendario	358
3. Denegación seria y definitiva de la prestación	359
4. Mora automática por motivos especiales	360
5. Exclusión contractual de la intimación	360
IV. Regulación especial para los créditos remuneratorios (§ 286 III y V)	361
V. Consecuencias jurídicas de la mora del deudor	363
1. Indemnización del daño por retraso	363
2. Otras consecuencias jurídicas	363
a) Agravación de la responsabilidad del deudor	363
b) Obligación de pago de intereses moratorios	364

	Páginas
§ 27 Indemnización del daño en lugar de la prestación por lesión del deber	366
I. Retraso de la prestación y prestación defectuosa (§§ 280 I y III y 281) ..	367
1. En general	367
2. Relación obligatoria	368
3. Lesión del deber	368
a) Omisión de la prestación (retraso)	368
b) Prestación no ejecutada conforme a lo debido (prestación defectuosa)	369
c) Problemas de delimitación	370
4. Necesidad de fijar un plazo	370
a) Contenido de la fijación del plazo	371
b) Momento de la fijación del plazo	372
c) Razonabilidad del plazo	372
5. Innecesariedad de la fijación de un plazo	374
a) Denegación seria y definitiva de la prestación	374
b) Motivos especiales	376
c) Reglas especiales en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra	377
6. Requerimiento en lugar de fijación de un plazo	378
7. Deber de responder	378
8. Daño	379
9. Consecuencias jurídicas	379
a) La relación entre pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria del daño	380
b) Indemnización del daño en lugar de toda la prestación en caso de prestación parcial	381
c) Indemnización del daño en lugar de toda la prestación en caso de prestación defectuosa	382
d) Prestación insuficiente en el régimen jurídico de la compraventa	383
e) Repetición de las prestaciones (parciales) ejecutadas ..	385
II. Lesión de los deberes de protección (§§ 280 I y III y 282)	385
1. En general	385
2. Elementos básicos de la responsabilidad	386
3. El criterio de la inexigibilidad	387
4. Relación con la pretensión de cumplimiento	388

	Páginas
III. Imposibilidad sobrevenida (§§ 280 I y III y 283)	388
1. En general	388
2. Elementos básicos de la responsabilidad	388
3. Función del § 283, inciso 1	389
4. Indemnización del daño en lugar de toda la prestación (§ 283, inciso 2)	390
a) Imposibilidad parcial	390
b) Prestación defectuosa irreparable	391
c) Repetición de lo prestado	391
§ 28 Indemnización del daño en lugar de la prestación por imposibilidad originaria (§ 311a II)	392
I. En general	392
II. Presupuestos	393
1. Contrato eficaz	393
2. Omisión de la prestación por la imposibilidad originaria	395
3. Deber de responder	397
4. Daño	398
III. Consecuencias jurídicas	398
1. Indemnización del daño en lugar de la prestación	398
2. Indemnización del daño en lugar de toda la prestación	399
3. Responsabilidad por el interés de confianza cuando no hay deber de responder	399
§ 29 Cuantificación de la indemnización del daño en lugar de la prestación en los contratos bilaterales	400
I. Teoría de la diferencia y teoría de la subrogación	400
II. La prioridad práctica de la teoría de la diferencia	402
III. Derecho de elección en favor de la teoría de la subrogación	402
§ 30 Resarcimiento de gastos inútiles (§ 284)	403
I. Planteamiento del problema	403
1. Contratos con finalidad económica	404
2. Contratos para la realización de fines inmateriales	404
II. Presupuestos de la pretensión de resarcimiento de gastos	406
1. Presupuestos generales	406
2. Gastos hechos en la confianza de obtener la prestación	406
3. Falta de consecución del fin a causa de la lesión del deber ...	407

	Páginas
III. Relación con la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación	407
§ 31 La pretensión de restitución de la indemnización (§ 285)	408
I. Presupuestos	409
1. Relación obligatoria	409
2. Exclusión del deber de prestación conforme al § 275	410
3. Obtención de un subrogado	410
4. Identidad del objeto debido y del objeto sustituido	411
II. Consecuencias jurídicas	411
III. Concursos	412
Sección Tercera. Resolución y desaparición del deber de contraprestación ...	412
§ 32 En general	412
I. Visión general	412
II. Estructura básica paralela a la indemnización del daño en lugar de la prestación	414
III. Renuncia al deber de responder	415
IV. Resolución e indemnización del daño	416
§ 33 Retraso de la prestación y prestación defectuosa	417
I. Ámbito de aplicación	417
II. Necesidad de fijación de un plazo	418
III. Innecesariedad de fijación de un plazo	419
IV. Resolución antes del vencimiento	422
V. Resolución en caso de prestación parcial y de prestación defectuosa	423
VI. Exclusión de la resolución (§ 323 VI)	424
1. Responsabilidad del acreedor por la causa de la resolución ..	424
2. Mora en la aceptación	425
VII. Consecuencias jurídicas	426
§ 34 La lesión de los deberes de protección	426
I. Presupuestos	426
II. Corresponsabilidad del acreedor	427
§ 35 Imposibilidad	428
I. Ámbito de aplicación	428

	Páginas
II. Desaparición del deber de contraprestación (§ 326 I)	428
1. Principio	428
2. Imposibilidad parcial	429
3. Prestación defectuosa irreparable (imposibilidad cualitativa) ..	430
4. Delimitación	430
III. Excepciones a la desaparición del deber de contraprestación (§ 326 II)	430
1. Responsabilidad del acreedor por la imposibilidad	431
a) En general	431
b) Responsabilidad del acreedor en caso de imposibilidad originaria	432
c) Imposibilidad de la que son responsables ambas partes ..	433
2. Mora en la aceptación	435
3. Consecuencias jurídicas	435
4. Excurso: Otras excepciones a la desaparición del deber de contraprestación	435
IV. Particularidades de la reclamación de la indemnización (§ 326 III) ...	437
V. Repetición de la contraprestación ya ejecutada (§ 326 IV)	438
VI. Resolución	438
1. Prestación defectuosa irreparable	438
2. Imposibilidad parcial	439
3. Deberes de prestación no vinculados sinalagmáticamente	439
4. Relevancia del derecho de resolución en los demás casos	440
Sección Cuarta. Los demás casos de contravención de la prestación	440
§ 36 Mora del acreedor	441
I. En general	441
II. Presupuestos de la mora del acreedor	441
1. Posibilidad de cumplir la (posible) prestación	441
2. El debido ofrecimiento	442
a) Necesidad del ofrecimiento	442
b) Innecesariedad del ofrecimiento	443
c) La no aceptación de la prestación	443
III. Consecuencias jurídicas de la mora del acreedor	444
1. Perpetuación del deber de prestación	444
2. Atenuación de la responsabilidad del deudor	445

	Páginas
3. Traspaso del riesgo de la prestación en las deudas genéricas y en las deudas pecuniarias	446
4. Traspaso del riesgo del precio y exclusión del derecho de resolución	447
5. Otras consecuencias jurídicas	448
§ 37 Alteración de la base del negocio	449
I. Introducción	449
II. Ámbito de aplicación	450
1. Prioridad de los acuerdos contractuales	450
2. Prioridad de las regulaciones legales especiales	451
III. Presupuestos	452
1. Existencia de una base del negocio	452
2. Modificación sustancial de las circunstancias o error esencial ...	454
3. Relevancia de la circunstancia para la conclusión del contrato ...	455
4. Inexigibilidad del mantenimiento del contrato sin modificar ...	455
IV. Consecuencias jurídicas	457
1. En primer lugar: «adaptación del contrato»	457
2. Derecho de resolución o derecho de denuncia	458
V. Grupos de casos	458
1. Modificación sobrevenida de las circunstancias	459
a) Alteración de la relación de equivalencia	459
b) Alteración del fin	460
2. Falsas representaciones comunes	461
§ 38 La pena convencional	463
I. Función de la pena convencional y posición sistemática de la regulación	463
II. Estructura de la («auténtica») promesa de pena dependiente	463
III. Delimitaciones	464
1. Promesa («falsa») de pena independiente	464
2. Fijación de un importe global de las pretensiones de indemnización del daño	465
IV. Presupuestos de la pretensión de pago de la pena convencional	465
1. Promesa eficaz de una pena	465
2. Lesión del (existente) deber principal garantizado	467
3. Propia lealtad contractual del acreedor	468

	Páginas
V. Relación con la pretensión de cumplimiento	468
VI. Relación con la pretensión de indemnización del daño	469
VII. Cuantía de la pena convencional y control judicial	470
PARTE SEXTA. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN RETROACTIVA DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS	473
§ 39 Contrato extintivo y denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo	473
I. Extinción contractual de las relaciones obligatorias	473
II. Denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo	474
1. Planteamiento del problema	474
2. Causa importante	477
3. Fijación de un plazo para poner remedio o requerimiento	478
4. Ejercicio del derecho de denuncia y consecuencias jurídicas de la denuncia	480
5. Concurrencias	480
§ 40 Resolución del contrato	482
I. En general	482
1. Presupuestos de la resolución	482
2. Ejercicio del derecho de resolución	483
3. Efectos de la resolución	483
4. Reglas especiales	484
5. Repercusiones de la reforma del Derecho de obligaciones ...	484
II. Restitución de las prestaciones recibidas y deber de resarcir el valor	485
1. Restitución in natura	485
2. Resarcimiento del valor	485
a) Exclusión de la restitución atendiendo a la naturaleza de lo obtenido	486
b) Consumo, enajenación, gravamen, transformación, modificación	486
c) Deterioro o destrucción	487
d) Cálculo del resarcimiento del valor	487
3. Exclusión de la pretensión de resarcimiento del valor	489
a) Descubrimiento del vicio durante la transformación o modificación	489

	Páginas
b) Responsabilidad del acreedor por el daño	490
c) Trato privilegiado del legitimado en el caso de los derechos legales de resolución	491
III. Utilidades y gastos	493
1. Restitución y resarcimiento de las utilidades	493
2. Resarcimiento de los gastos en el bien	494
a) Gastos necesarios en el bien	494
b) Otros gastos	494
IV. La pretensión de indemnización del daño	495
1. Planteamiento del problema	495
2. Destrucción o deterioro después de la declaración de resolución	496
3. Destrucción o deterioro antes de la declaración de resolución ..	496
a) Derecho contractual de resolución	496
b) Derecho legal de resolución	497
PARTE SÉPTIMA. PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES	499
§ 41 Fundamentos del régimen jurídico de protección del consumidor ..	499
I. Principios básicos y sistemática	499
II. El concepto del contrato con consumidores	502
III. Ámbito de aplicación de los §§ 312 ss.	503
IV. Principios y deberes generales en los contratos con consumidores ..	504
1. Deberes de información del empresario	504
a) Toma de contacto telefónica	504
b) Deberes de información en el comercio en tienda	505
2. Límites del acuerdo sobre tasas	506
V. Derecho de revocación del consumidor	508
1. Visión general	508
2. Principios comunes de la revocación	509
a) Encuadre dogmático y ejercicio del derecho de revocación	510
b) Plazo de revocación e información	511
c) Consecuencias jurídicas generales de la revocación	513
d) Revocación de contratos nulos	514
e) Abuso de derecho y retraso desleal del derecho de revocación	515

	Páginas
VI. La protección del consumidor en el caso de los contratos vinculados	516
1. Contratos vinculados	517
2. Propagación de la revocación	519
a) En general	519
b) Contratos relacionados	520
3. Propagación de las excepciones	521
§ 42 Formas especiales de distribución	523
I. Visión general	523
II. Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (§ 312 b)	524
1. Concepto de establecimientos mercantiles	524
2. Situación especial de la conclusión del contrato	524
a) Conclusión del contrato fuera de establecimientos mercantiles	525
b) Oferta de contrato del consumidor fuera de los establecimientos mercantiles	526
c) Abordamiento personal al consumidor fuera de los establecimientos mercantiles	526
d) Conclusión del contrato en una excursión organizada por el empresario	526
3. Actuación del tercero en nombre o por cuenta del empresario ...	527
4. Prestación onerosa y aplicabilidad a la fianza	527
III. Contratos a distancia (§ 312c)	529
IV. Deberes de información del empresario (§ 312d)	530
V. Derecho de revocación del consumidor	532
1. Excepciones al derecho de revocación	532
2. Ejercicio del derecho de revocación	534
3. Consecuencias jurídicas de la revocación (salvo en los contratos de servicios financieros)	536
a) Plazo para la restitución	536
b) Modalidades de la liquidación retroactiva	536
c) Costes de la devolución	538

	Páginas
d) Deber del consumidor de resarcir la pérdida de valor de las mercancías	538
e) Casos especiales del deber del consumidor de resarcir el valor	541
4. Consecuencias jurídicas de la revocación en el caso de los contratos de servicios financieros	543
5. Exclusión de otras pretensiones y de acuerdos divergentes ...	544
VI. Denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo en caso de cambio de proveedor	545
VII. Deberes del empresario en el comercio electrónico	546
1. Deberes generales	546
2. Deberes especiales frente a los consumidores	546
VIII. Inadmisibilidad de acuerdos divergentes	548
 PARTE OCTAVA. DERECHO DE DAÑOS	 551
§ 43 Principios básicos y función del Derecho de daños	551
I. La función de la indemnización del daño	551
II. El principio de reparación íntegra	552
III. La importancia de la compensación colectiva del daño	553
§ 44 Concepto y tipos de daño	555
I. Concepto	555
II. Daños patrimoniales y no patrimoniales	556
III. Interés positivo y negativo	558
§ 45 Causación e imputación del daño	560
I. Fundamentos	560
1. Causalidad como presupuesto mínimo de la imputación del daño	560
2. Causalidad fundamentadora y causalidad complementaria de la responsabilidad	560
II. El concepto de causación de las ciencias naturales	561
1. Teoría de la equivalencia	561
a) Principio	561
b) Debilidades de la fórmula de la <i>condicio sine qua non</i> ..	562
2. Doctrina de la condición ajustada a una ley (de la naturaleza) ..	563

	Páginas
III. Necesidad de una limitación normativa	564
IV. Criterios de imputación objetiva	564
1. Adecuación	564
a) El juicio del juzgador ideal	565
b) Crítica	565
2. Fin de protección de la norma	567
V. Causalidad hipotética	570
1. Planteamiento del problema	570
2. Predisposición al daño	570
3. Deber de indemnizar de un tercero	571
4. Los demás casos	571
VI. La objeción de conducta alternativa conforme a Derecho	572
VII. Problemas de imputación en caso de causalidad indirecta	573
1. Daños por conmoción	574
2. Conducta autolesiva (los casos de provocación)	576
3. Causalidad mediando terceros (provocación a terceros)	578
VIII. Compensación de beneficios	579
§ 46 Personas con derecho a indemnización	582
I. Principio	582
II. Excepciones	582
1. Indemnización de los costes de entierro (§ 844 I)	582
2. Indemnización del daño por alimentos (§ 844 II)	583
3. Indemnización del daño por pérdida de servicios (§ 845)	583
III. Delimitaciones	584
IV. Liquidación de daños a terceros	584
1. En general	584
2. Grupos de casos	586
a) Liberación obligatoria del riesgo	586
b) Representación indirecta	587
c) Relaciones fiduciarias	588
d) Custodia de cosas ajenas	589
e) Acuerdo contractual	590

	Páginas
§ 47 Tipo y extensión de la indemnización del daño	591
I. El principio de la restitución in natura	591
1. En general	591
2. Indemnización del daño en dinero en lugar de restitución in natura por el causante del daño	591
3. La libertad de disposición del perjudicado	593
a) Daños materiales	594
b) Daños corporales	595
II. La pretensión de indemnización en dinero (indemnización del valor)	595
1. Imposibilidad de la reposición (§ 251 I alternativa 1)	596
2. Reposición insuficiente (§ 251 I alternativa 2)	596
3. Reposición solo con un gasto desproporcionado (§ 251 II) ...	597
III. Ganancia perdida (§ 252)	600
§ 48 La indemnización de los daños morales	601
I. Evolución histórica	601
II. Presupuestos de la pretensión indemnizatoria del daño moral conforme al § 253 II	602
1. Materialización de un supuesto de hecho generador de responsabilidad	602
2. Lesión de un bien jurídico	603
III. Cálculo de la indemnización del daño moral	605
1. La función de la pretensión indemnizatoria del daño moral ..	605
2. Indemnización del daño moral en caso de total destrucción de la personalidad	606
3. Orientación basada en el grado de objetivo deterioro de la vida	607
IV. Indemnización en dinero en caso de lesiones de la personalidad ...	607
1. Fundamentos	607
2. La función preventiva de la indemnización	608

	Páginas
§ 49 Casos fronterizos	610
I. Pérdida de ventajas de uso	610
1. Planteamiento del problema	610
2. La diferenciación entre bienes fundamentales y demás bienes ...	611
3. Perceptibilidad y merma de utilidad	612
4. Cuantía de la pretensión	613
II. Gastos fallidos	613
III. Susceptibilidad de indemnización de los gastos de prevención	614
IV. Pérdida o reducción de la capacidad de trabajo	616
V. Vacaciones y tiempo libre	617
1. Planteamiento del problema	617
2. La idea de la comercialización	617
3. La regulación del § 651n II (§ 651f II en su anterior versión) ...	618
4. Tiempo libre malgastado inútilmente	619
VI. Los alimentos de los hijos como daño	620
1. Nacimiento de un hijo no deseado (<i>wrongful birth</i>)	620
2. Nacimiento de un hijo discapacitado (<i>wrongful life</i>)	622
§ 50 La corresponsabilidad del perjudicado	624
I. En general	624
1. Las decisiones básicas del § 254	624
a) Principio de igualdad de trato	625
b) Principio de reparto por cuotas	625
2. La razón de ser de la conculpa	626
3. Punto de referencia de la culpa en el § 254	626
4. Ámbito de aplicación del § 254	628
II. Presupuestos de la corresponsabilidad	629
1. Visión general	629
2. Corresponsabilidad en la producción del daño	629
a) Contribución a la causación del propio daño	629
b) Infracción de una carga	630
c) Culpa	631
d) Responsabilidad por riesgo del perjudicado	632
3. Carga de evitar el daño o de minorar el daño	633
4. Advertencia de un daño inusualmente elevado	634
5. Responsabilidad del perjudicado por terceros	635

	Páginas
III. Consecuencias jurídicas	637
IV. Actuación a propio riesgo	638
1. Participación en viajes peligrosos	638
2. Participación en disciplinas deportivas peligrosas	639
3. Actuación a propio riesgo y responsabilidad por riesgo	640
 PARTE NOVENA. POSICIÓN DE LOS IMPLICADOS EN LA RELACIÓN CON PLURALIDAD DE PERSONAS	 643
§ 51 El contrato en favor de terceros	643
I. Finalidad	643
II. Distinción entre contrato verdadero y falso en favor de terceros ...	644
III. Encuadre dogmático	645
1. Inexistencia de un tipo contractual propio	645
2. Quiebra del principio contractual	645
IV. Las relaciones jurídicas de los implicados	646
1. Relación entre acreedor y deudor (relación de cobertura)	647
2. La relación entre acreedor y tercero (relación de valuta)	648
3. Relación entre deudor y tercero (relación de ejecución)	648
a) Encuadre dogmático	648
b) El ejercicio de los derechos derivados de la contraven-	
ción de la prestación	649
c) Excepciones del deudor derivadas de la relación de co-	
bertura	650
V. Momento de adquisición del derecho	651
VI. Derecho de revocación del acreedor	652
VII. Forma del contrato en favor de terceros	653
VIII. Delimitación de figuras jurídicas afines	653
1. Delegación	654
2. Cesión	654
3. Representación	654
4. Contrato con efecto protector para terceros	655
IX. Disposiciones en favor de tercero	656
1. Disposiciones reales en favor de tercero	656
2. Negocios dispositivos obligatorios en favor de tercero	657

	Páginas
§ 52 El cambio de acreedor	659
I. Visión general	659
1. Planteamiento del problema	659
2. Tipos de cambio de acreedor	659
3. Ámbito de aplicación de los §§ 398 ss.	660
II. Fundamentos dogmáticos de la cesión	660
1. Estructura de la cesión	660
2. La cesión como negocio dispositivo	661
3. Delimitaciones	662
a) Asunción del contrato	662
b) Autorización para cobrar	663
III. Presupuestos de la cesión	664
1. Contrato	664
2. Existencia del crédito y titularidad del cedente	665
3. Determinabilidad del crédito	666
4. Transmisibilidad del crédito	667
a) En general	667
b) Exclusión por ley de la posibilidad de cesión	668
c) Prohibición contractual de la cesión	670
IV. Consecuencias jurídicas de la cesión	672
1. Traspaso del crédito al nuevo acreedor	672
2. Traspaso de derechos de garantía y de preferencia	672
3. Deberes del antiguo acreedor	673
V. La protección del deudor	674
1. Excepciones fundadas al tiempo de la cesión	674
a) El ámbito de aplicación del § 404	674
b) Exclusión de excepciones conforme al § 405	676
2. Excepciones derivadas de la cesión	677
3. Compensación frente al nuevo acreedor	677
a) Presentación del problema	677
b) Nacimiento de la situación de compensación antes de la cesión	678
c) Nacimiento de la situación de compensación después de la cesión	679

	Páginas
4. La tutela del deudor conforme a los §§ 407-410	680
a) Negocios jurídicos ignorando la cesión	681
b) Cesión múltiple	683
c) Notificación de la cesión	683
d) Derecho del deudor a denegar la prestación	685
VI. Modelos específicos de cesión	685
1. Cesión en garantía	686
2. Cesión para el cobro	687
VII. La cesión legal	687
§ 53 El cambio de deudor	689
I. Visión general	689
II. La asunción privativa de deuda	689
1. Presupuestos	689
a) Contrato entre acreedor y quien asume la deuda (§ 414)	689
b) Contrato entre antiguo deudor y quien asume la deuda (§ 415)	690
c) Exclusión de la asunción de deuda	692
2. Consecuencias jurídicas	692
a) Cambio del deudor	692
b) Extinción de los derechos de garantía	693
c) Excepciones de quien asume la deuda	693
3. Delimitación respecto de la asunción de contrato	695
III. La adhesión a la deuda	696
1. Admisibilidad y presupuestos	696
2. Efectos de la adhesión a la deuda	697
3. Delimitación respecto de la fianza	697
§ 54 Pluralidad de acreedores y deudores	699
I. Pluralidad de acreedores	699
1. Visión general	699
2. Parciariedad activa	700
a) Presupuestos	700
b) Consecuencias jurídicas	701

	Páginas
3. Solidaridad activa	701
a) Presupuestos	701
b) Consecuencias jurídicas	702
4. Mancomunidad activa	702
II. Pluralidad de deudores	703
1. Deuda parciaria	703
a) Presupuestos	704
b) Consecuencias jurídicas	705
2. Deuda solidaria	705
a) Presupuestos	706
b) Efectos de la deuda solidaria en la relación externa	709
c) La relación interna entre los deudores	711
d) Relación obligatoria solidaria alterada	714
3. Comunidad pasiva	717
 ANEXO I: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS	719
A. Indemnización del daño por lesión del deber	719
I. En general	719
II. La pretensión de simple indemnización del daño	721
III. La pretensión de indemnización del daño por retraso	724
IV. Indemnización del daño en lugar de la prestación	726
V. Indemnización del daño en lugar de toda la prestación	727
B. La indemnización del daño por imposibilidad originaria	728
C. Deber de prestación y de contraprestación	731
D. Resolución	735
 ANEXO II: LIQUIDACIÓN RETROACTIVA TRAS LA REVOCACIÓN CONFORME AL § 312g I	739
A. Pretensión del consumidor para la restitución de la remuneración abonada ex §§ 355 III 1 y 312g I	739
B. Pretensión del empresario para la restitución de la prestación eje- cutada ex §§ 355 III 1 y 312g I	740

	<u>Páginas</u>
C. Pretensión del empresario para el resarcimiento del valor por una pérdida de valor de la mercancía ex §§ 357 VII y 312g I	740
REGISTRO DE PARÁGRAFOS	745
ÍNDICE DE MATERIAS	769
REGISTRO DE SENTENCIAS	795

ÍNDICE DE ABREVIATURAS *

aA	anderer Ansicht = de otra opinión
ABl.	Amtsblatt der EG = Boletín Oficial de las Comunidades Europeas
abw.	abweichend = discrepando
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende = i. f. (in fine)
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz = Ley general de ferrocarriles
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union = TFUE (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea)
aF	alte Fassung = antigua versión
AG	Aktiengesellschaft = S. A. (sociedad anónima) Amtsgericht = Juzgado de Primera Instancia
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen = CGC (condiciones generales de la contratación)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBGesetz) = Ley para la regulación de las condiciones generales de la contratación

* **Nota de la traductora:** En este Índice no he traducido los títulos de revistas, anuarios u otras publicaciones alemanas, como comentarios legislativos, obras de consulta o repertorios de sentencias, del mismo modo que a lo largo de la obra he mantenido la versión original de la bibliografía citada. La razón de ello es que entiendo que así se facilita la búsqueda de la fuente primigenia a quien quisiera consultarla. Por otra parte, dado que algunas de las abreviaturas o acrónimos se han traducido al español, las reproduzco a continuación en orden alfabético para facilitar su localización:

CGC	Condiciones generales de la contratación
n. m.	Número marginal
S. A.	Sociedad Anónima
S. R. L.	Sociedad de responsabilidad limitada
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz = Ley general de igualdad de trato
AK	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AktG	Aktiengesetz = Ley de sociedades anónimas
ALB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die kapitalbildende Lebensversicherung = Condiciones generales de las pólizas de seguro de vida capitalizado
all.	allgemein = general
Alt.	Alternative = alternativa
Anh.	Anhang = anexo
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (colección de sentencias)
arg.	argumentum aus = argumentum ex
AT	Allgemeiner Teil = Parte general
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) = Ley sobre el uso pacífico de la energía nuclear y la protección frente a sus riesgos (Ley de energía atómica)
Aufl.	Auflage = edición
ausf.	ausführlich = en detalle
BAG	Bundesarbeitsgericht = Tribunal federal de trabajo
BB	Betriebsberater (revista)
Bd	Band = Tomo
Begr	Begründung = Exposición de Motivos
Beil	Beilage = Suplemento
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch = Código civil
BGH	Bundesgerichtshof = Tribunal Supremo federal
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT	Besonderer Teil = Parte especial
BT-Drs	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf = Convención de Viena de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías
DAR	Deutsches Autorecht (revista)
DB	Der Betrieb (revista)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dh	das heißt = esto es
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift

EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) = Ley sobre el pago del salario en días festivos y en caso de enfermedad (Ley de continuidad de la remuneración)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung = procesamiento electrónico de datos
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche = Ley de introducción al Código civil
EGV	EG-Vertrag = Tratado CE
Einl.	Einleitung = Introducción
Einf.	Einführung = Introducción
eing.	eingehend = detalladamente
einschr.	einschränkend = restrictivamente
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) = Ley de suministro de electricidad y gas (Ley de la industria energética)
EU	Europäische Union = Unión Europea
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften = Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FernAbsG	Fernabsatzgesetz = Ley de comercialización a distancia; derogada desde el 31.12.2001
Fernabsatz-RL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz = Directiva 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; derogada desde el 12.6.2014
FG	Festgabe = Homenaje
Finanzdienstleistungs- Fernabsatz-RL	Finanzgericht = Tribunal de finanzas Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG = Directiva 2002/65/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y de modificación de la Directiva 90/619/CEE del Consejo y de las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE
Fn	Fußnote = nota al pie
FS	Festschrift = Escrito homenaje
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts = sociedad civil
GEKR	Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht = Propuesta de la Comisión para una Normativa común de compraventa europea
gem	gemäß = según

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

GewO	Gewerbeordnung = Reglamento de actividades industriales
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland = Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
ggf. .	gegebenenfalls = dado el caso
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung = sociedad de responsabilidad limitada (S. R. L.)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung = Ley relativa a las sociedades de responsabilidad limitada
GrS	Großer Senat = Gran Sala
grds.	grundsätzlich = en principio
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen = Ley contra las limitaciones a la competencia
Haustürgeschäfte-RL	Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen = Directiva 85/577/CEE del Consejo sobre protección del consumidor en caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; derogada desde el 15.6.2014
HaustürWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften = Ley sobre la revocación de los negocios a domicilio y negocios similares; derogada desde el 31.12.2001
HGB	Handelsgesetzbuch = Código de comercio
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
hL	herrschende Lehre = doctrina dominante
hM	herrschende Meinung = opinión dominante
HPfIG	Haftpflichtgesetz = Ley de responsabilidad civil
idR	in der Regel = por regla general
iE	im Einzelnen = en detalle
iErg	im Ergebnis = en consecuencia
ieS	im engeren Sinne = en sentido estricto
iHv	in Höhe von = por un importe de
insbes	insbesondere = en particular
InsO	Insolvenzordnung = Reglamento de insolvencia
iSd	im Sinne des/der = en el sentido del/de los
iVm	in Verbindung mit = en relación con
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler JR
JURA	Juristische Ausbildung (revista)
juris-PK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung (revista)
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch = Código de inversiones de capital
Kap	Kapitel = Capítulo
Kfz	Kraftfahrzeug = vehículo de motor

KG	Kammergericht = Tribunal cameral (con datos de ubicación)
Klausel-RL	Kommanditgesellschaft = sociedad comanditaria Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen = Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores
KOM	Kommission der EU = Comisión de la Unión Europea
krit.	kritisch = crítico
KSchG	Kündigungsschutzgesetz = Ley de protección contra el despido
lat	latein(isch) = (en) latín
lit.	Buchstabe (lat. »litera«) = letras
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LMK	Lindenmaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz) = Ley de parejas de hecho registradas (Ley de parejas de hecho)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz = Ley de tráfico aéreo
mAnm	mit Anmerkung = con nota de
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista)
MMR	MultiMedia & Recht (revista)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
mwN	mit weiteren Nachweisen = con más referencias
nF	neue Fassung = nueva versión
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (revista)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft = sociedad colectiva
OLG	Oberlandesgericht = Tribunal Regional Superior
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
österr.	österreichische = austríaco
PatG	Patentgesetz = Ley de patentes
PBefG	Personenbeförderungsgesetz = Ley de transporte de pasajeros
PECL	Principles of European Contract Law
PfIVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (Pflichtversicherungsgesetz) = Ley del seguro obligatorio para los propietarios de vehículos de motor (Ley del seguro obligatorio)
PIN	persönliche Identifikationsnummer = número de identificación personal
Pkw	Personenkraftwagen = automóvil
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz)

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

pVV	Positive Vertragsverletzung = lesión contractual positiva
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar
R	Recht = Derecho
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und europäisches Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf = Proyecto del Gobierno
RG	Reichsgericht = Tribunal del Imperio
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar (Reichsgerichtsratekommentar)
RL	Richtlinie = Directiva
Rn.	Randnummer = n. m. (número marginal)
Rn. Pfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (revista)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr.593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht = Reglamento (CE) Nr.593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre el Derecho aplicable a las relaciones obligatorias contractuales
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr.864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht = Reglamento (CE) Nr.593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre el Derecho aplicable a las relaciones obligatorias extracontractuales
r+s	Recht und Schaden (revista)
RS	Rechtssache = asunto
Rspr	Rechtsprechung = jurisprudencia
S	Seite = página
	Satz = inciso
s	Siehe = véase
Sec	Section = sección
2. SchadRÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften = segunda Ley para la modificación de los preceptos del Derecho de daños
ScheckG	Scheckgesetz = Ley del cheque
SchuldR	Schuldrecht = Derecho de obligaciones
SchuldR BT	Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl 2019
SchuldRModG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts = Ley para la modernización del Derecho de obligaciones
SchwarzBG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit = Ley para la lucha contra el trabajo sumergido
SGB	Sozialgesetzbuch = Código de la seguridad social
Slg	Sammlung = Colección
sog	sogenannt = denominado
StGB	Strafgesetzbuch= Código penal

stRspr	ständige Rechtsprechung = jurisprudencia constante
StVG	Straßenverkehrsgesetz = Ley de tráfico vial
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung = Reglamento de tráfico vial
TierSchG	Tierschutzgesetz = Ley para la protección de los animales
TzWrG	Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz) = Ley sobre la enajenación de derechos de aprovechamiento a tiempo parcial en edificios residenciales (Ley de derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz) = Ley sobre acciones de cesación en caso de vulneración de los derechos de los consumidores y otras vulneraciones (Ley de acciones de cesación)
UN	United Nations
UNIDROIT	Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom = Instituto internacional para la unificación del Derecho privado en Roma
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urhebergesetz) = Ley sobre los derechos de autor y derechos afines (Ley de derechos de autor)
Urt	Urteil = sentencia
uU.	unter Umständen = en ciertas circunstancias
Verbrauchsgüter-RL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter = Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y de las garantías de los bienes de consumo
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz = Ley de crédito al consumo
Verbraucherrechte-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates = Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, para la modificación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, así como para la derogación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo y de la Directiva 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo
VersR	Versicherungsrecht (revista)

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen – Ausgabe 2016 = Reglamento de adjudicación y contratación de servicios de construcción (VOB) Parte I: Condiciones generales de contratación para la ejecución de servicios de construcción - Edición 2016
Vorbem	Vorbemerkung = Observación previa
VuR	Verbraucher und Recht (revista)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) = Ley relativa al contrato de seguro (Ley del contrato de seguro)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) = Ley sobre la propiedad de la vivienda y el derecho de residencia permanente (Ley de propiedad de la vivienda)
WG	Wechselgesetz = Ley cambiaria
WM	Wertpapier-Mitteilungen (revista)
Zahlungsverzugs-RL (nueva versión)	Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr = Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo para la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
Zahlungsverzugs-RL 2000 (primera)	Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr = Directiva 2000/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo para la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
zB	zum Beispiel = por ejemplo
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch = Código civil suizo
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung = Reglamento del procedimiento civil
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	zum Teil = en parte
zust	zustimmend = de acuerdo

Los párrafos sin indicaciones legales son los del BGB.

BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)

En el texto las obras enumeradas se citan de forma abreviada.

I. Manuales, monografías y colecciones de casos

1. Derecho de obligaciones (centro de atención: Parte general)

- BROX, H./WALKER, W. D., Allgemeines Schuldrecht, 43.Aufl. 2019 (citado: BROX/WALKER SchuldR AT).
- BROX, H./WALKER, W. D., Besonderes Schuldrecht, 43.Aufl. 2019 (citado: BROX/WALKER SchuldR BT).
- ECKERT, J., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 2004 (citado: ECKERT SchuldR AT).
- EMMERICH, V., Das Recht der Leistungsstörungen, 6.Aufl. 2005 (citado: EMMERICH LeistungsstörungenR).
- EMMERICH, V., BGB Schuldrecht, Besonderer Teil, 14.Aufl. 2015 (citado: EMMERICH SchuldR BT).
- ENNECCERUS, L./LEHMANN, H., Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl. 1958.
- ESSER, J./SCHMIDT, E., Schuldrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil; Teilband 1, 8.Aufl. 1995; Teilband 2, 8.Aufl. 2000 (citado: ESSER/SCHMIDT SchuldR AT I/II).
- FEZER, K.-H./OBERGFELL, E.I., Klausurenkurs zum Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9.Aufl. 2019.
- FIKENTSCHE, W./HEINEMANN, A., Schuldrecht, 11.Aufl. 2017 (citado: FIKENTSCHE/HEINEMANN SchuldR).
- FRITZSCHE, J., Fälle zum Schuldrecht I, 8.Aufl. 2019 (citado: FRITZSCHE Fälle SchuldR I).
- GERNHUBER, J., Das Schuldverhältnis, 1989 (citado: GERNHUBER Schuldverhältnis).
- HARKE, J. D., Allgemeines Schuldrecht, 2010 (citado: HARKE SchuldR AT).
- HECK, P., Grundriss des Schuldrechts, 1929 (citado: HECK SchuldR).
- HIRSCH, C., Allgemeines Schuldrecht, 11.Aufl. 2018 (citado: HIRSCH SchuldR AT).

- HUBER, U., Leistungsstörungen, Bd.1, 1999 (citado: HUBER Leistungsstörungen I).
- HUBER, U., Leistungsstörungen, Bd.2, 1999 (citado: HUBER Leistungsstörungen II).
- JOUSSEN, J., Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 2017 (citado: JOUSSEN SchuldR I).
- LANGE, H./SCHIAMANN, G., Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen/Schadensersatz, 3.Aufl. 2003 (citado: LANGE/SCHIAMANN Schadensersatz).
- LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14.Aufl. 1987 (citado: LARENZ SchuldR I).
- LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Halbband 1, 13.Aufl. 1986 (citado: LARENZ SchuldR II 1).
- LARENZ, K./CANARIS, C.-W., Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Halbband 2, 13.Aufl. 1994 (citado: LARENZ/CANARIS SchuldR II 2).
- LORENZ, S./RIEHM, T., Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002 (citado: LORENZ/RIEHM Neues SchuldR).
- LOSCHELDERS, D., Schuldrecht Besonderer Teil, 14.Aufl. 2019 (citado: SchuldR BT).
- MARBURGER, P./SUTSCHET, H., 20 Probleme aus dem Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl. 2014 (citado: MARBURGER/SUTSCHET 20 Probleme SchuldR AT).
- MEDICUS, D./LORENZ, S., Schuldrecht Bd.I, Allgemeiner Teil, 21.Aufl. 2015 (citado: MEDICUS/LORENZ SchuldR AT).
- MEDICUS, D./LORENZ, S., Schuldrecht Bd.II, Besonderer Teil, 18.Aufl. 2018 (citado: MEDICUS/LORENZ SchuldR BT).
- OETKER, H./MAULTZSCH, F., Vertragliche Schuldverhältnisse, 4.Aufl. 2013 (citado: OETKER/MAULTZSCH Vertragl. Schuldverhältnisse).
- PETERSEN, J., Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 9.Aufl. 2019 (citado: PETERSEN ExamensRep SchuldR AT).
- SHELLHAMMER, K., Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 10.Aufl. 2018 (citado: SHELLHAMMER SchuldR).
- SCHLECHTRIEM, P./SCHMIDT-KESSEL, M., Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl. 2005 (citado: SCHLECHTRIEM/ SCHMIDT-KESSEL SchuldR AT).
- SCHWARZE, R., Das Recht der Leistungsstörungen, 2.Aufl. 2017 (citado: SCHWARZE Leistungsstörungen).
- TEICHMANN, A., Vertragliches Schuldrecht, 4.Aufl. 2008 (citado: TEICHMANN Vertragl. SchuldR).
- WEILER, F., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 2017 (citado: WEILER SchuldR AT).
- WESTERMANN, H. P./BYDLINSKI, P./WEBER, R., BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8.Aufl. 2014 (citado: WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER SchuldR AT).
- WÖRLEN, R./METZLER-MÜLLER, K., Schuldrecht AT, 12.Aufl. 2015 (citado: WÖRLEN/METZLER-MÜLLER SchuldR AT).

2. Otras áreas

- BRAND, O., Schadensersatzrecht, 2.Aufl. 2015 (citado: BRAND SchadensersatzR).
- BROX, H./WALKER, W.-D., Allgemeiner Teil des BGB, 42.Aufl. 2018 (citado: BROX/WALKER BGB AT).

- BÜLOW, P./ARTZ, M., Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl. 2018 (citado: BÜLOW/ARTZ VerbraucherprivatR).
- CANARIS, C. W., Schuldrechtsmodernisierung 2002 (citado: CANARIS Schuldrechtsmodernisierung).
- DEUTSCH, E., Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1995 (citado: DEUTSCH Allg. HaftungsR).
- FLUME, W., Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992 (citado: FLUME BGB AT II).
- GERNHUBER, J., Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994 (citado: GERNHUBER Erfüllung).
- GRUNEWALD, B., Bürgerliches Recht, 9. Aufl. 2014 (citado: GRUNEWALD BürgerlR).
- HEIDERHOFF, B., Europäisches Privatrecht, 4. Aufl. 2016 (citado: HEIDERHOFF Europäisches PrivatR).
- HÜBNER, U./CONSTANTINESCO, V., Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2001 (citado: HÜBNER/CONSTANTINESCO Einführung).
- KÖHLER, H., Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018 (citado: KÖHLER BGB AT).
- LOOSCHELDERS, D., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999 (citado: LOOSCHELDERS Mitverantwortlichkeit).
- MEDICUS, D./PETERSEN, J., Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016 (citado: MEDICUS/PETERSEN BGB AT).
- MEDICUS, D./PETERSEN, J., Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 11. Aufl. 2019 (citado: MEDICUS/PETERSEN Grundwissen BürgerlR).
- MEDICUS, D./PETERSEN, J., Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017 (citado: MEDICUS/PETERSEN BürgerlR).
- MUSIELAK, H.-J./HAU, W., Grundkurs BGB, 15. Aufl. 2017 (citado: MUSIELAK/HAU GK BGB).
- MUSIELAK, H.-J./HAU, W., Examenskurs BGB, 4. Aufl. 2019 (citado: MUSIELAK/HAU EK BGB).
- OETKER, H., Handelsrecht, 6. Aufl. 2010 (citado: OETKER HandelsR).
- PAWLOWSKI, H.-M., Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003 (citado: PAWLOWSKI BGB AT).
- STAUDINGER, J., STAUDINGER, JULIUS VON, Eckpfeiler des Zivilrechts, 5. Aufl. 2014/2015 (citado: Staudinger/ BEARBEITER Eckpfeiler).
- WOLF, M./NEUNER, J., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016 (citado: WOLF/NEUNER BGB AT).

II. Comentarios

- BAMBERGER, H. G./ROTH, H., Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition: 50, Stand: 1.5.2019 (citado: BeckOK BGB/BEARBEITER).
- beck-online Großkommentar, Stand: 1.7.2019 (citado: BeckOGK/BEARBEITER).

- ERMAN, W., Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 15.Aufl. 2017 (citado: Erman/BEARBEITER).
- Hk-BGB, BGB-Handkommentar, 10.Aufl. 2019 (citado: HK-BGB/BEARBEITER).
- HKK, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2007 (citado: HKK/BEARBEITER).
- JACOBY, F./v. HINDEN, M., Studienkommentar BGB, 16.Aufl. 2018 (citado: Jacoby/v. Hinden/BEARBEITER) JAUERNIG, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 17.Aufl. 2018 (citado: Jauernig/BEARBEITER).
- juris-PK juris Praxiskommentar BGB, 8.Aufl. 2017 (citado: jurisPK-BGB/BEARBEITER).
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 8.Aufl. 2018, Bd.2, 3, 4, 8.Aufl. 2019, Bd.5/1, 7.Aufl. 2018, Bd.5/2, 6, 7, 7.Aufl. 2017 (citado: MüKo-BGB/BEARBEITER).
- NK-BGB, NomosKommentar BGB, Bd.1 und 2, 3.Aufl. 2016, Bd.3–5, 4.Aufl. 2014 ss. (citado: NKBGB/BEARBEITER).
- PALANDT, O., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 78.Aufl. 2019 (citado: Palandt/BEARBEITER) PRÜTTING, H./WEGEN, G./WEINREICH, G., BGB Kommentar, 14.Aufl. 2019 (citado: PWW/BEARBEITER).
- Reichsgerichtsrätekommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 12.Aufl. 1974 ss. (citado: RGRK/BEARBEITER).
- SOERGEL, T., Bürgerliches Gesetzbuch, 13.Aufl. 1999 ss. (citado: Soergel/BEARBEITER).
- v. STAUDINGER, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearb. 2005 ss. (citado: Staudinger/ BEARBEITER).

PARTE PRIMERA

FUNDAMENTOS

§ 1 LA RELACIÓN OBLIGATORIA

I. LA RELACIÓN OBLIGATORIA COMO OBJETO DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

- 1 El Derecho de obligaciones regula una pluralidad de situaciones. En la rúbrica del segundo Libro del BGB el legislador habla más precisamente del «Derecho de las relaciones obligatorias». Esto conduce a la cuestión de qué ha de entenderse por **relación obligatoria**.

1. El concepto de relación obligatoria

- 2 El BGB caracteriza la relación obligatoria valiéndose de las **consecuencias jurídicas** que resultan de ella. Según el § 241 I, en virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para exigir del deudor una prestación, pudiendo consistir la prestación también en una omisión. El § 241 II añade que la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, los bienes jurídicos y los intereses de la otra parte. Del § 311 II y III resulta que la relación obligatoria también puede limitarse a tales deberes de respeto o de protección. La relación obligatoria es, así, una relación jurídicamente ordenada (relación jurídica) en la

que participan al menos dos personas (acreedor y deudor)¹. Constituye el fundamento de determinados deberes de prestación del deudor y/o de particulares deberes de conducta de las partes².

- 3 Dado que los derechos y deberes en cuestión solo existen entre las partes, la relación obligatoria también puede designarse como una **vinculación** jurídica **especial**³. La *relatividad* de la relación jurídica que se expresa con ello es la diferencia determinante frente a los derechos reales regulados por el Derecho de cosas (p. e., la propiedad). Los derechos reales no fundamentan ninguna pretensión frente a personas *concretas*, sino un poder de dominio sobre cosas que debe ser respetado por *todos*. Por eso se habla también de derechos *absolutos*.
- 4 Es dudoso si el concepto de relación obligatoria se puede concretar y «llenar de vida» separado de las **circunstancias** que le subyacen⁴. Si se observan en detalle las «relaciones obligatorias en particular» reguladas en la sección 8 del Libro 2, se aprecia que se trata de circunstancias muy heterogéneas. Ya las causas para que surja la vinculación especial no pueden ponerse bajo un denominador común. Antes bien, hay dos supuestos de hecho fundamentales: el negocio jurídico, particularmente el contrato (§ 311 I BGB), y la ley (→ § 10 n. m. 1). Además, desde la reforma del Derecho de obligaciones la categoría de las relaciones obligatorias análogas a las negociales se encuentra en el § 311 II y III⁵. Por tanto, hay que aceptar el hecho de que el objeto del Derecho de obligaciones solo se puede delimitar con la ayuda de la categoría abstracta de la relación obligatoria.

2. La función del Derecho de obligaciones

- 5 En correspondencia con la variedad de situaciones reguladas, el Derecho de obligaciones cumple diferentes funciones. Una tarea central consiste en poner a disposición del particular medios jurídicos para materializar sus intereses *bajo su propia responsabilidad*. El medio constitutivo más importante es el **contrato**. Los contratos obligatorios con frecuencia se dirigen a un cambio en la adscripción real de los bienes (p. e., contrato de compraventa),

¹ Cfr. *Henke* JA 1989, 186; *E. Schmidt*, Das Schuldverhältnis, 2004, n. m. 4.

² Cfr. *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 44; *Larenz SchuldR I* § 2 1.

³ *Medicus/Lorenz SchuldR I* § 1.

⁴ Para una presentación del problema, *Larenz SchuldR I* § 1.

⁵ Sobre esta clasificación, *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 46 ss.; críticamente, *Harke SchuldR AT* n. m. 18 s.

a cuyos efectos el cambio como tal se realiza después con los medios del Derecho de cosas (p. e., §§ 929 ss.). Pero los contratos obligatorios también pueden tener por objeto la cesión temporal de una cosa (p. e., arrendamiento y arrendamiento de uso y disfrute), la ejecución de una prestación de servicios (p. e., contrato de servicios y contrato de mediación), la realización de una obra (contrato de obra) o cualquier otro cambio de la situación patrimonial del acreedor⁶.

- 6 Además de ello, el Derecho de obligaciones debe *proteger* los bienes jurídicos y derechos del individuo frente a las injerencias y garantizar una *compensación* justa por los daños ocasionados y los desplazamientos patrimoniales injustificados⁷. Las últimas tareas se cumplen fundamentalmente mediante **las relaciones obligatorias legales** (→ § 10 n. m. 1 ss.); mas también los deberes de protección del § 241 II tienden a salvaguardar el interés de integridad en las relaciones obligatorias negociales y análogas a las negociales.

Para profundizar: Las consideraciones precedentes muestran que en el Derecho de obligaciones se trata normalmente de la satisfacción de *intereses patrimoniales*. Sin embargo, no es necesaria con carácter general una referencia patrimonial. Antes bien, los contratos obligatorios pueden afectar también a objetos que no tienen ningún valor patrimonial. Son ejemplos de ello la compraventa de objetos de aficionados carentes de valor o la pretensión de devolución de cartas de amor conforme al § 812 I 1 alternativa 1 (→ SchuldR BT § 54 n. m. 3).

II. LA RELACIÓN OBLIGATORIA EN SENTIDO ESTRICTO Y AMPLIO

- 7 La expresión «relación obligatoria» no se emplea en el BGB de forma unitaria. En parte designa el **conjunto** de relaciones jurídicas entre acreedor y deudor (relación obligatoria en sentido amplio), pero en parte también solamente la relación entre acreedor y deudor con respecto a un **crédito** en particular (relación obligatoria en sentido estricto)⁸. Por consiguiente, en cada precepto en particular debe aclararse mediante la interpretación qué sentido

⁶ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 1; *E. Schmidt*, Das Schuldverhältnis, 2004, n. m. 12 ss.

⁷ Cfr. *MüKoBGB/Ernst* Introducción previa al § 241 n. m. 9.

⁸ Acerca de esta distinción, *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 36 ss.; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 8; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 3; *Joussen SchuldR I* n. m. 25 ss.; críticamente, *Harke SchuldR AT* n. m. 16.

es el subyacente. Sin embargo, en general, el esclarecimiento de esta cuestión no debería suponer ninguna dificultad⁹.

Ejemplos: (1) Según el § 311 I, en principio, la constitución negocial de una relación obligatoria requiere un contrato. El precepto se refiere a la cuestión del modo en que se establece el particular vínculo entre deudor y acreedor. Por ello, la expresión «relación obligatoria» debe entenderse en un sentido más amplio¹⁰.

(2) Según el § 362 I, la relación obligatoria se extingue cuando se ejecuta la prestación debida. El cumplimiento se refiere solo a la concreta relación de prestación; el cumplimiento no afecta al conjunto de la vinculación jurídica especial entre las partes. Así, es cierto que la entrega y el traspaso de la cosa vendida por el vendedor tiene como consecuencia que el correlativo derecho de crédito del comprador se extingue por el § 433 I 1; sin embargo, subsisten los otros derechos y obligaciones existentes entre las partes (p. e., la pretensión del vendedor al precio conforme al § 433 II). Por tanto, la expresión «relación obligatoria» debe entenderse en un sentido más estricto¹¹.

- 8** La **relación obligatoria en sentido estricto** muestra un estrecho parentesco con la *pretensión* en el sentido del § 194 I. Dicho más exactamente, el derecho del acreedor a exigir una prestación del deudor (§ 241 I) es un caso especial de pretensión. Cuando la ley emplea la expresión «*crédito*» (cfr. por ejemplo §§ 387 y 398), no quiere decir otra cosa que una pretensión obligatoria¹². Dado que las pretensiones pueden resultar, no solo de relaciones obligatorias, sino también de derechos reales así como de relaciones jurídicas familiares y sucesorias, pretensión es el concepto general. Esto concuerda con la posición sistemática del § 194 I en el Libro primero del BGB.
- 9** Con el crédito del acreedor se corresponde el deber del deudor de cumplir con el crédito. Este estar obligado se denomina «**deuda**»¹³. Deuda no significa aquí responsabilidad personal (culpa) sino simplemente «deber prestar»¹⁴. De este modo, los conceptos «crédito», «deuda» y «relación obligatoria en sentido estricto» no son completamente sinónimos. Porque transcriben el mismo supuesto desde *diferentes perspectivas*: el punto de vista del acreedor (crédito), el punto de vista del deudor (deuda) y el punto de vista de un tercero (relación obligatoria en sentido estricto)¹⁵.

⁹ Cfr. Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 38; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 8.

¹⁰ Henke JA 1989, 186.

¹¹ BGHZ 10, 391 (395); BGH NJW 2007, 3488 (3489); MüKoBGB/Fetzer. Previo al § 362 n. m. 1.

¹² Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 6; Gernhuber Schuldverhältnis § 3 I 5.

¹³ Brox/Walker SchuldR AT § 2 n. m. 19.

¹⁴ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 7.

¹⁵ Gernhuber Schuldverhältnis § 2 I 1b.

III. LOS DEBERES QUE DERIVAN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

- 10** Los deberes obligatorios se pueden clasificar en dos categorías conforme a la sistemática del § 241: **deberes de prestación** y **deberes de protección**. Mientras los deberes de prestación se dirigen a un *cambio* de la situación de los bienes, los deberes de protección deben preservar de perjuicios la *actual* situación de los bienes de los implicados, es decir, proteger su interés de integridad¹⁶. Inicialmente el BGB solo mencionaba en el § 241 los deberes de prestación; los deberes de protección fueron regulados por primera vez por la SchuldRModG en el § 241 II.

1. Deberes de prestación

A) DEBERES PRINCIPALES DE PRESTACIÓN Y DEBERES ACCESORIOS DE PRESTACIÓN

- 11** Según su significado en el marco de la relación obligatoria, los deberes de prestación se subdividen en deberes de prestación principales y accesorios. Los **deberes principales de prestación** caracterizan la singularidad y el tipo de la correspondiente relación obligatoria. Integran los componentes esenciales de un contrato (*essentialia negotii*) y de ahí que deban ser determinados en general por las partes al concluir el contrato, porque si no el contrato no se concluye eficazmente¹⁷. En los contratos bilaterales los deberes principales de prestación se encuentran en una relación de intercambio (→ § 15 n. m. 14). Por eso, según el § 320, cada parte puede denegar la prestación hasta que la otra parte haya realizado la contraprestación.
- 12** Los **deberes accesorios de prestación** se refieren a los deberes principales de prestación y deben favorecer y propiciar su cumplimiento; por tanto, no persiguen ningún objetivo independiente sino que tienen una «función de servicio»¹⁸. Algunos deberes accesorios de prestación están regulados expresamente en la ley (cfr. por ejemplo § 402). En casos concretos pueden

¹⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 125; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 5.

¹⁷ Cfr. *Brox/Walker* BGB AT § 11 n. m. 12. Sobre las excepciones de los §§ 315–317 → § 11 n. m. 11 ss. Otras excepciones para determinados tipos contractuales se encuentran en los §§ 612 I, 632 I (→ SchuldR BT § 29 n. m. 27, § 32 n. m. 3).

¹⁸ *Gernhuber* Schuldverhältnis § 2 III 4; *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 n. m. 8 ss.

resultar de la relación obligatoria amplios deberes accesorios de prestación, debiendo estarse para su concreción a los pactos de las partes, a las reglas de la interpretación contractual integradora (§ 157), así como al principio general de la buena fe (§ 242)¹⁹.

Ejemplo: En el contrato de compraventa el deber del vendedor de entrega y traspaso de la cosa vendida (§ 433 I 1) y el deber del comprador de pago del precio (§ 433 II) son deberes principales de prestación. Estos dos deberes determinan la singularidad del contrato de compraventa y se encuentran en una relación de intercambio. El deber del comprador de recibir la cosa comprada, en cambio, debe considerarse por lo general como un deber accesorio de prestación; no es esencial para el tipo de la compraventa y tiene frente al deber principal de prestación del vendedor una función de servicio (a saber, de liberación del vendedor)²⁰. Otros deberes accesorios de prestación pueden pactarse contractualmente (p. e., el envío y el aseguramiento de la cosa vendida por parte del vendedor) o resultar de la relación obligatoria conforme a la buena fe (p. e., el deber del vendedor de embalar la cosa vendida).

- 13 Desde el punto de vista procesal es de tener en cuenta que las pretensiones de cumplimiento pueden hacerse valer mediante **acciones de condena o de cesación**.

Sobre Derecho comparado: Desde un punto de vista internacional no es evidente que las pretensiones de cumplimiento puedan hacerse valer mediante acciones. Así, el *Common Law* parte tradicionalmente de que el acreedor no tiene contra el deudor ninguna pretensión jurídicamente coercible para el *cumplimiento* del contrato *in natura*. Si la prestación debida no se cumple, el acreedor debe conformarse con una pretensión indemnizatoria del daño. Es cierto que con el paso del tiempo este estricto punto de vista se ha superado. Pero, aún hoy, la imposición judicial de una pretensión de cumplimiento sigue siendo posible solo excepcionalmente («specific performance»). Ello presupone que el acreedor tenga un especial interés en el cumplimiento que no pueda ser tenido en cuenta adecuadamente mediante la pretensión indemnizatoria del daño²¹.

- 14 **Exigibles** son, no solo los deberes principales de prestación, sino también los deberes accesorios de prestación²². Sin embargo, por regla general, respecto de muchos deberes accesorios de prestación no tiene cabida un ejercicio independiente de la pretensión de cumplimiento por razones prácticas.

¹⁹ Jauernig/Mansel § 241 n. m. 9.

²⁰ Staudinger/Beckmann, 2013, § 433 n. m. 213; Larenz SchuldR II 1 § 42 Ib. No obstante, si el vendedor tiene un interés especial en la recepción de la cosa vendida (p. e. liquidación total), puede calificarse excepcionalmente la recepción como deber principal de prestación (→ SchuldR BT § 2 n. m. 5).

²¹ Cfr. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 35 IV.

²² Jauernig/Mansel § 241 n. m. 9; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 207; diferenciando, MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 30, 62 ss.

Ejemplos: (1) El nuevo acreedor puede, mediante acción de condena, reclamar al acreedor precedente que cumpla con su deber de información del § 402.

(2) En el caso de las compras diarias en efectivo, el comprador prácticamente nunca entablará un pleito contra el vendedor por el debido embalaje de la cosa²³. En la práctica solo es relevante el caso en que la cosa comprada resulta dañada a consecuencia de un embalaje inadecuado. En este caso, el comprador hará valer una pretensión de indemnización del daño. Pero si el vendedor, en el marco de un contrato de suministro a plazos o de tracto sucesivo, ya ha entregado una vez mercancía mal embalada, no puede impedirse al comprador que, para futuras entregas, reclame al vendedor un embalaje mejor mediante una acción de condena.

B) DEBERES DE PRESTACIÓN PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

- 15** En las **relaciones obligatorias contractuales** cabe distinguir, atendiendo al momento de su surgimiento, entre deberes de prestación primarios y secundarios²⁴. El verdadero (inicial) objetivo de la relación obligatoria es el cumplimiento de deberes **primarios** de prestación. Si el deudor infringe un deber primario de prestación, pueden surgir deberes **secundarios** de prestación. Estos se sitúan entonces, o bien junto al deber primario de prestación (p. e., la «simple» indemnización del daño conforme al § 280 I), o bien en su lugar (p. e., la indemnización del daño en lugar de la prestación conforme al § 280 I y III en relación con los §§ 281-283) y presuponen un **deber de responder** (§ 280 I 2). Por tanto, es determinante el principio de la *imputación en virtud de la responsabilidad*²⁵. Para los deberes primarios de prestación, el criterio del deber de responder es irrelevante. Aquí lo único que importa es que exista el correspondiente **acuerdo** (eficaz) **entre las partes**. Esto se basa en el principio de *libertad contractual* (→ § 3 n. m. 2). De este modo, los deberes primarios y secundarios de prestación se deben a distintas causas de validez²⁶. En el examen de clausura debe analizarse en primer lugar la pretensión primaria de cumplimiento antes de ocuparse de la pretensión secundaria de indemnización del daño²⁷.

²³ *Gernhuber Schuldverhältnis* § 2 III 4.

²⁴ Cfr. *Brox/Walker SchuldR* AT § 2 n. m. 5 ss., 15; críticamente, *PWW/Kramme* § 241 n. m. 20.

²⁵ *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 237. En general acerca de la imputación desde el punto de vista de la responsabilidad, *Pawlowski BGB AT* n. m. 349, 353.

²⁶ Cfr. *Harke SchuldR AT* n. m. 24 ss., que contrapone el principio contractual, determinante para los deberes de prestación (primarios), y el principio de culpa aplicable a los deberes indemnizatorios.

²⁷ *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 205.

Ejemplo: V vende a K por 5000 € un coche usado (valor: 4000 €). Antes de la entrega y el traspaso del coche este es destruido en un accidente causado culpablemente por V. ¿Qué pretensiones tiene K contra V?

(1) En primer lugar hay que examinar la pretensión (primaria) de K contra V, de entrega y traspaso del coche ex § 433 I. Esto presupone la eficaz conclusión de un contrato de compraventa. Este presupuesto se da. Sin embargo, a causa de la destrucción del vehículo la pretensión se ha extinguido de acuerdo con el § 275 I.

(2) En un segundo paso hay que ocuparse de la pretensión (secundaria) de indemnización del daño de K contra V ex §§ 280 I y III y 283. La pretensión presupone, entre otros, que V tenga que responder por la lesión del deber –aquí: por el incumplimiento del deber primario de prestación– (§ 280 I 2).

C) ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y RESULTADO DE LA PRESTACIÓN

- 16** El concepto «prestación» puede referirse a un determinado comportamiento (actividad de prestación) o a un determinado resultado (resultado de la prestación). En las relaciones obligatorias referidas a una actividad (p. e., el contrato de servicios) esta diferencia no tiene ninguna importancia. Aquí coinciden actividad de prestación y resultado de la prestación; la realización de la actividad conforme al contrato es el resultado. En cambio, en las relaciones obligatorias referidas a un resultado (p. e., contrato de compraventa y contrato de obra), el resultado puede no darse aunque se realice la actividad de prestación conforme al contrato. En este caso debe establecerse, mediante la interpretación del correspondiente precepto, si el concepto «prestación» debe designar la actividad de prestación o el resultado de la prestación²⁸.

Ejemplos: (1) Según el § 362, la relación obligatoria (en sentido estricto) se extingue cuando se realiza la prestación debida al acreedor. En un contrato de compraventa la prestación debida (traspaso de la cosa vendida; pago del precio) no se realiza sino cuando se produce el resultado de la prestación²⁹. Por ello, el deudor tiene, en principio, que acometer de nuevo la actividad de la prestación si no ha conducido al resultado.

(2) Según el § 242, el deudor tiene que realizar la prestación tal como exige la buena fe teniendo en cuenta los usos del tráfico. El precepto regula entre otras cosas la manera en que la prestación ha de ejecutarse. Por tanto, el concepto «prestación» se refiere a la actividad de prestación.

²⁸ HK-BGB/*Schulze* § 241 n. m. 9; MüKoBGB/*Bachmann* § 241 n. m. 18.

²⁹ BGHZ 87, 156 (162).

D) POSIBLE CONTENIDO DEL DEBER DE PRESTACIÓN

- 17 El posible contenido del deber de prestación no se concreta en detalle en el § 241 I. Tiene que deducirse de los correspondientes acuerdos entre las partes o de la ley. Parte de la doctrina defiende la opinión de que solo puede considerarse como prestación el incremento deliberado e intencionado del **patrimonio** ajeno³⁰. Sin embargo, el legislador histórico del BGB ha renunciado conscientemente a limitar el concepto de prestación a la atribución de ventajas *de valor patrimonial*. Esta decisión es adecuada. No hay ningún motivo para reducir el Derecho de obligaciones al intercambio o a la protección de bienes materiales (→ § 1 n. m. 6)³¹.
- 18 El § 241 I 2 deja claro que la prestación también puede consistir en una **omisión**. Esto tiene como consecuencia que, por lo regular, no sea necesario distinguir entre hacer positivo y omisión. Los deberes de omisión derivan en parte de la ley (p. e., prohibición de competencia mientras dure la relación de servicio de conformidad con el § 60 HGB). En ocasiones las partes también los acuerdan como *deberes principales de prestación* (p. e., prohibición de competencia por el tiempo posterior a la finalización de la relación de servicios de conformidad con el § 74 HGB). Por lo demás, de la promesa contractual de prestación considerando la buena fe (§ 242) se deriva el general *deber accesorio de prestación* de omitir todo acto que perjudique el debido desarrollo de la relación obligatoria³².

2. Deberes de protección

A) REGULACIÓN LEGAL

- 19 La relación obligatoria no se agota en deberes de prestación, sino que también incluye para ambas partes deberes de *respetar* los bienes jurídicos e intereses de la otra parte (§ 241 II). Estos deberes deben proteger el interés de integridad del cocontratante y por ello se denominan también **deberes de protección**³³. El contenido y la extensión de los deberes de protección de-

³⁰ *Gernhuber Schuldverhältnis* § 1 I 4.

³¹ Cfr. *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 14 ss.

³² Cfr. *HK-BGB/Schulze* § 241 n. m. 11; *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 272.

³³ Cfr., por ejemplo, *MüKoBGB/Bachmann* § 241 n. m. 50 ss.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR* AT n. m. 163 ss.; *Medicus/Lorenz SchuldR* AT n. m. 517 ss.; *Medicus FS Canaris* I, 2007, 835.

penden del contenido de la correspondiente relación obligatoria (§ 241 II) y demás circunstancias del caso concreto³⁴. Para mayor concreción puede recurrirse al efecto a las reglas de la interpretación integradora (§§ 133 y 157) y al principio de la buena fe (§ 242) (→ § 4 n. m. 18).

Ejemplo: B ha encargado al maestro pintor U pintar su salón. U no solo tiene que ejecutar debidamente los trabajos de pintura. Sus deberes contractuales incluyen también ocuparse de que los objetos de la casa de B no sean dañados ni manchados.

- 20 Que, mientras se desarrolla la relación obligatoria, las partes están obligadas a evitar daños a la otra parte, se admite desde hace mucho tiempo³⁵. La aceptación de tales deberes de protección se justifica porque, en el marco de las vinculaciones obligatorias especiales, las partes se conceden entre sí elevadas posibilidades de afectar a sus derechos, bienes jurídicos e intereses (cfr. § 311 II n. 2)³⁶. De ahí que deban poder confiar en que la otra parte observa el debido cuidado respecto de ellos. La formulación algo vaga del § 241 II («puede... obligar») deja claro que la existencia de un **determinado deber de protección** no puede simplemente suponerse, sino que debe justificarse cuidadosamente en cada caso concreto³⁷. Es cierto que las relaciones obligatorias van acompañadas regularmente de deberes de protección; pero su contenido y su intensidad dependen del **tipo de la correspondiente relación obligatoria** y de las **circunstancias del caso concreto** (→ § 1 n. m. 19).
- 21 El **encuadre dogmático** de los deberes del § 241 II es discutido. En primer plano está la cuestión de si, cuando existe un contrato, los deberes de protección se basan en la **relación obligatoria contractual** existente entre las partes o se deben a una **relación obligatoria legal** independiente, que se sitúa junto al contrato³⁸. No obstante, en la práctica jurídica esto carece de importancia la mayor parte de las veces. Lo decisivo es que el nacimiento de deberes de protección presupone, según el tenor literal del § 241 II, la existencia de una **relación obligatoria**³⁹. En todo caso, a estos efectos basta con un **contrato eficaz**. El § 311 II deja claro, además, que una relación obligatoria con deberes del § 241 II no se limita a las partes de un contrato eficaz, sino que también

³⁴ Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 418; MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 55.

³⁵ Cfr., por ejemplo, BGH NJW-RR 1995, 1241 (1242); MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 47.

³⁶ MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 117.

³⁷ NK-BGB/Krebs § 241 n. m. 21; Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 419.

³⁸ Sobre el planteamiento del problema, Medicus FS Canaris I, 2007, 835 (838 s.). A favor de la aceptación de una relación obligatoria legal independiente, por ejemplo, Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 203; Harke SchuldR AT n. m. 17; en detalle sobre la controversia, Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 393 ss.

³⁹ Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 399.

puede existir en el **ámbito precontractual** entre las partes del contrato proyectado (→ § 8 n. m. 1 ss.). En caso de **contratos nulos** procede recurrir al § 311 II n. 3 (→ 5 n. m. 9). Conforme al § 311 III, una relación obligatoria con los deberes del § 241 II también puede surgir con **terceros** que no lleguen a ser parte contratante (→ § 9 n. m. 1 ss.). En estos últimos casos no nace entre los implicados *ningún deber primario de prestación*. La relación obligatoria justifica exclusivamente *deberes de protección*, cuya lesión puede dar lugar a una pretensión de indemnización del daño conforme al § 280 I.

Ejemplo: El titular de una tienda de alimentación debe ocuparse de que sus clientes no resbalen con hojas de verdura tiradas por el suelo. Este deber existe con independencia de si finalmente se llega a concluir un contrato de compraventa. También existe frente a familiares, p. e. niños, que acompañen al (potencial) cliente. En caso de incumplimiento culposo del deber, los familiares perjudicados disponen de una pretensión indemnizatoria del daño conforme a los §§ 280 I, 311 II y III 1 (→ § 9 n. m. 1 ss.).

Como objeto de los deberes de protección el § 241 II menciona, además de los derechos y bienes jurídicos, los **intereses** de la otra parte. Con ello se trata de dejar claro «que también pueden tener que protegerse intereses patrimoniales y otros intereses como, por ejemplo, la libertad de decisión»⁴⁰.

B) RELACIÓN CON LOS DEBERES DEL TRÁFICO EXTRA CONTRACTUALES

- 22** La protección frente a las lesiones de bienes jurídicos y las disposiciones patrimoniales dañosas no existe solo en las vinculaciones obligatorias especiales. Antes bien, aquí se encuentra también una función central del **Derecho de daños**. Sin embargo, los deberes obligatorios de protección en el sentido del § 241 II pueden sobrepasar sustancialmente, en alcance e intensidad, a los deberes de conducta sancionados por el Derecho de daños en el tráfico general (*deberes del tráfico*).

Ejemplos: (1) El Derecho de daños otorga en el § 823 I una amplia protección a determinados bienes jurídicos (vida, cuerpo, salud, libertad) y derechos (propiedad y otros derechos absolutos). En principio, el *patrimonio* como tal solo es protegido frente a daños dolosos contrarios a las buenas costumbres (§ 826). En cambio, los deberes de protección en el sentido del § 241 II se refieren también al patrimonio como tal. (2) En el ámbito del Derecho de daños, conforme al § 831, el dueño del negocio solo tiene que responder por la conducta de sus *auxiliares* si hubo en él *culpa propia* en

⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, 126; cfr. al respecto, *Canaris JZ* 2001, 499 (519).

la elección, vigilancia o dirección, o en la provisión de los medios de trabajo. Es cierto que la culpa del dueño del negocio se presume; pero, de acuerdo con el § 831 I 2, tiene la posibilidad de rebatir la presunción (exculpación). En cambio, de acuerdo con el § 278 (→ § 23 n. m. 34 ss.), en el marco de las relaciones obligatorias, sobre el deudor recae un *deber absoluto de responder* por la culpa de sus auxiliares para el cumplimiento.

C) CONCURSOS

- 23** Si una parte lesiona un deber de protección, la otra parte puede hacer valer *pretensiones contractuales de indemnización del daño*. Si se dan los presupuestos de la responsabilidad contractual y extracontractual, ambas pretensiones coexisten (**conurrencia de pretensiones**). Por ello en el examen de clausura también deben analizarse ambas categorías. Al efecto cada pretensión debe tratarse, en principio, conforme a las reglas de su respectiva disciplina jurídica.

Sin embargo, es posible que la responsabilidad extracontractual se vea **modificada** por el Derecho contractual. Esto es posible siempre que el Derecho contractual contenga una regla especial que resultaría obsoleta de aplicarse el Derecho general de daños sin restricciones. Así, las atenuaciones de responsabilidad previstas legalmente para determinadas relaciones obligatorias (p. e., §§ 521, 599, 690 y 708) se aplican también, en principio, a las pretensiones extracontractuales concurrentes. Del mismo modo, en caso de duda, las atenuaciones de responsabilidad acordadas contractualmente tienen un impacto, conforme a su sentido y finalidad, en el Derecho de daños. Por esas posibles influencias del Derecho contractual en el Derecho de daños, al redactar el examen de clausura es necesario analizar las pretensiones contractuales antes que las extracontractuales⁴¹.

Sobre Derecho comparado: El concurso de pretensiones contractuales y extracontractuales no se da en todo ordenamiento jurídico. Así, el Derecho francés parte del principio del *non cumul*. Conforme al mismo, si existen relaciones contractuales, las pretensiones extracontractuales quedan en principio excluidas⁴². Esto se basa en la consideración de que el reparto de riesgos contractual diferenciado no debe verse burlado por el Derecho de daños –un problema que en Alemania se resuelve mediante la modificación de la responsabilidad extracontractual expuesta hace un momento–.

⁴¹ Cfr. *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 8.

⁴² Cfr. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 621; *Hübner/Constantinesco* Einführung § 22 bajo 4a.

3. Significado y diferenciación de deberes de prestación y deberes de protección

- 24 La diferenciación de deberes de prestación y deberes de protección tiene importancia cuando el acreedor exige la **indemnización del daño en lugar de la prestación** por lesión de un deber o quiere **resolver** el contrato. Si se trata de un deber de prestación son pertinentes los §§ 280 I y III, 281 o 323; si se lesiona un deber de protección, se aplican los §§ 280 I y III, 282 o 324. Los preceptos sobre imposibilidad (§§ 275, 280 I y III, 283, 311a y 326) se refieren solo a los deberes de prestación.

En la práctica jurídica hay que tener en cuenta que muchos deberes tienen una «**doble naturaleza**», lo que significa que tratan de proteger tanto el interés del acreedor en la prestación como también su interés de integridad.

Ejemplo: El deber del vendedor de entregar un manual de instrucciones de una motosierra tiene ante todo la finalidad de garantizar el debido funcionamiento de la sierra (interés en la prestación). Pero al mismo tiempo se trata de evitar lesiones del usuario (interés de integridad)⁴³.

Al margen de ello, las partes son libres de hacer de la **protección** de la otra parte el **objeto de un deber de prestación**. Las consecuencias jurídicas de una lesión del deber se rigen en un caso así por las reglas aplicables a los deberes de prestación⁴⁴. Pero aquí también pueden surgir, de acuerdo con el correspondiente contenido de la relación obligatoria (§ 241 II), otros deberes de respeto que excedan del deber de protección asumido como deber de prestación. En este aspecto, a los incumplimientos del deber le son entonces aplicables las reglas vigentes para los deberes de protección.

Ejemplo: El guardaespaldas B se ha obligado contractualmente a proteger a la cantante S de los fans molestos. Con ello, la protección de S es objeto de un deber de prestación de B. Además, B está obligado conforme al § 241 II a respetar los demás bienes jurídicos, derechos e intereses de S y por ello no puede, p. e., divulgar ningún detalle de su vida privada. Si B infringe ese deber, a S le corresponden no solo pretensiones indemnizatorias extracontractuales conforme al § 823 I (lesión del derecho general de la personalidad), sino también pretensiones indemnizatorias contractuales ex §§ 280 I y 241 II.

⁴³ Cfr. sobre este ejemplo, BT-Drs. 14/6040, 125.

⁴⁴ Cfr. *Grigoleit* FS Canaris I, 2007, 275 (297 ss.). Sobre el tratamiento de los deberes «doblemente relevantes» en el régimen jurídico de la contravención de la prestación → § 27 n. m. 9.

25 Mientras que la general **exigibilidad** de los deberes de prestación –incluidos los deberes accesorios de prestación– está fuera de duda (→ § 1 n. m. 14), la exigibilidad de los deberes de protección es discutida. No obstante, es ampliamente reconocido que determinados deberes de protección regulados legalmente –por ejemplo, el deber de protección del empleador conforme al § 618 (→ SchuldR BT §29 n. m. 32)– pueden demandarse de forma independiente, de acuerdo con su sentido y finalidad⁴⁵. En cuanto a la mayoría de los demás deberes de protección, una acción de condena independiente normalmente quedará excluida por razones prácticas. Especialmente preciso en este contexto es el ejemplo del **deber de advertir**. Una advertencia solo es necesaria cuando la otra parte no conoce el riesgo; mas en este caso tampoco puede entablar una acción de condena para que se le advierta del riesgo en cuestión⁴⁶. No obstante, si la necesidad de protección se plantea en un caso concreto ya antes de que ocurra el suceso dañoso, ciertamente puede considerarse una acción para la observancia del deber de protección⁴⁷. Por lo tanto, la clasificación como deber accesorio de prestación o como deber de protección no resulta decisiva en cuanto a la exigibilidad.

IV. CARGAS

26 Las **cargas** deben diferenciarse de los deberes. Es cierto que en muchos aspectos aquellas tienen la misma estructura que los deberes. Pero la diferencia decisiva radica en que el ordenamiento jurídico permite al destinatario elegir si cumple o no la carga. Por eso la otra parte no dispone de **ninguna pretensión de cumplimiento**. Si no se cumple con la carga, el destinatario, ciertamente, tiene que soportar ciertos perjuicios jurídicos (p. e., pérdida o reducción de una pretensión), pero no actúa de forma antijurídica y por ello **tampoco es responsable del daño**⁴⁸. Por tanto, las cargas son exigencias de comportamiento de intensidad más reducida, que el destinatario solo debe observar si quiere evitar la producción del perjuicio jurídico señalado.

Ejemplos: (1) En una compraventa mercantil recíproca el comprador está obligado, en virtud del § 377 HGB, a examinar sin demora la mercancía y a denunciar los

⁴⁵ Cfr. MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 120; Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 164.

⁴⁶ Al respecto, Medicus FS Canaris I, 2007, 835 (839).

⁴⁷ Así también, MüKoBGB/Bachmann § 241 n. m. 120; Medicus FS Canaris I, 2007, 835 (839).

⁴⁸ Respecto de la estructura de las cargas, cfr. MüKoBGB/Ernst Introducción previa al § 241 n. m. 14 ss.; Looschelders Mitverantwortlichkeit 194 ss.

eventuales vicios sin demora. Si el comprador no cumple con estas exigencias de comportamiento, el vendedor no puede hacer valer ni pretensiones de cumplimiento ni pretensiones indemnizatorias. Pero esto tampoco es necesario. Porque sus intereses quedan totalmente salvaguardados al perder el comprador sus pretensiones de saneamiento.

(2) En el caso de una denuncia ordinaria de una relación arrendaticia, el arrendador debe, de acuerdo con el § 573 III, indicar las causas de la denuncia. En opinión del BGH, se trata de una simple carga. De ahí que, si no se indican las causas, el arrendador no disponga de ninguna pretensión de indemnización del daño ex § 280 I⁴⁹.

Algunas cargas resultan de la **ley**. Además del § 377 HGB, es de mencionar, sobre todo, el § 254 (→ § 50 n. m. 1ss.). Las cargas también pueden acordarse **contractualmente**. Esto tiene especial importancia en el *Derecho de contratos de seguro*⁵⁰. Las condiciones generales de los seguros contienen numerosas exigencias de comportamiento que el tomador debe observar para no perder la pretensión de prestación del seguro.

Ejemplo: Conforme a las condiciones generales habituales para los seguros del hogar, el tomador del seguro tiene que mantener puertas y ventanas cerradas mientras no se encuentre nadie en el piso. Que el tomador cumpla con esa exigencia de comportamiento o no es asunto suyo. El asegurador no tiene ninguna pretensión de cumplimiento. Pero si se produce un robo porque el tomador ha dejado abiertas las ventanas durante su ausencia, el tomador corre el riesgo de pérdida o reducción de la pretensión de prestación del seguro (cfr. § 28 III VVG).

Finalmente, igual que los verdaderos deberes jurídicos, las cargas pueden derivarse en el caso concreto del correspondiente **contenido de la relación obligatoria**, por medio de la interpretación integradora (§§ 133 y 157) y del principio general de la buena fe (§ 242).

V. OBLIGACIONES INCOMPLETAS (OBLIGACIONES NATURALES)

- 27** Especial naturaleza jurídica tienen las llamadas obligaciones incompletas u **obligaciones naturales**. Son ejemplos el juego y la apuesta (§ 762) y la promesa de una remuneración por la mediación matrimonial (§ 656). En estos casos la relación obligatoria no fundamenta ninguna obligación. Es decir, que el acreedor no tiene *ninguna pretensión exigible* de cumplimiento

⁴⁹ BGH NJW 2011, 914 = JA 2011, 306 (*Looschelders*).

⁵⁰ En detalle al respecto, *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, n. m. 1643 ss.

o de indemnización del daño en lugar de la prestación. No obstante, si el deudor ha realizado la prestación con base en la relación obligatoria, no puede exigirse la restitución de la prestación conforme al § 812 con la justificación de que no existía una obligación. De este modo, las obligaciones naturales constituyen –lo mismo que las obligaciones «completas»– una *causa jurídica* para retener la prestación⁵¹.

Para profundizar: Dado que la libertad contractual es garantizada por el art. 2 I GG (→ § 3 n. m. 2), la exclusión de la obligación precisa de legitimación. En el caso del juego y la apuesta prima la protección del deudor frente a los peligros de tales contratos⁵². El § 656 se justifica con que la esfera íntima del cónyuge no debe ser objeto de un proceso sobre pretensiones contractuales de terceros⁵³. Hay mucha controversia en los detalles. Así, el juego y la apuesta no deben fundamentar deuda alguna en sentido jurídico. En cambio, en el caso del § 656 se supone que el crédito del mediador simplemente es inexigible⁵⁴.

VI. DEBERES OBLIGATORIOS Y SITUACIONES JURÍDICAS REALES

- 28** Los deberes obligatorios se dirigen con frecuencia a un cambio de la situación jurídica real. Así, el vendedor está obligado conforme al § 433 I 1 a procurar al comprador la propiedad de la cosa. Sin embargo, el contrato de compraventa como tal no afecta a la situación jurídica real; tan solo justifica el correspondiente deber del vendedor (negocio obligatorio). La situación jurídica real solo se modifica si esta obligación se ha cumplido mediante el traspaso de la cosa comprada conforme a los §§ 929 ss. De este modo, el cumplimiento del contrato de compraventa requiere un ulterior negocio jurídico (negocio dispositivo) que debe separarse estrictamente del contrato obligatorio subyacente (**principio de separación**). Conforme al **principio de abstracción**, los vicios del negocio obligatorio no pasan al negocio dispositivo⁵⁵. No obstante, el negocio obligatorio constituye el *fundamento jurídico* del negocio dispositivo. De ahí que si el negocio obligatorio es ineficaz, las partes puedan exigir la restitución de las prestaciones realizadas con

⁵¹ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 23 y 24.

⁵² Cfr. MüKoBGB/*Habersack* § 762 n. m. 1.

⁵³ BverfGE 20, 31 (33 s.); BGHZ 106, 341 (347).

⁵⁴ Cfr. MüKoBGB/*Habersack* § 762 n. m. 3; MüKoBGB/*Roth* § 656 n. m. 1.

⁵⁵ Acerca del principio de separación y de abstracción, cfr. *Brox/Walker* BGB AT § 5 n. m. 15 ss.

la *demanda de restitución de la prestación* conforme al § 812 I 1 alternativa 1 (→ § 10 n. m. 5).

Sobre Derecho comparado: La estricta separación entre el negocio jurídico obligatorio y el dispositivo es una particularidad del Derecho alemán. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos extranjeros permiten que la propiedad pase al acreedor al concluirse el negocio causal (p. e., el contrato de compraventa) (principio consensual)⁵⁶.

VII. LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES OBLIGATORIOS

1. Principio general

- 29** La relación obligatoria, como vinculación especial entre al menos dos personas —el acreedor y el deudor— es una **relación jurídica relativa**⁵⁷. De ahí que los *derechos* derivados de la relación obligatoria en principio le correspondan solo al acreedor. Normalmente los terceros no pueden derivar ningún derecho de la relación jurídica. A la inversa, los *deberes* derivados de la relación obligatoria en principio también afectan solo al deudor. Normalmente los terceros no quedan obligados. Por lo general, tampoco tienen que respetar el derecho de crédito del acreedor. Dado que un deber general de respeto de los créditos obligatorios restringiría demasiado la libertad de actividad económica, la protección extracontractual se limita respecto de los terceros a los daños dolosos contrarios a las buenas costumbres (§ 826). Esta es una diferencia fundamental respecto de los derechos reales (absolutos) (p. e., la propiedad), que conforme al § 823 I son tutelados en general frente a todos.

Ejemplo: K ha comprado un antiguo jarrón al anticuario V. Dado que K no tiene suficiente dinero consigo, las partes acuerdan que K debe recoger y pagar el jarrón al día siguiente. Poco después el cliente D tira el jarrón en la tienda de V por falta de cuidado. Cuando al día siguiente K se presenta a V, este solo puede ofrecerle los pedazos. V y K exigen a D una indemnización del daño. ¿Con razón?

Por la conclusión del contrato de compraventa con K, V no ha perdido su propiedad del jarrón. Al destruir el jarrón, D ha lesionado así la propiedad de V antijurí-

⁵⁶ Cfr. respecto del Derecho francés, *Hübner/Constantinesco*, Einführung § 23 bajo 1a.

⁵⁷ Sobre la relatividad de la relación obligatoria, cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 30 ss.; *Looschelders/Makowsky* JA 2012, 721 ss.

dica y culposamente. Por tanto, V tiene contra D una pretensión indemnizatoria del daño ex § 823 I. Por el contrario, K no tiene ninguna pretensión contra D ex § 823 I. Porque su derecho de crédito no puede calificarse como otro derecho en el sentido del § 823 I. Como a D no se le puede atribuir ningún daño doloso contrario a las buenas costumbres, tampoco tiene cabida una pretensión de K ex § 826. Por tanto, K debe dirigirse a su cocontratante V. En particular, puede considerarse una pretensión de cesión de las pretensiones indemnizatorias de V contra D ex § 285 (→ § 31 n. m. 2 ss.).

2. Quiebras

- 30** La «relatividad» de la relación obligatoria no es absoluta sino que **quiebra** en varios puntos⁵⁸. En el Derecho general de obligaciones son de mencionar los siguientes casos:

Los §§ 328 ss. regulan el **contrato en favor de tercero** (→ § 51 n. m. 1 ss.). Conforme a ellos, las partes pueden acordar que un tercero adquiera inmediatamente el derecho a la *prestación*. No obstante, dado que el tercero no ha participado en el acuerdo puede renunciar al derecho en virtud del § 333. Según el § 311 III 1, una relación obligatoria con *deberes de protección* del § 241 II también puede surgir respecto de personas que no deban ser parte contratante. De un lado, esto puede manifestarse en el sentido de incorporar a un tercero al ámbito de protección del contrato, de modo que, en caso de lesión de los deberes de protección, pueda hacer valer como *perjudicado* sus propias pretensiones indemnizatorias del daño conforme a los principios contractuales (**contrato con efecto protector para terceros** → § 9 n. m. 1 ss., 4). De otro lado, es posible que, como *causante del daño*, un tercero tenga que indemnizar con arreglo a los principios contractuales porque haya hecho uso de la especial confianza en él y de esta manera haya influido considerablemente en las negociaciones contractuales o en la conclusión del contrato (la denominada responsabilidad del abogado → § 9 n. m. 23 ss.)*.

En determinadas situaciones se permite al acreedor hacer valer el daño a un tercero (**liquidación de daños a terceros** → § 46 n. m. 8 ss.). Mas como el mismo tercero no puede hacer valer el daño, no se trata de una verdadera quiebra del principio de relatividad –a diferencia del caso del contrato con efecto protector para terceros–.

⁵⁸ Con más detalle al respecto, *Looschelders/Makowsky* JA 2012, 721 (724 ss.).

* **Nota de la traductora:** Sobre esta expresión –responsabilidad del abogado o Sachwalterhaftung– me remito a la explicación que he incorporado en la nota 164 de la Parte segunda de esta obra.

Sobre Derecho comparado: La relatividad de la relación obligatoria responde a un principio estructural general que no se circunscribe al círculo jurídico alemán. En Francia el art. 1165 Code Civil en su antigua versión establecía muy claramente en este sentido: «Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes»⁵⁹. La nueva regulación del Derecho de contratos por la Ordenanza (Ordonnance) Nr. 2016-131 de 10.2.2016 (art. 1199) contiene en el párrafo 1 una regla parecida, pero en el párrafo 2 advierte claramente de posibles excepciones. Entre ellas se encuentra, en particular, el contrato en favor de tercero. Este instituto es reconocido hoy en casi todos los ordenamientos jurídicos europeos, incluido el Derecho inglés (→ § 51 n. m. 5). Frente a ello, el *contrato con efecto protector para terceros* constituye una particularidad del Derecho alemán y austríaco, que se basa, no en último término, en el empeño de compensar los déficits de ambos ordenamientos respecto de la responsabilidad extracontractual por los auxiliares (→ § 9 n. m. 2)⁶⁰.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SU OBLIGACIÓN

- 31** Si el deudor no cumple con su obligación voluntariamente, el acreedor puede **deducir** su pretensión ante los tribunales y –en caso de sentencia condenatoria– implementarla mediante su **ejecución forzosa**. En la ejecución forzosa el deudor responde en principio con todo su patrimonio (embargable) (*principio de responsabilidad patrimonial ilimitada*). Sin embargo, en casos excepcionales puede limitar la responsabilidad a una concreta masa patrimonial (*responsabilidad patrimonial limitada*)⁶¹.

Ejemplo: Conforme a los §§ 1922 y 1967, en principio el heredero responde de las deudas de la herencia ilimitadamente con todo su patrimonio. Sin embargo, si se ordena la administración de la herencia (§ 1981) o se abre procedimiento concursal de la herencia (§§ 315 ss. InsO), su responsabilidad se limita a la herencia según el § 1975 (la llamada «responsabilidad limitada del heredero»)⁶².

El concepto de **responsabilidad** designa en este contexto la *coerción estatal* a la que se expone el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento de la obligación. De ello ha de distinguirse la responsabilidad en el sentido de deber de responder de las consecuencias perjudiciales del incumplimiento

⁵⁹ Cfr. *Hübner/Constantinesco* Einführung § 22 bajo 5c: «relativité des contracts».

⁶⁰ Cfr. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, § 17 C II; respecto del Derecho austríaco, *Welser/Zöchling/Jud*, *Bürgerliches Recht*, Bd. II, 14. Aufl. 2015, n. m. 647.

⁶¹ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 n. m. 22.; *Larenz* SchuldR I § 2 IV.

⁶² En detalle al respecto, *Olzen/Looschelders*, *Erbrecht*, 5. Aufl. 2017, n. m. 896 ss.

de un deber jurídico primario, principalmente la responsabilidad por los daños ocasionados. El concepto debe entenderse en este último sentido, por ejemplo, cuando se habla de la responsabilidad por culpa o la responsabilidad por el riesgo creado⁶³.

Para profundizar: La responsabilidad del deudor por su obligación no es una contrapartida necesaria del derecho de crédito del acreedor⁶⁴. Esto es particularmente claro en caso de *prescripción*. Si el deudor invoca la prescripción, el crédito subsiste pero ya no puede hacerse valer con éxito ante los tribunales (cfr. § 214 I). La prescripción, por tanto, se da, lo que falta es la *coercibilidad*⁶⁵. Pero si el deudor ha cumplido el crédito, no puede repetirse lo prestado (§ 214 II). Lo mismo vale para las *obligaciones naturales* (→ § 1 n. m. 27), a menos que aquí falte ya el derecho de crédito del acreedor⁶⁶.

Bibliografía: *Coester-Waltjen*, Der Dritte und das Schuldverhältnis, JURA 1999, 656; *Coester-Waltjen*, Schuldverhältnis – Rechtsgeschäft – Vertrag, JURA 2003, 819; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989; *Grigoleit*, Leistungspflichten und Schutzpflichten, FS Canaris I, 2007, 275; *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2010; *Henke*, Der Begriff »Schuldverhältnis«, JA 1989, 186; *Lieder*, Die Anwendung schuldrechtlicher Regeln im Sachenrecht, JuS 2011, 874; *Looschelders/Makowsky*, Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, JA 2012, 721; *Madaus*, Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Pflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, 289; *Medicus*, Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, FS Canaris I, 2007, 835; *E. Schmidt*, Das Schuldverhältnis, 2004; *G. Schulze*, Die Naturalobligation, 2008.

§ 2 LAS FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

I. EL LIBRO SEGUNDO DEL BGB

1. Parte general y especial del Derecho de obligaciones

- 1 La fuente jurídica más importante del Derecho de obligaciones es el Libro segundo del BGB (§§ 241-853). En este Libro el legislador ha escogido –de conformidad con la estructura general del BGB– una clasificación

⁶³ Sobre la terminología, cfr. *Gernhuber* Schuldverhältnis § 4 I 2; *Larenz* SchuldR I § 2 IV.

⁶⁴ Cfr. *Gernhuber* Schuldverhältnis § 4 I 5c.

⁶⁵ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 26.

⁶⁶ Al respecto, *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 n. m. 24 ss.; *Larenz* SchuldR I § 2 III.

orientada a la generalidad de los preceptos. En las Secciones primera a séptima (§§ 241-432) se encuentran las reglas que son relevantes para *todos* o al menos *varios* tipos de relaciones obligatorias. Se habla por ello de Parte general del Derecho de obligaciones o **Derecho general de obligaciones**.

Los preceptos del Derecho general de obligaciones no pueden aplicarse indiscriminadamente en el marco de las particulares relaciones obligatorias. Antes bien, debe examinarse cuidadosamente si para la correspondiente relación obligatoria hay **reglas especiales** que prevalezcan sobre las reglas generales.

Ejemplo: Los §§ 249-255 regulan el contenido del deber de indemnizar el daño. Las pretensiones indemnizatorias del daño pueden surgir en todas las relaciones obligatorias contractuales a consecuencia de las lesiones de deberes (cfr. §§ 280 ss.). Pero a menudo también son objeto de relaciones obligatorias legales. El Derecho de daños (§§ 823 ss.) es representativo de ello. No obstante, allí hay reglas especiales en los §§ 842-851, que prevalecen sobre los §§ 249 ss. Al Derecho general de daños del BGB también hay que recurrir cuando un supuesto de hecho regulado fuera del BGB (p. e., § 7 StVG) le da al perjudicado una pretensión indemnizatoria del daño. Sin embargo, también aquí debe examinarse si la ley en cuestión contiene reglas especiales (cfr. por ejemplo los §§ 9-13 StVG).

- 2 En la Sección octava el legislador ha regulado tipos particulares de relaciones obligatorias que, desde su punto de vista, son especialmente importantes (Parte especial del Derecho de obligaciones o **Derecho especial de obligaciones**). La enumeración no es cerrada. Es decir, el Derecho de obligaciones (a diferencia del Derecho de cosas) no conoce *ninguna tipicidad forzosa*⁶⁷. Por tanto, en el marco de la autonomía privada las partes son libres de modificar los tipos legales, unirlos o mezclarlos entre sí o crear tipos completamente desconocidos a la ley (→ SchuldR BT Previo al § 1 n. m. 11 y ss.)⁶⁸. De este modo se ha desarrollado en la práctica una serie de nuevos (modernos) tipos contractuales (p. e., leasing, factoring, franchising) que tienen mucha importancia en la vida económica.

Cuando hay una relación obligatoria **no tipificada**, debe examinarse si las reglas vigentes para una relación obligatoria tipificada son aplicables por analogía y en qué medida. En cualquier caso, en lo demás se aplican las reglas del Derecho general de obligaciones⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. *Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 63 I 1a; Kaulbach JuS2011, 397 ss.*

⁶⁸ Cfr. *Westermann/Bydlinski/Weber SchuldR AT n. m. 2/2 ss.*

⁶⁹ Más detalle al respecto → SchuldR BT Previo al § 1 n. m. 11 ss.

2. La estructura del Derecho general de obligaciones

- 3 El objeto del presente manual es el **Derecho general de obligaciones**. También en este ámbito de la regulación el legislador se ha guiado por el carácter general de las correspondientes reglas.

En la primera Sección (§§ 241-304) se encuentran preceptos que (al menos en su mayoría) se aplican a **todas las relaciones obligatorias**. En la Sección segunda (§§ 305-310) se regula – de forma no muy feliz desde el punto de vista sistemático– el Derecho de las *condiciones generales de la contratación* (CGC). Dado que las cuestiones vinculadas a ello pueden plantearse no solo en el Derecho de obligaciones, este complejo habría estado mejor situado en la Parte general del BGB (→ § 16 n. m. 5). La Sección tercera (§§ 311-361) se refiere solo a las relaciones obligatorias **derivadas de contratos**, conteniendo el Título segundo reglas especiales para los **contratos bilaterales** (§§ 320-327). Las Secciones siguientes tratan la extinción de las relaciones obligatorias (Sección 4: §§ 362-397), la transmisión de créditos (Sección 5: §§ 398-413), la asunción de deuda (Sección 6: §§ 414-419) y la pluralidad de deudores y acreedores (Sección 7: §§ 420-432), de nuevo cuestiones que pueden plantearse en **todas las relaciones obligatorias**.

II. REGULACIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN OTROS LIBROS DEL BGB

- 4 Las regulaciones del Derecho de obligaciones se encuentran no solo en el Libro segundo del BGB sino también en todos los **demás Libros**. Son de mencionar, por ejemplo, la responsabilidad del representante sin poder de representación (§ 179), la relación entre el propietario y el poseedor (§§ 987 ss.) o el propietario y el hallador (§§ 967 ss.), las pretensiones alimenticias de cónyuges y parientes (§§ 1360 ss., 1569 ss. y 1601 ss.), así como la pretensión del legatario contra los herederos (§ 2147).

Para profundizar: Ningún carácter obligatorio tiene la pretensión restitutoria del propietario contra el poseedor ex § 985. Como esta pretensión sirve a la consecución inmediata de la propiedad, tiene naturaleza real⁷⁰. Sin embargo, existe un cierto *parentesco con los créditos obligatorios* en tanto que la pretensión se dirige contra una determinada persona. Por eso, en tanto los intereses en juego sean iguales y no exis-

⁷⁰ Cfr. *Gernhuber Schuldverhältnis* § 1 I 4.

tan reglas especiales, puede recurrirse por analogía a algunos preceptos del Derecho general de obligaciones⁷¹. Así, los preceptos de la mora del deudor (§§ 286 ss.) son aplicables al poseedor deshonesto, conforme al expreso mandato del § 990 II. Pero si el poseedor ha transmitido a otro la cosa, no tiene que devolver los ingresos conforme al § 285 porque el § 816 I 1 adopta al respecto una norma excluyente⁷².

III. REGULACIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN OTRAS LEYES

- 5 Fuera del BGB muchas otras leyes contienen también regulaciones del Derecho de obligaciones. De especial significado es el HGB, en el que se regula el **Derecho mercantil** como Derecho privado especial de los comerciantes. En el Libro cuarto del HGB (§§ 343-475h HGB) se encuentran numerosos preceptos que modifican para los negocios mercantiles las reglas del Derecho de obligaciones del BGB. De conformidad con la sistemática del Derecho privado alemán, también aquí hay preceptos generales que son aplicables a todos los negocios mercantiles (§§ 343-372 HGB), así como preceptos especiales para particulares negocios mercantiles, p. e., la compraventa mercantil (§§ 373 ss. HGB). En el Libro segundo (§§ 105-236 HGB) se encuentran normas especiales sobre las sociedades mercantiles así como la sociedad en participación. Se basan en los preceptos sobre la sociedad del BGB (§§ 705 ss.). Un tipo especial de contrato obligatorio es el *contrato de seguro*, regulado de forma independiente en la VVG.
- 6 En el **Derecho de la responsabilidad** existen desde hace mucho tiempo importantes regulaciones especiales fuera del BGB (→ SchuldR BT § 73 n. m. 1 ss.). Ya antes de la entrada en vigor del BGB hubo la ReichshaftpflichtG de 1871, que, entre otras cosas, regulaba la responsabilidad por los daños derivados del funcionamiento del ferrocarril⁷³; esta Ley se publicó nuevamente en 1978 con la denominación de Ley de responsabilidad. Mayor significado tienen la StVG y la ProdHaftG. La idea central común de todas estas leyes es disponer en ámbitos especialmente peligrosos una responsabilidad independiente de la culpa (*responsabilidad por el riesgo creado*), que en general es ajena al Derecho de daños del BGB (excepción: § 833, inciso primero).

⁷¹ Cfr. MüKoBGB/Ernst Introducción previa al § 241 n. m. 5.

⁷² MüKoBGB/Baldus § 985 n. m. 87; cfr. también Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 599.

⁷³ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 39.

- 7 Hasta finales del 2001 se reguló fuera del BGB una serie de otras leyes con contenido de Derecho de obligaciones. Se trataba en particular de la AGBG, la HaustürWG, la VerbKrG, la TzWrG y la FernAbsG. Estas leyes se basaban en **Directivas de la UE para la protección del consumidor** o al menos fueron influidas considerablemente por ellas (como la AGBG). Con la reforma del Derecho de obligaciones de 2001 los preceptos en cuestión se añadieron al Libro segundo del BGB. Con ello, la idea de la **protección del consumidor** ya no es un fenómeno especial, sino que se ha transformado en un **principio esencial** del Derecho privado general⁷⁴. Esta evolución ha seguido reforzándose mediante la transposición de la Directiva sobre los derechos de los consumidores (Directiva 2011/83/UE) al Derecho alemán (→ § 41 n. m. 5).

IV. LA INFLUENCIA DE LA LEY FUNDAMENTAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

- 8 Tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental en el año 1949, los **derechos fundamentales** allí consagrados han alcanzado una creciente importancia para el Derecho de obligaciones. Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del BVerfG, los derechos fundamentales no son directamente aplicables en el Derecho privado; pero, dado que los derechos fundamentales constituyen un *sistema objetivo de valores*, contienen criterios que también han de observarse en el Derecho privado (el llamado *efecto indirecto frente a terceros*)⁷⁵. Las cláusulas generales del BGB (§§ 138, 242, 826, etc.) son los principales medios técnico jurídicos para implementar los derechos fundamentales, pero los derechos fundamentales han de ser observados en la interpretación y aplicación de toda norma jurídica (*interpretación conforme a la Constitución*)⁷⁶.

Para profundizar: La vigencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado no puede cuestionarse con la consideración de que los derechos fundamentales solo regulan el comportamiento de los órganos estatales frente al ciudadano, pero no el comportamiento de los ciudadanos entre sí. Ciertamente, es correcto que los *sujetos de*

⁷⁴ Cfr. Palandt/*Grüneberg* Introducción n. m. 1; Palandt/*Ellenberger* Introducción al § 145 n. m. 14.

⁷⁵ En profundidad, BVerfGE 7, 198 (205); cfr. también BVerfGE 84, 192 (194); 89, 214 (229). En detalle al respecto, *Guckelberger* JuS2003, 1151 ss.

⁷⁶ Sobre la interpretación conforme a la Constitución, Palandt/*Grüneberg* Einl. n. m. 42; *Larenz/Cannaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, 160; *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, 1996, 177 ss.; *Lüdemann* JuS 2004, 27 ss.

Derecho privado no pueden estar sujetos a los derechos fundamentales porque tal vinculación no fortalecería la libertad del individuo, sino que la limitaría⁷⁷. Sin embargo, la cuestión decisiva es si, en un litigio, los *tribunales civiles* pueden reconocer como deber *jurídico* una obligación de Derecho privado que sea incompatible con los derechos fundamentales del deudor. Dado que, en virtud del art. 1 1 III GG, los tribunales civiles, como portadores del poder estatal, están plenamente vinculados a los derechos fundamentales, debe responderse negativamente a esa cuestión⁷⁸. Por lo demás, no cabe duda que el *legislador* está asimismo plenamente vinculado a los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Mas como los derechos fundamentales únicamente constituyen un «marco general»⁷⁹, el legislador de Derecho privado dispone de un gran margen de configuración.

V. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UE EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

1. Las Directivas de la UE como base del Derecho de obligaciones alemán

- 9 En las últimas décadas el Derecho de la UE ha ganado creciente influencia en el Derecho de obligaciones alemán. En el ámbito del Derecho de obligaciones hay numerosas **Directivas de la UE** dirigidas, en particular, a la protección del *consumidor*. Es cierto que tales Directivas no despliegan ningún efecto directo en la relación entre los sujetos de Derecho privado, sino que han de ser transpuestas al Derecho nacional por el legislador del respectivo Estado miembro (cfr. art. 288 III TFUE). Pero si un precepto nacional se basa en una Directiva, el aplicador del Derecho no puede prescindir del trasfondo jurídico comunitario. Antes bien, debe esforzarse por interpretar el precepto en consonancia con la Directiva. Para tal **interpretación conforme a la Directiva**, el juez ha de agotar por completo el «margen de apreciación» de que disponga conforme a su Derecho nacional. No obstante, sigue sujeto a las limitaciones constitucionales y metodológicas pertinentes conforme a su Derecho interno⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 5 n. m. 11 ss.; *Looschelders/Roth* JZ 1995, 1034 (1037).

⁷⁸ Cfr. *Canaris* JuS1989, 161 ss.; críticamente, *Diederichsen* JURA 1997, 57 ss.

⁷⁹ Acerca del «carácter marco» de la Constitución, *Böckenförde* NJW 1976, 2089 ss.

⁸⁰ Cfr. EuGH NJW 2004, 3547 – Pfeiffer; 2006, 2465 – Adeneler; 2008, 1433 = JA 2008, 646 (*Looschelders*) – Quelle. En general sobre la interpretación conforme a la Directiva, Palandt/*Grüneberg* Introducción n. m. 43; NK BGB/*Looschelders* Anh. zu § 133 n. m. 30 ss.

Respecto del Derecho alemán, el BGH ha puntualizado que la exigencia de «interpretación» conforme a la Directiva puede justificar un **perfeccionamiento jurídico conforme a la Directiva** que vaya más allá del tenor literal de la ley o incluso lo contradiga⁸¹. Sin embargo, de acuerdo con los principios determinantes de la analogía y la reducción teleológica es necesaria una **laguna de regulación no intencionada**. La falta de intencionalidad puede derivar de un error del legislador en cuanto a la conformidad de la regulación con la Directiva. Según la jurisprudencia reciente del BGH, la suposición de tal error ya no presupone necesariamente que el legislador haya puesto de manifiesto explícitamente en la Exposición de Motivos de la Ley su intención de establecer una regulación conforme a la Directiva⁸². Antes bien, basta con que el legislador haya presupuesto tácitamente la conformidad de la regulación con la Directiva⁸³.

Si un precepto nacional contraviene una Directiva de la UE, no es per se nulo. Sin embargo, el ciudadano afectado puede en determinadas circunstancias hacer valer contra el Estado una **pretensión indemnizatoria del daño** por la deficiente transposición de la Directiva (la denominada pretensión de responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario)⁸⁴. Conforme a la jurisprudencia del EUGH, las Directivas que sirven para concretar un **principio general del Derecho de la Unión Europea** directamente aplicable –como, por ejemplo, la prohibición de discriminación por razón de edad (Art. 21 I Carta de Derechos Fundamentales)– tienen una posición especial. En este caso, el tribunal nacional competente ha de estar facultado para no aplicar los preceptos internos contrarios⁸⁵. Sin duda, esta competencia de los tribunales nacionales para reprobador una norma está en tensión con el art. 100 GG, conforme al cual se reserva al BVerfG el rechazo de las leyes posteriores a la Constitución⁸⁶.

Si la decisión depende de la interpretación del Derecho de la Unión, el juez puede plantear una **cuestión prejudicial** al EUGH conforme al art. 267 I TFUE (antes art. 234 I TCCE). Autorizados para plantearla están todos los tribunales (art. 267 II TFUE); los tribunales que deciden en última instancia tienen incluso el deber de plantearla (art. 267 III TFUE).

⁸¹ BGHZ 179, 27 (34 s.) = JA 2009, 462 (*Looschelders*) – Quelle.

⁸² Aún basándose en esto, BGHZ 179, 27 (35 ss.) = JA 2009, 462.

⁸³ BGH NJW 2012, 1073 (1077); al respecto, *Looschelders* JA 2012, 386 (387); *Faust* JuS2012, 456 (459).

⁸⁴ Cfr. EuGH, Sentencia de 19.11.1991 – C-6/90, C-9/90, Slg. 1991, I-5357 = NJW 1992, 165 – *Francovich*; BGH VersR 2013, 324 n. m. 6; NJW-RR 2019, 22 ss.; *Pfeiffer* NJW 2009, 412 (413).

⁸⁵ EuGH NJW 2010, 427 = JA 2010, 384 (*Schwarze*) – *Küçükdeveci* (respecto al § 622 II 2).

⁸⁶ Críticamente, *Link* NJW 2010, 430 (431); *Schwarze* JA 2010, 384 (386).

Nota: La mayoría de las normas del Derecho alemán de obligaciones basado en el Derecho europeo se encontraba hasta finales del 2001 fuera del BGB. Son de mencionar la AGBG, la HaustürWG, la VerbKrG, la TzWrG, la FernAbsG y la ProdHaftG. Sin embargo, al **reformarse el Derecho de obligaciones**, estas leyes (con excepción de la ProdHaftG) se *integraron* en el BGB (→ § 2 n. m. 7). Al mismo tiempo, otras tres Directivas de la UE fueron transpuestas. A este respecto tiene especial importancia la Directiva sobre bienes de consumo (Directiva 1999/44/CE), cuya transposición ha conducido a una remodelación fundamental de todo el saneamiento en el régimen jurídico de la compraventa del BGB (→ SchuldR BT § 1 n. m. 2 ss.). En tiempos recientes, las disposiciones sobre protección de los consumidores (especialmente §§ 312 ss. y 355 ss.) fueron revisadas en amplios sectores en el curso de la transposición de la **Directiva sobre los derechos de los consumidores** de 25.10.2011 (Directiva 2011/83/UE), con efecto desde el 13.6.2014 (→ § 41 n. m. 1 ss.). En definitiva, se puede concluir que partes esenciales del Derecho de obligaciones del BGB se basan hoy en normas del Derecho de la UE.

2. La importancia de las libertades fundamentales europeas

- 10** Si unos hechos presentan una conexión con otro Estado miembro de la UE, se plantea la cuestión de hasta qué punto hay que medir los preceptos del Derecho alemán de obligaciones por las **libertades fundamentales** europeas. En este contexto son de interés, sobre todo, la libertad de circulación de mercancías (art. 34 TFUE), la libertad de circulación de los trabajadores (art. 45 TFUE), la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y la libertad de prestación de servicios (art. 56 TFUE). En principio hay que partir de que el Derecho de obligaciones de los Estados miembros debe respetar las libertades fundamentales. Sin embargo, el EUGH ejerce el control muy restringidamente en este ámbito⁸⁷.

Para profundizar: Es muy controvertido en qué medida las libertades fundamentales europeas surten *efectos frente a terceros* en el tráfico privado⁸⁸. El EUGH ha manifestado expresamente que la prohibición de discriminación de los trabajadores de otros Estados miembros regulada en el art. 39 TCCE (ahora: 45 TFUE) exige también aplicabilidad *directa* respecto de las personas privadas⁸⁹. Es dudoso que esta decisión pueda trasladarse a otros ámbitos. Mayoritariamente se admite que el pro-

⁸⁷ Cfr. EuGH, Sentencia de 24.11.1993 – C-267/91, Slg. 1993, I-6097 = JZ 1994, 358 con artículo de *Remien* JZ 1994, 349 ss. – *Keck/Mithouard*; críticamente, v. *Wilmowsky* JZ 1996, 590 (594).

⁸⁸ En detalle al respecto, *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, § 2 n. m. 37 ss.; *Müller-Graff* EuR 2014, 3 ss.

⁸⁹ EuGH EuZW 2000, 468 = JuS2000, 1111 (*Streinz*) – Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA; al respecto, *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 ss.

blema del efecto frente a terceros no puede enjuiciarse de forma unitaria para todas las libertades⁹⁰. En cualquier caso, si las libertades fundamentales en general exigieran eficacia directa frente a las personas privadas, esto conllevaría una considerable limitación de la libertad contractual⁹¹.

VI. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

- 11 A nivel internacional hay numerosos esfuerzos para unificar el Derecho de obligaciones. Son de destacar los siguientes planteamientos.

1. Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa

En el terreno del Derecho de obligaciones existen varios tratados internacionales vinculantes para Alemania que unifican el Derecho material de los Estados parte. De particular importancia es la **Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa** de 1980, que entró en vigor en Alemania el 1.1.1991 (cfr. SchuldR BT § 15 n. m. 4 s.)⁹². La Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa es aplicable a los contratos de compraventa y de suministro de mercaderías que no se destinan al uso personal. Por tanto, **no** comprende los **contratos con consumidores**. El presupuesto espacial es que las partes tengan su establecimiento en distintos Estados parte o que las reglas de Derecho internacional privado remitan al Derecho de un Estado parte. Sin embargo, las partes son libres de excluir la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa, lo que en la práctica ocurre no pocas veces.

Para profundizar: La Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa contiene preceptos sobre la perfección del contrato, la atribución del riesgo, así como las consecuencias de los incumplimientos del contrato. Desde el punto de vista del Derecho alemán, el último sector es de especial interés. Porque el legislador se guió de forma decisiva por la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa, al reformar en 2001 el régimen jurídico de la contravención de la prestación. La expresión más importante de ello es la creación de un supuesto de hecho unitario de *lesión del deber* en el § 280 I (→ § 20 n. m. 12).

⁹⁰ *Martiny* ZEuP 2001, 563 (572).

⁹¹ Cfr. *Hailbronner* in Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, estado: EL 44 Februar 2018, D. I. n. m. 126; *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 (467).

⁹² Detalladamente al respecto, *Daun* JuS1997, 811 ss. (998 ss.).

2. UNIDROIT Principles y Principles of European Contract Law

- 12** No son Derecho vigente ni los «Principles of International Commercial Contracts», elaborados por el Instituto romano para la unificación del Derecho privado (**UNIDROIT**)⁹³, ni los «Principles of European Contract Law» presentados por la **Comisión de Derecho europeo de los contratos** («Comisión Lando») en los años 1995, 1999 y 2002⁹⁴. Ambas regulaciones han sido elaboradas sobre una amplia base de Derecho comparado y suministran así importantes fundamentos para una posible armonización o unificación del Derecho contractual.

3. Borrador de un Marco Común de Referencia y Propuesta de una normativa común de compraventa europea

- 13** La Comisión desarrolló en el año 2003 un «Plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente». El objetivo es la elaboración de un marco común de referencia (Common Frame of Reference) sobre la base del **Derecho de la UE existente** (el así llamado *Aquis communautaire*) y los **principios jurídicos comunes** de los Estados miembro. El Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (*Acquis Group*) presentó al efecto el Borrador de un Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference – DCFR), que se guió en gran parte por los Principles of European Contract Law e integra una importante base para el ulterior debate⁹⁵. La outline-Edition del DCFR fue publicada a principios de 2009; la edición completa, de seis tomos, con comentarios y notas de Derecho comparado, apareció a finales de 2009.
- 14** Sobre la base de estos trabajos previos, la Comisión presentó el 1.10.2011 la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una **normativa común de compraventa europea** (GEKR)⁹⁶. La Propuesta

⁹³ Los UNIDROIT Principles fueron publicados en 1994 y fueron revisados en 2004 y 2010, respectivamente (traducción alemana de la versión de 2004, en ZEuP 2005, 470 ss.; al respecto, *Zimmermann* ZEuP 2005, 264 ss.).

⁹⁴ Sobre la importancia de los Lando-Principles, *Zimmermann* JURA 2005, 289 ss. (441 ss.); para una comparación con el Derecho alemán, *Lando* RabelsZ 67 (2003) 231 ss.; *Leible/Lehmann*, *European Contract Law and German Law*, 2014.

⁹⁵ Cfr. *Palandt/Grüneberg* Introducción n. m. 33; *Ernst* AcP208 (2008), 248 ss.; *Leible* NJW 2008, 2558 ss.

⁹⁶ *Kom*(2011) 635 final; al respecto, *Staudenmayer* NJW 2011, 3491 ss.; muy críticamente, *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann* JZ 2012, 269 ss.

no se limitaba a la regulación de cuestiones específicas de la normativa de la compraventa como, por ejemplo, el saneamiento, sino que incluía también numerosos sectores, que han de encuadrarse en el **Derecho contractual general**⁹⁷. Se pensaba en un **instrumento opcional**, que solo habría de ser aplicable si mediaba el correspondiente acuerdo de las partes. Sin embargo, el proyecto fracasó por la oposición de los Estados miembros, que vieron en él el precursor de un Código civil europeo políticamente no deseado⁹⁸. No obstante, para promover el comercio en el mercado interior, la Comisión presentó el 9.12.2015 propuestas de dos nuevas Directivas relativas al comercio de bienes on-line⁹⁹ y el suministro de contenidos digitales en el mercado interior europeo¹⁰⁰. Estas propuestas se materializaron en la Directiva (UE) 2019/770, de 20.5.2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de **contenidos y servicios digitales**, y la Directiva (UE) 2019/771, de 20.5.2019, sobre determinados aspectos del contrato de **compraventa de bienes**. Las Directivas entran en vigor el vigésimo día después de su publicación en el Boletín Oficial de la UE y luego los Estados miembros deben transponerlas en el plazo de dos años y aplicarlas después de otros seis meses. Las Directivas persiguen una mejora adicional de la protección del consumidor. En un primer plano se encuentran las regulaciones sobre la conformidad y la responsabilidad del empresario en caso de vulneración del contrato. Dado que la Directiva sobre los derechos de los consumidores (→ § 2 n. m. 9) es derogada por la Directiva (UE) 2019/771, son de esperar importantes modificaciones respecto del saneamiento en el régimen jurídico de la compraventa. Es cierto que en las Directivas no se regulan directamente cuestiones del Derecho general de obligaciones. No obstante, son de esperar repercusiones en el Derecho general de obligaciones.

VII. LA REFORMA DEL DERECHO ALEMÁN DE OBLIGACIONES POR LA SchuldRModG

- 15** A diferencia de otros Libros del BGB, principalmente el Derecho de familia, tras entrar en vigor el BGB el «Derecho de las relaciones obligatorias» ha permanecido sin cambios en su núcleo central durante más de 100 años.

⁹⁷ Detalladamente a este respecto, *Looschelders* AcP212 (2012), 581 ss.

⁹⁸ Cfr. *Ostendorf* ZRP 2016, 69.

⁹⁹ KOM(2015) 634 final.

¹⁰⁰ KOM(2015) 635 final.

Esto no significa que no hubiera ningún avance digno de mención. Pero esos avances se basaron o en un **perfeccionamiento jurídico judicial** o en la producción de **leyes complementarias** fuera del BGB, p. e., la AGBG o las leyes de protección al consumidor (→ § 2 n. m. 7). De ahí que del tenor literal de los §§ 241 ss. apenas pudiera ya deducirse el Derecho aplicable en amplios sectores.

Para profundizar: Antes de entrar en vigor la SchuldRModG, en el Derecho general de obligaciones no estaban reguladas muchas instituciones importantes, como el incumplimiento positivo del contrato, la culpa in contrahendo, la desaparición de la base del negocio y el derecho de denuncia por causa importante en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo porque, fue tras la entrada en vigor del BGB cuando fueron puestas de relieve por jurisprudencia y doctrina. En los contratos de compraventa y de obra, la falta de armonización de las reglas especiales de saneamiento con el régimen general de la contravención de la prestación causó considerables problemas de delimitación que se agravaron con la evidente divergencia de los plazos de prescripción en ambos sectores (seis meses o 30 años).

- 16** Ya en 1984 el Ministerio de justicia constituyó una comisión para la **revisión del Derecho de obligaciones**, que en 1991 presentó un informe final¹⁰¹. Inicialmente no se siguieron las soluciones alcanzadas en él. Esto cambió cuando el legislador alemán se encontró en la necesidad de transponer al Derecho alemán la Directiva sobre bienes de consumo (→ § 2 n. m. 9), así como otras dos Directivas de la UE¹⁰². Dados los múltiples vínculos entre las cuestiones comprendidas en las Directivas y los demás sectores del Derecho de obligaciones, el legislador alemán no se limitó a transponer las Directivas («pequeña» solución), sino que aprovechó la oportunidad para una amplia «modernización» del Derecho de obligaciones («gran» solución)¹⁰³. Tras una intensa discusión de política legislativa, el 29.11.2001 se publicó en el Boletín Federal la **Ley de modernización del Derecho de obligaciones** (SchuldRModG) y entró en vigor el 1.1.2000.

¹⁰¹ Al respecto, Staudinger/*Olzen*, 2015, Einl. zum SchuldR n. m. 186 ss.

¹⁰² Directiva 2000/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 29.6.2000; derogada desde el 15.3.2016 y Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre comercio electrónico»), de 8.6.2000.

[**Nota de la traductora:** Si el autor alude en esta nota, como parece a pesar de su confusa puntuación, a la derogación de la Directiva 2000/35/CE, habría una errata en el texto. En efecto, el art. 13 de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 16.2.2011, derogó en términos generales y con alguna salvedad, la Directiva 2000/35/CE con efectos desde el 16.3.2013.]

¹⁰³ Sobre las consideraciones determinantes para ello, cfr. Däubler-Gmelin NJW 2001, 2281 ss.

Bibliografía: *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089; *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161; v. *Danwitz*, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697; *Dau*, Grundzüge des UN-Kaufrechts, JuS 1997, 811 (998); *Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, JURA 1997, 57; *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück juristischer Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 269; *Ernst*, Der ›Common Frame of Reference‹ aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008), 248; *Guckelberger*, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151; *Herresthal*, Die richtlinienkonforme und verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289; *Herrmann/Michl*, Wirkungen von EU-Richtlinien, JuS 2009, 1065; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1; *Lando*, Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, RablsZ 67 (2003), 231; *Leible*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558; *Looschelders*, Das allgemeine Vertragsrecht des CESL, AcP 212 (2012), 581 ss.; *Lüdemann*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27; *Müller-Graff*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3; *Ostendorf*, Geplanter neuer Rechtsrahmen für Online-Warenhandel und Bereitstellung digitaler Inhalte im Europäischen Binnenmarkt, ZRP 2016, 69; *Remien*, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EGVertrages, JZ 1994, 349; *Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491; *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459; *Zimmermann*, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft, Teil 1, JURA 2005, 289, Teil 2, JURA 2005, 441. **Sobre la reforma del Derecho de obligaciones:** *Artz/Gsell/S. Lorenz*, Zehn Jahre Schuldrechtsreform, 2014; *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499; *Däubler-Gmelin*, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002; *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001; *P. Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002; *Olzen/Wank*, Die Schuldrechtsreform, 2002; *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, 2002.

§ 3 LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS LÍMITES

I. IDEAS BÁSICAS Y ELEMENTOS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

- 1 El Derecho de obligaciones del BGB se encuentra dominado tradicionalmente por el principio de la **autonomía privada**, que tiene sus raíces en el

pensamiento jurídico liberal del siglo XIX¹⁰⁴. Conforme a este principio, la tarea más importante del Derecho privado consiste en dar al individuo la oportunidad de configurar sus relaciones jurídicas **bajo su propia responsabilidad**¹⁰⁵.

- 2 La expresión más importante de la autonomía privada es la **libertad contractual**, que el § 311 I presupone. El precepto determina que para la constitución o la modificación negocial de una relación obligatoria es preciso un contrato entre las partes, en tanto la ley no permita excepcionalmente que baste un negocio jurídico unilateral (→ § 5 n. m. 3). En principio, por tanto, la voluntad del *individuo* no es determinante por sí sola. Lo decisivo es el consenso con el cocontratante. Tal consenso es necesario porque la libertad de uno no se puede poner en práctica a costa del otro. La libertad contractual, por tanto, da al individuo la posibilidad de determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas *en colaboración con otros sujetos de Derecho privado*¹⁰⁶. Con esta precisión cabe decir que la libertad contractual se basa en el principio de **autodeterminación** del ser humano y así hace realidad un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁷. Constitucionalmente la libertad contractual se protege por el art. 2 I GG como parte de la general libertad de actuación¹⁰⁸.
- 3 La libertad contractual comprende **tres elementos esenciales**: la libertad de contratación, la libertad de configuración y la libertad de forma. La **libertad de contratación** permite al individuo decidir por sí mismo si *quiere* o *no celebrar* un contrato y con quién¹⁰⁹. En algunos ámbitos está limitada por prohibiciones de contratación y por imposiciones de contratación (→ § 6 n. m. 1 ss.). Conforme al principio de **libertad de configuración**, las partes pueden pactar libremente entre sí el contenido del contrato dentro de los límites del Derecho imperativo (→ § 11 n. m. 9 ss.). Conforme al principio de **libertad formal**, pueden concluirse contratos sin observar una determinada forma siempre que la *ley* no prevea ninguna exigencia formal (→ § 7 n. m. 1). En los casos con elemento extranjero, la libertad contractual va acompañada de la **libertad de elección del Derecho aplicable**¹¹⁰. Conforme a ello, en

¹⁰⁴ Wolf/Neuner BGB AT § 10 n. m. 42.

¹⁰⁵ Cfr. Flume BGB AT II § 1.

¹⁰⁶ Cfr. Larenz SchuldR I § 4.

¹⁰⁷ Cfr. BverfGE 81, 242 (254 s.) = NJW 1990, 1469; Canaris AcP 200 (2000), 273 (278).

¹⁰⁸ Cfr. BverfGE 12, 341 (347) = NJW 1961, 1395; BverfGE 89, 214 (231) = NJW 1994, 36; Wolf/Neuner BGB AT § 10 n. m. 33.

¹⁰⁹ Cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 4 n. m. 6 ss.; Wolf/Neuner BGB AT § 10 n. m. 34.

¹¹⁰ Más detalles al respecto, Hoffmann/Stegemann JuS 2013, 207.

principio las partes tienen la posibilidad de elegir libremente el ordenamiento jurídico aplicable al contrato (art. 3 del Reglamento Roma I). Por tanto, pueden sujetar el contrato al Derecho interno o a un Derecho extranjero, sin que tenga que haber una conexión objetiva con el Derecho elegido. Hay limitaciones, en particular, para los contratos sin elemento extranjero (art. 3 III del Reglamento Roma I), así como para los contratos con consumidores y los contratos de trabajo (arts. 6 y 8 del Reglamento Roma I).

II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y JUSTICIA CONTRACTUAL

- 4 La relación en que se encuentra la libertad contractual respecto de la **justicia contractual** es objeto de una controversia que se ha disputado a lo largo de los siglos¹¹¹. Conforme al ideal del Derecho contractual, al celebrarse un contrato se enfrentan dos partes con los mismos derechos, que, en un proceso recíproco de dar y tomar, pactan una solución aceptable para ambas partes. En la medida en que las condiciones marco sean correctas, la libertad contractual ofrece la mejor garantía de que el contenido del contrato al menos no contradice de forma llamativa las exigencias de la justicia conmutativa¹¹².

Esto no significa que el proceso negociador tenga realmente que conducir en todo caso a un resultado que pueda describirse como «justo» en un sentido **positivo**¹¹³. Pero tampoco esto es necesario. Porque, de un lado, no hay ningún parámetro general válido para fijar positivamente la adecuación del contenido contractual. De otro, en nuestro orden social y económico liberal no puede ser asunto del Estado dictar a las partes qué contenido contractual es adecuado¹¹⁴. La otra cara de la moneda es que, en general, el individuo no puede quejarse del contenido de un contrato que ha celebrado en ejercicio de su libertad de autodeterminación¹¹⁵.

Ejemplo: En una subasta se venden prendas que la estrella del pop Madonna se ha puesto en conciertos. El fan de Madonna A compra por 5000 euros un cinturón cuyo

¹¹¹ A este respecto, MüKoBGB/ *Busche* previo al § 145 n. m. 5; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 458.

¹¹² Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 10 n. m. 30; *Canaris* FS Lerche, 1993, 873 (884).

¹¹³ Así, sin embargo, *Larenz* SchuldR I § 6 I; *Schmidt-Rimpler* AcP147 (1941), 130 ss.; *Schmidt-Rimpler* FS Raiser, 1974, 3 ss.; en contra, *Wolf/Neuner* BGB AT § 10 n. m. 30; *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, 125 ss.; cfr. también Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 458.

¹¹⁴ Cfr. *Canaris* FS Lerche, 1993, 873 (884).

¹¹⁵ Cfr. *Canaris* AcP200 (2000), 273 (284): «Volenti non fit iniuria».

valor material asciende a 500 euros. Contemplado objetivamente, la relación precio-prestación parece altamente desequilibrada. Sin embargo, no es asunto del ordenamiento jurídico prohibir al individuo pactar «precios de aficionados». Si A se arrepiente del negocio, no puede por eso hacer valer que el contenido contractual es «injusto». Dado que A ha emitido su oferta en ejercicio de su libertad de autodeterminación, debe quedar vinculado por el contrato.

III. EL PROBLEMA DE LA PARIDAD NEGOCIADORA ALTERADA

1. En general

- 5 El principio de libertad contractual solo puede garantizar que se evitan resultados inadecuados cuando la relación de fuerzas entre las partes es equilibrada¹¹⁶. Si la **paridad negociadora está alterada**, el contrato pierde esa «garantía de corrección» y puede presentarse a la parte débil como una «determinación externa»¹¹⁷. En esta situación, una de las tareas esenciales del Derecho civil es intervenir para controlar y —en caso de que sea necesario— establecer un adecuado equilibrio¹¹⁸. Esto es aplicable sobre todo a aquellos pactos que suponen una carga inusualmente gravosa para la parte más débil. Aquí la carga no puede justificarse con que el afectado la ha asumido por propia voluntad. Porque desde un punto de vista material falta la necesaria «voluntariedad». Por ello, teniendo en cuenta el **derecho de autodeterminación** de la parte más débil (Art. 2 I GG) y el **principio del Estado social** (Arts. 20 I y 28 I GG), el juez civil no puede atribuir a los pactos de las partes obligatoriedad jurídica¹¹⁹.
- 6 Sin embargo, en el control de contenido de los contratos es necesaria la *moderación*. No toda «diferencia de poder» puede ser motivo para cuestionar la eficacia de los acuerdos de las partes. En un orden de economía de mercado, el reajuste de los desequilibrios económicos debe confiarse principalmente a la **competencia**¹²⁰. Es cierto que la determinación externa de la parte más débil es un peligro serio. Pero este peligro no puede ser combatido

¹¹⁶ MüKoBGB/*Busche*, Previo al § 145 n. m. 6.

¹¹⁷ Cfr. BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470); BVerfG NJW 2006, 596 (598); Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 459; *Flume* BGB AT II § 1 (7).

¹¹⁸ Cfr. BVerfGE 89, 214 (233); *Canaris* AcP200 (2000), 273 (277 ss.); *Limbach* JuS1985, 10 (12); *Looschelders/Roth* JZ 1995, 1034 (1041).

¹¹⁹ BVerfGE 89, 214 (234); MüKoBGB/*Busche*, Previo al § 145 n. m. 6; *Canaris* AcP200 (2000), 273 (300).

¹²⁰ Cfr. *Canaris* AcP200 (2000), 273 (293); *Rittner* AcP188 (1988), 101 (126 ss.).

quitándole al individuo la posibilidad de configurar sus relaciones jurídicas bajo su propia responsabilidad.

2. Grupos de casos

- 7 Los **casos** relevantes **de paridad negociadora alterada** son difíciles de sistematizar. Sin embargo, cabe distinguir los siguientes aspectos:

A) TIPIFICACIÓN LEGAL DE SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO

La paridad negociadora se pone típicamente en cuestión cuando una parte no puede prescindir de la conclusión del contrato porque necesita el objeto contractual para la satisfacción de sus necesidades esenciales¹²¹. Esta situación se da sobre todo en el **Derecho de arrendamientos** y en el **Derecho del trabajo**¹²². De ahí que desde hace mucho tiempo existan aquí multitud de preceptos *imperativos* que protegen al arrendatario o al trabajador como la parte estructuralmente más débil.

- 8 Además, la paridad negociadora se pone en cuestión en todos los contratos en los que una parte confronta a la otra con **condiciones contractuales pre-formuladas** (condiciones generales de la contratación). El problema radica en que el cocontratante no valora adecuadamente el alcance de las cargas previstas. Aun cuando identifique los inconvenientes, raramente conseguirá inducir al predisponente a un acuerdo individual en otro sentido¹²³. Los §§ 307 ss. contienen por ello preceptos que posibilitan un *control de contenido* de las condiciones generales de contratación abusivas (→ § 1 n. m. 18 ss.).
- 9 En los contratos entre **consumidores** (§ 13) y **empresarios** (§ 14) se encuentran importantes restricciones de la libertad contractual. Esto se basa en la consideración de que el consumidor tiene típicamente la **posición negociadora más débil** frente al empresario con experiencia en los negocios. La mayoría de las normas al respecto se basan en Directivas europeas (→ § 2 n. m. 9). Por este medio se pretende establecer en la UE un **estándar unitario** de protección al consumidor, para fomentar la disposición del consumidor a concluir contratos transfronterizos (→ § 41 n. m. 3).

¹²¹ Cfr. *Schmidt-Rimpler* FS Raiser, 1974, 3 (6).

¹²² Cfr. *MüKoBGB/Busche*, previo al § 145 n. m. 7; *Larenz SchuldR I* § 4, previo al I.

¹²³ Cfr. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 85; *Medicus JuS*1996, 761 (764).

B) ALTERACIÓN DE LA PARIDAD NEGOCIADORA EN EL CASO CONCRETO

- 10** Junto a estos grupos de casos tipificados legalmente, hay amplios sectores en los que la alteración de la paridad negociadora solo puede determinarse **en el caso concreto** mediante una ponderación de intereses. Es representativo el caso en que una persona sin experiencia en los negocios, sin ingresos y sin patrimonio **garantiza** frente a un banco las obligaciones de un pariente, siendo así que la cuantía de la deuda supera ampliamente la capacidad del garante. Aquí se reúnen distintos factores que ponen en cuestión la paridad negociadora: la situación de presión emocional a causa del estrecho vínculo con el deudor principal, la llamativa desproporción entre la extensión de la responsabilidad y la capacidad económica del garante, la inexperiencia negocial de este, el conocimiento de todo por el acreedor. Por ello, el BVerfG ha subrayado, con razón, que los tribunales civiles están obligados por la Constitución a someter el contrato de garantía a un control de contenido en tales casos (→ SchuldR BT § 50 n. m. 27 ss.)¹²⁴. Las cláusulas generales del BGB, sobre todo los §§ 138 y 242, son un medio técnico jurídico de control¹²⁵.

IV. PROTECCIÓN FRENTE A LAS DISCRIMINACIONES CONFORME A LA AGG

- 11** Importantes restricciones de la autonomía privada se derivan de la **Ley general de igualdad de trato** (AGG) de 14.8.2006, con la que el legislador alemán ha transpuesto cuatro Directivas de la UE para la materialización del principio de igualdad de trato en el Derecho civil general y en el Derecho del trabajo¹²⁶. La Ley tiene el objetivo de «eliminar o impedir discriminaciones por razones de raza o a causa del origen étnico, del sexo, de la religión o ideología, de una discapacidad o de la identidad sexual» (§ 1 AGG). Se trata, de un lado, de proteger a los **empleados** (trabajadores, aprendices, etc.) frente a la discriminación (§§ 6-18 AGG). Pero, de otro lado, la Ley prevé también una **prohibición general de discriminación en el Derecho civil** (§§ 19-21 AGG). En principio esta es aplicable a los *negocios en masa*,

¹²⁴ BVerfGE 89, 214; BGHZ 125, 206; 136, 347; BGH NJW 2000, 1182; *Canaris AcP*200 (2000), 273 (296 ss.); *MüKoBGB/Busche*, Previo al § 145 n. m. 25.

¹²⁵ Cfr. *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 460 ss.

¹²⁶ Sobre las normas de Derecho europeo, *Palandt/Ellenberger Einl. AGG* n. m. 1; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl. 2016, n. m. 261 ss.; cfr. también *Basedow ZEuP* 2008, 230 ss.

en los que típicamente la persona del cocontratante no tiene ninguna importancia o solo una importancia secundaria, así como a los *contratos de seguro* (§ 19 I AGG)¹²⁷; pero una discriminación por causa de raza o de origen étnico es inadmisibles en general (§ 19 II AGG).

Si se vulnera la prohibición civil de discriminación, el afectado puede exigir la **eliminación** de la discriminación y su **cese** (§ 21 I AGG). Además, dispone de una pretensión de indemnización del **daño** material y moral siempre que quien discrimina no pueda probar que no tiene que responder por la lesión del deber (§ 21 II AGG)¹²⁸. Si la discriminación consiste en la negativa inadmisibles a concluir un contrato, también entra en consideración una **obligación de contratar** (→ § 6 n. m. 12).

Para profundizar: Las *prohibiciones de discriminación* de la AGG se encuentran en tensión con el principio de *libertad contractual*. No obstante, desde el punto de vista del Derecho constitucional alemán, la protección frente a las discriminaciones responde al principio de dignidad humana (art. 1 GG), al principio general de igualdad (art. 3 I GG) así como a la especial prohibición de discriminación del art. 3 III GG; por tanto, la injerencia en la libertad contractual se puede justificar. Independientemente de eso, las prohibiciones de discriminación tienen la función de asegurar los presupuestos materiales de la libertad contractual¹²⁹. Porque por la discriminación se le impide al discriminado el propio ejercicio de la libertad contractual. Sin duda, la AGG sirve además a la realización de *objetivos sociopolíticos*, particularmente la equiparación de hombres y mujeres. Sin embargo, incluso esto no es de ninguna manera inadmisibles en principio; no obstante, la proporcionalidad de la injerencia en la libertad contractual que ello comporta ha de ser examinada de forma especialmente cuidadosa¹³⁰. Según una extendida opinión doctrinal, la injerencia que comporta la AGG en la libertad contractual va demasiado lejos¹³¹. Se critica especialmente que la Ley va más allá que las normas de las Directivas¹³². Además, se revela problemático que en caso de litigio el afectado solo tenga que probar indicios que permitan presumir una discriminación inadmisibles; la otra parte soporta entonces la carga de probar que no existe ninguna vulneración de la AGG (§ 22 AGG)¹³³. No obstante, hasta ahora no se han materializado los riesgos de abuso que ello comporta¹³⁴.

¹²⁷ En especial sobre la prohibición de las diferenciaciones específicas por sexo en el contrato de seguros, EuGH VersR 2011, 377; *Looschelders* VersR 2011, 421 (423 ss.); *Looschelders* VersR 2013, 653 (658 s.).

¹²⁸ Cfr. OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

¹²⁹ *Looschelders* JZ 2012, 105 (106).

¹³⁰ *Looschelders* JZ 2012, 105 (113 s.).

¹³¹ Así, por ejemplo, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 69; *Adomeit* NJW 2006, 2169 ss.

¹³² Cfr. *Maier-Reimer* NJW 2006, 2577 (2578).

¹³³ Crítico al respecto, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 69.

¹³⁴ Más detalles al respecto, *Looschelders* JZ 2012, 105 (111 s.).

Bibliografía: *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, ZEuP 2008, 230; *Becker*, Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Inhaltskontrolle, WM 1999, 709; *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, FS Lerche, 1993, 873; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner »Materialisierung«, AcP 200 (2000), 273; *Coester*, Diskriminierungsschutz im Privatrechtssystem, FS Canaris I, 2007, 115; *Coester-Waltjen*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000; *Hoffmann/Stegemann*, Die Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht, JuS 2013, 207; *Lehner*, Diskriminierungen im allgemeinen Privatrecht als Grundrechtsproblem, JuS 2013, 410; *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006; *Limbach*, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 12; *Looschelders*, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421; *Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105; *Looschelders/Roth*, Grundrechte und Vertragsrecht: Die verfassungskonforme Reduktion des § 565 Abs. 2 Satz 2 BGB, JZ 1995, 1034; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997; *Maier-Reimer*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577; *Medicus*, Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, JuS 1996, 761; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997; *Riesenhuber/Franck*, Verbot der Geschlechterdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529; *Ring*, Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, ZGS 2006, 371; *Ritgen*, Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, 114; *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101; *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130; *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, FS Raiser, 1974, 3; *Scholz*, Politische Betätigung als Ausschlussgrund im Privatrechtsverkehr – die neuere Rechtsprechung zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, JR 2013, 137; *Schreier*, Das AGG in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2007, 308; *Wagner/Potsch*, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085.

§ 4 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

I. FUNCIÓN Y SIGNIFICADO DEL § 242

- 1 Según el § 242, el deudor está obligado a ejecutar la prestación tal como exige la **buena fe** teniendo en cuenta los usos del tráfico. Si se toma en serio el *tenor literal* del precepto, el § 242 solo determina *cómo* debe el *deudor* ejecutar la prestación. Con ello, el precepto solo se referiría a las modalidades de cumplimiento.

Ejemplos: El deudor contraviene la buena fe si ejecuta la prestación a destiempo (p. e., por la noche) o si insiste en el lugar acordado para el cumplimiento, aunque el acreedor no pueda recibir la prestación allí o no de manera razonable (p. e., a causa de guerra o catástrofes naturales).

- 2 Tan limitado ámbito de aplicación responde también a las ideas del *legislador histórico*¹³⁵. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina han deducido del § 242 una **idea general** que es aplicable no solo al deudor sino también al acreedor y que domina todas las relaciones obligatorias: a saber, que todos deben actuar de buena fe en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, lo que significa principalmente que hay que tomar en *consideración* los legítimos intereses del otro¹³⁶. Esta idea es aplicable no solo a las relaciones obligatorias, sino que también puede recurrirse a ella en otras partes del BGB (Derechos reales, Derecho de familia, Derecho de sucesiones), así como en otros sectores del ordenamiento jurídico (p. e., en el Derecho público)¹³⁷. El precepto hace así posible asegurar la necesaria influencia de las *valoraciones ético sociales* y las consideraciones de *equidad* en la aplicación del Derecho¹³⁸.

Para profundizar: El recurso a valoraciones ético sociales y a consideraciones de equidad conlleva el riesgo de que las decisiones del legislador se vean socavadas por una *jurisprudencia de equidad*, lo que contradiría la *vinculación del juez a la ley* (arts. 20 III y 97 I GG) y mermaría considerablemente la *seguridad jurídica*¹³⁹. Este riesgo solo se puede contrarrestar mediante una aplicación restrictiva del § 242. De ahí que el punto de partida de estas consideraciones deba ser en todo caso las normas jurídicas pertinentes concretas, que han de interpretarse conforme a los principios metodológicos generales. El resultado así hallado solo puede ser corregido con ayuda del § 242 en casos excepcionales, a cuyo efecto es indispensable siempre una detallada justificación.

- 3 Más allá de eso, el § 242 sirve tradicionalmente como puerta de entrada al **perfeccionamiento jurídico**¹⁴⁰. Es cierto que, tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental, la admisibilidad del perfeccionamiento jurídico ya no se puede apoyar directamente en el § 242. Lo decisivo es más bien el

¹³⁵ Cfr. MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 20.

¹³⁶ Brox/Walker SchuldR AT § 7 n. m. 1; HK-BGB/Schulze § 242 n. m. 1. Sobre la evolución desde 1900, Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 38 ss.

¹³⁷ Cfr. BGHZ 85, 39 (48); Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 1141 ss.

¹³⁸ Cfr. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 11 III: «moralización» de las relaciones contractuales.

¹³⁹ Cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 7 n. m. 2; Palandt/Grüneberg § 242 n. m. 2.

¹⁴⁰ MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 22 ss.; restrictivamente, Brox/Walker SchuldR AT § 7 n. m. 3.

art. 20 III GG¹⁴¹. Sin embargo, esto no significa que en este contexto el § 242 haya quedado sin función¹⁴². Antes bien, el perfeccionamiento jurídico presupone que el mismo legislador no haya regulado el conflicto de intereses. Cláusulas generales como el § 242 dejan espacio para el perfeccionamiento jurídico al dejar claro que el legislador (aún) no ha tomado **ninguna decisión excluyente** respecto del conflicto de intereses en cuestión¹⁴³. Con ello se les abre a los tribunales la posibilidad de desarrollar soluciones respecto de conflictos de intereses que el legislador no ha previsto y que con frecuencia tampoco podía prever, porque han sido ocasionados o agravados por un cambio de las circunstancias fácticas o de las concepciones ético sociales. Con ello, el § 242 dota a la jurisprudencia de la flexibilidad necesaria para adaptar el Derecho a las cambiantes condiciones de vida o pautas de la sociedad. Importantes ejemplos de estos perfeccionamientos jurídicos son el control de las condiciones generales de contratación, el derecho de denuncia por causa importante en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo y la doctrina de la alteración de la base del negocio – todas instituciones que, en el ínterin, se han regulado independientemente (→ § 4 n. m. 13).

Sobre Derecho comparado: La mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros recurren también al principio de buena fe para evitar resultados inequitativos en el caso concreto¹⁴⁴. Sin embargo, una importancia tan destacada como en el Derecho alemán la tiene, a lo sumo, en el Derecho suizo (art. 2 ZGB) así como en el nuevo Derecho holandés. Frente a ello, el Derecho francés tradicionalmente se ha comportado con mucha más cautela en cuanto a la influencia de la «bonne foi». Sin embargo, respecto de los contratos que se celebren a partir del 1.10.2016, el art. 1104 Code Civil, nuevamente redactado con ocasión de la reforma del Derecho de contratos francés por la Ordenanza (Ordonnance) Nr. 2016-131 de 10.2.2016, prevé una ampliación significativa del principio de buena fe. Esto se aplica, en particular, a la fase de las negociaciones contractuales¹⁴⁵. Tradicionalmente, también los Derechos italiano y austríaco aplican el principio de buena fe de manera más bien cautelosa. Al Common Law inglés, el concepto de «good faith» en principio le parece sospechoso porque proporciona al juez un poder demasiado grande y amenaza la seguridad jurídica. En el Derecho de la UE, en cambio, el principio de buena fe es ampliamente reconocido¹⁴⁶. También la Propuesta de la Comisión de una normativa común de compraventa europea de 2011,

¹⁴¹ Cfr., BVerfGE 34, 269 (287); 88, 145 (166 s.); *Wiedemann* NJW 2014, 2407 (2408).

¹⁴² En este sentido, sin embargo, *Staudinger/J. Schmidt*, 1995, § 242 n. m. 134.

¹⁴³ Más detalladamente al respecto, BVerfGE 138, 377 = NJW 2015, 1506 n. m. 39.

¹⁴⁴ En detalle al respecto, *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 1160 ss.; *Zimmermann/Whittaker*, *Good Faith in European Contract Law*, 2000.

¹⁴⁵ Más detalladamente al respecto, *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, n. m. 102 ss.

¹⁴⁶ Cfr., por ejemplo, BGH NJW 2005, 1045 (1046) = JR 2005, 284 con nota de *Looschelders*; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl. 2016, n. m. 296 ss.

que no fue puesta en práctica por el legislador europeo (→ § 2 n. m. 13), concedía especial importancia al principio de buena fe (cfr. art. 2 GEKR).

II. PRINCIPIOS GENERALES DE LA APLICACIÓN DEL § 242

- 4 Conforme a los principios metodológicos generales, el **tenor literal** de una norma es el punto de partida y el medio primario de la interpretación. Sin embargo, el problema de las cláusulas generales es que el tenor literal solamente tiene poco valor informativo. A ello se añade, en el caso del § 242, que desde 1900 la interpretación se ha separado cada vez más del tenor literal (→ § 4 n. m. 2). No obstante, del tenor literal se pueden deducir algunos puntos de referencia importantes para la comprensión del § 242¹⁴⁷.

1. **Ámbito de aplicación del § 242**

- 5 De la palabra «deudor» cabe derivar que debe haber una **relación obligatoria** entre los implicados. En cambio, una gran parte de la doctrina se conforma con una **relación jurídica especial**¹⁴⁸. Sin embargo, esto no conduce en general a resultados divergentes. Porque el concepto de relación obligatoria abarca no solo los contratos, sino también las relaciones obligatorias análogas a las negociales según el § 311 II y III, así como las relaciones obligatorias legales; entre las últimas también se encuentra la relación entre vecinos (la así denominada relación vecinal de comunidad), en la que tradicionalmente tiene gran importancia el principio de buena fe (→ § 4 n. m. 21)¹⁴⁹. Una verdadera ampliación del ámbito de aplicación del § 242 solo se produce si se permite que para la relación jurídica especial baste un «contacto social de algún modo cualificado»¹⁵⁰. Sin embargo, no resulta evidente que los contactos *sociales* deban crear relaciones *jurídicas* especiales. Al margen de ello, la controversia acerca de la importancia de los contactos sociales también se puede llevar al fundamento del criterio legal «relación obligatoria» (→ § 5 n. m. 9 s.). Por tanto, en último término solo se trata de una cuestión terminológica. En términos de contenido, la exigencia de una rela-

¹⁴⁷ Cfr. Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 124 ss.

¹⁴⁸ Cfr. MüKoBGB/*Schubert* § 242 n. m. 88 ss.; Soergel/*Teichmann* § 242 n. m. 30 ss.; Palandt/*Grüneberg* § 242 n. m. 5; *Larenz SchuldR I* § 10 II previo a a).

¹⁴⁹ Más detalladamente al respecto, Staudinger/*Olzen*, 2015, § 241 n. m. 409 ss.

¹⁵⁰ MüKoBGB/*Schubert* § 242 n. m. 90.

ción obligatoria o de una relación jurídica especial se basa en la consideración de que las exigencias de la buena fe transcriben **demandas ético sociales reforzadas**; en el tráfico entre «todo el mundo» solo han de observarse los estándares más bajos de las buenas costumbres (§ 826)¹⁵¹.

- 6 Según una opinión contraria, extendida en la doctrina, la limitación del § 242 a las relaciones obligatorias o a las relaciones jurídicas especiales no es adecuada¹⁵². Para justificarlo se señala que el principio de buena fe representa un **principio jurídico general** según las percepciones modernas. Pero si se consideran las cosas más detenidamente, ambos planteamientos se pueden conciliar. El *ámbito de aplicación directo* del § 242 se limita, ciertamente, a las relaciones obligatorias; pero el precepto *se basa* en un principio jurídico general, aplicable a todo el ordenamiento jurídico (→ § 4 n. m. 2). Esta distinción explica que, cuando falta una relación obligatoria, el § 242 *no sea sin más* determinante en todo caso. Dado que lo que se cuestiona es una ampliación del precepto más allá de su normal ámbito de aplicación, en cada caso debe examinarse exactamente si su principio básico es aplicable, y en qué medida, a la situación en cuestión. Es cierto que en esta consideración pueden desdibujarse los límites entre buena fe (§ 242) y buenas costumbres (§ 826)¹⁵³. Pero, después de todo, de lo que se trata en los dos ámbitos es de los mismos criterios superiores de justicia. Por lo demás, la falta de límites claros es inmanente a una ponderación de intereses referida al caso concreto.

2. Los criterios determinantes para la valoración de intereses

- 7 La función del § 242 excluye cualquier aplicación rígida del precepto. Por eso, la concreción debe efectuarse mediante una amplia **ponderación de intereses** en cada caso concreto¹⁵⁴. Los criterios determinantes para la valoración son la buena fe y los usos del tráfico.

A) BUENA FE

- 8 El parámetro prioritario para la valoración de los intereses discrepantes son las exigencias de la buena fe. El legislador ha empleado aquí una así deno-

¹⁵¹ *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 199.

¹⁵² Así, *Staudinger/Schmidt*, 1995, § 242 n. m. 161; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 144.

¹⁵³ Crítico, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 134.

¹⁵⁴ Cfr. *MüKoBGB/Schubert* § 242 n. m. 46 ss.

minada fórmula a dos, en la que ambos conceptos son (en gran parte) sinónimos¹⁵⁵. La fórmula solo fija una cierta *dirección*: la garantía de un **justo equilibrio de intereses**. De esta manera, de lo que se trata es de la consideración de los intereses del otro, la protección de la legítima confianza y la salvaguarda de la general honestidad en el tráfico negocial.

- 9 Para mayor concreción hay que recurrir a los principios ético sociales a los que se refiere el § 242¹⁵⁶. La referencia a estos principios no significa que deban tomarse como base las opiniones *efectivamente* dominantes en el tráfico. Qué exige la buena fe es una cuestión *normativa* a la que debe responderse sobre la base de las valoraciones ético sociales ancladas en **todo el ordenamiento jurídico**. A tal efecto los principios de la Constitución, especialmente los *derechos fundamentales*, tienen una importancia decisiva¹⁵⁷.

B) USOS DEL TRÁFICO

- 10 Como segundo criterio para la valoración de intereses el § 242 menciona los **usos del tráfico**. Aquí no se trata de ningún criterio normativo. Antes bien, el concepto designa las reglas de comportamiento que se observan *efectivamente* en la sociedad o en determinados sectores del tráfico (y con ello verificables empíricamente)¹⁵⁸. Para el tráfico entre comerciantes, los *usos de comercio* (§ 346 HGB) constituyen un importante caso particular de los usos del tráfico. Entre las exigencias de la buena fe y los usos del tráfico existe una **interacción**. Con frecuencia, solo puede juzgarse qué es lo que se ajusta a la buena fe teniendo en cuenta los usos del tráfico. Porque los usos del tráfico fundamentan justificadas expectativas de comportamiento que el individuo debe cumplir conforme a la buena fe. Pero, a la inversa, las reglas de los usos del tráfico han de medirse por el parámetro normativo de la buena fe. Si un uso del tráfico contradice exigencias ético sociales fundamentales, no ha de tomarse en cuenta en el marco del § 242.

¹⁵⁵ Cfr. Soergel/Teichmann § 242 n. m. 36; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 15. Tales fórmulas a dos también se encuentran en el lenguaje coloquial (p. e., «Haut und Haar» –completamente–, «Mann und Maus» –ni el gato–, «Kind und Kegel» –toda la familia– y «Hab und Gut» –todas las pertenencias–).

[**Nota de la traductora:** El autor se refiere a la expresión alemana «Treu und Glauben» (buena fe) y la compara con otras del lenguaje coloquial como «Haut und Haar», «Mann und Maus», «Kind und Kegel» y «Hab und Gut», traducidas en el párrafo anterior.]

¹⁵⁶ MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 10; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 146 ss.

¹⁵⁷ Soergel/Teichmann § 242 n. m. 43 ss.

¹⁵⁸ MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 11.

III. DELIMITACIONES

1. Buena fe y usos del tráfico en el § 157

- 11** El § 242 presenta un estrecho parentesco con el § 157. De lo que se trata tanto aquí como allá es de la buena fe y de los usos del tráfico. Sin embargo, como punto de partida, estos criterios no tienen la misma relevancia en ambos preceptos.

El § 157 regula la **interpretación** de las declaraciones de voluntad en el marco de los contratos y otros negocios jurídicos¹⁵⁹. El objetivo es la determinación de la voluntad de las partes. Aquí la buena fe y los usos del tráfico solo tienen una importancia *indirecta* –concretamente, sobre la suposición de que la voluntad de una parte honesta se dirige a una solución que se ajuste a la buena fe conforme a los usos del tráfico¹⁶⁰. En cambio, en el marco del § 242, la buena fe y los usos del tráfico son el parámetro *directo*.

- 12** Teóricamente, la **interpretación** conforme a los §§ 133 y 157 **prevalece** sobre la valoración objetiva del § 242. Porque la cuestión del deber jurídico (§ 242) no se plantea sino cuando de la voluntad jurídica de las partes (§§ 133 y 157) no pueden extraerse suficientes puntos de referencia para decidir¹⁶¹. Es cierto que, en la medida en que para la interpretación *integradora* del contrato conforme al § 157 hay que separarse de la efectiva voluntad de las partes y atender a criterios *objetivos* para determinar la presunta voluntad de las partes, los límites con el § 242 pueden desdibujarse¹⁶². Pero esto no puede conducir a que la efectiva voluntad de las partes quede encubierta por consideraciones objetivas.

2. Concreciones legales del § 242

- 13** Dado que el principio de la buena fe gobierna toda la vida jurídica, en el BGB hay numerosos preceptos que pueden ser entendidos como **concreciones** del § 242. Esto es especialmente claro en aquellos institutos jurídicos que la jurisprudencia ha desarrollado sobre la base del § 242 y que más tarde han sido codificados. Son de mencionar los controles de contenido de

¹⁵⁹ Sobre el ámbito de aplicación del § 157, cfr. HK-BGB/Dörner § 157 n. m. 2.

¹⁶⁰ Cfr. Soergel/Wolf § 157 n. m. 26; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 358 ss.

¹⁶¹ BGHZ 16, 4 (8).

¹⁶² Cfr. Medicus/Lorenz SchulDR AT n. m. 132; Flume BGB AT II § 16 (3a).

las condiciones generales de la contratación conforme a los §§ 307 ss. (→ § 16 n. m. 18 ss.), las reglas sobre la alteración de la base del negocio conforme al § 313 (→ § 37 n. m. 1 ss.) y el derecho de denuncia en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo conforme al § 314 (→ § 39 n. m. 3 ss.). En la aplicación de estos institutos cabe apoyarse, igual que antes, en criterios que han sido desarrollados sobre la base del § 242¹⁶³.

3. Contrariedad a las buenas costumbres y abuso

- 14 Junto al § 242, el § 138 I contiene la segunda cláusula general importante del BGB. Dado que este precepto, de acuerdo con su función y su posición sistemática, no presupone ninguna vinculación especial, los parámetros son aquí menos estrictos que en el § 242. Un negocio jurídico solo es nulo conforme al § 138 I si contraviene el **estándar mínimo** que debe observarse en el tráfico entre «todo el mundo»¹⁶⁴. Si el negocio jurídico es válido conforme a esto, entonces hay que examinar en un segundo paso si el ejercicio de los derechos que de ahí derivan contraviene la buena fe en el caso concreto (→ § 4 n. m. 20 ss.)¹⁶⁵.

Los mismos parámetros (más leves) del § 138 I son aplicables a la prohibición de abuso conforme al § 226 y a la prohibición de daño contrario a las buenas costumbres conforme al § 826. Así, el § 826 simplemente trata de garantizar que en el tráfico jurídico general se observe el **mínimo ético social**¹⁶⁶.

IV. GRUPOS DE CASOS DEL § 242

- 15 En la aplicación práctica de las cláusulas generales hay que guiarse principalmente por los **grupos de casos** que han sido puestos de relieve por jurisprudencia y doctrina. Esto es particularmente aplicable al § 242. Sin embargo, también aquí queda descartada cualquier forma esquemática de proceder. Por tanto, la mayoría de las veces no cabe conformarse con una concisa re-

¹⁶³ Cfr. HK-BGB/Schulze § 242 n. m. 9 (respecto a los §§ 307 ss.).

¹⁶⁴ Parecidamente, Schapp/Schur, Einführung in das Bürgerliche Recht, 4. Aufl. 2007, n. m. 487.

¹⁶⁵ Sobre la interacción del control de eficacia (§ 138 I) y el control de ejercicio (§ 242), cfr. Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 366 ss.

¹⁶⁶ Cfr. Erman/Wilhelmi § 826 n. m. 3; Larenz/Canaris Schuldrecht II 2 § 78 II 1b.

ferencia a que una determinada situación se incluye en un grupo de casos. Antes bien, es necesaria una fundamentación detallada que contemple también las particularidades de cada caso.

Se discute conforme a qué criterios deben sistematizarse los casos de aplicación del § 242. La opinión dominante toma como referencia las distintas **esferas funcionales** (formas de actuación) del precepto y luego distingue por grupos de casos ¹⁶⁷. Se obtiene así la siguiente clasificación:

1. Función de concreción y función de integración

- 16** En su ámbito de aplicación originario, el § 242 tiene la función de **concretar** la modalidad de la prestación, más allá de las cuestiones reguladas en los §§ 243 y ss. (→ § 4 n. m. 1). Con ello, la función de concreción puede afectar, en primer lugar, al **deber principal de prestación**. Son ejemplos importantes la concreción del tiempo y del lugar de la prestación.
- 17** Mayor importancia práctica tiene el § 242 en la concreción de los **deberes accesorios** del deudor **referidos a la prestación** (→ § 1 n. m. 12). Porque la buena fe exige que alguien que promete una prestación tiene que hacerlo todo para materializar el resultado de la prestación; por otra parte, tiene que omitir todo lo que haría peligrar el resultado. Dado que los deberes accesorios en cuestión no están previstos *expresamente* ni en la ley ni en el contrato, también se habla en este sentido de una **función integradora** del § 242 ¹⁶⁸. Sin embargo, esto no debe hacer olvidar que es la relación obligatoria (y no la buena fe) el fundamento de la prestación accesoria referida a la prestación.

Ejemplos: Una vez concluido el contrato recaen sobre el deudor los *deberes de custodia* y de *conservación* respecto del objeto de la prestación. El vendedor tiene que embalar como es debido la cosa adquirida para que el comprador pueda llevarla a casa indemne. Tratándose de aparatos complejos puede ser necesario un *manual de instrucciones* o una instrucción individual. También en otro caso deben dársele al acreedor las *informaciones* necesarias sobre el objeto de la prestación. Pueden incumbir al acreedor numerosos *deberes de colaboración*. Así, quien encarga un traje a medida tiene que acudir a las citas pactadas para las pruebas. Al fontanero hay que dejarle entrar en el piso para que pueda llevar a cabo la instalación debida.

¹⁶⁷ Cfr. Erman/Böttcher § 242 n. m. 61 ss.; Soergel/Teichmann § 242 n. m. 58 ss.

¹⁶⁸ Cfr., por ejemplo, Jauernig/Mansel § 242 n. m. 6; Palandt/Grüneberg § 242 n. m. 15.

- 18 En el pasado, los deberes accesorios no referidos a la prestación de las partes (**deberes de respeto o de protección**) también se dedujeron con frecuencia de la buena fe. Pero en la reforma del Derecho de obligaciones, el legislador asignó estos deberes al § 241 II. Por tanto, los deberes de protección no descansan directamente en la buena fe, sino que derivan de la relación obligatoria¹⁶⁹. No obstante, junto a la interpretación integradora del contrato (§§ 133 y 157), el § 242 sigue siendo una base importante para su concreción (→ § 1 n. m. 19 ss.).
- 19 Aún menos puede recurrirse al § 242 para **justificar deberes principales de prestación**. Esto se aplica, en particular, cuando falta la conclusión de un contrato¹⁷⁰. Por tanto, aquí no procede considerar una denominada «consecución»¹⁷¹. Sin embargo, es posible que, en virtud del § 242, el deudor no pueda alegar la ineficacia de un contrato (→ § 7 n. m. 11).

2. Función de barrera

- 20 Especialmente importante es la función de barrera del § 242. Mientras que en el tráfico jurídico general, solo se le impide al individuo ejercitar un derecho en caso de abuso (§ 226) o de contrariedad a las buenas costumbres (§ 826), en el marco de las relaciones obligatorias el ejercicio del derecho se encuentra limitado por el más estricto parámetro de la buena fe. Existe un **ejercicio inadmisibles del derecho** cuando, al hacer valer un derecho, el acreedor no guarda el debido respeto a los intereses del deudor. Es cierto que el recurso al acreedor se encuentra en cierta tensión con el tenor literal de la ley, que solo habla del deudor. Pero la tensión se puede resolver por el hecho de que la limitación de los derechos del acreedor no va acompañada de una correlativa modificación de los deberes del deudor. Este tiene que realizar la prestación *solo tal como* exige la buena fe teniendo en cuenta los usos del tráfico¹⁷². Además, en el § 241 II se acentúa el mandato de respeto¹⁷³. Los siguientes grupos de casos pueden llegar a ser especialmente relevantes en este contexto:

¹⁶⁹ Detalladamente, Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 186 ss.

¹⁷⁰ Cfr. BGHZ 95, 393 (399).

¹⁷¹ Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 191 ss.; de otra opinión, Larenz SchuldR I § 10 IIg.

¹⁷² Cfr. Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 199.

¹⁷³ A favor, por ello, de la general atribución de la función de barrera al § 241 II, Harke SchuldR AT n. m. 134.

A) FALTA DE INTERÉS PROPIO DIGNO DE TUTELA

- 21** El § 242 impide al acreedor aprovecharse de una posición jurídica formal cuando con ello no se persigue ningún interés propio digno de tutela. Esto incluye, en primer lugar, los casos en que el ejercicio del derecho no reporta al acreedor ningún beneficio digno de mención, pero impone una carga considerable al deudor. Así, se le prohíbe al acreedor exigir una prestación que tendría que restituir inmediatamente al deudor por otro motivo («**dolo agit** qui petit quod statim redditurus est») ¹⁷⁴.

Ejemplo (BGH DB 1976, 1957): A exige conforme al § 1004 a su colindante B el derribo de una casa de madera que B ha levantado sin observar la distancia reglamentaria desde la linde. B alega que tiene frente a A una pretensión para que le autorice a quedar por debajo de la distancia límite. Mientras B no haga valer esta pretensión judicialmente, se dan los presupuestos formales del § 1004. Sin embargo, como A tendría que dar su asentimiento a la nueva construcción de la casa de madera, actúa abusivamente si insiste en el derribo.

B) DESPROPORCIÓN

- 22** Aunque al titular no se le pueda negar por completo el propio interés, conforme a la buena fe está obligado a perseguir ese interés solo con medios proporcionados. La **desproporción** puede resultar de que el beneficio para el acreedor inherente al ejercicio del derecho no guarde ninguna relación sensata con los inconvenientes sobrevenidos para el deudor, o de que el acreedor disponga de medios más leves para salvaguardar sus legítimos intereses ¹⁷⁵.

Ejemplo (BGH LM § 242 [Cd] Nr. 118): E instituyó heredera única a su sobrina N mediante un contrato sucesorio (§§ 1941 y 2274 ss.). En el contrato, N se obligaba a «cuidar y asistir por completo a E hasta el final de sus días». E se reservaba el derecho a resolver el contrato sucesorio para el caso de que, durante más de un mes, N no cumpliera esa obligación, o no como debía. Aproximadamente un año más tarde, E declaró la resolución en documento notarial. Hizo valer que N no la había cuidado debidamente y que siempre la había servido comida incomible.

El BGH negó eficacia a la resolución considerando que, de acuerdo con la buena fe, E debería haber intentado primero salvaguardar sus legítimos intereses mediante un requerimiento.

¹⁷⁴ MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 462 ss.; Wacke JA 1982, 477 ss.

¹⁷⁵ Cfr. MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 473 ss.

La idea de la desproporción también puede conducir a que el acreedor no pueda insistir en el **lugar** acordado **para la prestación** o en el **tiempo** acordado **para la prestación**. Tal es el caso cuando, por ejemplo, las modalidades acordadas suponen para el deudor una carga inaceptable mientras que el desplazamiento o el aplazamiento* es posible para el acreedor sin dificultades.

C) INEXIGIBILIDAD POR RAZONES PERSONALES

- 23** También existe un ejercicio inadmisibles del derecho cuando el acreedor exige del deudor una prestación que **no le es exigible por razones personales** —especialmente en consideración a su *libertad de conciencia* o *libertad de credo* (Art. 4 GG)—¹⁷⁶. Así, el BAH ha defendido en varias sentencias la opinión de que el empleador no puede asignar al trabajador ningún trabajo que ponga al trabajador en un conflicto de conciencia que pudiera evitarse¹⁷⁷. De nuevo resulta clara la influencia de los derechos fundamentales.

El § 275 III contiene una regulación especial para los **deberes personales de prestación**. Conforme a él, el deudor puede denegar la prestación si, ponderando los impedimentos que se oponen a ella con el interés del acreedor en la prestación, no puede serle exigida. En este caso también se habla de imposibilidad personal (más detalles → § 21 n. m. 28).

D) ADQUISICIÓN DESHONESTA DEL DERECHO Y FRUSTRACIÓN DE LA RECEPCIÓN

- 24** El ejercicio de un derecho también contraviene la buena fe si el titular lo ha adquirido de **manera deshonesto**¹⁷⁸. Según la jurisprudencia aquí se incluye, por ejemplo, el *abuso manifiesto del poder de representación*.

Ejemplo (tomado de BGH NJW 1999, 2883): La viuda W, de 70 años, otorgó a su médico de cabecera Dr. D plenos poderes sobre todos sus asuntos financieros.

* **Nota de la traductora:** El autor emplea aquí la palabra *Verlegung*, que abarca los dos términos empleados en la traducción.

¹⁷⁶ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 10 IIc; *Soergel/Teichmann* § 242 n. m. 49 ss.; restrictivamente, *Muckel NJW* 2000, 698.

¹⁷⁷ BAG NJW 1986, 85; JZ 1990, 139.

¹⁷⁸ Cfr. *Wolf/Neuner BGB AT* § 20 n. m. 82 s.; *MüKoBGB/Schubert* § 242 n. m. 256 ss.

D pide un préstamo de 100.000 euros en el banco habitual de W (B) en su nombre y gasta el dinero para fines propios. B exige a W la devolución del dinero.

B podría tener contra W una pretensión de reembolso de los 100.000 euros ex § 488 I 2. Debería haberse concluido entonces un contrato de préstamo eficaz entre B y W. Es dudoso si W fue representada eficazmente por D conforme al § 164. Al pedir el préstamo, D actuó en el marco de su poder de representación. Sin embargo, dado que D hizo uso de ello de manera manifiestamente sospechosa, B contraviene la buena fe si hace valer los derechos derivados del contrato.

- 25 Las mismas reflexiones son aplicables al caso en que la adquisición de un derecho se **frustra** de manera deshonesta, por ejemplo, porque de forma contraria a la buena fe el destinatario impide la (puntual) recepción de una declaración de voluntad¹⁷⁹.

Ejemplo (tomado de BGHZ 137, 205): V quiere vender su caravana Volkswagen. Recibe una oferta de K para comprar el vehículo por 7.000 euros. En la oferta se dice que K está vinculado al pedido durante diez días. El contrato se perfeccionaría si dentro de ese plazo V confirmara por escrito la aceptación del pedido. Dos días más tarde, V declara por certificado la aceptación de la oferta. Como la cartera no localiza a K en casa, le deja en su buzón un aviso y deposita el escrito en Correos. K no recoge el envío. Después de once días, V recibe de vuelta la carta con la nota «Destinatario notificado, devuelto por no haberse solicitado tras expirar el plazo de almacenamiento».

Si V realiza acto seguido un segundo intento de notificación (con éxito), K no puede invocar el transcurso del plazo conforme a la buena fe.

E) CONDUCTA CONTRADICTORIA

- 26 Una manifestación de la función de barrera muy importante en la práctica es la prohibición de conductas contradictorias. Según ello, bajo el aspecto de la buena fe se le impide al titular hacer valer su derecho cuando de este modo actuaría en contra de su anterior conducta (el llamado *venire contra factum proprium*). En todo caso esto se aplica si, con su anterior comportamiento, el titular ha creado una *situación de hecho de confianza*, con la que la otra parte podía contar¹⁸⁰.
- 27 La conducta contraria a la buena fe también puede consistir en adoptar una **posición jurídica** que se encuentre en irresoluble contradicción con el pro-

¹⁷⁹ Detalladamente al respecto, *Franzen* JuS1999, 429 ss.; *Looschelders*, *Versicherungsrecht*, 1998, 1198 ss.

¹⁸⁰ Cfr. BGHZ 32, 273 (279); BGH NJW 1992, 834; *Erman/Böttcher* § 242 n. m. 106.

pio comportamiento anterior. En este caso puede que, excepcionalmente, no sea determinante que la conducta anterior haya justificado una confianza digna de tutela en la otra parte¹⁸¹. Conforme a los principios básicos del *venire contra factum proprium*, la renuncia al requisito de la confianza no es inocua¹⁸². Sin embargo, se puede justificar cuando en el caso concreto la posición de la contraparte parece especialmente digna de tutela por otras circunstancias de peso¹⁸³.

Ejemplo (BAG NJW 1998, 1659): El trabajador A, enojado, declara verbalmente a su empleador B que denuncia sin preaviso su relación laboral. Ante la reconvencción de B de que A debe pensar también en su familia, A confirma de nuevo verbalmente que su decisión está tomada. Más tarde, A hace valer que la denuncia es ineficaz por no haberse observado la forma escrita acordada.

En opinión del BAG, A ha despertado con su conducta la impresión de que renuncia a la forma escrita. Al invocar posteriormente el requisito formal se contradiría con ello. Sin embargo, es dudoso que esta argumentación sea compatible con la finalidad tuitiva de la forma escrita (protección frente a la precipitación). Por eso, en relación con el requisito de forma escrita introducido después legalmente para la denuncia de las relaciones de trabajo (§ 623), el BAG ha subrayado, con razón, que invocar la ineficacia formal solo puede contravenir la buena fe excepcionalmente¹⁸⁴. En cualquier caso, una única declaración verbal espontánea no puede ser suficiente cuando se produce en el curso de una discusión emocional. Por tanto, en el presente supuesto, el recurso al § 242 se pueda justificar, a lo sumo, por el hecho de que A confirmó claramente la denuncia ante la reconvencción de B.

F) RETRASO DESLEAL

- 28 Un caso particular de limitación de derechos por conducta contradictoria es el **retraso desleal**¹⁸⁵. Esto presupone que el titular no haya ejercitado su derecho por mucho tiempo (elemento temporal) y que existan circunstancias especiales que hagan aparecer como contrario a la buena fe el ejercicio después de tanto tiempo (elemento circunstancial). También aquí se trata de proteger la *confianza* legítima. El ejercicio del derecho contraviene la buena fe cuando la otra parte ha confiado y podía confiar en que el derecho ya no se iba a ejercitar¹⁸⁶.

¹⁸¹ BGHZ 130, 371 (375); MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 353 ss.

¹⁸² Críticamente, Martinek JZ 1996, 470 ss.; Singer NZA 1998, 1309 (1311 ss.).

¹⁸³ Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 296 ss.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, BAG NJW 2005, 844; cfr. también Staudinger/Oetker, 2011, § 623 n. m. 117.

¹⁸⁵ Brox/Walker SchuldR AT § 7 n. m. 17; MüKoBGB/Schubert § 242 n. m. 369 ss.

¹⁸⁶ Brox/Walker BGB AT § 32 n. m. 9.

Ejemplo: En una discusión, el arrendatario M ha ofendido al arrendador V tan gravemente que estaría justificada una denuncia inmediata sin preaviso conforme al § 543 I y III n. 2. Sin embargo, V no se decide a manifestar la denuncia hasta seis meses más tarde.

El legislador ha renunciado conscientemente en el § 543 a una regulación conforme a la cual la denuncia deba tener lugar dentro de un determinado plazo a partir del conocimiento de la causa de denuncia¹⁸⁷. Pero si el arrendador, conociendo la causa de denuncia, permanece inactivo varios meses, el derecho a denunciar se pierde con arreglo al § 242¹⁸⁸. En los § 314 III (→ § 39 n. m. 14) y § 626 II se encuentran manifestaciones legales de esta idea.

- 29 El instituto del retraso desleal debe utilizarse **restrictivamente**. Esto es especialmente aplicable a las pretensiones sujetas a prescripción (§ 194 I). Porque en principio el titular debe ser libre de agotar totalmente el *plazo de prescripción*.

3. Función de control y de corrección

- 30 Otra importante función del § 242 consiste tradicionalmente en posibilitar al juez un **control** de contenido o una **corrección de los contratos**¹⁸⁹. No obstante, los grupos pertinentes de casos están ahora regulados en gran medida por *preceptos especiales*. Esto es aplicable al control de contenido de las condiciones generales de la contratación conforme a los §§ 307 ss. (→ § 16 n. m. 1 ss.), a la adaptación o denuncia de los contratos por alteración de la base del negocio conforme al § 313 (→ § 37 n. m. 1 ss.) así como al derecho de denuncia en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo conforme al § 314 (→ § 39 n. m. 3 ss.).

Bibliografía: Dette, Venire contra factum proprium nulli conceditur, 1985; Franzen, Zugang und Zugangshindernisse bei eingeschriebenen Briefen, JuS 1999, 429; Gernhuber, § 242 BGB – Funktionen und Tatbestände, JuS 1983, 764 ss.; Looschelders, Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen bei Übermittlung per Einschreiben, VersR 1998, 1198; Muckel, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, 689; Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1; Pawlowski, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993; Singer, Wann ist widersprüchliches Verhalten verboten?, NZA 1998, 1309; Teichmann, Nebenpfl-

¹⁸⁷ NK-BGB/Klein-Blenkers § 543 n. m. 87.

¹⁸⁸ Brox/Walker SchuldR AT § 7 n. m. 17; Palandt/Weidenkaff § 543 n. m. 45.

¹⁸⁹ Cfr. Palandt/Grüneberg § 242 n. m. 16.

chten aus Treu und Glauben, JA 1984, 545 (709); *Teichmann*, Venire contra factum proprium – Ein Teilaspekt widersprüchlichen Handelns, JA 1985, 497; *Wacke*, Dolo facit, qui petit quod (statim) redditurus est, JA 1982, 477; *Weber*, Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum »königlichen Paragraphen«, JuS 1992, 631; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516; *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956; *Wiedemann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407; *Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), 334; *Zimmermann/Whittaker*, Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000.

PARTE SEGUNDA

EL NACIMIENTO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

- 1 De acuerdo con la concepción del legislador histórico del BGB, hay que distinguir dos causas de constitución de las relaciones obligatorias: el **negocio jurídico**, particularmente el contrato, y la **ley**. Además, últimamente, ha adquirido una creciente importancia una «categoría intermedia»: la relación obligatoria derivada de las **negociaciones contractuales** u otro contacto negocial. Conforme a la opinión dominante, se trata de una relación obligatoria *legal*¹. Sin embargo, la responsabilidad no está sujeta a los principios del Derecho de daños, sino a las reglas sobre lesión del deber en el marco de las vinculaciones especiales. Además, una cierta proximidad a las relaciones obligatorias negociales se deriva del hecho de que el inicio de las negociaciones contractuales o de un contacto negocial se basa en decisiones autónomas de los implicados². La rúbrica oficial del § 311 habla por ello de relaciones obligatorias *análogas a las negociales*.

§ 5 CONSTITUCIÓN MEDIANTE NEGOCIO JURÍDICO (EN PARTICULAR, EL CONTRATO)

I. EN GENERAL

- 2 Conforme al § 311 I, para la constitución negocial de las relaciones obligatorias en principio es necesario un **contrato**. Dado que una relación obligatoria representa una vinculación jurídica especial entre (al menos) dos per-

¹ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 9; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 527.

² Cfr. *Pawlowski BGB AT* n. m. 468.

sonas (→ § 1 n. m. 2), por regla general debe descartarse una constitución unilateral, habida cuenta la libertad contractual de la otra parte. Es cierto que la ley puede prever excepciones, pero son escasas.

- 3 Un ejemplo importante de constitución de una relación obligatoria mediante **negocio jurídico unilateral** es la promesa pública de recompensa regulada en el § 657 (→ SchuldR BT § 38, n. m. 1 ss.). En este caso basta la promesa hecha saber públicamente de abonar una recompensa por realizar una actividad, para justificar una obligación del promitente. El derecho a la recompensa nace de la simple realización de la actividad³. Como no es precisa una aceptación (implícita) de la promesa, no importa si el que actúa ha tenido o no conocimiento de la promesa pública de recompensa. Naturalmente, para proteger al agente de las ventajas «impuestas», ha de concedérsele un derecho de renuncia conforme al § 333 por analogía⁴.

Ejemplo: En un anuncio de periódico, A ha prometido una recompensa de 500 euros por la recuperación del papagayo «Hansi», que se le ha escapado a su hija de cuatro años T. El hijo del vecino, S, de cinco años, encuentra al animal. Ciertamente, él no sabe nada del anuncio, pero reconoce a «Hansi» y devuelve al animal. Con ello, a S le corresponde una pretensión para el pago de los 500 euros conforme al § 657. A no puede oponerle ni la menor edad de S ni su falta de conocimiento de la promesa pública de recompensa. Pero si los padres de S son de la opinión de que tales «favores entre vecinos» no deben remunerarse con dinero, pueden renunciar a la pretensión en virtud del § 333.

- 4 A la conclusión de los contratos obligatorios les son aplicables las **reglas generales** sobre perfección del contrato (§§ 145 ss.). Por tanto, son necesarias dos declaraciones de voluntad correlativas: oferta y aceptación.

A continuación solo se tratan las cuestiones que revisten especial importancia en el caso de los **contratos obligatorios**. En lo demás hay que remitir a los manuales sobre la parte general del BGB.

II. CONTRATO OBLIGATORIO Y RELACIÓN DE COMPLACENCIA

1. Delimitación

- 5 De los contratos obligatorios hay que diferenciar los acuerdos que se mueven en el plano puramente social. Mediante tales acuerdos no nacen relaciones obligatorias sino solo **relaciones de complacencia**.

³ MüKoBGB/Schäfer § 657 n. m. 33.

⁴ Medicus/Lorenz, SchuldR AT n. m. 56.

Ejemplos: Los *acuerdos en las relaciones sociales* (p. e., la invitación a una cena o a una barbacoa) y los *favores de la vida diaria* (p. e., el cuidado de las flores del vecino durante las vacaciones) no fundamentan ninguna relación obligatoria. Si varios compañeros de trabajo comparten coche para ir al centro de trabajo repartiendo costes, hay que suponer una relación obligatoria (sociedad del BGB conforme a los §§ 705 ss.)⁵. En cambio, si en una pausa del trabajo un trabajador lleva a casa a su colega que se ha puesto enfermo, hay un simple favor⁶. Si los miembros menores de edad de un club deportivo amateur son conducidos por sus familiares o por parientes de otros miembros del club a eventos deportivos, en principio se trata asimismo de un puro favor en el ámbito extrajurídico. Esto también es aplicable al club deportivo. De ahí que en estos casos el conductor no ostente frente al club ninguna pretensión para el resarcimiento de los gastos (§ 670) desde el punto de vista del mandato (§ 662) o de la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 y 683 inciso 1)⁷.

- 6 La delimitación entre las relaciones de complacencia y las relaciones obligatorias puede crear dificultades en el caso concreto. En tal caso, hay que determinar mediante la interpretación si las partes han actuado con **voluntad de vincularse jurídicamente**⁸. Si falta la voluntad de vincularse jurídicamente, no hay declaraciones de voluntad⁹. Por lo tanto, no puede considerarse que haya un contrato.
- 7 En la interpretación hay que guiarse preferentemente por la **voluntad real** de las partes. Sin embargo, con frecuencia esta no se puede averiguar (con seguridad). Entonces no hay más remedio que deducir la **voluntad presunta** conforme a criterios *objetivos* teniendo en cuenta los respectivos intereses¹⁰. A estos efectos revisten especial significado el tipo de negocio, su importancia económica y jurídica, así como los riesgos asociados a la asunción de un vínculo negocial. En cambio, la gratuidad por sí sola no permite llegar a la conclusión de que no hay voluntad de vinculación jurídica. Porque hay algunas relaciones obligatorias reguladas legalmente (p. e., donación, comodato y mandato) que se caracterizan por la gratuidad de la actuación¹¹.

Ejemplo (BGH NJW 1974, 1705): Los compañeros de trabajo A, B, C y D han acordado crear un grupo para jugar a la lotería. Al efecto, A debe cobrar semanal-

⁵ Cfr. *Hirte/Hebe* JuS2002, 241 (244).

⁶ Cfr. BGH MDR 1992, 555; *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 n. m. 28.

⁷ BGH NJW 2015, 2880, con nota de *Singbartl/Zintl* = JuS 2016, 70 (*Mäsch*). En cuanto al resarcimiento de los gastos, no se trata solo de los meros gastos de viaje, sino también de posibles daños por accidente (deterioro del coche, daños corporales de los parientes) que fueran asimismo indemnizables según el § 670 (→ § 14 n. m. 2).

⁸ BGH NJW 1992, 498; 2015, 2880.

⁹ Sobre el significado de la voluntad de vincularse jurídicamente, *Medicus/Petersen* BGB AT n. m. 191.

¹⁰ Cfr. BGHZ 21, 102 (107); BGH NJW 1974, 1705.

¹¹ *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 n. m. 29.

mente 5 euros de cada participante y apostar el dinero a una determinada combinación numérica. Antes de un sorteo, A descuida rellenar el boleto con la combinación numérica acordada. A causa de ello, el grupo pierde una ganancia de 5.275 euros. B, C y D exigen a A una indemnización del daño. ¿Con razón?

Entra en consideración una pretensión indemnizatoria del daño ex § 280 I. Esta presupone la existencia de una relación obligatoria. El BGH la negó considerando que, a la vista del alto riesgo de responsabilidad, había que suponer que A no quería contraer ninguna obligación negocial.

2. Deberes jurídicos en el marco de las relaciones de complacencia

A) LA AUSENCIA DE DEBERES DE PRESTACIÓN

- 8 Las relaciones de complacencia no son relaciones obligatorias con **deberes de prestación** del § 241 I; de ahí que los implicados tampoco puedan ostentar pretensiones indemnizatorias del daño por lesión de un deber de prestación.

Ejemplo: A ha invitado a su compañero de trabajo B a cenar. Cuando en el momento acordado B llama a la puerta de la casa de A, este no está presente porque ha olvidado la cita. Como B no hizo la compra, tiene que ir a cenar a un restaurante.

La invitación no dio lugar a ninguna relación obligatoria con deberes de prestación para A. Por ello B no puede reclamar los costes de la cena como indemnización del daño en lugar de la prestación (§§ 280 I y III y 283).

B) DEBERES DE PROTECCIÓN

- 9 En la doctrina se defiende la opinión de que «hay relaciones de complacencia de carácter negocial» que se sitúan entre las relaciones puramente de complacencia y los auténticos negocios jurídicos, y que no justifican ningún deber de prestación, pero sí **deberes de protección** (§ 241 II)¹². Desde el punto de vista dogmático hay que tener en cuenta que la categoría de los «favores con deberes de protección»¹³ no puede considerarse desligada de la regulación legal. Conforme al § 280 I en relación con el § 241 II, una pretensión indemnizatoria del daño por lesión de un deber de protección

¹² Así, *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 29; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 368; *Canaris* JZ 2001, 499 (520).

¹³ Cfr. *Spallino*, *Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit*, 2016, 10.

presupone la existencia de una **relación obligatoria** entre los implicados. Es cierto que, según el § 311 II, para las relaciones obligatorias con los deberes del § 241 II no necesariamente tiene que existir un contrato; sin embargo, es necesario, al menos, un contacto (jurídico) *negocial* (§ 311 II n. 3)¹⁴. Un ejemplo típico es la información gratuita de un banco a un no cliente (→ § 5 n. m. 9). Antes de la reforma del Derecho de obligaciones, en parte se consideró posible una responsabilidad conforme a los principios contractuales ya en los casos de un «*contacto social*» reforzado¹⁵. Sin embargo, esta opinión no es compatible con el Derecho vigente. De ahí que los contactos puramente sociales no puedan fundamentar ninguna responsabilidad conforme a los principios contractuales. Por lo tanto, mientras no se den los presupuestos del § 311 II y III, la responsabilidad en las relaciones de complacencia se rige únicamente por los preceptos del Derecho de daños (§§ 823 ss.)¹⁶.

Ejemplo: En el caso de la invitación (→ § 5 n. m. 8), B quería al menos la compensación de los costes que le ocasionó el viaje inútil. Lo primero a examinar es una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I, 311 II y 241 II. Para ello debería existir una relación obligatoria entre A y B. A lo sumo, puede considerarse una relación obligatoria en el sentido del § 311 II n. 3. Conforme al mismo, una relación obligatoria con los deberes del § 241 II también surge como resultado de contactos *negociales* similares. Sin embargo, la invitación de un colega a una cena concierne solo a la esfera social. Los contactos puramente sociales no bastan, según el claro tenor literal del § 311 II n. 3. Por tanto, B podría exigir la compensación de los costes del viaje inútil solo bajo los presupuestos del § 826. Sin embargo, como A simplemente actuó de forma negligente, tampoco existe un daño doloso contrario a las buenas costumbres. De ahí que también quede excluida una pretensión indemnizatoria del daño ex § 826.

- 10** El ejemplo anterior muestra que, en el marco de las relaciones de complacencia, los **daños patrimoniales** solo son indemnizables bajo estrictos presupuestos. Esto también debería estar en consonancia normalmente con las expectativas de los implicados. En cambio, en caso de lesión de **bienes jurídicos** y **derechos absolutos**, el § 823 I asegura una protección sensiblemente mejor. La diferenciación resultante parece en principio adecuada en el caso de las relaciones de complacencia.

¹⁴ Cfr. Staudinger/*Feldmann*, 2018, § 311 n. m. 114; BeckOK BGB/*Sutschet*, 50. Ed. 1.5.2019, § 241 n. m. 23; Jauernig/*Mansel* § 241 n. m. 25 s.; *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 87.

¹⁵ Así, por ejemplo, *Esser/Schmidt* SchuldR AT 1 § 10 I 2.

¹⁶ Así también, Staudinger/*Feldmann*, 2018, § 311 n. m. 117; *Wolf/Neuner* BGB AT § 28 n. m. 21.

C) ATENUACIONES DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS

- 11** No obstante, una parte de la doctrina parte de que la **responsabilidad extracontractual** del § 823 I debe **atenuarse** en el marco de las relaciones de complacencia, de acuerdo con la idea normativa de los §§ 521, 599 y 690. Para justificarlo se alega que la responsabilidad que prevé el § 823 I para **cualquier negligencia** (por tanto, también leve) no es adecuada para los favores de la vida diaria¹⁷. La jurisprudencia aplica los §§ 521, 599 y 690 también a la pretensión extracontractual, cuando existe la correspondiente relación obligatoria (donación, comodato y depósito),¹⁸. Sin embargo, en el marco de las simples relaciones de complacencia, se rechaza la aplicación analógica de los tratos privilegiados a las pretensiones extracontractuales. Al efecto se indica que tampoco al **mandato** le es aplicable ninguna atenuación general de responsabilidad a pesar de su gratuidad. A lo sumo, podría considerarse admitir un acuerdo tácito de exclusión de responsabilidad por negligencia leve, por vía de la interpretación integradora del contrato¹⁹.
- 12** La doctrina objeta a la jurisprudencia, con razón, que admitir una atenuación de responsabilidad acordada tácitamente descansa la mayoría de las veces en una mera **ficción**²⁰. El mismo BGH admite que se trata de «una construcción jurídica artificial en virtud de una ficción de voluntad». Sin embargo, de ello únicamente extrae la conclusión de que una limitación de responsabilidad solo puede admitirse excepcionalmente, sobre la base de circunstancias excepcionales²¹. A favor del planteamiento de la jurisprudencia habla el que una interpretación basada en la voluntad presunta y los intereses de los implicados posibilita soluciones más flexibles que la aplicación de los §§ 521, 599 y 690 a todas las relaciones de complacencia. Así, la aceptación general de una atenuación de la responsabilidad no satisfaría los intereses en juego en muchos casos. Esto resulta especialmente claro en el caso de los **viajes de favor** en el tráfico rodado, en los que puede ser tomada en cuenta la existencia o la ausencia de cobertura aseguradora.

Ejemplo: H ha llevado en su automóvil al autoestopista A por cortesía. A consecuencia de una negligencia leve, H ocasiona un accidente en el que A resulta

¹⁷ Así, por ejemplo, Erman/*Wilhelmi* Vor § 823 n. m. 28; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 369; en detalle sobre el estado de opinión, *Spallino*, Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit, 2016, 32 ss.

¹⁸ Cfr. BGHZ 93, 23 (27 ss.); BGH NJW 1992, 2474 (2475). Más detalles al respecto → SchuldR BT § 18 n. m. 12 y § 26 n. m. 3.

¹⁹ Cfr. BGHZ 21, 102 (110); BGH NJW 1979, 414; VersR 1980, 384; NJW-RR 2017, 272 (273 s.).

²⁰ *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 369.

²¹ BGH NJW-RR 2017, 272 (273).

gravemente herido. A exige a H indemnización del daño e indemnización por daño moral (§ 823 I, § 823 II en relación con § 229 StGB, §§ 7 y 18 StGB y § 253 II).

Si se acepta la responsabilidad de H, solo su seguro de responsabilidad civil del automóvil tendrá que responder finalmente de los daños de A. En este contexto, no resulta plausible aceptar una limitación tácita de la responsabilidad. Porque en general no se corresponde con la presunta voluntad de los implicados exonerar al asegurador de responsabilidad del causante del daño²². La situación de los intereses en juego es otra cuando, excepcionalmente, no media ninguna cobertura aseguradora, lo que, por ejemplo, puede resultar relevante en los accidentes de tráfico en el extranjero (cfr. los ejemplos → § 23 n. m. 16). De ahí que en este caso proceda considerar una limitación tácita de responsabilidad.

- 13** Tampoco fuera del tráfico rodado es adecuado limitar en general la responsabilidad de «quien actúa por cortesía» al dolo y la negligencia grave. En tanto se trate de bienes jurídicos y derechos tutelados por el § 823 I, por regla general la otra parte debe poder **confiar**, si no hay acuerdos en otro sentido, en que «quien actúa por cortesía» observe la diligencia exigible en el tráfico. Esto rige, en todo caso, cuando la relación obligatoria debiera calificarse como mandato si se supusiera una voluntad de vinculación jurídica. El **vínculo personal** entre los implicados tampoco justifica por sí mismo ninguna limitación de la responsabilidad²³. En este sentido, los privilegios legales solo existen en la relación entre los socios (§ 708) y los cónyuges (§ 1359), así como en la responsabilidad de los padres frente a sus hijos (§ 1664). El BGH se guía por tres criterios. Es preciso (1) que el causante del daño no disfrute de la **cobertura de ningún seguro de responsabilidad civil**, (2) que existiera para él **un riesgo de responsabilidad inaceptable** y (3) que, además, haya circunstancias especiales que hagan parecer especialmente obvia en el caso concreto una renuncia a la responsabilidad²⁴.

Ejemplo (BGH NJW-RR 2017, 272): Durante unas cortas vacaciones del dueño de la casa E, su vecino N, por deferencia, se hace cargo de cuidar la casa y regar el jardín. Después de haber regado el jardín de E con una manguera conectada a una toma de agua fuera de la casa, N cerró la boquilla de riego regulable que se encontraba en la manguera, pero olvidó por descuido cortar el suministro de agua a la

²² Cfr. BGH NJW 1966, 41; 1993, 3067 (3068); NJW-RR 2017, 272 (273 s.); *Hirte/Heber* JuS2002, 241 (244).

²³ Cfr. BGH NJW 2009, 1482 (1483); NJW-RR 2017, 272 (274); *Spallino*, *Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit*, 2016, 317 ss.

²⁴ BGH NJW 2009, 1482 (1483); NJW-RR 2017, 272 (274).

manguera. La noche siguiente la manguera, que había seguido bajo la presión del agua, se soltó de la boquilla. El agua de grifo que salió corrió al edificio de E y dañó el sótano. ¿Tiene N que indemnizar el daño de 12.000 euros?

Lo primero que hay que examinar es una pretensión de E frente a N para la indemnización del daño ex § 280 I. Sin embargo, dado que hay una mera relación de complacencia entre vecinos, falta una relación obligatoria. No obstante, E podría tener contra N una pretensión para la indemnización del daño ex § 823 I. N dañó la propiedad de E sobre el edificio por su conducta contraria a un deber en el tráfico –no cortar el suministro de agua–. Sin embargo, la culpa resulta problemática. Si a N solo se le pudiera atribuir simple negligencia, podría mediar una atenuación de responsabilidad. Sin embargo, en la relación de N y E no existe un privilegio legal respecto de la responsabilidad. Tampoco tiene cabida una aplicación analógica de los §§ 521, 599 y 690, habida cuenta los intereses en juego. Sin embargo, queda por examinar si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, N y E limitaron implícitamente la responsabilidad al dolo y la negligencia grave. El BGH se atuvo a que N tenía un seguro privado de responsabilidad civil por los daños derivados de actos de complacencia. Por lo general, no respondería a los intereses de las partes exonerar al seguro de responsabilidad civil del causante del daño por medio de un acuerdo de limitación de responsabilidad. Además, no se expondría a N a un riesgo de responsabilidad inaceptable. Por ello el BGH afirmó la responsabilidad de N conforme al § 823 I.

- 14** No obstante, por otra parte, hay relaciones de complacencia que valorativamente están tan vinculadas a la donación, el comodato o el depósito gratuito, que parece justificada una **aplicación analógica** del § 521, § 599 o § 690 a la pretensión extracontractual. El problema se puede ilustrar con el ejemplo de la cesión gratuita de un caballo de carreras. Si el caballo derriba al jinete, la responsabilidad del dueño del animal por el § 833 inciso 1 depende, según la jurisprudencia, de si existe un comodato o un simple favor²⁵. Porque si se supone un comodato, según el § 599 el dueño del caballo responde solo por dolo y negligencia grave, también en el marco del § 833 inciso 1²⁶. Sin embargo, esta diferenciación no es convincente²⁷. El § 599 trata de privilegiar a aquel que cede a otro **gratuitamente** una cosa. De ahí que la distinción entre comodato y relación de complacencia basada en la **voluntad de vinculación jurídica** sea irrelevante conforme a la ratio del precepto²⁸.

²⁵ Así, BGH NJW 1992, 2474 (2475 s.); cfr. también BGH NJW 2010, 3087 n. m. 14.

²⁶ BGH NJW 1992, 2474 (2475).

²⁷ Críticamente también, *Spallino*, *Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit*, 2016, 42.

²⁸ Así también, *Wolff/Neuner* BGB AT § 28 n. m. 26. Sin embargo, el tratamiento igualitario del comodato y la cesión de uso por complacencia puede lograrse también no dejando que el privilegio del § 599 pase a la pretensión extracontractual tampoco en el caso del comodato (así, p. e., *Jauernig/Mansel* § 599 n. m. 2).

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES NO SOLICITADAS

1. Finalidad de la norma y posición sistemática del § 241a

- 15** En el contexto de la conclusión del contrato se sitúa también la regulación del § 241a I, conforme al cual la entrega de cosas muebles (mercancías) o la ejecución de otras prestaciones por un empresario (§ 14) a un consumidor (§ 13) no fundamenta ninguna pretensión contra el consumidor si este **no** ha **solicitado** las mercancías o las otras prestaciones. El precepto fue introducido al transponer al BGB la Directiva de contratos a distancia y nuevamente redactado al transponer la Directiva sobre los derechos de los consumidores, con efectos de 13.6.2014. El objetivo del precepto consiste en proteger al consumidor de que el empresario le presione, mediante la ejecución de prestaciones no solicitadas, a pagarlas²⁹. Conforme a las Directivas pertinentes, en caso de entrega de mercancías no solicitadas y de ejecución de otras prestaciones no pedidas, el consumidor está dispensado del deber de **contraprestación**; en estos casos, la ausencia de una respuesta no puede valorarse como aceptación (cfr. art. 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores). El legislador alemán ha ido más allá de esta norma en tanto que el consumidor queda liberado de *todas las pretensiones* del empresario en los casos en cuestión. La idea subyacente es desalentar al empresario de formas de venta intrusivas³⁰. Conforme a su finalidad tuitiva, el § 241a no puede derogarse en perjuicio del consumidor (cfr. § 241a III).

Para profundizar: El comentario oficial al § 241a expone que el precepto sirve a la transposición del art. 9 de la Directiva de contratos a distancia. Sin embargo, esto ya no es así en la nueva versión. Ahora son determinantes los arts. 25 y 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, lo que puede resultar relevante al interpretar el § 241 conforme a la Directiva³¹.

- 16** La doctrina critica duramente el **enquadre sistemático** del § 241a entre los preceptos centrales del § 241 y el § 242³². Sin embargo, ello se explica por el hecho de que el legislador quiso excluir también las pretensiones *extra-contractuales* (especialmente conforme a los §§ 812 y 823).

²⁹ Sobre el propósito de la norma del § 241 a, MüKoBGB/*Finkenauer* § 241a n. m. 3; *Köhler* JuS2014, 865.

³⁰ Cfr. MüKoBGB/*Finkenauer* § 241a n. m. 3.

³¹ En detalle sobre esta problemática, *Köhler* JuS2014, 865 (866).

³² Cfr. *Jauernig/Mansel* § 241a n. m. 1; *Flume* ZIP 2000, 1427 (1428): «verdaderamente escandaloso».

2. Presupuestos

- 17 El § 241a solo se aplica en la relación entre consumidores (§ 13) y empresarios (§ 14). Presupone una entrega o prestación al consumidor **no solicitada**. El objeto de la entrega son las mercancías. Según la **definición legal** del § 241a, se trata de **cosas muebles** que no se venden en virtud de medidas de ejecución forzosa u otras medidas judiciales. La limitación respecto de las medidas de ejecución forzosa y otras medidas judiciales se debe a la definición de «mercancías» del art. 2 n. 3 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores. Sin embargo, la incorporación de esta limitación al § 241a I no es afortunada dado que el concepto de mercancías como tal no puede depender del contexto en que se produzca la venta³³. También el art. 2 n. 3 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores trata únicamente de exceptuar del ámbito de aplicación de la Directiva las medidas en cuestión. Según el art. 2 n. 3 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el concepto de mercancías abarca también **agua, gas y electricidad** si se ofrecen a la venta en un volumen limitado o en una determinada cantidad. En cambio, en el sentido del Derecho alemán, la electricidad no queda comprendida en el concepto de cosa según el § 90, porque no se trata de un objeto corporal (→ SchuldR BT § 1 n. m. 7). De ahí que, en el caso del § 241a I, sea necesaria en este aspecto una interpretación amplia del concepto de cosa, de conformidad con la Directiva³⁴.

En la versión vigente hasta el 12.6.2014, el § 214a III en su antigua redacción preveía que no había una prestación no solicitada si al consumidor se le ofrecía en lugar de la encargada una prestación *equivalente*, con la advertencia de que no estaba obligado a recibirla ni debía soportar los costes de devolución. Sin embargo, esta limitación no era compatible con el art. 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores y por ello debía suprimirse al transponer esa Directiva. Por consiguiente, desde el 13.6.2014 el § 214a también es aplicable en principio a estos casos³⁵.

Además, el § 241a también comprende la entrega de cosa distinta a la solicitada en el régimen jurídico de la compraventa (la llamada **entrega incorrecta**). Sin embargo, esto solo vale para la entrega incorrecta a sabien-

³³ Crítico por ello, con razón, *Wendehorst* NJW 2014, 577 (578).

³⁴ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 44; para el encuadre en el caso de la otra prestación, *PWW/Kramme* § 241a n. m. 8.

³⁵ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 45; *Palandt/Grüneberg* § 241a n. m. 5; *Brox/Walker* SchuldR AT § 3 n. m. 8; de otra opinión, *Köhler* JuS2014, 865 (870 s.).

das; en caso de entrega incorrecta por error solo el § 434 III es aplicable (→ SchuldR BT n. m. 43).

3. Consecuencias jurídicas

A) EXCLUSIÓN DE PRETENSIONES CONTRACTUALES

- 18** En primer lugar, del § 241a I resulta que, en caso de entrega o prestación no solicitada, el empresario no ostenta ninguna **pretensión contractual de pago**. De acuerdo con los principios generales habría que pensar en interpretar la puesta en uso o el consumo de las cosas no solicitadas por el consumidor como una **aceptación implícita** de la oferta de celebrar un contrato de compraventa, en tanto que conforme al § 151 cabría renunciar a recibir la declaración de aceptación. En cambio, el § 241a I deja claro que la aceptación en tales casos presupone una conducta declarativa que vaya más allá de la puesta en uso o el consumo de la cosa, o una declaración expresa³⁶.

Ejemplo: Sin que hubiera un pedido, el empresario U envía al consumidor V 50 tarjetas postales artísticas al precio de 2,50 euros la postal. Después de que V ya haya enviado diez postales a amigos, U le reclama el pago de 125 euros. Subsidiariamente, U exige a V la devolución de las postales aún disponibles, así como el resarcimiento del valor o del daño por las postales ya enviadas.

Lo primero que hay que examinar es una pretensión de pago del precio de compra ex § 433 II. Esto presupone la existencia de un contrato de compraventa. El envío de las postales a V se puede interpretar como oferta implícita para la conclusión de un contrato de compraventa. Al haber enviado V diez postales a amigos, podría haber aceptado la oferta implícitamente. Conforme al § 151, cabría renunciar a recibir la declaración de aceptación. Sin embargo, tal solución es contraria al § 241a. Por tanto, U no tiene ninguna pretensión contra V ex § 433 II.

B) REPERCUSIONES EN LAS PRETENSIONES LEGALES

- 19** Conforme a su tenor literal (arg. ex párrafo 2) y a su posición sistemática, el § 241a excluye no solo las **pretensiones** contractuales, sino también las **legales**, por la ejecución de prestaciones no solicitadas. Solo hay una **excepción** en el caso de que la prestación no estuviera destinada al receptor (envío

³⁶ Palandt/Grüneberg § 241a n. m. 6; Staudinger/Olzen, 2015, § 241a n. m. 31; HK-BGB/Schulze § 241a n. m. 10.

equivocado) o se hubiera realizado en la errónea idea de que había habido un pedido; en este caso el consumidor no es digno de protección si se dio cuenta de ello o hubiera podido darse cuenta empleando la diligencia exigible en el tráfico (§ 241a II).

En todo caso, la exclusión de las pretensiones legales se refiere a las pretensiones por gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss.), enriquecimiento injustificado (§§ 812 ss.) y responsabilidad extracontractual (§§ 823 ss.). Sin embargo, es dudoso si también se excluye la **pretensión real restitutoria** del propietario contra el poseedor conforme al § 985. La opinión dominante responde a esto afirmativamente. Ciertamente, en virtud del § 241a el consumidor no se haría propietario de la cosa, pero podría retenerla y usarla a su gusto³⁷. La opinión contraria admite la pretensión restitutoria del § 985 si el consumidor puede restituir la cosa sin merma de sus intereses legítimos y el empresario la recoge a sus expensas³⁸. Sin embargo, esta limitación no es conciliable con la voluntad del legislador de liberar al consumidor de todas las pretensiones y de imponer una sanción efectiva a la conducta anti-competitiva del empresario por razones disuasorias³⁹.

Ejemplo: En el caso de las tarjetas postales (→ § 5 n. m. 18), V no tiene que resarcir ni el valor (§§ 812 I 1, alternativa 1, y 818 II) ni el daño (§ 823 I) por las postales usadas. Tampoco tiene que restituir las tarjetas de que disponga con arreglo al § 812 I 1, alternativa 1, o al § 985.

- 20** Sin embargo, si la entrega no solicitada **no** es **anticompetitiva** es conveniente una reducción teleológica del § 241a. En este caso no es aplicable la finalidad tuitiva del § 241a⁴⁰. Independientemente de eso, tampoco constitucionalmente es legítimo recortar aquí el derecho de propiedad del empresario (art. 14 GG) excluyendo la pretensión del § 985⁴¹. Dado que el art. 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores enlaza con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE)⁴², esta solución tampoco es contraria a la Directiva. Antes bien, el § 241a II va en

³⁷ MüKoBGB/*Finkenauer* § 241a n. m. 35 s.; Palandt/*Grüneberg* § 241a n. m. 7; Staudinger/*Olzen*, 2015, § 241a n. m. 44; Jauernig/*Mansel* § 241a n. m. 5; Brox/*Walker* SchuldR AT § 3 n. m. 9; Berger JuS2001, 649 (652); S. Lorenz JuS2000, 833 (841). Sobre las repercusiones en Derecho penal, cfr. *Lamberz* JA 2008, 425 ss.

³⁸ Así, HK-BGB/*Schulze* § 241a n. m. 7.

³⁹ Cfr. PWW/*Kramme* § 241a n. m. 14; Berger JuS2001, 649 (650).

⁴⁰ PWW/*Kramme* § 241a n. m. 9.

⁴¹ Así también, Berger JuS2001, 649 (653); Palandt/*Grüneberg* § 241a n. m. 7.

⁴² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento

este aspecto mucho más lejos que la Directiva. Cabe incluso preguntarse si la exclusión de las pretensiones legales no es en general contraria a la Directiva⁴³. En concreto, hay que tener en cuenta que la Directiva sobre los derechos de los consumidores –a diferencia de la Directiva de contratos a distancia– prevé una **armonización plena** (art. 4 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores), con lo que también una mejora de la protección del consumidor es, por principio, inadmisibles⁴⁴. Sin embargo, a favor de la conformidad con la Directiva cabe aducir que, de acuerdo con el sentido y la finalidad del art. 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el consumidor también está liberado de las pretensiones indemnizatorias por el deterioro, la destrucción, el uso o la enajenación de las mercancías; un deber legal de restitución no es conciliable con esto⁴⁵. Es cierto que, si se parte de una comprensión más estrecha del art. 27 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el precepto se limita a excluir las pretensiones *contractuales*. Sin embargo, dado que las pretensiones legales no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, el principio de armonización plena no se opone a la exclusión de tales pretensiones por el legislador nacional⁴⁶.

IV. LAS ARRAS

1. Función

- 21** En relación con la conclusión de los contratos obligatorios hay que referirse al instituto de las **arras**, que se regula en los §§ 336– 338. Este instituto ya apenas tiene importancia práctica hoy en día⁴⁷. Antiguamente, sin embargo, era usual, sobre todo en la contratación de trabajadores en el ámbito agrícola (contratos con la servidumbre) así como en la compra de ganado, entregar al perfeccionarse el contrato una suma de dinero (pequeña, la mayoría de las veces) o también otro objeto como arras (señal, anticipo)⁴⁸. Conforme a la tradición jurídica germánica y griega, este pago tenía significado *constituti-*

Europeo y del Consejo, así como el Reglamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales) de 11.5.2005, ABl. 2005 L 149, 22.

⁴³ A favor de la contrariedad a la Directiva, *Köhler* JuS2014, 865 (868 s.).

⁴⁴ Cfr. *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241a n. m. 12.

⁴⁵ *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241a n. m. 49; *PWW/Kramme* § 241a n. m. 14.

⁴⁶ Así también, *BeckOK BGB/Sutschet*, 50. Ed. 1.5.2019, § 241a n. m. 9.

⁴⁷ Cfr. *HKK-BGB/Hermann* §§ 336–345 n. m. 9 s.

⁴⁸ Cfr. *MüKoBGB/Gottwald* § 336 n. m. 5.

vo respecto de la conclusión del contrato. Frente a esto, el § 336 deja claro que, en correspondencia con la tradición jurídica romana, las arras simplemente son una **señal probatoria** de la conclusión del contrato⁴⁹.

2. Delimitaciones

- 22** La palabra «arras» da la impresión de que se trata de una prestación que (en el sentido de **añadido**) se suma a la prestación contractualmente debida*. Sin embargo, este no es el caso. Antes bien, el § 337 I, alternativa 1, dispone que, en caso de duda, las arras **han de imputarse** a la prestación debida. Si la imputación no es posible, entonces las arras deben restituirse al cumplirse el contrato (§ 337 I, alternativa 2). Según la opinión dominante, no se trata aquí de una pretensión por enriquecimiento, sino contractual⁵⁰. También hay un deber contractual de restitución en el caso de que el contrato quede invalidado posteriormente (§ 337 II). En caso de nulidad del contrato, el deber de restitución deriva de los §§ 812 ss.⁵¹. Según el § 338, no hay deber de restitución si quien ha entregado las arras es responsable de la imposibilidad de la prestación que debe o de la invalidación del contrato. En este aspecto, las arras tienen los mismos efectos que una **pena convencional** (al respecto → § 38 n. m. 1 ss.)⁵².

Según el § 336 II, en la duda, las arras tampoco son una **pena de arrepentimiento**. Por tanto, quien las ha entregado por lo general no tiene derecho a resolver el contrato renunciando a la devolución de las arras.

De las arras hay que distinguir el **pago a cuenta**. Este no es una señal de la conclusión del contrato, sino un cumplimiento parcial. Por ello no son aplicables los §§ 336 ss.⁵³. Es cierto que un pago a cuenta también puede tener en el caso concreto la finalidad de documentar la voluntad de vinculación de quien paga⁵⁴. Sin embargo, esto no cambia en nada el hecho de que el pago anticipado sirve preferentemente al cumplimiento. Por tanto, también en este caso la pretensión del perceptor se extingue conforme al § 362 I y no por imputación conforme al § 337 I.

⁴⁹ Cfr. MüKoBGB/*Gottwald* § 336 n. m. 2; *Harke SchuldR AT* n. m. 161.

* **Nota de la traductora:** La palabra alemana para designar las arras es «Draufgabe», sustantivo proveniente del verbo «draufgeben», que significa «sobreponer» o «añadir». De ahí la observación del autor.

⁵⁰ Cfr. MüKoBGB/*Gottwald* § 337 n. m. 4.

⁵¹ MüKoBGB/*Gottwald* § 337 n. m. 5.

⁵² Cfr. *Harke SchuldR AT* n. m. 161.

⁵³ Cfr. MüKoBGB/*Gottwald* § 336 n. m. 6; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 574 s.

⁵⁴ Crítico por ello respecto de la interpretación de la opinión dominante, *Harke SchuldR AT* n. m. 162.

Bibliografía: *Berger*, Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a, JuS 2001, 649; *Czeguhn/Dickmann*, Die Fortwirkung des § 241a BGB nach Zusendung unbestellter, mangelhafter Ware, JA 2005, 587; *Daßbach*, Gefälligkeitsverhältnisse in der Fallbearbeitung, JA 2018, 575; *Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2000, 1427; *Hirte/Heber*, Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr, JuS 2002, 241; *Köhler*, Unbestellte Leistungen – Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel des neugefassten § 241a BGB, JuS 2014, 865; *Lamberz*, § 241a BGB – Der Weg zur Strafflosigkeit für den Empfänger unbestellter zugesandter Leistungen, JA 2008, 425; *Löhnig*, Zusendung unbestellter Waren und verwandte Probleme nach Inkrafttreten des § 241a BGB, JA 2001, 33; *S. Lorenz*, § 241a BGB und das Bereicherungsrecht – zum Begriff der »Bestellung« im Schuldrecht, FS W. Lorenz, 2001, 193; *Schreiber*, Haftung für Gefälligkeiten, JURA 2001, 810; *Schwarz/Pohlmann*, Der Umfang des Anspruchsausschlusses bei unbestellter Warenlieferung gem. § 241a I BGB: Die Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie als methodisches Problem, JURA 2001, 361; *Spallino*, Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit, 2016; *Spallino*, Voraussetzungen für einen stillschweigenden Haftungsverzicht bei einem Gefälligkeitsverhältnis, VersR 2016, 1224; *Wendehorst*, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577; *Witschen*, Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten, AcP 219 (2019), 300.

§ 6 EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SUS LIMITACIONES

- 1 Conforme al principio de libertad de contratación (→ § 3 n. m. 3), el individuo puede decidir por sí mismo *si quiere* **celebrar** o **no celebrar** un contrato y *con quién*. La libertad de contratación tiene así un componente positivo y uno negativo. Ambos son objeto de limitaciones.

I. LIBERTAD POSITIVA DE CONTRATACIÓN Y PROHIBICIONES DE CONTRATACIÓN

- 2 El componente positivo de la libertad de contratación es limitado en diversos ámbitos mediante **prohibiciones** legales **de contratación**, que en su mayoría sirven a la protección de intereses públicos superiores. Así, según las leyes federales sobre horarios de apertura o de cierre de los comercios, al dueño de un establecimiento comercial se le prohíbe vender mercancías fuera de los horarios de apertura permitidos (p. e., los domingos). La SchwarzbG prohíbe la conclusión de contratos para la ejecución de prestaciones de obra con «trabajo sumergido». La contravención de tales prohi-

biciones de contratación comporta normalmente sanciones jurídico públicas (multas, penas). Que además el contrato concluido sea o no nulo conforme al § 134, depende de la finalidad tuitiva de la norma prohibitiva infringida⁵⁵.

Ejemplos: Si se venden mercancías fuera de los horarios de apertura permitidos, el contrato de compraventa no es nulo conforme al § 134. Porque las prohibiciones de las leyes sobre horarios de apertura o de cierre de los comercios no se dirigen contra el contrato como tal, sino solo contra las circunstancias externas de su conclusión⁵⁶. En cambio, de acuerdo con la finalidad tuitiva de la *SchwarzB*, un contrato de trabajo en negro es por principio enteramente nulo conforme al § 134⁵⁷. Según la nueva jurisprudencia del BGH, por regla general, la buena fe (§ 242) tampoco impide al empresario alegar la nulidad del contrato frente a las pretensiones de saneamiento del comprador⁵⁸.

II. LIBERTAD NEGATIVA DE CONTRATACIÓN Y OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

1. Obligación legal de contratar

- 3 En lo que respecta al componente negativo de la libertad de contratación, en nuestro ordenamiento jurídico aparecen distintos preceptos que obligan a los sujetos de Derecho privado a concluir con otros contratos sobre determinados objetos en unas condiciones razonables. Dado que semejante **obligación de contratar** representa una grave injerencia en la libertad contractual (art. 2 I GG), debe estar legitimada por fines especiales.
- 4 Con el establecimiento de una obligación de contratar, el legislador a menudo persigue el objetivo de garantizar el abastecimiento de la población con bienes y servicios esenciales (**servicios básicos de interés general**), concretamente en aquellos sectores en que los proveedores individuales tienen una **posición** jurídica o fáctica de **monopolio**. Son de mencionar, sobre todo, los sectores de la energía (§ 10 EnWG), el transporte y el tráfico (§ 22 PBefG y § 10 AEG, etc.)⁵⁹.

⁵⁵ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 58.

⁵⁶ *Wolf/Neuner* BGB AT § 45 n. m. 16 s.

⁵⁷ BGHZ 198, 141 (143 ss.) = NJW 2013, 3167; BGH NJW 2014, 1805.

⁵⁸ BGHZ 198, 141 (148 ss.); en otro sentido, respecto de la anterior Ley para la lucha contra el trabajo sumergido, BGH NJW-RR 2008, 1050 (1051); más detalles al respecto → SchuldR BT § 33 n. m. 2.

⁵⁹ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 76; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 54; *MüKoBGB/Busche*, Previo al § 145 n. m. 15.

Según el § 20 I GWB, las **empresas dominantes en el mercado** están sujetas a una obligación de contratar cuando la negativa a concluir el contrato se presentaría como un obstáculo o una discriminación inequitativos para *otra empresa*. Lo mismo es aplicable, según el § 20 II GWB, a las empresas *dominantes*, cuando las empresas pequeñas o medianas no pueden decidirse razonablemente por otro cocontratante⁶⁰.

- 5 La obligación de contratar también puede decretarse con independencia de una posición dominante en el mercado, para lograr determinados objetivos superiores. Esto tiene especial importancia respecto del régimen jurídico del contrato de seguro. Así, en el § 5 II PflVG el legislador atribuye una obligación de contratar a los aseguradores de responsabilidad civil del automóvil, para acompañar la obligación de los **dueños de los automóviles** de contratar un seguro de responsabilidad civil (§ 1 PflVG). También en los **seguros privados de asistencia médica**, el deber de asegurarse del particular (§ 193 III VVG) se complementa con una obligación de aceptación (§ 193 V VVG).

2. Obligación general de contratar ex § 826

A) FUNDAMENTOS

- 6 Cuando no media ninguna regulación especial, la obligación de contratar puede apoyarse en el caso concreto en el § 826 (la denominada obligación general de contratar)⁶¹. Esto presupone que la negativa a concluir el contrato constituya un **daño doloso contrario a las buenas costumbres**.

Para profundizar: Se discute de dónde deriva exactamente la obligación de contratar del § 826. Según la opinión dominante, el deber de celebrar un contrato se deduce del principio de restitución in natura regulado en el § 249 I⁶². Mediante la celebración del contrato se crearía la situación que existiría sin el evento dañoso –la negativa contraria a las buenas costumbres a concluir el contrato–. En cambio, la doctrina más moderna defiende cada vez más la opinión de que se trataría (como en el § 1004) de una pretensión de cesación o de supresión *independiente de la culpa*⁶³. A favor de este encuadre habla el que no se trata de compensar daños producidos, sino de proteger frente a futuros perjuicios⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 77; *Palandt/Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 9.

⁶¹ *Staudinger/Bork*, 2015, Previo a los §§ 145 ss. n. m. 21; *Harke* SchuldR AT n. m. 44 ss.

⁶² RGZ 48, 114 (127 ss.); 148, 326 (334); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 56.

⁶³ En este sentido, *Erman/Armbrüster*, Previo al § 145 n. m. 29; *MüKoBGB/Busche*, Previo al § 145 n. m. 21; *Staudinger/Bork*, 2015, Previo a los §§ 145 ss. n. m. 20; *Bydlinski* AcP180 (1980), 1 (11 ss.).

⁶⁴ *Bezzemberger* AcP 196 (1996), 395 (428 s.).

- 7 La cuestión decisiva es cuándo la negativa a concluir un contrato es **contraria a las buenas costumbres**. Aunque el concepto de «buenas costumbres» va referido a parámetros extrajurídicos, se trata, sin embargo, de una cuestión de valoración *normativa* a la que debe responderse mediante una ponderación de intereses sobre la base de las valoraciones morales consagradas en el ordenamiento jurídico. Al efecto tiene especial importancia el sistema de valores constituido en la Ley Fundamental, sobre todo los derechos fundamentales⁶⁵.

Ejemplo: Si un teatro recusa a un crítico por previos e impopulares juicios de valor sobre los trabajos de los actores, es irrelevante que el teatro tenga o no una posición de monopolio en la ciudad⁶⁶. Habida cuenta la libertad de pensamiento y de prensa (art. 5 I GG) así como la libertad profesional del crítico (art. 12 GG), la recusación es contraria a las buenas costumbres a menos que el afectado haya dado para ello una razón justificada, por crítica difamatoria o comportamiento inapropiado⁶⁷.

B) SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS NECESARIOS

- 8 Por lo que se refiere a los **bienes y servicios de primera necesidad**, es extendida la opinión de que, más allá de los casos legalmente regulados (→ § 6 n. m. 3 ss.) y de los principios generales del § 826, existe una obligación de contratar si el cliente, por la posición de monopolio o de dominio en el mercado de la empresa, no tiene alternativa razonable y la negativa a concluir el contrato no está justificada por ninguna razón objetiva⁶⁸. Detrás de esto está el empeño de reforzar la tutela del **consumidor** porque el § 20 GWB solo sirve para proteger a otras empresas⁶⁹. Para justificarlo se hace referencia al **principio del Estado social** (Arts. 20 I y 28 I GG) así como a una **analogía general** con los concretos preceptos aplicables en el ámbito de los servicios básicos de interés general⁷⁰. Sin embargo, estos fundamentos jurídicos parecen demasiado vagos e inde-

⁶⁵ Cfr. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, 200 ss.

⁶⁶ Así, sin embargo, *Eidenmüller* NJW 1991, 1439 (1441).

⁶⁷ En este sentido, también *Larenz* SchuldR I § 4 Ia; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 79; la opinión discrepante del RG (RGZ 133, 388) está superada.

⁶⁸ Cfr. *Palandt/Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 10; *MüKoBGB/Busche*, Previo al § 145 n. m. 20 ss.; *Staudinger/Bork*, 2015, Previo a los §§ 145 ss. n. m. 21 s.

⁶⁹ *Palandt/Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 10; *PWW/Brinkmann*, Previo a los §§ 145 ss. n. m. 20.

⁷⁰ Así, *Palandt/Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 10; *Larenz* SchuldR I § 4 Ia.

terminados como para poder limitar la libertad de contratación⁷¹. En contra de una analogía general habla, además, el que la negativa injustificada de bienes y servicios de primera necesidad cuando falta una alternativa razonable constituye un daño doloso contrario a las buenas costumbres. Dado que entra en juego el § 826, falta la laguna de regulación necesaria para la analogía.

Ejemplos: Los hospitales están sujetos a una obligación de contratar por lo que se refiere a la asistencia médica necesaria⁷². En cambio, para las tiendas de alimentación y los bancos normalmente no hay obligación de contratar porque, por lo general, hay suficientes alternativas⁷³. El BGH ha subrayado en una actual sentencia que, a pesar del efecto indirecto de los derechos fundamentales respecto de terceros (especialmente el art. 3 I y III GG), tampoco se impide a un banco privado cancelar debidamente una cuenta bancaria, en consideración a la orientación política o ideológica del cliente⁷⁴. El banco puede invocar para ello su autonomía privada. La valoración resulta distinta en el caso de las cajas de ahorro y otras entidades de crédito controladas por el Estado, que están directamente sujetas a los derechos fundamentales⁷⁵.

- 9 Parte de la doctrina propone extender la obligación general de contratar a todas las prestaciones que una persona media necesita para llevar un **estilo de vida normal**⁷⁶. Para valorar este enfoque hay que tener en cuenta que la negativa de una prestación necesaria para un estilo de vida normal no puede provocar per se una obligación de contratar, porque si no se limitaría excesivamente la libertad de contratación. Por tanto, en el caso concreto debe examinarse si la negativa a concluir el contrato ha de valorarse como un daño doloso contrario a las buenas costumbres. Esto se debe considerar, en particular, cuando la otra parte no tenga ninguna alternativa razonable y la conclusión del contrato sea rechazada **arbitrariamente**⁷⁷.

⁷¹ Erman/*Armbrüster*, Previo al § 145 n. m. 29; Jauernig/*Mansel*, Previo al § 145 n. m. 10; *Harke SchuldR AT* n. m. 44 Fn.44.

⁷² BGH NJW 1990, 761 (763); Palandt/*Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 10.

⁷³ OLG Celle OLGZ 1972, 281; LG Stuttgart NJW 1996, 3347; Palandt/*Ellenberger*, Introducción previa al § 145 n. m. 10.

⁷⁴ BGH NJW 2013, 1519 con nota de *Omlor* = JZ 2013, 567 con nota de *Looschelders*.

⁷⁵ Cfr. BGHZ 154, 146 – caja de ahorro; BGH NJW 2004, 1031 – banco postal antes de la privatización.

⁷⁶ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 79; *Bydlinski AcP*180 (1980), 1 (37).

⁷⁷ Cfr. Jauernig/*Mansel*, Previo al § 145 n. m. 11; más limitadamente, *Staudinger/Oechsler*, 2018, § 826 n. m. 429.

C) CONTRAVENCIÓN DE PROHIBICIONES DE DISCRIMINACIÓN

- 10 Se discute si el § 826 justifica o no una obligación de contratar cuando se deniega la conclusión del contrato contraviniendo una prohibición de discriminación. En la práctica el problema se plantea sobre todo en caso de discriminación por razones **raciales** o **étnicas**.

Ejemplo (OLG Stuttgart NJW 2012, 1085): A, de 17 años, quiere ir con sus amigos alrededor de las 22:00 horas a la discoteca de D. Sin embargo, el portero le rechaza con el argumento de que no se admite a personas de color. A quiere saber si puede conseguir judicialmente la admisión y exigir una indemnización por daño moral.

- 11 Al juzgar tales casos hay que tener en cuenta que una discriminación por el color de la piel es contraria a las buenas costumbres en el tráfico comercial general conforme al **conjunto de valores de la Ley Fundamental** (art. 3 I y III GG) y las **valoraciones de la AGG**. No obstante, en la doctrina se defiende la opinión de que esto no puede dar lugar a una obligación de contratar conforme al § 826, porque los intereses de los afectados estarían protegidos de forma más efectiva mediante las pretensiones de indemnización por daño moral y las sanciones penales que mediante una «obediencia aparente a regañadientes»⁷⁸. Sin embargo, a ello hay que oponer que el ordenamiento jurídico no puede exigir a los afectados que se sometan a una discriminación contraria a las buenas costumbres⁷⁹. Es solo asunto suyo si se conforman con una pretensión de indemnización del daño moral o si además quieren hacer valer una pretensión a que se concluya el contrato. Por tanto, en caso de discriminación por razones raciales o étnicas hay una obligación de contratar conforme al § 826.

3. **Obligación de contratar conforme a la AGG**

- 12 En el ámbito de aplicación de la AGG (→ § 3 n. m. 11) se plantea la cuestión de si una contravención de las prohibiciones de discriminación allí establecidas puede justificar una pretensión independiente a la conclusión de un contrato. La problemática no está regulada expresamente respecto del **Dere-**

⁷⁸ Así, *Bydlinski* AcP180 (1980), 1 (44 s.); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 79.

⁷⁹ *Bezzenger* AcP196 (1996), 395 (427 ss.); cfr. también *Staudinger/Bork*, 2015, Previo a los §§ 145 ss. n. m. 21.

cho civil general. La opinión dominante parte de que se puede derivar una obligación de contratar de la pretensión de supresión del § 21 I 1 AGG o de la pretensión indemnizatoria del daño del § 21 II 1 AGG en relación con el principio de restitución in natura (§ 249 I)⁸⁰. Además, parte de la doctrina defiende también una pretensión a la conclusión del contrato ex §§ 280 I, 311 II y 241 II y § 826 en relación con § 249 I⁸¹. En caso de riesgo de repetición, se concede al afectado una pretensión de cesación ex § 21 I 2 AGG. La pretensión a una indemnización por daño moral deriva en tales casos del § 21 II 3 AGG.

Ejemplos: En el caso de la discoteca (→ § 6 n. m. 10), el OLG de Stuttgart aceptó los presupuestos del § 19 I n. 1 AGG. Por lo demás, como existe una discriminación a causa de la raza y el origen étnico, se cumplirían en todo caso los requisitos del § 19 II en relación con el § 2 n. 8 AGG. Por ello, con arreglo al § 21 I 2 AGG, el tribunal prohibió a D negarle a A en el futuro el acceso a la discoteca en tanto no existiera ninguna razón que no estuviera relacionada con el color de la piel. Además, el tribunal reconoció a A una indemnización de 900 euros por daño moral ex § 21 II 3 AGG.

- 13** Respecto del **Derecho del trabajo**, el § 15 VI AGG excluye claramente la pretensión al establecimiento de una relación de trabajo o de formación (→ SchuldR BT § 28 n. m. 12). Por tanto, al afectado se le remite a las pretensiones indemnizatorias.

Bibliografía: *Armbrüster*, Kontrahierungszwang im AGG?, NJW 2007, 1494; *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999; *F. Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1; *F. Bydlinski*, Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378; *Canaris*, Das Recht auf Meinungsfreiheit gem. art. 5 Abs. 1 GG als Grundlage eines arbeitsrechtlichen Kontrahierungszwanges, FS Leisner, 1999, 413; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47; *Martiny*, Ausländerdiskriminierung und Vertragsschluss, ZEuP 2001, 563; *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57; *Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540; *Thüsing/v. Hoff*, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21; *Vykydal*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, JuS 1996, L 33. Cfr. además las referencias relativas al § 3.

⁸⁰ Así, MüKoBGB/*Thüsing* AGG § 21 n. m. 17 ss.; *Maier-Reimer* NJW 2006, 2577 (2582); *Schreier* JuS2007, 308; *Thüsing/v. Hoff* NJW 2007, 21 ss.

⁸¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* AGG § 21 n. m. 7.

§ 7 EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA Y SUS LIMITACIONES

I. EN GENERAL

- 1 Conforme al principio de libertad de forma, los contratos obligatorios pueden concluirse de cualquier forma en tanto la *ley* no prevea una **exigencia formal**. Además, las partes son libres de acordar *contractualmente* la necesidad de una determinada forma (exigencia formal voluntaria).

La injerencia en la libertad de contratar vinculada a la exigencia **legal** de forma puede estar justificada por diversas finalidades. De especial importancia son la protección de las partes frente a la precipitación (función de advertencia), la garantía de claridad y la posibilidad de probar el contenido contractual (función de clarificación y función de prueba), así como la información y el asesoramiento de los implicados, en especial por el notario (función de instrucción)⁸².

- 2 Si no se observa una forma exigida legalmente, en principio el contrato es **nulo**, según el § 125 inciso 1. Sin embargo, algunos preceptos sobre la forma prevén *posibilidades de subsanación* (cfr. §§ 311b I 2, 518 II y 766 inciso 3). La inobservancia de una forma establecida voluntariamente solo conduce a la ineficacia del contrato en caso de duda (§ 125 inciso 2). Por tanto, debe examinarse si la interpretación del acuerdo sobre forma revela una voluntad diferente de las partes.

La exigencia legal de forma se establece en diversos preceptos. Algunas exigencias formales valen solo para algunos tipos de contratos (p. e., §§ 518 y 766) y se regulan por ello en el *Derecho especial de obligaciones*. Otras exigencias formales han de observarse en **todos los contratos obligatorios**. Por ello el legislador las ha ubicado en el *Derecho general de obligaciones*, concretamente en el § 311b, inmediatamente después del principio contractual (§ 311 I).

II. OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR O ADQUIRIR UN INMUEBLE

- 3 El precepto más importante sobre forma en el Derecho general de obligaciones es el § 311b I. Según el mismo, un contrato que obligue a transmitir o a adquirir un bien inmueble requiere documentación notarial.

⁸² Cfr., por ejemplo, Jauernig/*Mansel* § 125 n. m. 3.

1. Finalidad tuitiva

- 4 La regulación del § 311b I toma en cuenta la especial importancia de los negocios inmobiliarios. Se trata, de un lado, de proteger frente a la **precipitación** y de garantizar una debida **información** a través del notario; de otro lado, ha de servir para fijar el contenido del acuerdo y asegurar la **posibilidad de prueba** ⁸³.

2. Ámbito de aplicación del § 311b I

- 5 El § 311b I solo se aplica al **negocio obligatorio**. Quedan incluidos todos los contratos obligatorios dirigidos a la enajenación de un inmueble, por tanto, no solo los negocios obligatorios típicos de enajenación (compraventa, permuta y donación), sino también, p. e., contratos de sociedad que incluyan la correspondiente obligación ⁸⁴. El negocio de cumplimiento o *negocio dispositivo* se rige por los §§ 873 y 925. Son necesarios un acuerdo (real) entre titular y adquirente sobre la transmisión de la propiedad y su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el aspecto formal hay que tener en cuenta que, según el § 925, el acuerdo necesario para la transmisión de la propiedad de un inmueble (acuerdo abstracto traslativo) debe declararse ante notario con la presencia simultánea de ambas partes.
- 6 La exigencia de forma afecta solo a los contratos que comprenden la obligación de transmitir o adquirir la **propiedad** de un inmueble. No se incluyen los contratos sobre cesión temporal de un inmueble (contrato de arrendamiento, contrato de arrendamiento de uso y disfrute, etc.) o su *gravamen* con un derecho real limitado (hipoteca, deuda inmobiliaria, servidumbre, etc.). A la obligación de conceder, adquirir o suprimir la *propiedad horizontal* le es aplicable el § 311b I por analogía (§ 4 III WEG). Lo mismo vale para la obligación de solicitar o de adquirir *derechos de superficie* (§ 11 II ErbbauG).
- 7 Si la necesidad de documentación notarial ha de proteger eficazmente a las partes frente a la precipitación, también debe aplicarse a aquellos contratos que, si bien no contienen una obligación *directa* de enajenar o adquirir un inmueble, sin embargo, sí que ejercen una **presión indirecta** para que se

⁸³ Sobre las finalidades del § 311b I, cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311b n. m. 2.

⁸⁴ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 93.

realice un negocio así⁸⁵. Por eso el § 311b I incluye todos los contratos en los que no concluir un negocio inmobiliario va unido a perjuicios económicos considerables, que decidirían a una persona razonable a la conclusión del negocio. El ejemplo típico es el acuerdo de una *pena convencional* (§§ 339 ss.) que deba pagarse en caso de negativa a concluir el contrato.

- 8 Desde la perspectiva de la presión indirecta, la exigencia de forma también puede aplicarse a los **contratos con terceros**. Así, los *contratos de mediación* están incluidos en el § 311b I cuando el enajenante potencial promete al mediador una no desdeñable «retribución por el esfuerzo», en caso de que el negocio no se concluya⁸⁶ *. Lo mismo vale para los pactos onerosos de reserva entre mediador e interesados en comprar que ejercen una presión excesiva para adquirir el inmueble reservado⁸⁷. No obstante, el perjuicio económico debe ser tal que pueda decidir a una persona razonable a concluir el contrato. Por regla general esto debe negarse si la retribución por el esfuerzo o por la reserva asciende a menos del 10% de la comisión de mediación que resultaría si se concluyera el negocio⁸⁸.
- 9 De acuerdo con el § 167 II, el otorgamiento de un **poder** para vender o comprar un inmueble *no* está sujeto al § 311b I. No obstante, la disposición excepcional del § 167 II ha de interpretarse restrictivamente. Si el poder es irrevocable o según el poderdante se produce un verdadero efecto vinculante, la finalidad tuitiva del § 311b I exige extender la exigencia de forma al otorgamiento de un poder⁸⁹.

3. **Ámbito de la exigencia de forma y consecuencias jurídicas de la falta de forma**

- 10 La necesidad de documentación notarial no se limita a las partes del contrato que se refieren directamente a la enajenación o a la adquisición del inmueble, sino que se aplica a **todo el contenido contractual**⁹⁰. Comprende todos los acuerdos de los que se compone el negocio obligatorio conforme

⁸⁵ *Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 95; MüKoBGB/Ruhwinkel § 311b n. m. 34 s.*

⁸⁶ BGH NJW 1987, 54; BGHZ 99, 374 (383).

* **Nota de la traductora:** En esta oración parece haber una errata pues no tendría sentido que el comitente se comprometiera frente al mediador a abonarle una retribución en el caso de que el negocio *no* llegara a buen fin. Creo, por tanto, que en la frase sobra la negación.

⁸⁷ BGHZ 103, 235 (239).

⁸⁸ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311b n. m. 13.

⁸⁹ BGHZ 132, 119 (124 s.).

⁹⁰ *Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 96.*

a la voluntad de las partes contratantes⁹¹. No se hace distinción entre cuestiones esenciales y no esenciales⁹². Si algunos acuerdos no se documentan, son nulos con arreglo a los §§ 311b I 1 y 125. De acuerdo con la regla interpretativa del § 139, con ello, en caso de duda, es nulo todo el contrato.

- 11** En casos extremadamente excepcionales, la **buena fe** (→ § 4 n. m. 1 ss.) puede impedir a la parte que se beneficia de la nulidad invocar la nulidad del contrato. Esto se aplica, en especial, cuando le es imputable un comportamiento gravemente contrario a la buena fe o cuando la nulidad pone en peligro la subsistencia económica de la otra parte⁹³. Si no se dan estos presupuestos, podrá considerarse, a lo sumo, una pretensión de indemnización del daño por *culpa en las negociaciones contractuales* (§§ 280 I, 311 II y 241 II) (→ § 8 n. m. 1 ss.).

Ejemplo (BGHZ 48, 396): El prestigioso comerciante V vendió a K, sin experiencia en los negocios, un inmueble en un contrato privado por escrito. En las negociaciones contractuales K había manifestado dudas acerca de si no habría que consultar a un notario. Sin embargo, V había disipado esa duda señalando que el contrato llevaba su firma y que él solía tratar un contrato privado por escrito igual que uno notarial. Cuando más tarde K exigió el traspaso del inmueble, V alegó la nulidad formal del contrato.

El BGH condenó a V al acuerdo abstracto traslativo. A tal efecto, se centró en que V había prometido a K el cumplimiento del contrato formalmente nulo de una forma tan rotunda que no podía renunciar al contrato sin contravenir la buena fe. También es determinante la prohibición de conducta contradictoria (→ § 4 n. m. 26 s.). En cambio, en la doctrina es extendida la opinión de que si *ambas partes, de modo consciente*, no observan la forma determinada legalmente, los negocios jurídicos, por lo general, son nulos. Limitar la consecuencia de la nulidad solo estaría justificado en caso de *engaño doloso* acerca de la necesidad de forma⁹⁴.

4. Casos de divergencia

- 12** Cuando el contenido del contrato no coincide en todos los puntos con la voluntad de las partes surgen problemas particulares. Hay que distinguir aquí dos casos:

⁹¹ BGHZ 89, 41 (43); 116, 251 (254).

⁹² MüKoBGB/Ruhwinkel § 311b n. m. 55.

⁹³ BGHZ 92, 164 (171 ss.); Larenz SchuldR I § 10 III; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 180 ss.; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 485 ss.

⁹⁴ Cfr. Flume, BGB AT II, § 15 III 4c; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 182; no obstante, como el BGH, Larenz SchuldR I § 10 III; Wolf/Neuner BGB AT § 44 n. m. 66 ss.

A) DENOMINACIÓN FALSA POR ERROR

- 13** Si en la documentación las partes incurren en una denominación falsa por error, habría que ver si, conforme al principio *falsa demonstratio non nocet*, podría hacerse prevalecer la voluntad coincidente de las partes frente al objetivo tenor literal del contrato, o si lo querido por las partes es ineficaz por defecto de forma conforme a los §§ 311b I 1 y 125. Los fines tuitivos del § 311b I (→ § 7 n. m. 4) señalan aquí en direcciones diferentes. Atendiendo a la función de advertencia e información, la denominación falsa es irrelevante; atendiendo a la función de clarificación y prueba, es relevante. Sin embargo, en el § 311b I la función de advertencia e información es claramente prioritaria; la función clarificadora y probatoria, en cambio, no es apta por sí sola para legitimar la exigencia de forma. Además, la confianza de las partes en la eficacia del contrato parece digna de protección⁹⁵. De ahí que, con razón, se haya admitido que las denominaciones falsas por error son inocuas también en el ámbito de aplicación del § 311b I⁹⁶.

B) DIVERGENCIA CONSCIENTE DE VOLUNTAD Y DECLARACIÓN

- 14** En caso de **divergencia consciente** entre el tenor literal del contrato documentado y la verdadera voluntad de las partes (p. e., indicación demasiado baja del precio de compra para ahorrar impuestos), el negocio con el contenido documentado es nulo conforme al § 117 I como **negocio simulado**. A pesar de que la función de advertencia e información puede haberse logrado, aquí tampoco se puede estar a lo querido por las partes. Antes bien, en este aspecto el contrato es nulo por defecto de forma conforme a los §§ 117 II, 311b I 1 y 125. La distinta valoración respecto del caso de error se explica por el hecho de que, cuando conscientemente hay una documentación falsa, la eventual confianza de las partes en la eficacia del contrato no merece protección. No obstante, no se excluye la subsanación del defecto formal conforme al § 311b I 2⁹⁷.

5. La subsanación del defecto formal

- 15** De acuerdo con el § 311b I 2, un negocio obligatorio sobre la enajenación o la adquisición de un inmueble que se haya concluido vulnerando la exigen-

⁹⁵ Cfr. sobre este aspecto MüKoBGB/*Ruhwinkel* § 311b n. m. 74, 4.

⁹⁶ BGHZ 87, 150 (153 s.); BGH NJW 2008, 1658 (1659); *Brox/Walker* BGB AT § 6 n. m. 11.

⁹⁷ BGHZ 54, 56 (63); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 97.

cia de forma, es eficaz con todo su contenido si el contrato se cumple mediante el acuerdo abstracto traslativo y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con ello se excluye una liquidación retroactiva del negocio real conforme al § 812 I 1 inciso 1. La **posibilidad de subsanación** se basa en la consideración de que los fines esenciales de la forma quedan garantizados mediante el igualmente formal *acuerdo abstracto traslativo*⁹⁸; además, las situaciones de hecho concluidas en el ámbito de los derechos reales deben conservarse siempre que sea posible en interés de la seguridad jurídica⁹⁹. La subsanación afecta exclusivamente a los defectos formales; otras causas de ineficacia (minoría de edad, vicios de la voluntad, etc.) no se ven afectadas.

- 16** La subsanación sucede al completarse todos los hechos que son precisos para la adquisición del inmueble. Por tanto, los presupuestos son un acuerdo abstracto traslativo eficaz y la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro. La simple solicitud de inscripción no basta. La subsanación tiene efectos **ex nunc**, esto es, no tiene eficacia retroactiva¹⁰⁰. Sin embargo, conforme a la idea normativa del § 141 II, en caso de duda hay que suponer que las partes quieren ponerse mutuamente en la situación en que estarían si el contrato hubiera sido eficaz desde el principio¹⁰¹.

Para profundizar: En la práctica jurídica hay que tomar en cuenta que, conforme al § 925a, el notario solamente debe aceptar la declaración del acuerdo abstracto traslativo si se presenta o si se otorga simultáneamente un documento notarial del negocio obligatorio subyacente. Si respecto del negocio obligatorio no se ha otorgado ningún documento en absoluto, probablemente no se llegará a un traspaso eficaz del inmueble. Por tanto, la posibilidad de subsanación es importante sobre todo para aquellos casos en los que el contenido del contrato es incompleto o a sabiendas se ha documentado incorrectamente.

III. CONTRATOS SOBRE EL PATRIMONIO PRESENTE

- 17** Según el § 311b III, un contrato por el cual alguien se obliga a transmitir su **patrimonio presente** o una cuota del mismo, o a conceder a otro un amplio derecho de uso (usufructo, §§ 1030 ss.) sobre uno u otra requiere de documentación notarial. La exigencia de forma se debe a que tales contratos son

⁹⁸ BGHZ 32, 11 (13); *Brox/Walker* SchuldR AT § 4 n. m. 23.

⁹⁹ BGHZ 73, 391 (397); 127, 129 (137); *Jauernig/Stadler* § 311b n. m. 36.

¹⁰⁰ MüKoBGB/*Ruhwinkel* § 311b n. m. 99; de otra opinión, *Larenz* SchuldR I § 5. Acerca de los efectos sobre el comienzo de la mora, cfr. BGH MDR 1979, 297 (298).

¹⁰¹ BGHZ 32, 11 (13); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 74; de otra opinión, MüKoBGB/*Ruhwinkel* § 311b n. m. 99.

particularmente peligrosos por la imprevisibilidad de las obligaciones asumidas. Por tanto, la función de advertencia es prioritaria¹⁰². Además, se trata de impedir que se eludan los preceptos de forma relativos a las disposiciones por causa de muerte¹⁰³. El precepto enlaza en cuanto al contenido con el § 311b II, conforme al cual los contratos análogos sobre el patrimonio *futuro* son nulos por principio (→ § 11 n. m. 5 s.). Si el deudor se ha obligado en un contrato de donación no documentado notarialmente a transmitir todo su patrimonio presente, entonces el defecto formal ex § 311b III **no se subsana mediante la realización de la donación** conforme al § 518 II¹⁰⁴.

Es dudoso si el § 311b III comprende los contratos sobre **objetos aislados** que constituyen (casi) todo el patrimonio presente del deudor. La exigencia de forma trata de proteger al deudor frente a los contratos en los que no tenga una representación segura sobre el alcance de su obligación. Esta finalidad tuitiva no es aplicable a los contratos sobre objetos aislados, ni siquiera cuando los objetos representen (casi) todo su patrimonio¹⁰⁵. Por consiguiente, el § 311b III no es aplicable.

Ejemplo: O dona a su sobrino N, carente de patrimonio, un cuadro de Picasso, con un valor de 500.000 euros. N vende el cuadro al coleccionista de arte K por 400.000 euros, con un contrato escrito. Más tarde, N se arrepiente del negocio. K insiste en el cumplimiento. ¿Con razón?

El fundamento de la pretensión es el § 433 I. Esto presupone un contrato de compraventa eficaz. Dado que no se ha realizado ninguna documentación notarial, el contrato podría ser nulo conforme a los §§ 311b III y 125. Sin embargo, la finalidad tuitiva del § 311b III no es aplicable a los contratos sobre objetos *aislados*, aunque estos objetos constituyan (casi) todo el patrimonio presente del deudor. Por tanto, el contrato es eficaz.

IV. CONTRATO SOBRE LA FUTURA CUOTA HEREDITARIA LEGAL O LA LEGÍTIMA

- 18** Según el § 311b V 2, un contrato concluido entre los *futuros herederos legales* sobre la **porción hereditaria legal** o la **legítima** de una de las partes

¹⁰² Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b III n. m. 1.

¹⁰³ BGH NJW 2017, 885.

¹⁰⁴ BGH NJW 2017, 885.

¹⁰⁵ Cfr. BGHZ 25, 1 (5); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 90; de otra opinión, Behr JA 1986, 517 (521 s.). Sobre la problemática paralela en el caso del § 1365, cfr. BGHZ 35, 135; 43, 174. En este caso, de la finalidad tuitiva se deriva que la nota del «patrimonio en su totalidad» también puede materializarse mediante objetos aislados que constituyan (casi) todo el patrimonio.

requiere documentación notarial. Del párrafo 5, inciso 1, resulta que se trata de una excepción a la general ineficacia de los contratos sobre la herencia de terceros vivos conforme al § 311b IV. De ahí que la exigencia de forma deba tratarse en conexión con este precepto (→ § 11 n. m. 8).

Bibliografía: *Backhaus*, Schwierige Grenzziehung beim Formgebot des § 313 S. 1 BGB – BGH, NJW 1984, 973 (974), JuS 1985, 512; *Becker*, Haftung des Verkäufers für Sachmängel beim Immobilienkauf und Beurkundungserfordernis (§ 311b I BGB), MDR 2018, 773; *Behr*, Grundfragen der Vermögensveräußerung, JA 1986, 517; *Keim*, Keine Bindungswirkung des nicht vollzogenen Schwarzkaufs – BGH, NJW 1999, 2892, JuS 2001, 636; *Krüger*, Falsa demonstratio bei der Veräußerung von Grundstücken, ZNotP 2009, 2; *Mertens*, Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB, JZ 2004, 431; *Wagner*, Zum Schutzzweck des Beurkundungszwanges gemäß § 313 BGB, AcP 172 (1972), 452.

§ 8 RELACIONES OBLIGATORIAS PRECONTRACTUALES

I. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CULPA EN LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

- 1 Antes de entrar en vigor la SchuldRModG, jurisprudencia y doctrina habían desarrollado el principio de que ya el comienzo de las negociaciones contractuales justifica ciertos *deberes* (precontractuales) *de protección*, por cuya lesión entra en juego una responsabilidad conforme a los principios contractuales. Esta responsabilidad por **culpa en las negociaciones contractuales** (culpa in contrahendo) se basó en una analogía general con los §§ 122, 179 y 307 en su antigua versión y fue reconocida como *Derecho consuetudinario*¹⁰⁶.
- 2 La evolución de la responsabilidad por culpa in contrahendo se basa principalmente en la consideración de que, en el ámbito precontractual, la **responsabilidad extracontractual** no es idónea en todos los casos para garantizar una adecuada protección del posible cocontratante. Hay lagunas, sobre todo respecto de la *posibilidad de exculpación* por los auxiliares para la ejecución de la actividad conforme al § 831, así como de los estrechos límites de la tutela extracontractual en el caso de los *daños patrimoniales puros* (→ § 1 n. m. 22).

¹⁰⁶ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 5 n. m. 1; *Larenz* SchuldR I § 9 I.

Ejemplo (tomado de RGZ 78, 239): K se dirige al mercado de materiales de construcción de V, para comprar artículos de bricolaje. Poco después de entrar en la tienda, resulta lesionado por un rollo de linóleo que ha derribado por descuido un empleado de V (A), por lo demás siempre muy cuidadoso. Dado que K y V aún no han concluido ningún contrato, quedan descartadas las pretensiones indemnizatorias contractuales. La pretensión extracontractual de K contra V no prospera si V puede probar que eligió y vigiló a A diligentemente. Conforme a ello, K únicamente dispondría de pretensiones extracontractuales contra el (quizá poco solvente) A. Esta laguna ha sido colmada mediante el instituto de la culpa en las negociaciones contractuales. Conforme a ella, a K le corresponde una pretensión indemnizatoria del daño por culpa in contrahendo en conexión con el § 278.

- 3 La razón interna para el reconocimiento de los deberes *precontractuales* de protección es el **principio de confianza**¹⁰⁷. El establecimiento de negociaciones contractuales o contactos negociales justifica la expectativa de que todos respetarán los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte. Con esa esperanza, los implicados se conceden recíprocamente la posibilidad de una actuación más intensa sobre su propia esfera. Si esa esperanza resulta frustrada, está justificada una responsabilidad conforme a los principios contractuales.

II. LA CODIFICACIÓN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO POR LA SchuldRModG

- 4 Dada la gran importancia práctica de la culpa in contrahendo, el legislador se ha decidido, al reformar el Derecho de obligaciones, a regular por ley los *presupuestos* para la constitución de la relación obligatoria en el § 311 II. El *contenido* de los deberes precontractuales se establece por remisión al § 241 II; la *responsabilidad* por lesiones del deber se deriva del supuesto de hecho general del § 280 I (→ § 24 n. m. 1 ss); este constituye, por tanto, el **fundamento de la pretensión**¹⁰⁸. Así, la pretensión indemnizatoria del daño presupone que el causante del daño tenga que *responder* de la *lesión del deber* conforme a los §§ 276 ss., a cuyos efectos, sin embargo, rige en favor del perjudicado la inversión de la carga de la prueba con arreglo al § 280 I 2.

¹⁰⁷ En profundidad, *Ballerstedt* AcP151 (1951), 501 ss.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 538 s.; cfr. también BGHZ 60, 221 (226); respecto de interpretaciones discrepantes cfr., por ejemplo, *Harke* SchuldR AT n. m. 282.

¹⁰⁸ Cfr. *Joussen* SchuldR I n. m. 94; *Petersen* ExamensRep SchuldR AT n. m. 72.

Las regulaciones pertinentes no son muy detalladas. Esto vale, sobre todo, en relación con la cuestión de qué concretos deberes tienen los implicados en el ámbito precontractual. La remisión en bloque al § 241 II apenas es de utilidad en este aspecto. Dadas las particularidades, hay que guiarse por los **grupos de casos** que han sido elaborados por jurisprudencia y doctrina¹⁰⁹.

III. NACIMIENTO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS PRECONTRACTUALES

1. Establecimiento de negociaciones contractuales

- 5 Los presupuestos para el nacimiento de la relación obligatoria precontractual se determinan en el § 311 II. El § 311 II n. 1 menciona en primer lugar el «clásico» caso del establecimiento de **negociaciones contractuales**. Conforme a ello, la relación obligatoria precontractual nace con el comienzo de las negociaciones contractuales y termina con el fin de las negociaciones o la conclusión del contrato¹¹⁰. En el último caso, los deberes precontractuales de protección se diluyen en el programa de deberes establecido por el contrato.

2. La preparación de un contrato

- 6 El § 311 II n. 2 anticipa el nacimiento de la relación obligatoria precontractual a la **preparación del contrato**. Conforme al principio básico de la culpa in contrahendo (→ § 8 n. m. 3), es necesario que, con vistas a la relación negocial contemplada, el perjudicado haya permitido a la otra parte afectar a sus derechos, bienes jurídicos e intereses. Se considera sobre todo el caso en que un cliente potencial entra en los espacios de venta de la otra parte¹¹¹. No tiene que haber un propósito firme de comprar; basta que el cliente se quiera informar. Por el contrario, la entrada en espacios de venta para fines no comerciales (protección de la lluvia, robo de artículos, etc.) en principio puede no ser suficiente¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 11, 29 ss.; *Westermann/Bydlinski/Weber* SchuldR AT n. m. 11/2.

¹¹⁰ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 163; Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 22 y 25.

¹¹¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 23.

¹¹² Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 311 n. m. 16; *Westermann/Bydlinski/Weber* SchuldR AT n. m. 11/13.

Ejemplo: G es sorprendido por una lluvia torrencial. Como no quiere empaparse, se dirige a los grandes almacenes de K-AG. Para entretenerse hasta el final de la tormenta, G rebusca por el departamento de libros. Cuando estaba hojeando el nuevo bestseller de Bernhard Schlink, se suelta una lámpara de neón que el empleado A había fijado al techo de forma inadecuada. Las esquirlas de vidrio hieren a G en el ojo.

G podría tener contra K-AG una pretensión indemnizatoria del daño ex § 280 en relación con el § 278. Esto presupone la existencia de una relación obligatoria. Procede considerar una relación obligatoria precontractual conforme al § 311 II. No se mantuvieron negociaciones contractuales en el sentido del § 311 II n. 1. Es dudoso si puede hablarse de una preparación del contrato (§ 311 II n. 2). G entró en los grandes almacenes con fines no comerciales. Sin embargo, se informó sobre la oferta de libros. Aun cuando esto se haya realizado para pasar el tiempo, no estaba descartada la compra de un libro. Con ello se dan los presupuestos del § 311 II n. 2. Como consecuencia de la inadecuada fijación de la lámpara, A lesionó negligentemente un deber de protección (§ 241 II) de K-AG frente a G. Esto es imputable a K-AG en virtud del § 278. Por lo tanto, la pretensión existe.

3. Contactos negociales similares

- 7 Según el § 311 II n. 3, una relación obligatoria precontractual también puede establecerse por medio de **contactos negociales similares**. Se trata de un *supuesto de hecho residual* cuyo alcance es poco claro. Del tenor literal hay que deducir que los contactos deben encuadrarse en el tráfico *negocial*. Por tanto, los contactos sociales no bastan. En lo sustancial, se trata de contactos negociales que se encuentran tan lejanos en la **fase previa a la conclusión del contrato**, que aún no se puede hablar de una preparación del contrato¹¹³. Además, el § 311 II n. 3 puede aplicarse también a un **contrato nulo**¹¹⁴. La nulidad no cambia en nada el hecho de que los implicados han entrado en contacto negocial, que justifica los deberes de protección del § 241 II. Por último, se incluyen los contactos negociales que no van dirigidos en absoluto a la conclusión de un contrato¹¹⁵. Cabe pensar, por ejemplo, en la **facilitación de informaciones bancarias a no clientes**¹¹⁶.

¹¹³ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 163.

¹¹⁴ Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 408; Reischl JuS2003, 40 (43).

¹¹⁵ Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 24.

¹¹⁶ Cfr. *Canaris JZ* 2001, 499 (520).

Ejemplo (BGH NJW-RR 1998, 1343): En relación con la ejecución de un proyecto constructivo, el constructor (U) pregunta al banco habitual (B) del comitente (A) si la financiación del proyecto está garantizada. Después de que el encargado de B competente en tema de créditos (S) se lo hubiera confirmado, U inicia los trabajos. Dado que, pese a todo, B niega después a A los préstamos necesarios, este se encuentra en situación de insolvencia poco después. U sufre un daño de 100.000 euros. U podría tener contra B una pretensión indemnizatoria del daño ex § 280 I. Esto presupone una relación obligatoria. En el presente caso, el BGH aceptó un contrato de información concluido tácitamente. Sin embargo, la suposición de una celebración implícita del contrato podría contradecir la voluntad de U y B. Además, existe el problema de que S, en su calidad de encargado de los créditos, no tenía el poder necesario. De ahí que el BGH se apoyara finalmente en el aspecto de la responsabilidad por la confianza. Con arreglo al Derecho vigente, entra en consideración una relación obligatoria precontractual conforme al § 311 II. Entre U y B se ha producido un contacto negocial que no estaba dirigido a la conclusión de un contrato. Se trata así de un contacto negocial similar, en el sentido del § 311 II n. 3. Por la información equivocada, B lesionó un deber de protección (§ 241 II) con respecto al patrimonio de U. La culpa de S le es imputable conforme al § 278. Como la lesión del deber es también causal respecto del daño de U, U dispone de una pretensión indemnizatoria del daño ex § 280 I.

IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA PRECONTRACTUAL

- 8** Las relaciones obligatorias precontractuales únicamente justifican **deberes de protección** (§ 241 II), según el claro tenor literal del § 311 II. Los deberes de prestación (§ 241 I), en cambio, no nacen sino mediante la conclusión del contrato.

1. Protección de los derechos y bienes jurídicos

- 9** Los deberes precontractuales de protección se pueden sistematizar en función de los intereses tutelados. Por un lado, se trata de proteger de daños cualesquiera **derechos y bienes jurídicos** (vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad) de la otra parte. Los pertinentes deberes de protección presentan un estrecho parentesco con los deberes extracontractuales de protección en el marco del § 823 (→ § 1 n. m. 22). En la práctica son relevantes, ante todo, los casos en que la otra parte se lesiona al entrar en un local comercial. Dado que este grupo de casos ya ha sido comentado en varias ocasiones (→ § 8 n. m. 6), no es necesario seguir tratando la cuestión.

2. Protección del patrimonio

- 10 Los deberes de protección del § 214 II incluyen también en la etapa precontractual el **patrimonio como tal**. En lo sustancial se trata, sobre todo, de la lesión de deberes de información y asesoramiento. Cabe distinguir dos grupos de casos.

A) LA NO CONCLUSIÓN DE UN CONTRATO VENTAJOSO

- 11 La lesión de los deberes precontractuales puede conducir a que no se concluya un contrato ventajoso para la otra parte. Es cierto que, en principio, las partes son libres hasta el último momento de desistir del contrato contemplado. Dado que todos los implicados deben saberlo, ninguno puede confiar justificadamente en la conclusión del contrato. De ahí que, por lo general, la **ruptura de las negociaciones contractuales** no pueda justificar responsabilidad alguna¹¹⁷. Sin embargo, opera una excepción cuando una parte crea una especial situación de confianza respecto de la conclusión del contrato y por ello induce a la otra parte a hacer disposiciones que perjudican su patrimonio; si después el contrato no prospera por razones que se encuentran en la esfera del primero, entonces puede estar justificada una responsabilidad por culpa en las negociaciones contractuales.

Ejemplo (tomado de BAG JZ 1964, 324): El ingeniero de sonido T, empleado en la emisora de radio R, quiere cambiar de trabajo. Por ello negocia con el director artístico de la ópera de la ciudad S (I) a causa de un empleo. En las negociaciones, I advierte a T que debería denunciar inmediatamente su contrato con R para estar a disposición de la ópera en la siguiente temporada. Dado que el presupuesto de la ópera aún no estaba aprobado no se podía concluir inmediatamente el contrato. Sin embargo, se trataría de una mera «formalidad». Pocas semanas después de la denuncia del contrato con R, I comunica a T que en el presupuesto no se ha aprobado la partida. ¿Tiene S que indemnizar a T?

Procede considerar una pretensión de indemnización del daño ex § 280 I. A través del establecimiento de las negociaciones contractuales, se ha entablado entre S y T una relación obligatoria precontractual conforme al § 311 II n. 1. En el marco de esta relación obligatoria, S estaba obligada a respetar los bienes jurídicos e intereses de T (§ 241 II). De ahí que en las negociaciones no debería haber despertado la impresión de que la conclusión del contrato era solo una formalidad. Antes bien, T hubiera debido ser informado de los riesgos técnicos presupuestarios. I lesionó cul-

¹¹⁷ Cfr. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 34.

pablemente este deber de protección de S. La culpa de I es imputable a S conforme a los §§ 89, 31 o 278¹¹⁸. El daño de T consiste en la pérdida de su salario en R. Con ello, la pretensión existe.

- 12** Si se dan los presupuestos de los §§ 280 I, 311 II y 241 II, según el § 249 I el causante del daño tiene que poner al perjudicado en la situación en que se encontraría sin la conducta de infracción del deber. Como la infracción del deber no consiste en la ruptura de las negociaciones contractuales, sino en la creación de un supuesto de confianza, solo son indemnizables los daños que se deben a las disposiciones desventajosas del perjudicado. Por tanto, la pretensión se dirige al **interés de confianza**. No obstante, la situación es diferente si consta que el contrato se habría concluido si la conducta hubiera sido la debida¹¹⁹. En este caso, excepcionalmente, el causante del daño debe indemnizar al perjudicado el **interés de cumplimiento**. Sin embargo, aquí tampoco existe una pretensión a la conclusión del contrato¹²⁰.

Ejemplo: En el caso del ingeniero de sonido (→ § 8 n. m. 11), el contrato con S tampoco se habría concluido si T hubiera sido informado debidamente. Por consiguiente, queda descartada una pretensión de indemnización del interés de cumplimiento.

- 13** Problemas paralelos surgen cuando en el caso concreto una parte es responsable de la **ineficacia del contrato** o ha omitido culposamente **informar** a la otra de la inminente ineficacia del contrato¹²¹. También en este caso la otra parte dispone de una pretensión de indemnización del daño ex §§ 280 I, 311 II y 241 II, dirigida al **interés de confianza**.

B) CONCLUSIÓN DE UN CONTRATO DESFAVORABLE

- 14** El segundo grupo de casos se caracteriza por el hecho de que se concluye un **contrato desventajoso**, que el perjudicado no habría concluido o habría concluido en otras condiciones caso de haber sido informado o asesorado debidamente. Aquí se incluye, en particular, el caso en que, por negligencia, el vendedor confunde al comprador acerca de la rentabilidad del negocio.

¹¹⁸ Como director artístico de la ópera municipal, I debe considerarse como órgano de S en el sentido de los §§ 31 y 89. Según la opinión dominante, el § 278 es desplazado por estos preceptos (→ § 23 n. m. 37).

¹¹⁹ Cfr. BGHZ 120, 281 (284); BGH NJW 1998, 2900; Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 56.

¹²⁰ Cfr. *Harke SchuldR* AT n. m. 45.

¹²¹ Sobre este grupo de casos, cfr. BGHZ 99, 101 (106 ss.); MüKoBGB/*Emmerich* § 311 n. m. 183.

Ejemplo (BGH NJW 1998, 302): K compró a V un piso por 150.000 euros mediante un contrato notarial y para financiar el precio de compra pidió un préstamo al banco B. En las negociaciones, V aseguró a K que los costes del crédito se cubrirían con los ingresos por alquiler y los beneficios fiscales. En realidad, los gastos anuales ascienden al menos a 2.000 euros. La diferencia se debe a que, por negligencia, V calculó mal los ingresos por alquiler y los beneficios fiscales. ¿Qué pretensiones tiene K frente a V?

- 15** En tales casos se reconoce que, desde el punto de vista de la culpa en las negociaciones contractuales (§§ 280 I, 311 II y 241 II), el comprador puede exigir indemnización de los daños producidos en la ejecución del contrato desventajoso. Sin embargo, es muy discutido si la pretensión indemnizatoria del daño conforme al § 249 I puede dirigirse también a la **anulación** del contrato¹²². De acuerdo con los principios generales, debe ponerse al perjudicado en la situación en que se encontraría si no se hubiera cometido la lesión del deber. Si, de haber sido informado o asesorado debidamente, el perjudicado no habría concluido el contrato, esto termina en la anulación del contrato. Sin embargo, es dudoso si los §§ 123 y 124 no deben considerarse normas especiales excluyentes.
- 16** El § 123 solo permite la impugnación del contrato en caso de engaño **doloso**. Según el § 124, para impugnar debe concederse un **plazo breve**. Parece difícilmente compatible con ello permitir que, para la anulación del contrato por culpa en las negociaciones contractuales, baste cualquier «engaño negligente» y, además, renunciar en este caso menos grave a un plazo de prescripción¹²³. Sin embargo, la opinión del BGH es que hay que tomar en consideración la anulación del contrato bajo el aspecto de la culpa in contrahendo. No obstante, sería necesario que al engañado se le hubiera causado un **daño patrimonial** por la conclusión del contrato¹²⁴. Esto se basa en la consideración de que la culpa in contrahendo (a diferencia de la impugnación conforme al § 123) no protege la autodeterminación para concluir el contrato, sino únicamente el patrimonio. Sin embargo, a ello cabe oponer que la **libertad de decisión** negocial se encuentra entre los intereses que según los §§ 311 II y 241 II hay que respetar (→ § 1 n. m. 21). Si se lesionan los deberes precontractuales de protección, la pretensión de anulación del contrato no depende, por tanto, de que se produzca un daño patrimo-

¹²² Detalladamente al respecto, *Canaris AcP200* (2000), 273 (304 ss.).

¹²³ A favor, por ello, de la preferencia de la impugnación, *Grigoleit NJW* 1999, 900 (902 s.).

¹²⁴ BGH NJW 1998, 302 (303 ss.); WM 2007, 1182; NZM 2008, 379; críticamente, *Fleischer AcP200* (2000), 91 (118); S. Lorenz ZIP 1998, 1053 (1055).

nial¹²⁵. La concepción aquí defendida conduce, ciertamente, a tensiones con las valoraciones de los §§ 119 ss. Sin embargo, estas tensiones se deben a que, en la reforma del Derecho de obligaciones, los §§ 280 I, 311 II y 241 II no se coordinaron con las regulaciones sobre la impugnación.

- 17** Si la lesión del deber de información se refiere al estado de la cosa comprada, debe examinarse la relación de la responsabilidad por culpa en la conclusión del contrato con el **saneamiento en la compraventa** (§§ 434 ss.). La opinión dominante parte, con razón, de la preferencia del derecho de saneamiento como principio (→ SchuldR BT § 8 n. m. 8). Esto es así porque las reglas especiales de los §§ 434 ss. no deben verse burladas mediante el recurso a las reglas generales de la culpa in contrahendo¹²⁶. Sin embargo, según la jurisprudencia opera una excepción en el caso de que el vendedor haya actuado dolosa o maliciosamente. Dado que en caso de dolo o malicia el vendedor no merece protección, las pretensiones por culpa en la conclusión del contrato y saneamiento en la compraventa coexisten¹²⁷.
- 18** Se discute si el perjudicado puede **resolver** el contrato por lesión de un deber precontractual de información por analogía con el § 324. A favor de la aplicación del § 324 habla el hecho de que no sería razonable que el perjudicado solo tuviera derecho a anular el contrato con **independencia de la culpa** en caso de lesión de los deberes de protección posterior a la celebración del contrato¹²⁸. El recurso al § 324 por analogía presupone, no obstante, que **no** le sea **exigible** al perjudicado el mantenimiento del contrato (→ § 33 n. m. 2)¹²⁹.

Bibliografía: *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1951), 501; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner »Materialisierung«, AcP 200 (2000), 273; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 129; *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499; *Dassbach*, Vorvertragliche Informationspflichten, JA 2016, 325; *Fleischer*, Konkurrenzprobleme um die culpa

¹²⁵ Así también, Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 13; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 538; *Harke* SchuldR AT n. m. 288; *Kersting* JZ 2008, 714 ss.; *Grunewald* FS Wiedemann, 2002, 75 (80 ss.).

¹²⁶ Cfr., por muchos, *Harke* SchuldR AT n. m. 288; *Dassbach* JA 2016, 325 (331).

¹²⁷ Así, en profundidad, BGHZ 180, 205 (210 ss.).

¹²⁸ BeckOK BGB/*Schmidt*, 50. Ed. 1.5.2019, § 324 n. m. 7; *Soergel/Gsell* § 324 n. m. 6; *Brox/Walker* SchuldR AT § 25 n. m. 20; *Harke* SchuldR AT n. m. 291; *Grunewald* FS Wiedemann, 2002, 75 (76 ss.); *Dassbach* JA 2016, 325 (331); de otra opinión, *Jauernig/Stadler* § 324 n. m. 4; *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 324 n. m. 15 ss.; *Mankowski* ZGS2003, 91 ss.

¹²⁹ A este respecto, *Grunewald* FS Wiedemann, 2002, 75 (79 s.).

in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200 (2000), 91; *Grigoleit*, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, 900; *Grunewald*, Die Loslösung vom nicht erwartungsgerechten Vertrag, FS Wiedemann, 2002, 75; *Heinrichs*, Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform – Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB, FS Canaris I, 2007, 421; *Katzenstein*, Die Bedeutung der vertraglichen Bindung für die culpa-Haftung des Vertragsschuldners auf Schadensersatz, JURA 2004, 800 (Teil 1), JURA 2005, 73 (Teil 2); *Kersting*, Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzung – Vertragsaufhebung oder »Minderung« aus c. i. c.?, JZ 2008, 714; *Lieb*, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, FS Medicus, 1999, 337; *S. Lorenz*, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, 1053; *S. Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Culpa in contrahendo (§ 311 II, III BGB), JuS 2015, 398; *Mankowski*, § 324 ist keine Lösung für die fahrlässige Täuschung, ZGS 2003, 91; *Schwab*, Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, JuS 2002, 773 y 872; *M. Weber*, Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss, AcP 192 (1992), 390; *Weiler*, Culpa in Contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht – alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249.

§ 9 INCORPORACIÓN DE TERCEROS A LA RELACIÓN OBLIGATORIA

- 1 La relación obligatoria precontractual del § 311 II, en principio, solo nace entre las **partes** del contrato considerado. Sin embargo, en la jurisprudencia y en la doctrina se admite desde hace mucho que, también más allá de los casos de contrato en favor de terceros (§§ 328 ss.), pueden incorporarse a la relación obligatoria **terceros**, tanto en calidad de beneficiarios como en la de obligados. El legislador ha aceptado esta idea en el § 311 III. El § 311 III 1 deja claro que una relación obligatoria con los deberes del § 214 III también puede surgir con personas que no deban llegar a ser parte contratante.

I. INCORPORACIÓN DE TERCEROS AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

1. Planteamiento del problema

- 2 En algunos casos existe la necesidad de dejar que los deberes de protección resultantes de la relación obligatoria beneficien también a terceros que se encuentran en una cierta **relación de proximidad** con una de las partes contratantes. Esto se basa en la comprobación de que una relación obligato-

ria también puede dar lugar a una mayor posibilidad de afectar a los bienes jurídicos e intereses de un tercero que esté vinculado con el cocontratante. Debido a la posibilidad de exculpación del § 831 y a la muy incompleta protección del patrimonio, el tercero no siempre está suficientemente protegido por el Derecho de daños¹³⁰. La problemática puede presentarse tanto en las relaciones obligatorias *contractuales* como en las *precontractuales*.

Ejemplos: (1) La hija de ocho años (T) acompaña a su madre M a hacer la compra en la tienda de alimentación de V. Allí T se resbala con una hoja de verdura que, el hasta entonces siempre cuidadoso empleado de V, (A), no ha quitado por negligencia. T se lesiona en la caída y debe someterse a tratamiento médico¹³¹.

(2) El arrendador V hace reparar la barandilla de la escalera de la casa arrendada por el conserje H. H, normalmente muy fiable, trabaja de forma inadecuada. Por ello, la hija de seis años (T) del arrendatario M se cae por las escaleras y se hiere gravemente. En ambos casos, T no es parte contratante y tampoco debe llegar a serlo. Las pretensiones extracontractuales ex § 831 no prosperan por la posibilidad de exculpación de V. Sin embargo, desde un punto de vista valorativo, T es tan digna de protección como M. De ahí que exista la necesidad de incorporar a T en la relación obligatoria entre V y M. Así, T dispone de su propia pretensión de indemnización del daño contractual ex § 280 I en relación con los §§ 311 II, 241 II (ejemplo 1) o § 536a I, alternativa 2 (ejemplo 2), teniendo V que responder por la culpa de su auxiliar para el cumplimiento (§ 278) en todo caso.

- 3 Cuando se habla de la protección contractual de los terceros, la indemnización de los **daños corporales** se encuentra tradicionalmente en un primer plano. Sin embargo, más recientemente, la indemnización de los **daños patrimoniales** es cada vez más importante¹³². Los §§ 311 III 1 y 241 II confirman esta evolución. Conforme a ellos, son posible objeto de la protección del tercero todos los derechos, bienes jurídicos e intereses a los que puede referirse un deber de protección del § 241 II.

2. Encuadre dogmático

- 4 Los presupuestos bajo los cuales los terceros se incorporan al ámbito de protección de una relación obligatoria como potenciales legitimados, se enjuician conforme a los principios relativos al **contrato** (o a la relación obligatoria) **con efecto protector para terceros**. Jurisprudencia y doctrina han

¹³⁰ BGH MDR 2017, 73 n. m. 15; Staudinger/*Klumpp*, 2015, § 328 n. m. 91.

¹³¹ Cfr. BGHZ 66, 51.

¹³² Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 328 n. m. 15.

desarrollado esta figura jurídica por analogía con los preceptos sobre el *contrato a favor de tercero* (§ 328). Sin embargo, más recientemente la jurisprudencia se guía por las reglas de la interpretación integradora del contrato (§§ 183 y 157)¹³³.

- 5 Ninguno de los dos enfoques es convincente. En contra del recurso al § 328 habla el hecho de que, con el contrato con efecto protector para terceros, no se trata de proporcionar al tercero una *pretensión propia de prestación*. Antes bien, la relación obligatoria frente al tercero se reduce a los **deberes de protección** del § 241 II¹³⁴. Tampoco se trata de un problema que se pueda solucionar mediante la interpretación integradora del contrato. De un lado, porque, por lo general, al concluir el contrato las partes no habrán pensado si procede proteger a los terceros y en qué medida¹³⁵. De otro lado, se reconoce que los principios sobre el contrato con efecto protector para terceros también son aplicables a las *relaciones obligatorias precontractuales*¹³⁶. Pero aquí aún no hay ningún contrato cuya interpretación permita determinar el ámbito de protección de la relación obligatoria.
- 6 De las reflexiones precedentes se deduce que la incorporación de terceros al ámbito de protección de un contrato o de una relación obligatoria precontractual constituye una relación obligatoria **análoga a la negocial** con los deberes de protección del § 241 II, que se constituye por ley. Por ello parece adecuado separar el instituto del tradicional vínculo con el § 328. Algunos parten de un **perfeccionamiento jurídico judicial** sobre la base de la buena fe (§ 242)¹³⁷. Sin embargo, una consideración sistemática revela que es más indicado entender el contrato con efecto protector para terceros como manifestación de la regla fundamental del § 311 III 1¹³⁸. No se opone a esto el hecho de que el § 311 III 2 solo regule la *responsabilidad* de los terceros. Porque de la formulación del precepto («en particular») se deduce que con ello no se trata de adoptar ninguna regulación excluyente¹³⁹.

¹³³ Cfr. BGHZ 56, 269 (273); BGH NJW 2004, 3035 (3036); MDR 2017, 73 n. m. 15; Palandt/*Grüneberg* § 328 n. m. 14.

¹³⁴ Cfr. Staudinger/*Klump*, 2015, § 328 n. m. 97.

¹³⁵ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 17 II.

¹³⁶ Cfr. el caso de la hoja de verdura, BGHZ 66, 51 (→ § 9 n. m. 2, ejemplo 1).

¹³⁷ Así, Staudinger/*Klump*, 2015, § 328 n. m. 103; *Fikentscher/Heinemann SchuldR* n. m. 305.

¹³⁸ MüKoBGB/*Ernst Einl. SchuldR* n. m. 49; *Brox/Walker SchuldR AT* § 5 n. m. 13; *Harke SchuldR AT* n. m. 433; *Lorenz/Riehm* n. m. 376; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 44; *Canaris JZ* 2001, 499 (520); *Schwab JuS* 2002, 872 (873); de otra opinión, *Jauernig/Stadler* § 311 n. m. 49; Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 60; Staudinger/*Klump*, 2015, § 328 n. m. 99 ss.; BeckOGK/*Herresthal*, 1.6.2019, BGB § 311 n. m. 309.

¹³⁹ Cfr. NK-BGB/*Becker* § 311 n. m. 111.

- 7 La controversia sobre el encuadre dogmático carece de importancia para la práctica jurídica. Porque los **presupuestos** para la incorporación de terceros al ámbito de protección de una relación obligatoria no pueden deducirse ni de los §§ 328 ss. ni del § 311 III 1. Además, hay un amplio consenso sobre los criterios concretos.

3. Los presupuestos de la incorporación de terceros al ámbito de protección

- 8 Jurisprudencia y doctrina reconocen que el ámbito de protección de una relación obligatoria solo puede extenderse a terceros bajo **estrictos presupuestos**¹⁴⁰. La postura restrictiva se basa en que la incorporación de terceros quebranta la *relatividad* de los deberes obligatorios (→ § 1 n. m. 29 s.) y amplía el *riesgo de responsabilidad* del causante del daño¹⁴¹. Por ello, no se puede aceptar que todo tercero que haya sufrido un daño a causa de la lesión de un deber, pueda derivar de la relación obligatoria una pretensión indemnizatoria propia. Antes bien, hay que atender a los siguientes criterios:

A) LA ADECUADA PROXIMIDAD DEL TERCERO A LA PRESTACIÓN

- 9 En primer lugar, es preciso que el tercero entre en contacto con la prestación del deudor de manera adecuada y que, por este motivo, se exponga a los riesgos vinculados a ello en la misma medida que el acreedor (**proximidad a la prestación**). Este presupuesto es aplicable, p. e., a los trabajadores que deben manejar una máquina comprada por el empleador¹⁴².

Ejemplo: El dueño de una serrería, K, ha comprado una sierra eléctrica al fabricante de maquinaria V. Manejando la motosierra, un trabajador de K (A) se hiera en el brazo. Resulta que la lesión se debe a un defecto de seguridad de la sierra.

A dispone de una pretensión propia de indemnización del daño contra V ex §§ 434, 437 n. 3 y 280 I en relación con los principios del contrato con efecto protector para terceros.

¹⁴⁰ Cfr., por ejemplo, BGH NJW 2008, 2245 (2247).

¹⁴¹ Cfr. BGHZ 51, 91 (96); 138, 257 (262); BGH MDR 2017, 73 n. m. 15; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 844.

¹⁴² Cfr. *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 844.

También hay una adecuada proximidad a la prestación en el caso de los **familiares del arrendatario** que viven con él (cfr. el caso de la barandilla de la escalera → § 9 n. m. 2)¹⁴³. Las visitas e invitados del arrendatario, en cambio, no quedan incluidos en el ámbito de protección del contrato de arrendamiento¹⁴⁴. En el alquiler de locales de negocio, los trabajadores del arrendatario están incluidos en el ámbito de protección del contrato de arrendamiento¹⁴⁵. En la **etapa precontractual**, la potencial proximidad del tercero a la prestación del cocontratante no puede ser decisiva. Así, en el caso de la hoja de verdura (→ § 9 n. m. 2) es irrelevante si el alimento a comprar debía o no ser consumido por T. Lo decisivo es que T está expuesta al riesgo de que V vulnere los deberes de protección en la misma medida que la potencial cocontratante M¹⁴⁶. El punto de conexión es, por tanto, el contacto adecuado con la zona de peligro de la relación obligatoria. También cabe hablar de una especial «**proximidad influyente**» del tercero¹⁴⁷.

B) EL INTERÉS JUSTIFICADO DEL ACREEDOR EN LA INCORPORACIÓN DEL TERCERO

- 10 En segundo lugar, el acreedor debe tener un interés legítimo en la incorporación del tercero al ámbito de protección de la relación obligatoria (**interés del acreedor**). Para los *daños corporales y materiales*, la jurisprudencia ha desarrollado la denominada «fórmula del bienestar y del sufrimiento». Conforme a ella, el necesario interés de protección se da «cuando, por así decirlo, el acreedor es corresponsable del bienestar y del sufrimiento del tercero, porque su daño también le afecta a él en tanto que está obligado a protegerle y asistirle»¹⁴⁸. Esto incluye, en particular, las relaciones de asistencia del Derecho de la persona, como las que existen entre padres e hijos, entre esposos, así como entre empleador y empleado¹⁴⁹.
- 11 La fórmula del bienestar y del sufrimiento solo es adecuada cuando acreedor y tercero tienen el mismo interés. Sin embargo, tratándose de *daños puramente patrimoniales*, el BGH parte de que los presupuestos del contra-

¹⁴³ BGHZ 49, 350 (353); 77, 116 (124); *Harke* SchuldR AT n. m. 435.

¹⁴⁴ Cfr. BGHZ 2, 94 (97); HK-BGB/*Schulze* § 328 n. m. 20.

¹⁴⁵ BGH NJW 2010, 3152 = JA 2011, 146 (*Looschelders*).

¹⁴⁶ Cfr. BGH MDR 2017, 73 n. m. 17; Palandt/*Grüneberg* § 328 n. m. 17.

¹⁴⁷ Así, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 844.

¹⁴⁸ BGHZ 51, 91 (96).

¹⁴⁹ BGH NJW 2010, 3152; MDR 2017, 73 n. m. 16; Palandt/*Grüneberg* § 328 n. m. 17a.

to con efecto protector para terceros también pueden darse cuando los intereses de acreedor y tercero son **opuestos**. El interés legítimo del acreedor en la protección del tercero ha de apoyarse entonces en otras circunstancias¹⁵⁰. Según esto, se protege en particular a aquellas personas en cuyo interés, al menos, deba ejecutarse también la prestación del deudor, de conformidad con el acuerdo expreso o tácito de las partes¹⁵¹. Esto tiene importancia práctica sobre todo en relación con la **responsabilidad del experto por dictámenes** que deben presentarse a un tercero.

Ejemplo (BGHZ 127, 378): V tiene la intención de vender un terreno suyo con una casa. Para preparar el negocio encarga al perito inmobiliario B la realización de un informe de tasación. Al elaborar el dictamen, B pasa por alto por negligencia que el entramado del tejado presenta considerables daños por humedad que hacen precisa una sustitución completa. Por ello, llega a la conclusión de que por el momento no son necesarias «reparaciones dignas de mención». V conoce los daños. No obstante, vende el terreno presentando el dictamen a K, que no sabe nada. En el contrato se excluye la responsabilidad de V «por vicios materiales visibles y no visibles». Realizando trabajos de renovación en el desván, K constata poco después los daños por humedad.

El BGH aceptó una pretensión contractual de indemnización del daño de K contra B argumentando que K había sido incluido en el ámbito de protección del contrato de peritaje entre V y B. V había tenido un interés legítimo en que B respondiera frente a K de la exactitud del dictamen. Porque, sin tal deber de responder, no estaría garantizado que K confiara en el dictamen y pagara el correspondiente precio de compra. El hecho de que, en realidad, V no estuviera interesado en un dictamen exacto, no debería tomarse en consideración, como voluntad interna oculta.

- 12** Según la jurisprudencia del BGH, los criterios desarrollados para limitar el círculo de los terceros protegidos –sobre todo el especial interés del acreedor en la protección del tercero– son innecesarios si, en el caso concreto, el contrato con efecto protector para terceros no implica **un aumento del riesgo de responsabilidad**¹⁵². En lo sustancial, se trata de contratos sobre la elaboración de dictámenes destinados a ser utilizados frente a prestamistas e inversores de capital. La especialidad de estos casos radica en que, desde un principio, el daño solo puede producirse a un tercero –el prestamista o inversor– y no al acreedor mismo. Sin embargo, es dudoso que esto justifi-

¹⁵⁰ Así, expresamente, BGHZ 127, 378 = JZ 1995, 306, con nota de *Medicus*; BGHZ 138, 257 (261); cfr. también *Canaris* JZ 1995, 441 ss.; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 846a. A favor de renunciar al criterio del interés del acreedor en tales casos, *Harke* SchuldR AT n. m. 436. 151 BGH MDR 2017, 73 n. m. 16.

¹⁵¹ BGH MDR 2017, 73 n. m. 16.

¹⁵² Así, BGH NJW 2004, 3035 (3038).

que una flexibilización de los presupuestos generales del contrato con efecto protector para terceros. Dado que se trata de simples desplazamientos del daño, parte de la doctrina aboga por recurrir a la **liquidación de daños a terceros** (→ § 46 n. m. 8 ss.)¹⁵³. Sin embargo, la causa determinante de la responsabilidad es que el experto se vale de una especial confianza personal. De ahí que sea preferible una solución basada en los principios de la **responsabilidad del abogado*** (§ 311 III 2) (→ § 9 n. m. 24).

C) RECOGNOSCIBILIDAD Y EXIGIBILIDAD

- 13 En tercer lugar, la *proximidad a la prestación* y el *interés del acreedor* deben ser **reconocibles** para el deudor¹⁵⁴. La reconocibilidad no presupone que el deudor conozca el nombre o el número de los terceros afectados. Sin embargo, dado que el riesgo de responsabilidad debe seguir siendo calculable, solo puede incluirse a un grupo de personas previsible y claramente delimitado¹⁵⁵. En el caso del perito inmobiliario, de hecho, el BGH consideró suficiente que B supiera que su dictamen iba a ser relevante para un (potencial) comprador. Finalmente, la incorporación del tercero debe ser **exigible** en cuanto al aumento que supone del riesgo de responsabilidad del deudor¹⁵⁶.

D) NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL TERCERO

- 14 Aun cuando los otros presupuestos se den, la incorporación del tercero puede fracasar por su falta de **necesidad de protección**. El BGH habla también de que debe haber necesidad de ampliar la protección contractual conforme a la buena fe porque, de otro modo, el tercero no estaría suficientemente protegido¹⁵⁷. Generalmente, la necesidad de protección debe descartarse si, por el evento dañoso, el perjudicado dispone de una pretensión *contractual* propia, que tiene el mismo contenido, o al menos uno equivalente, que la pretensión

¹⁵³ Así, *Oechsler LMK* 2004, 178 (179; cfr. también *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 846a.

* **Nota de la traductora:** Sobre esta expresión –responsabilidad del abogado o *Sachwalterhaftung*– me remito a la explicación que he incorporado en la nota 164 de esta Parte segunda del libro.

¹⁵⁴ BGH MDR 2017, 73 n. m. 17.

¹⁵⁵ HK-BGB/*Schulze* § 328 n. m. 17; MüKoBGB/*Gottwald* § 328 n. m. 187.

¹⁵⁶ BGH MDR 2017, 73 n. m. 17.

¹⁵⁷ BGHZ 200, 188 = NJW 2014, 2577 n. m. 11; BGH MDR 2017, 73 n. m. 17.

que el tercero quiere implementar mediante la incorporación al ámbito de protección de un contrato concluido entre otros¹⁵⁸. De ahí que el **subarrendatario** no esté incluido en el ámbito de protección del contrato entre arrendador y arrendatario principal. Dado que, si ocurren eventos dañosos, el subarrendatario tiene una pretensión propia para la indemnización del daño ex § 536a I contra su cocontratante –el arrendatario principal–, no hay ningún motivo para, bajo la perspectiva del contrato con efecto protector para terceros, concederle además una pretensión indemnizatoria del daño contra el arrendador ex § 536a I¹⁵⁹. El BGH también ha reconocido como equivalente una pretensión indemnizatoria del daño contra un municipio por una relación jurídico pública de depósito¹⁶⁰. En cambio, una pretensión indemnizatoria extracontractual no hace decaer la necesidad de protección del tercero, dado que las pretensiones extracontractuales no son equivalentes.

4. Consecuencias jurídicas

- 15** Si se dan los presupuestos del contrato con efecto protector para terceros, al deudor le incumben los mismos **deberes de protección** (§ 241 II) frente al tercero que frente al acreedor. Si el deudor lesiona estos deberes, el tercero ostenta una pretensión contractual o precontractual propia ex § 280 I (en su caso, en relación con el § 278). Con todo, según la opinión dominante, al tercero le es imputable una eventual **conculpa del acreedor**¹⁶¹. Para justificarlo se alude generalmente a la idea normativa del § 334, conforme a la cual el tercero incorporado al ámbito de protección del contrato no puede hacer valer frente al deudor más pretensiones que el acreedor. Sin embargo, las eventuales pretensiones extracontractuales del tercero no deben verse afectadas.
- 16** En contra de la opinión dominante habla el hecho de que el § 334 se refiere en su ámbito de aplicación inmediato –el contrato en favor de tercero– a la *pretensión de prestación* del tercero. Dado que la pretensión de prestación

¹⁵⁸ BGHZ 200, 188 = NJW 2014, 2577 n. m. 11.

¹⁵⁹ Cfr. BGHZ 70, 327 (330); críticamente, *Grunewald* BürgerlR § 18 n. m. 13; *Harke* SchuldR AT n. m. 437; *Schwarze* AcP203 (2003), 348 ss.

¹⁶⁰ BGHZ 200, 188 n. m. 12 ss.: No incorporación del propietario de un automóvil aparcado en contra de una prohibición al ámbito de protección del contrato entre las autoridades públicas y la empresa privada de grúa.

¹⁶¹ BGHZ 33, 247 (250); BGH NJW 1995, 392 (393); HK-BGB/*Schulze* § 328 n. m. 19; Palandt/*Grüneberg* § 254 n. m. 56; RGRK/*Ballhaus* § 328 n. m. 8; MüKoBGB/*Gottwald* § 328 n. m. 202.

deriva del contrato entre acreedor y deudor, el deudor debe conservar las excepciones que tiene frente al acreedor. Esta reflexión no es aplicable a las lesiones de los deberes de protección. Aquí hay que mantener el principio de que al perjudicado **solo** le es imputable la conculpa de un tercero si ha de considerarse a este como su **auxiliar para el cumplimiento** o su **representante legal** (§§ 254 II 2 y 278)¹⁶².

Ejemplo: Si el accidente en el caso de la motosierra (→ § 9 n. m. 9) se debe también a que K no instruyó adecuadamente a A en el manejo de la sierra, entonces, según la opinión dominante, la pretensión indemnizatoria del daño de A contra V ex § 280 I debe reducirse en la parte de culpa de K conforme al § 334. Según el parecer aquí defendido, esto ha de rechazarse porque K no es un auxiliar para el cumplimiento de A (§§ 254 II 2 y 278).

- 17 Según una extendida opinión, los principios sobre el contrato con efecto protector para tercero pueden justificar una pretensión del tercero para la indemnización del daño también cuando se trata de la lesión de los **deberes de prestación**¹⁶³. Esto parece contradecir la idea de que la relación obligatoria frente al tercero se limita a los deberes de protección (§ 241 II) según el § 311 III 1.

Ejemplo (tomado de BGH JZ 1966, 141): E quiere instituir a su hija T única heredera. Para asesorarse consulta al abogado A. Después de que E haya comentado sus intenciones con A, este se declara dispuesto a recurrir a un notario para documentar el testamento y regresar con este tan pronto como sea posible. En el tiempo posterior, T pide reiteradamente a A que se presente con el notario en casa de E. Sin embargo, A no atendió a estos requerimientos. Cuando finalmente E muere de forma inesperada, T recibe por sucesión legal únicamente la mitad de la herencia. T podría disponer frente a A de una pretensión indemnizatoria del daño ex § 280 I por la mitad de la herencia que ha perdido. Esto presupone la existencia de una relación obligatoria entre T y A. Ciertamente, T no era cocontratante de A y tampoco tenía ninguna pretensión de cumplimiento propia conforme al § 328. Sin embargo, el BGH defendió la opinión de que T había sido incorporada al ámbito de protección del contrato de asistencia jurídica entre E y A. El hecho de que A no hubiera lesionado ningún deber de protección, sino un deber de prestación, no obstaculizaría la pretensión según la buena fe.

- 18 La ampliación del contrato con efecto protector para terceros a las lesiones de los deberes de prestación es cuestionable. Si el tercero no tiene ninguna

¹⁶² Así también *Bayer* JuS1996, 473 (477); *Berg* JuS1977, 363 (367); *Denck* JuS1976, 429 (430); detalladamente, *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 526 ss.

¹⁶³ *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 847; *Palandt/Grüneberg* § 328 n. m. 15.

pretensión de cumplimiento propia, entonces tampoco pueden corresponderle pretensiones indemnizatorias por incumplimiento. No obstante, en los casos aquí relevantes, se confirma que numerosos deberes presentan una «**naturaleza doble**», esto es, son deberes de prestación y deberes de protección (→ § 1 n. m. 11 ss.). De ahí que sea posible que el incumplimiento de la prestación frente al acreedor deba contemplarse como lesión de un deber de protección en la relación con un tercero. Así, en el caso del testamento, la aportación del notario era un deber de prestación en la relación de A y E. En la relación de A y T, en cambio, es un deber de protección. A conocía que T debía ser instituida única heredera. Si ello no obstante, omitió recurrir a tiempo al notario, entonces faltó al necesario respeto a los intereses de T.

II. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS CONFORME A LOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES

- 19** El § 311 III 2 regula los presupuestos bajo los cuales los terceros están sujetos, excepcionalmente, a una responsabilidad contractual. Conforme al mismo, es necesario que el tercero haya hecho uso en especial medida de la confianza depositada en él y, de esta manera, haya influido significativamente en las negociaciones contractuales o en la conclusión del contrato. El precepto codifica así en lo esencial la anterior jurisprudencia sobre la responsabilidad contractual del tercero (la denominada responsabilidad del abogado ¹⁶⁴). Sin embargo, no es excluyente ¹⁶⁵. Por tanto, jurisprudencia y doctrina pueden desarrollar sobre la base del § 311 III 1 otros grupos de

¹⁶⁴ Sobre el concepto de Sachwalter, cfr. BGH NJW 1989, 293 (294).

[**Nota de la traductora:** No es fácil traducir «Sachwalter» en este contexto y, por ello, he optado por dejar en la nota el término original, sin perjuicio de aclarar lo que sigue. «Sachwalter» puede querer decir abogado, procurador, mandatario o administrador, entre otros. La sentencia del BGH que cita Looschelders, de 11.7.1988, lo define como «... aquel que no es ni contratante ni representante de él pero que, no obstante, tiene que responder personalmente de forma excepcional por la vulneración culpable de los deberes precontractuales de información, porque está implicado del lado del contratante en que se realice la conclusión del contrato y, por ello, utiliza en especial medida la confianza puesta en él, más allá de la normal confianza negociadora que siempre se presupone en el inicio de las relaciones negociales y, de esta manera, ofrece a la otra parte en las negociaciones una garantía personal de la existencia y del cumplimiento del negocio jurídico contemplado». En el caso resuelto por esta sentencia, esta persona de confianza era un abogado. Por ello, y porque uno de los significados de «Sachwalter» es abogado, he optado finalmente por traducir «Sachwalterhaftung» como «responsabilidad del abogado», aunque, ciertamente, el término tiene un significado más amplio].

¹⁶⁵ Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 60.

casos en los que parezca justificada una responsabilidad contractual del tercero ¹⁶⁶.

1. Presupuestos de la responsabilidad del tercero

- 20** El criterio decisivo es la utilización de una **confianza personal** («confianza en él»). Debe haberse hecho uso de la confianza en *especial* medida, esto es, más allá de la normal confianza en las negociaciones. No basta la mera alusión a la propia competencia ¹⁶⁷.

Mediante la utilización de la confianza personal, el tercero debe haber **influido** significativamente en las negociaciones contractuales o en la conclusión del contrato. Por tanto, es precisa una conexión causal entre la utilización de la confianza y la conclusión o el contenido del contrato. Si en las negociaciones contractuales alguien hace uso de la especial confianza en él, hay que presumir que esto ha tenido una influencia en el resultado. Por ello el tercero tendría que explicar y probar que, excepcionalmente, tal influencia no se dio ¹⁶⁸.

- 21** Junto a la utilización de la confianza personal, la jurisprudencia ha puesto de relieve repetidamente el **propio interés económico** del tercero en la conclusión del contrato ¹⁶⁹. Sin embargo, últimamente solo se recurre a esto cuando, desde un punto de vista económico, el tercero ha intervenido, por así decir, a título personal y solo por razones formales no debía llegar a ser parte en el contrato ¹⁷⁰. Este presupuesto puede darse, por ejemplo, cuando un vendedor de coches usados, por razones fiscales, no vende un automóvil aceptado en pago en nombre propio sino en nombre del cliente ¹⁷¹. En cambio, el interés general del gerente o socio de una sociedad de responsabilidad limitada en el éxito económico de la empresa no debe ser suficiente ¹⁷². La evolución de la jurisprudencia en este ámbito es aún tan cambiante que el legislador ha renunciado a establecer en el § 311 III 2 el interés económico propio del tercero como criterio independiente ¹⁷³. De este modo, solo puede ser tomado en cuenta en el marco del § 311 III 1.

¹⁶⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 163.

¹⁶⁷ Cfr. BGHZ 126, 181 (189); *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 200b.

¹⁶⁸ NK-BGB/*Becker* § 311 n. m. 118.

¹⁶⁹ Cfr. BGHZ 14, 313 (318); 79, 281 (286).

¹⁷⁰ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 61; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 200a.

¹⁷¹ BGHZ 79, 281 (286).

¹⁷² BGHZ 126, 181 (183 ss.); Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 65.

¹⁷³ Cfr. *Canaris* JZ 2001, 499 (520).

2. Grupos de casos

A) RESPONSABILIDAD DE REPRESENTANTES Y AUXILIARES PARA LA NEGOCIACIÓN

- 22** En primer lugar, la responsabilidad del tercero conforme al § 311 III 2 se aplica al caso en el que, en las negociaciones contractuales, el **representante** o **auxiliar para la negociación** de una de las partes ha hecho uso de una especial confianza en él. El vendedor de coches usados que vende en nombre del cliente el automóvil aceptado en pago es representativo. Antiguamente estas estructuraciones tenían sobre todo razones fiscales. Conforme al Derecho vigente, la venta en nombre del cliente es apropiada cuando el vendedor de coches quiere impedir que el comprador sea protegido por los preceptos de la venta de bienes de consumo (§§ 474 ss.). Sin embargo, en este caso entra en consideración la suposición de un negocio fraudulento (§ 476 I 2) (→ SchuldR BT § 14 n. m. 12 ss.)¹⁷⁴.

Ejemplo (tomado de BGHZ 63, 382; 79, 281): El vendedor de coches usados G vende el automóvil aceptado en pago del consumidor E en nombre de este a K por 12.000 euros. El contrato de compraventa contiene la cláusula «Comprado tal como se encuentra, excluyendo cualquier garantía». G sabe que, por daños derivados de un accidente, el automóvil no es apto para circular, pero se lo calla. K exige a G indemnización de los costes que se le han ocasionado relacionados con la conclusión del contrato de compraventa y la financiación del precio de compra. El fundamento de la pretensión es el § 280 I en relación con el § 311 III 2. Ciertamente, G no es parte en el contrato de compraventa del automóvil. Pero en las negociaciones ha hecho uso de una especial confianza en él. A ello se añade un interés económico propio de G en la conclusión del contrato (→ § 9 n. m. 21).

B) RESPONSABILIDAD DE PERITOS Y OTROS EXPERTOS

- 23** Otro posible grupo de casos del § 311 III 2 se refiere a terceros que, por su especial competencia profesional o su especial fiabilidad personal, tienen una influencia determinante en las negociaciones contractuales¹⁷⁵. Se trata aquí de la responsabilidad de peritos, expertos, abogados, asesores fiscales

¹⁷⁴ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 66.

¹⁷⁵ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 14/6040, 163; MüKoBGB/*Emmerich* § 311 n. m. 197 ss.; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 874; *Koch* AcP204 (2004), 59 ss.; *Kersting*, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, 112 ss.

e interventores¹⁷⁶. No obstante, según una extendida opinión doctrinal, el § 311 III 2 presupone que el perito o experto haya influido *de forma concreta* en las negociaciones contractuales¹⁷⁷.

- 24 La jurisprudencia sigue apoyando por lo general la responsabilidad de peritos y otros expertos en la figura del **contrato con efecto protector para terceros** (→ § 9 n. m. 11 s.)¹⁷⁸. Sin embargo, a menudo es dudoso suponer aquí un legítimo interés del acreedor en la protección del tercero; renunciar a este criterio desdibuja los contornos del contrato con efecto protector para terceros. La utilización de una especial confianza personal es, por eso, el enfoque adecuado para justificar la responsabilidad¹⁷⁹.

Ejemplo: En el caso del perito inmobiliario (§ 9, n. m. 11), por su cualificación profesional, B ha utilizado con K la especial confianza en él y, de esta manera, ha influido de forma decisiva en la conclusión del contrato. De acuerdo con el enfoque doctrinal restrictivo, sin embargo, podría faltar una influencia *concreta* de B en las negociaciones contractuales. Si por este motivo se descarta una pretensión de K contra B con arreglo a los §§ 280 I, 311 III 2 y 241 II, solo queda, también según el Derecho vigente, recurrir al contrato con efecto protector para terceros. Esto tiene el inconveniente de que no es fácil justificar un interés especial de V en la protección de K. En el examen de clausura hay que examinar ambas pretensiones. Según cuál sea la opinión defendida, cabe pensar en una concurrencia de pretensiones.

C) RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR

- 25 Al aplicar el § 311 III 2 a representantes, auxiliares para la negociación y otros administradores del vendedor hay que tener en cuenta que, en principio, la responsabilidad del tercero no va más lejos que la del vendedor¹⁸⁰. Por ello, si hay un vicio material, el deber de responder del tercero frente al comprador queda descartado si el vendedor no es responsable del vicio, p. e., porque la **responsabilidad fue excluida eficazmente**. Sin embargo, de acuerdo con la valoración del § 444, el tercero no puede alegar la exclusión del saneamiento si ha silenciado el vicio **dolosamente**¹⁸¹. En caso de vicios subsanables, el

¹⁷⁶ Cfr. NK-BGB/Becker § 311 n. m. 122.

¹⁷⁷ Cfr. Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 100; en contra de recurrir al § 311 III 2 en estos casos, también Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 60.

¹⁷⁸ Cfr. BGH NJW-RR 2007, 1329 (1332); 2008, 286 (287); también Palandt/Grüneberg § 328 n. m. 34.

¹⁷⁹ Cfr. *Canaris JZ* 1995, 441 ss.; *Canaris JZ* 2001, 499 (520); en contra, Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 60; *Harke SchuldR AT* n. m. 434; *Brors ZGS* 2005, 142 ss.

¹⁸⁰ BGH NJW-RR 2011, 462 (464), con nota de *Faust JuS* 2011, 457 ss.; Staudinger/*Feldmann*, 2018, § 311 n. m. 185.

¹⁸¹ Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 66.

comprador solo puede exigir al vendedor la indemnización del daño en lugar de la prestación, de acuerdo con el § 437 n. 3 en relación con los §§ 280 I y III y 281, cuando haya fijado sin éxito un **plazo razonable para la subsanación** (→ § 22 n. m. 16). Si este presupuesto no se da, entonces también queda descartado el deber de indemnizar del tercero, porque las exigencias del derecho de saneamiento no deben poder burlarse utilizando al tercero¹⁸². Sin embargo, de acuerdo con las reglas generales, la prioridad del derecho de saneamiento no procede si el tercero ha actuado **dolosamente** (→ § 8 n. m. 17).

Ejemplo: En el caso del vendedor de coches usados (→ § 9 n. m. 22), el dolo de G es imputable a E conforme al § 166 I¹⁸³. De ahí que la pactada exclusión del saneamiento sea ineficaz conforme al § 444. Así pues, K ostenta contra E las pretensiones de saneamiento de los §§ 434 ss. Dado que la fijación de un plazo es innecesaria en caso de dolo según el § 281 II alternativa 2, K puede exigir a E conforme a los §§ 280 I y III y 281 la indemnización del daño en lugar de la prestación. Además, K también dispone de una pretensión de indemnización del daño contra G ex §§ 280 I, 241 II y 311 III 2¹⁸⁴. Como G ha silenciado el vicio dolosamente, no entra en juego aquí la prioridad del derecho de saneamiento.

Bibliografía: *Assmann*, Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1986, 885; *Bayer*, Vertraglicher Drittschutz, JuS 1996, 473; *Brors*, Vertrauen oder Vertrag – gibt es eine Haftung für Wertgutachten nach § 311 Abs. 3 BGB?, ZGS 2005, 142; *Canaris*, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei »Gegenläufigkeit« der Interessen, JZ 1995, 441; *Canaris*, Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo, JZ 1998, 603; *Coester-Waltjen*, Der Dritte und das Schuldverhältnis, JURA 1999, 656; *Finn*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten, NJW 2004, 3752; *Höhne/Kühne*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Anspruchsgrundlage und Anspruchsumfang, JuS 2012, 1063; *Kersting*, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, 2007; *Koch*, § 311 Abs. 3 als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 (2004), 59; *Leyens*, Expertenhaftung: Ersatz von Vermögensschäden im Dreipersonenverhältnis nach Bürgerlichem Recht, JuS 2018, 217; *Looschelders/Makowsky*, Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, JA 2012, 721; *Neuner*, Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ 1999, 126; *Pinger/Behme*, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, JuS 2008, 675; *Schwarze*, Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes, AcP 203 (2003), 348; *Zenner*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, NJW 2009, 1030. Cfr. además las referencias relativas al § 8.

¹⁸² BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

¹⁸³ Respecto de la imputación del dolo conforme al § 166, Staudinger/*Matusche-Beckmann*, 2014, § 442 n. m. 8.

¹⁸⁴ Sobre la coexistencia de ambas pretensiones en tales casos, BGH NJW 2010, 858 = JA 2010, 380 (*Looschelders*).

§ 10 RELACIONES OBLIGATORIAS LEGALES

I. EN GENERAL

- 1 La obligación de realizar una **prestación** en el sentido del § 241 I también puede ser impuesta al deudor por ley. Las relaciones obligatorias legales no son un grupo homogéneo. Esto se deja ver en que la Parte general del BGB y el Derecho general de obligaciones no contienen ninguna regla común acerca del nacimiento de las relaciones obligatorias legales.

En general, las relaciones obligatorias legales se pueden reconducir a la idea de **justicia compensatoria**¹⁸⁵. Se trata de conflictos de intereses en los que el legislador considera tan apremiante una compensación patrimonial, que su realización no debe dejarse (solo) a la decisión de autonomía privada de los implicados.

II. VISIÓN GENERAL DE LAS DIFERENTES RELACIONES OBLIGATORIAS LEGALES

1. Derecho especial de obligaciones

- 2 La mayor parte de las relaciones obligatorias legales están reguladas en el **Derecho especial de obligaciones**. Son especialmente importantes la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss.), el enriquecimiento injustificado (§§ 812 ss.) y el régimen de los actos ilícitos (§§ 823 ss.). A ello se añaden los preceptos sobre la responsabilidad del hostelero (§§ 701 ss.), la comunidad por cuotas (§§ 741 ss.) y el deber de presentar cosas (§§ 809 ss.)¹⁸⁶.

A) GESTIÓN DE NEGOCIOS SIN MANDATO

- 3 La relación obligatoria legal de la gestión de negocios sin mandato resulta, de acuerdo con el § 677, del hecho de que alguien gestione un negocio para otro sin que entre los implicados exista una relación jurídica contractual (p. e., un mandato) o de otro tipo. El concepto de negocio ha de entenderse

¹⁸⁵ Cfr. *Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 67 I 1d.*

¹⁸⁶ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 52.*

en un sentido amplio. Comprende cualquier actividad, independientemente de si es de naturaleza negocial o de hecho ¹⁸⁷.

- 4 En los casos de gestión de negocios sin mandato, la situación de los intereses en juego es ambivalente. De una parte, la actuación desinteresada por otro es deseable y por ello debe dársele un trato privilegiado; de otra, debe protegerse al dueño del negocio de que otros se inmiscuyan en sus asuntos de manera no deseada. Por ello, de acuerdo con los §§ 683 y 670, al gestor del negocio solo le corresponde una pretensión de compensación por sus **gastos** (→ § 14 n. m. 2) si la gestión del negocio responde al interés y a la voluntad real o presunta del dueño del negocio.

Ejemplo: G ve que el contenedor de basura que se encuentra delante de la casa de su vecino N está ardiendo. El fuego amenaza con propagarse a la casa de N. Por ello, sin vacilar, G coge del garaje su extintor y apaga el fuego. La extinción del fuego responde al interés y a la presunta voluntad de N. Por eso, de acuerdo con los §§ 683 y 670, G tiene frente a N una pretensión de indemnización de los costes que sean precisos para recargar el extintor.

B) ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

- 5 Las reglas sobre el enriquecimiento injustificado (§§ 812 ss.) tienen la finalidad de compensar los **desplazamientos patrimoniales** injustificados. De un lado, se trata de liquidar retroactivamente los contratos nulos o las prestaciones que han fallado de otro modo (*condictio de prestación*). El régimen del enriquecimiento injustificado representa, en este sentido, un correctivo necesario al principio de abstracción (→ § 1 n. m. 28).

Ejemplo: K ha comprado a V por 10.000 euros un automóvil usado. Después de haberse intercambiado las recíprocas prestaciones, K impugna el contrato de compraventa conforme al § 123 por engaño doloso.

De acuerdo con el principio de abstracción, la impugnación del contrato de compraventa deja intacta la eficacia de los contratos reales ¹⁸⁸. Pero K tiene una pretensión de reembolso de los 10.000 euros ex § 812 I 1, alternativa 1. Por su parte, V puede exigir que se le restituya el automóvil ex § 812 I 1, alternativa 1.

¹⁸⁷ Cfr. MüKoBGB/Schäfer § 677 n. m. 31. Más detalles al respecto → SchuldR BT § 43 n. m. 2.

¹⁸⁸ En los casos de engaño doloso, a menudo se puede impugnar también el negocio dispositivo (la denominada «identidad de defecto»). Sin embargo, esto no necesariamente ha de ser así (cfr. *Medicus/Petersen* BGB AT n. m. 234; *Wolff/Neuner* BGB AT § 25 n. m. 69 ss.). De ahí que no tengamos que profundizar aquí en las cuestiones relacionadas con la identidad de defecto.

[**Nota de la traductora:** Se habla de «identidad de defecto» cuando el negocio obligatorio y el dispositivo padecen el mismo defecto.]

- 6 Pero, de otro lado, el régimen del enriquecimiento injustificado sirve también para revertir desplazamientos patrimoniales que no se basan en una prestación del acreedor (*condictio de omisión de prestación*). Conforme a ello, pueden desencadenarse pretensiones de enriquecimiento, en particular, por el hecho de que otro se entrometa en los derechos y bienes jurídicos del acreedor (*condictio por intromisión*).

Ejemplo: G ha prestado su bicicleta a S. S enajena la bicicleta por 150 euros a D, que es de buena fe.

Al enajenar la bicicleta, S se ha entrometido en la propiedad de G. G ha perdido su propiedad en favor de D en virtud de los §§ 929 y 932. Como compensación, G tiene contra S una pretensión de restitución de los 150 euros ex § 816 I.

C) ACTOS ILÍCITOS

- 7 A diferencia del régimen del enriquecimiento injustificado, en el régimen jurídico de los actos ilícitos no se trata de retirar ventajas patrimoniales injustificadas, sino de **compensar daños**. Al mismo tiempo, la idea del *control del comportamiento* tiene una cierta importancia.
- 8 De acuerdo con el principio «casum sentit dominus», un daño tiene que ser soportado, en principio, por aquel que lo ha sufrido. La repercusión del daño a otro precisa, por ello, de una especial legitimación. El Derecho alemán de daños tradicionalmente sigue a estos efectos el **principio de culpa**. Conforme a él, el causante del daño solo es responsable si el daño ha sido causado por su comportamiento *ilícito y culpable* (cfr. §§ 823 I y II y 826). No obstante, por lo que respecta a la culpa, en algunos casos se ayuda al perjudicado mediante una inversión de la carga de la prueba (cfr., por ejemplo, el § 831).
- 9 En el mundo moderno hay numerosos riesgos que no se pueden controlar ni observando la diligencia más alta. Son ejemplos importantes de ello el tráfico rodado y ferroviario, pero también la fabricación de productos o la explotación de centrales nucleares. Ante tales riesgos, es conforme a la justicia compensatoria que el daño sea soportado, sin consideración a la culpa, por aquel que ha creado el riesgo y disfruta de las ventajas a él asociadas. El medio jurídico técnico para la realización de este objetivo es la **responsabilidad por riesgo**, que está regulada casi exclusivamente en leyes especiales del Derecho de obligaciones (p. e., StVG, HPfIG, ProdHaftG y AtG) (→ SchuldR BT § 74 n. m. 1 ss.). A este respecto, en el BGB solo se encuen-

tra, por razones históricas, la responsabilidad del poseedor de un animal conforme al § 833 inciso 1 (→ SchuldR BT § 68 n. m. 1 ss.).

2. Relaciones obligatorias legales fuera del Derecho de obligaciones

- 10** Las relaciones obligatorias legales también están reguladas **fuera** del Derecho de obligaciones. Son ejemplos de ello la relación entre *propietario* y *poseedor* (§§ 987 ss.) así como entre *propietario* y *hallador* (§§ 965 ss.). Se discute si la *relación de vecindad* (§§ 906 ss.) puede calificarse de relación obligatoria legal. A favor de ello habla el hecho de que precisamente en ese ámbito hay numerosos deberes de respeto¹⁸⁹. Por otra parte, sin embargo, se admite ampliamente que la relación de vecindad no puede desencadenar ningún deber de indemnizar ex §§ 280 ss. (con deber de responder por los auxiliares para el cumplimiento conforme al § 278)¹⁹⁰.

Bibliografía: Las relaciones obligatorias legales se tratan en la mayoría de los manuales en el Derecho especial de obligaciones (p. e., *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl. 2019, §§ 42–45, §§ 53–74). No obstante, también hay al respecto **manuales especiales:** *Althammer*, Schuldrecht III – Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2015; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007; *Peifer*, Schuldrecht – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2016; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 2017.

¹⁸⁹ Cfr. HK-BGB/*Staudinger*, Previo a los §§ 906–924 n. m. 2; *Staudinger/Olzen*, 2015, § 241 n. m. 409 ss.; en contra de aceptar una relación obligatoria legal, p. e., *Palandt/Herrler* § 903 n. m. 13.

¹⁹⁰ 190 BeckOGK/*Riehm*, 1.7.2019, BGB § 280 n. m. 81; BeckOK BGB/*Lorenz*, 50. Ed. 1.5.2019, § 280 n. m. 7.

PARTE TERCERA

EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

§ 11 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

- 1 Para que exista una relación obligatoria eficaz, el contenido de los deberes de prestación debe ser determinado o al menos determinable. En la medida en que algunos contenidos **no** estén ya especificados por el **Derecho imperativo**, hay tres puntos de partida para determinar el contenido.

I. ACUERDO DE LAS PARTES

1. La libertad de configuración y de modificación de las partes

- 2 En el caso de los *contratos*, el contenido de la relación obligatoria se deriva preferentemente de los acuerdos de las partes. Estas pueden, de acuerdo con el principio de **libertad de configuración**, decidir por sí mismas al concluir el contrato qué contenido deben tener las distintas prestaciones; pero también pueden en todo momento modificar el contrato (**libertad de modificación**).

En el caso de las *relaciones obligatorias legales*, el contenido originario se deduce de la ley. Sin embargo, como resulta del tenor literal del § 311 I, también aquí rige el principio de **libertad de modificación**. En este sentido, las disposiciones pertinentes están, pues, a disposición de las partes.

Ejemplo: Si S ha destruido negligentemente una pintura de E, está obligado frente a este a indemnizarle el daño de acuerdo con el § 823 I. El contenido de la pretensión se deduce de los §§ 249 ss. y 842 ss. Como la restitución in natura (§ 249 I) no es posible en caso de total destrucción de una cosa infungible, S ha de resarcir el valor conforme al § 251 I. Pero las partes pueden acordar que, en lugar de ello, S proporcione a E otra pintura del mismo artista.

- 3 Las partes no tienen que fijar el contenido del contrato de forma expresa. Basta que el contenido pueda determinarse por medio de la **interpretación**. Las lagunas de regulación pueden colmarse mediante la interpretación integradora del contrato (§§ 133 y 157). Según esto, es determinante lo que las partes habrían acordado de manera honesta, ponderando razonablemente sus intereses conforme a la buena fe, si el caso hubiera sido tenido en cuenta por ellas (la denominada voluntad hipotética de las partes)¹. No obstante, en tanto el Derecho dispositivo contenga regulaciones apropiadas, en principio estas tienen prioridad respecto de la interpretación integradora del contrato².

2. Límites de la determinación autónoma del contenido

- 4 Igual que la libertad de contratación y de forma (→ § 6 n. m. 1 ss.; → § 7 n. m. 1 ss.), también la libertad de configuración y de modificación está sujeta a diversas limitaciones.

A) LÍMITES GENERALES

La libertad de configuración de las partes encuentra límites generales en las **prohibiciones legales** (§ 134) y en las **buenas costumbres** (§ 138 I). Además, el contenido de los contratos está sujeto a la *buena fe*. Durante mucho tiempo, el § 138 fue aplicado restrictivamente por la jurisprudencia³. Sin embargo, más recientemente, bajo la influencia de los derechos fundamentales, el precepto ha cobrado una importancia central en el control de contenido de los contratos en «situaciones de desequilibrio» (→ § 3 n. m. 5 ss.).

¹ BGHZ 84, 1 (7); Palandt/Ellenberger § 157 n. m. 7.

² Cfr. Palandt/Ellenberger § 157 n. m. 4 ss.

³ Cfr. MüKoBGB/Busche, Previo al § 145 n. m. 25.

B) CONTRATOS SOBRE EL PATRIMONIO FUTURO

- 5 Un caso particular de contenido contractual contrario a las buenas costumbres está regulado en el § 311b II. Según este, es nulo un contrato mediante el cual alguien se obliga a transmitir o a gravar con un usufructo (§§ 1030 ss.) su **futuro patrimonio** o una cuota de él. Con ello se trata de proteger al deudor de las obligaciones que le priven de cualquier motivación para una futura actividad remunerada⁴. Esta finalidad no siempre es correcta en el caso de los contratos sobre una *cuota* del patrimonio futuro. Pero aquí la reprobación se basa en la indeterminación del objeto contractual⁵.
- 6 Las obligaciones de transmitir o gravar el patrimonio **presente** o una cuota de él no son, por principio, reprobadas. Aquí al menos le queda al afectado la esperanza de mejorar su situación económica mediante una futura adquisición. No obstante, debido a los riesgos asociados a tales contratos, precisan de documentación notarial conforme al § 311b III (→ § 7 n. m. 17 ss.). En este aspecto, la exigencia de forma representa un instrumento tuitivo más leve que la ineficacia del contenido.

C) CONTRATOS SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO AÚN VIVO

- 7 De acuerdo con el § 311b IV 1, también un contrato sobre la **herencia** de un **tercero que aún vive** es nulo. Lo mismo es aplicable, conforme al inciso 2, a un contrato sobre la legítima o un legado sobre la herencia de un tercero aún vivo. La norma se basa en la consideración de que las especulaciones económicas con la muerte de un tercero son *moralmente reprobables*. Además, tales contratos inducirían al «despilfarro irresponsable de los bienes y a la explotación de tal irresponsabilidad»⁶. La segunda finalidad –tutela de los potenciales herederos– tiene prioridad hoy en día. Por eso el precepto se aplica aunque el tercero haya asentido al contrato⁷. De acuerdo con su posición sistemática, el § 311b IV solo se refiere a los contratos obligatorios. La finalidad tuitiva del precepto, sin embargo, exige extenderlo a los negocios dispositivos análogos⁸.

⁴ *Larenz SchuldR I* § 4 IIb; *Palandt/Grüneberg* § 311b n. m. 57.

⁵ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 119.

⁶ BGHZ 37, 319 (323); 104, 279 (281).

⁷ BGHZ 37, 319 (324).

⁸ BGHZ 37, 319 (325); *Palandt/Grüneberg* § 311b n. m. 72.

- 8 Dado que el § 311b IV habla de la herencia de un **tercero**, el precepto no se opone a la eficaz conclusión de contratos sucesorios o de renuncia a la herencia con el *causante* (§§ 1941, 2274 ss. y 2346 ss.). Conforme al § 311b V 1, el efecto de la nulidad tampoco se aplica a los contratos entre futuros herederos legales sobre su cuota hereditaria o legítima; a la persona afectada no se le debe prohibir una partición hereditaria anticipada⁹. No obstante, para proteger frente a la precipitación, el § 311b V 2 prescribe la **documentación notarial** (→ § 7 n. m. 18). Esta forma debe observarse aun cuando el causante haya asentido al contrato¹⁰.

Ejemplo (BGH 26, 320, con artículo de *Meincke*, JuS 1976, 501): Los cónyuges M y F viven separados. En el marco de un acuerdo documentado notarialmente para la regulación amistosa de las consecuencias de la separación, M promete pagar a F el 10% de la herencia que le corresponda cuando muera su padre (V); en contrapartida, F renuncia a los alimentos postmatrimoniales. Cuando V muere, M recibe una legítima de un millón de euros. F exige a M el pago de 100.000 euros.

La pretensión presupone que el pacto de separación sea eficaz. Las dudas existen con respecto al § 311b IV. El contrato no se refiere a la herencia o la legítima en su totalidad sino solo a una *cuota* de ella. El tenor literal del § 311b IV, por tanto, no se corresponde con ello. Sin embargo, de acuerdo con su sentido y finalidad, el precepto también es aplicable a los contratos sobre una cuota de la herencia o de la legítima. Como F no figura entre los herederos legales de V, no opera el § 311b V. No obstante, procede considerar una reducción teleológica. A estos efectos cabría apoyarse en la consideración de que, como manifestación particular del § 138 I, el § 311b IV solo es aplicable si el acuerdo no sirve a un fin legítimo. Pero, así entendido, el § 311b IV sería superfluo respecto del § 138 I. Por consiguiente, F no dispone de ninguna pretensión para el pago de los 100.000 euros.

D) OTROS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONTENIDO

- 9 Además de los límites generales de la libertad de contenido, el BGB contiene para *sectores particulares* preceptos **imperativos** que excluyen las configuraciones diferentes del contrato, incluso mediante acuerdos individuales. Tales preceptos pueden ser inderogables para ambas partes (p. e., § 276 III). Pero, en la medida en que se trata de proteger a la parte estructuralmente más débil (p. e., el consumidor), la mayoría de las veces solo se declaran ineficaces las desviaciones *en perjuicio* de la parte protegida (cfr., por ejem-

⁹ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 120; cfr. también Palandt/*Grüneberg* § 311b n. m. 73, conforme al cual el contrato también es eficaz si los objetivos de las partes son otros.

¹⁰ BGH NJW 1995, 448.

plo, el § 476 I). Se habla en este caso de normas **semiimperativas**. Tradicionalmente, los preceptos (semi)imperativos tienen particular importancia en el Derecho del trabajo y el de arrendamientos (→ § 3 n. m. 7). Más recientemente, el número de tales preceptos se ha disparado en el Derecho de protección del consumidor (→ § 3 n. m. 9). Así, en la compraventa de bienes de consumo casi todos los derechos de saneamiento del comprador son imperativos. El principio de libertad de configuración se relativiza así considerablemente.

- 10** Fuera del ámbito de aplicación de las normas imperativas, tiene gran relevancia el control de las condiciones contractuales predispuestas (CGC) con arreglo a los §§ 307 ss. Los parámetros más importantes son el modelo del Derecho dispositivo, así como el fin del contrato (→ § 16 n. m. 18 ss.). De acuerdo con el mandato de transparencia del § 307 I 2, puede controlarse incluso la claridad y comprensibilidad de los acuerdos sobre la relación entre precio y prestación (→ § 16 n. m. 21).

II. DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR UNA PARTE O POR UN TERCERO

- 11** En las relaciones obligatorias contractuales, las partes no necesariamente tienen que fijar por sí mismas los deberes de prestación. También pueden, mediante acuerdo, reconocer a *una parte* o a un *tercero* el derecho a **determinar posteriormente** el contenido de la prestación, con la consecuencia de que el contrato no es ineficaz por falta de acuerdo sobre los *essentialia negotii* o por disenso (§§ 154 y 155)¹¹. Esta posibilidad está regulada en los §§ 315 ss.

La aplicación de los §§ 315 ss. presupone que el contenido de la prestación no pueda determinarse mediante *interpretación integradora del contrato* (§§ 133 y 157). Las *reglas legales de interpretación* sobre la cuantía de la remuneración (§§ 612 II, 632 II y 653 II) prevalecen sobre los §§ 315 ss.¹²

Especial importancia tiene en la práctica el **derecho de determinación de la prestación del empleador** frente a sus trabajadores. No obstante, este derecho está especialmente regulado desde el 1.1.2003, en el § 106 GewO (→ SchudR BT § 29 n. m. 3).

¹¹ Staudinger/Rieble, 2015, § 315 n. m. 4 ss.

¹² HK-BGB/Schulze § 315 n. m. 3.

1. Determinación de la prestación por una parte

A) EL PARÁMETRO DEL CRITERIO EQUITATIVO

- 12** El acuerdo que autorice a una parte a determinar el objeto de la prestación o de la contraprestación puede adoptarse expresa o implícitamente. En ese caso, lo incierto son los criterios conforme a los cuales debe tener lugar la determinación de la prestación.

Ejemplo: Las partes celebran una compraventa de un automóvil de una gama de modelos que aún está por desarrollar. El contrato contiene la cláusula «precio sujeto a cambios». Se establece que el precio debe fijarse por el vendedor cuando sea posible la entrega, de acuerdo con criterios equitativos teniendo en cuenta la situación del mercado.

- 13** Al ejercer el derecho de determinación, el legitimado debe mantenerse en el marco fijado por el acuerdo de las partes. En tanto los acuerdos de las partes no especifiquen nada, el derecho de determinación debe ejercerse, en caso de duda, conforme a **criterios equitativos**, según el § 315 I. Se mantiene el criterio equitativo cuando la prestación fijada parece razonable teniendo en cuenta los intereses de ambas partes¹³. Si el derecho de determinación se establece mediante condiciones generales de contratación, entonces, de acuerdo con el § 307, la decisión debe adoptarse siempre (por tanto, no solo en caso de duda) de acuerdo con criterios equitativos¹⁴.
- 14** Si la determinación no se ajusta a la equidad, entonces, de acuerdo con el § 315 III 1, **no es vinculante**. Según la opinión dominante, la otra parte tiene que hacer valer judicialmente la falta de carácter vinculante. La alegación puede tener lugar por acción o por excepción frente a la acción del titular¹⁵. Hasta que el tribunal resuelva, la determinación es provisionalmente vinculante¹⁶. La concepción de la opinión dominante parece, sin embargo, dudosa porque limita demasiado la posición jurídica de la parte sin derecho de determinación. Además, una «obligación provisional» es difícilmente conciliable con el tenor literal del § 315 III. Por ello parece preferible la opinión de que una determinación inequitativa es irrelevante sin más para la otra parte, por virtud de la ley¹⁷.

¹³ Así, BGHZ 41, 271 (279); Palandt/*Grüneberg* § 315 n. m. 10.

¹⁴ HK-BGB/*Schulze* § 315 n. m. 6.

¹⁵ Palandt/*Grüneberg* § 315 n. m. 16 s.

¹⁶ OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1999, 379.

¹⁷ Cfr. Staudinger/*Rieble*, 2015, § 315 n. m. 414 ss.

De acuerdo con la primera parte del § 315 III 2, si la determinación realizada es declarada no vinculante el propio **tribunal** fijará el contenido de la prestación. Lo mismo vale, según la segunda parte, si hay *retraso* en la determinación. Los presupuestos de la mora (§ 286) no tienen que darse en este caso¹⁸.

B) EJERCICIO DEL DERECHO DE DETERMINACIÓN

- 15 El derecho de determinación se ejerce por medio de una **declaración de voluntad** recepticia frente a la otra parte (§ 315 II). Mediante el ejercicio del derecho de determinación se fija el contenido de la relación jurídica con eficacia constitutiva. La determinación es *vinculante* para el titular. Por tanto, no puede ser modificada ni revocada.

Ejemplo (LG Frankfurt a. M. NJW 1985, 143): El matrimonio de M y F reservó un «viaje de la suerte» con el organizador de viajes R. En el caso de estos contratos, corresponde a la empresa de viajes el derecho de seleccionar el lugar de destino y el hotel¹⁹. M y F son acomodados primero en un hotel de cinco estrellas. Después de cuatro días, R pasa a alojarlos en un hotel de una estrella. Alega que, por un precio de 998 euros por persona, no se puede contar con un hotel de cinco estrellas. En opinión del tribunal, la modificación posterior del alojamiento es inadmisibles porque el organizador se comprometió a sí mismo con la primera determinación.

C) DETERMINACIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN

- 16 En los contratos onerosos se puede plantear la cuestión de cuál es la parte que debe determinar el alcance de la contraprestación. Según el § 316, en tanto las partes no hayan adoptado ningún acuerdo al respecto, el derecho de determinación corresponde, en caso de duda, al acreedor de la contraprestación. En cuanto al contenido y el ejercicio del derecho de determinación rigen, por lo demás, las reglas del § 315.

D) COMPRAVENTA SEGÚN ESPECIFICACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL

- 17 Entre comerciantes hay que tener en cuenta el § 375 HGB. La **compraventa según especificación** allí regulada constituye una compraventa

¹⁸ BGH NJW 1998, 1390.

¹⁹ Cfr. MüKoBGB/*Würdinger* § 315 n. m. 21.

mercantil sobre cosas o valores mobiliarios (§ 381 HGB) en la que se reserva al comprador la determinación en detalle de la forma, la medida y las circunstancias similares. Desde el punto de vista sistemático, se trata de una **regulación especial preferente** a los §§ 315 ss.²⁰. Del sentido y la finalidad del § 375 HGB se deduce que el comprador puede efectuar la elección según su libre arbitrio. De ahí que tampoco quepa recurrir supletoriamente a los principios sobre los controles de equidad (§§ 315 III)²¹.

Ejemplo: El maestro techador D encarga a la fábrica de tejas y ladrillos Z 100 palés de tejas. D se reserva el derecho de determinar posteriormente si las tejas deben ser rojas o marrones. El color de las tejas se incluye entre las «circunstancias similares» en el sentido del § 375 I HGB. Por tanto, D puede elegir libremente a este respecto.

La especial importancia del § 375 I HGB radica en que el *derecho* de determinación del comprador se intensifica como un **deber**²². Si el comprador incurre en mora (§ 286) al especificar, el mismo vendedor puede, de acuerdo con el § 375 II HGB, efectuar la determinación. Pero, en vez de ello, también puede, según el § 375 II HGB en relación con los §§ 280 I y III y 281, exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación (→ § 27 n. m. 2 ss. y 20) o, de acuerdo con el § 323 (→ § 32 n. m. 1 ss.), resolver el contrato. En todos estos casos el vendedor debe haber fijado antes un plazo razonable al comprador para que efectúe la determinación. Esto se deduce del § 375 II 2 HGB para la especificación por sustitución, y del § 281 o del § 323 I para la indemnización del daño en lugar de la prestación y la resolución²³.

Para profundizar: La vinculación de la indemnización del daño en lugar de la prestación y de la resolución al requisito de la mora es contraria al sistema porque el legislador ha renunciado precisamente a este presupuesto en el ámbito normal de aplicación de los §§ 280 I y III y 281 y del § 323 (→ § 27 n. m. 7). Especialmente la resolución no puede depender del deber de responder que es preciso en el caso de la mora (§ 286 IV). Se trata de un error del legislador que ha de corregirse permitiendo que, en lugar de la mora, baste el retraso de la prestación²⁴.

²⁰ Cfr. *Harke SchuldR AT* n. m. 139; *Rieble/Gutfried JZ* 2008, 593 ss.

²¹ Cfr. *Rieble/Gutfried JZ* 2008, 593 (596).

²² Cfr. *Canaris, Handelsrecht*, 24. Aufl. 2006, § 29 n. m. 17 ss.

²³ Sobre los detalles, *Rieble/Gutfried JZ* 2008, 593 (599).

²⁴ Cfr. *Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 375 n. m. 10*; *Canaris, Handelsrecht*, 24. Aufl. 2006, § 29 n. m. 30; *Rieble/Gutfried JZ* 2008, 593 (560).

2. Determinación de la prestación por un tercero

A) PARÁMETRO Y CONTROLES JUDICIALES

- 18** La determinación de la prestación por un **tercero** se produce la mayoría de las veces en vista de que las partes quieren dejar que sobre el contenido de la prestación decida una *persona* especialmente *digna de confianza y competente*. También aquí, en caso de que entre las partes no se hubiera adoptado ningún parámetro para determinar la prestación, la ley establece en el § 317 una regulación para el caso de duda, conforme a la cual la determinación ha de realizarse de acuerdo con criterios equitativos.

Ejemplo: V y K concluyen un contrato de compraventa sobre un objeto de arte. Ambos discrepan sobre el verdadero valor del objeto. De ahí que el experto en arte S deba fijar el precio de acuerdo con criterios equitativos en el sentido del § 317 I.

- 19** Según el § 319 I, la determinación a realizar por un tercero de acuerdo con criterios equitativos **no es vinculante** solo si es *manifestamente* inequitativa. Existe una falta manifiesta de equidad si la determinación contraviene gravemente la buena fe y esto resulta evidente de inmediato para un juzgador competente e imparcial²⁵.
- 20** Si el tercero debe realizar la determinación **según su libre arbitrio**, no es posible, por la falta de un parámetro objetivo, que los tribunales estatales sustituyan la decisión. Por ello, en el caso de que el tercero no efectúe la determinación o la retrase, el § 319 II ordena la ineficacia del contrato. No obstante, las partes pueden acordar una regulación supletoria que contenga, p. e., que la determinación puede realizarse subsidiariamente por un tribunal de acuerdo con criterios equitativos. Si el tercero ha adoptado una decisión, esta es vinculante para las partes dentro de los límites de los §§ 134 y 138, también en caso de falta manifiesta de equidad²⁶.

B) IMPUGNACIÓN DE LA DETERMINACIÓN

- 21** La determinación del contenido de la prestación se produce, según el § 318 I, mediante una declaración irrevocable de voluntad del tercero frente a una de

²⁵ Así, BGH NJW 1991, 2761; Larenz SchuldR I § 6 IIb.

²⁶ HK-BGB/Schulze § 319 n. m. 6; Palandt/Grüneberg § 319 n. m. 9.

las partes contratantes. Los vicios de la voluntad (error, intimidación, engaño doloso) del tercero solo legitiman para impugnar a las **partes contractuales** (§ 318 II), mas no al tercero mismo. Por lo demás, la impugnación se rige por los preceptos generales (§§ 119 ss.). No obstante, si el engaño doloso procede de un tercero, la impugnabilidad no queda limitada por el § 123 II²⁷.

C) DETERMINACIÓN POR VARIOS TERCEROS

- 22 Si la determinación debe realizarse por **varios terceros**, en caso de duda es precisa la *unanimidad*, de acuerdo con el § 317 II. Si no se llega a un acuerdo, la determinación puede ser sustituida por una sentencia (§ 319 I 2). Sin embargo, en la práctica se aplica generalmente el *principio de mayoría*, debiendo el tercero mayoritario advertir a las partes sobre la existencia de una falta de equidad evidente²⁸. Conforme al § 317 II, segunda parte, si varios terceros deben determinar una suma de dinero, prevalece el *principio del término medio*.

D) CONTRATO DE DICTAMEN ARBITRAL Y CONVENIO ARBITRAL

- 23 El acuerdo de determinación de la prestación por un tercero conforme a los §§ 317 ss. se denomina también **contrato de dictamen arbitral**. Sin embargo, el *verdadero* contrato de dictamen arbitral se dirige a que un tercero experto se ocupe de fijar de manera vinculante *hechos* o *características fácticas*²⁹. Teóricamente, aquí solo cabe una decisión «correcta»; pero en la práctica frecuentemente hay un margen de apreciación. Dado que la situación de los intereses en juego es semejante, los §§ 317 ss. son aplicables por analogía³⁰.

Ejemplo: En el caso del experto de arte (→ § 11 n. m. 18), las partes pactan como precio de compra el valor estimado de la obra de arte. S debe determinar el valor estimado.

- 24 Del contrato de dictamen arbitral hay que distinguir el **convenio arbitral** conforme al § 1029 ZPO. En el caso del convenio arbitral, el árbitro adopta

²⁷ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 318 n. m. 2; de otra opinión, MüKoBGB/*Würdinger* § 318 n. m. 7.

²⁸ Cfr. a este respecto BGHZ 22, 343 (346).

²⁹ Sobre la terminología, cfr. Palandt/*Grüneberg* § 317 n. m. 3.

³⁰ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 6 n. m. 11; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 106.

una decisión definitiva sobre la relación jurídica. El árbitro sustituye así a un tribunal ordinario. Por ello no es posible una revisión judicial con arreglo a los §§ 317 ss.

III. DERECHO DISPOSITIVO

- 25** Si las partes no han fijado el contenido de la prestación por sí mismas ni han confiado su determinación a una parte o a un tercero, se aplica la ley **dispositiva**. El Derecho de obligaciones contiene numerosos preceptos que pueden *integrar* los acuerdos contractuales de las partes. Algunos preceptos solo son aplicables a determinados tipos contractuales, otros a todos los contratos obligatorios o a la mayoría de los tipos contractuales. Finalmente, hay preceptos que regulan el contenido de las relaciones obligatorias en general.

Ejemplos: (1) En el caso de los *contratos de servicios y de trabajo* puede surgir el problema de que las partes no hayan adoptado ningún acuerdo sobre el «si» y la cuantía de la remuneración. Para este caso, el § 612 adopta una regulación integradora.

(2) En todos los *contratos obligatorios* que se dirigen a enajenar o gravar una cosa (p. e., compraventa, donación, permuta), se puede plantear la cuestión de si los accesorios de la cosa (§§ 97 y 98) deben ser enajenados o gravados conjuntamente³¹. El § 311c contiene a este respecto la regla interpretativa, refutable, de que en caso de duda la obligación comprende los accesorios.

(3) En todas las *relaciones obligatorias* puede plantearse la cuestión de en qué lugar y en qué momento tiene que cumplir su prestación el deudor. Si las partes no han adoptado ningún acuerdo al respecto, el lugar de la prestación ha de determinarse de acuerdo con los §§ 269 y 270, y el tiempo de la prestación de acuerdo con el § 271.

- 26** Los preceptos **generales** sobre el contenido de las relaciones obligatorias se encuentran en los §§ 241-274. Si se prescinde de los §§ 241 y 242, cabe distinguir **tres áreas temáticas**: (1) el objeto y contenido de los deberes de prestación (§§ 243-265), (2) las modalidades de ejecución de la prestación (§§ 266-272), así como (3) la vinculación de los deberes de prestación por medio del derecho de retención (§§ 273 y 274) o, en los contratos bilaterales, de la excepción propia de contrato no cumplido (§§ 320-322). A continuación trataremos estas áreas temáticas.

³¹ A los *contratos de cesión de uso* (arrendamiento, arrendamiento de uso y disfrute, préstamo) se les puede aplicar esta regla por analogía (cfr. MüKoBGB/Ruhwinkel § 311c n. m. 2; Harke SchuldR AT n. m. 135).

Bibliografía: *Jesgarzewski*, Die Grenzen formularmäßiger Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungen, 2005; *Joussen*, Gestaltungsrecht des Dritten nach § 317 BGB, AcP 203 (2003), 429; *Kornblum*, Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315–319 BGB, AcP 168 (1968), 450; *Kronke*, Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 183 (1983), 113; *Meincke*, Der problematische Scheidungsvergleich – BGHZ 26, 320, JuS 1976, 501; *Rieble/Gutfried*, Spezifikationskauf und BGB-Schuldrecht, JZ 2008, 593.

§ 12 LAS MODALIDADES DE LA PRESTACIÓN

- 1 Los §§ 266-272 determinan las **modalidades** de la prestación. Por tanto, regulan la cuestión de quién, cuándo y de qué manera (cómo) ha de ejecutarse la prestación.

I. FORMA Y MANERA DE LA PRESTACIÓN

1. Prestación parcial

- 2 El § 266 trata la cuestión de si el deudor está legitimado para ejecutar por partes la prestación debida. Solo procede tomar en consideración este derecho si la prestación es **divisible**, esto es, si puede ser fraccionada sin que disminuya su valor y sin perjudicar la finalidad de la prestación³². Tal divisibilidad existe, por ejemplo, en el caso de pago de deudas pecuniarias o de entrega de varias cosas, pero no en la entrega de cosas individuales que se destruyen con el fraccionamiento (p. e., entrega de los sellos vendidos al comprador en varios pedazos).

A) LA REGULACIÓN DEL § 266

- 3 Aunque una prestación sea divisible, de acuerdo con el § 266 el deudor no está legitimado para realizar **prestaciones parciales**. La norma tiene la finalidad de impedir molestias que no sean razonables para el acreedor. Por ello se concede al acreedor el derecho a rechazar una prestación parcial. Por pres-

³² 3/32 HK-BGB/Schulze § 266 n. m. 4.

tación parcial se entiende toda prestación que sea incompleta en comparación con la obligación del deudor³³. Si las partes han pactado el *pago a plazos*, el pago de un plazo representa cada vez el íntegro cumplimiento de una pretensión parcial independiente. De ahí que el § 266 no sea aplicable³⁴.

Dado que el § 266 es Derecho dispositivo, las partes pueden acordar la **admisibilidad de las prestaciones parciales**. No obstante, en las *condiciones generales de contratación*, las cláusulas de entrega parcial solo son eficaces si contienen criterios restrictivos de razonabilidad (cfr. §§ 307 I y 308 n. 4)³⁵. Para el préstamo a consumidores, el § 497 III 2 prescribe expresamente que el prestamista no puede rechazar pagos parciales. En el caso de las letras de cambio y los cheques, las prestaciones parciales son admisibles según el art. 39 II WG o el § 34 II ScheckG. Por lo demás, la *buena fe* (§ 242) puede impedir al acreedor rechazar una prestación parcial³⁶.

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 4 En cuanto el § 266 entra en juego, la prestación parcial tiene las mismas consecuencias que la **omisión de la prestación**. El acreedor *no* incurre en *mora en la aceptación* (→ § 33 n. m. 13 ss.) si rehúsa la prestación parcial conforme al § 266. Dado que el deudor no ha cumplido con su deber de prestación, el acreedor dispone, en su caso, de los derechos derivados del *retraso* de toda la prestación (→ § 27 n. m. 2 ss. y n. m. 3 ss.) o de la *mora del deudor* (→ § 26 n. m. 1 ss.). No obstante, el acreedor es libre de aceptar la prestación parcial.

2. Prestación por terceros

A) DEBER PERSONAL DE PRESTACIÓN

- 5 De acuerdo con el § 267, en principio la prestación puede ser ejecutada por un tercero. Sin embargo, esto no se aplica cuando el deudor deba realizar la

³³ 3/33 MüKoBGB/Krüger § 266 n. m. 3.

³⁴ 3/34 Erman/Artz § 266 n. m. 4; HK-BGB/Schulze § 266 n. m. 5.

³⁵ 0/35 OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 116 (zu §§ 9, 10 Nr.4 AGBG).

³⁶ 3/36 BGHZ 61, 240 (246); BGH VersR 1954, 297 (298); Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 609 ss.

prestación **en persona**. Un deber personal de prestación puede resultar, en primer lugar, de los *acuerdos* expresos o tácitos *de las partes*. Al interpretar estos acuerdos, es decisiva la cuestión de si el acreedor supuso de forma evidente que la prestación se ejecutaría en persona y si concedió importancia a esto. Los deberes personales de prestación también pueden derivarse de la *ley*. Hay normas de este tipo, p. e., respecto del mandatario (§ 664), el depositario (§ 691) y el socio administrador (§ 713). Como ejemplo adicional cabe mencionar el § 613, que, en caso de duda, ordena para los contratos de servicios una prestación en persona.

Ejemplo: El trabajador A quiere irse de vacaciones. Dado que su derecho a vacaciones ya se ha agotado, ofrece a su hermano B para que lleve a cabo su actividad las próximas dos semanas. El empleador G no está de acuerdo con ello.

A se encuentra en una relación de servicios con G. Por tanto, es de aplicación la norma del § 613 para el caso de duda. Conforme a ella, se ordena una ejecución personal de la prestación. G puede exigir que A realice la actividad personalmente.

- 6 Por último, el deber de realizar la prestación en persona puede derivarse de la **naturaleza de la relación obligatoria**. Son de mencionar, por ejemplo, los deberes de omisión o la obligación de pago de una pena pecuniaria³⁷. Otro ejemplo son las prestaciones científicas o artísticas en las que son decisivas las especiales habilidades de quien ha de realizar la prestación³⁸.

Ejemplo: A encarga al famoso pintor el Paro (P) que realice un retrato de su esposa E. Tras concluir el contrato, P decide que su alumno S lleve a cabo la pintura. ¿Puede exigir A que el cuadro sea hecho personalmente por P?

En la elaboración de obras de arte resulta decisiva la persona del artista. Por consiguiente, de acuerdo con la naturaleza del contrato es precisa una actuación personal del artista encargado (→ SchuldR BT § 33 n. m. 5).

B) PRESUPUESTOS DEL § 267

- 7 De acuerdo con el § 267 I 1, en tanto no haya ningún deber personal de prestación, la prestación también puede ser ejecutada por un **tercero**. No obstante, solo se consideran terceros aquellas personas que ejecutan una prestación *propia*. No se incluyen las personas de las que se sirve el deudor para el cumplimiento de su obligación (§ 278). La intervención de un auxi-

³⁷ BGHZ 23, 222 (224).

³⁸ MüKoBGB/Krüger § 267 n. m. 7.

liar para el cumplimiento, por tanto, no cambia en nada el hecho de que se trata de una prestación del deudor.

Además, es preciso que el tercero realice la prestación para una deuda **ajena**. Este presupuesto no es aplicable al deudor solidario (§ 421) o al fiador (§ 765); es decir, estos realizan la prestación para una deuda propia.

- 8 El tercero debe actuar con **voluntad de liquidar una deuda ajena** y ponerlo de manifiesto. Si el tercero quiere liquidar una supuesta deuda propia, el verdadero deudor no queda liberado de su deber de prestación. El tercero puede reclamar la prestación al acreedor con arreglo al § 812 I 1, alternativa 1³⁹.

Para profundizar: La opinión dominante reconoce al tercero, en principio, el derecho a cambiar a posteriori el destino de la liquidación⁴⁰. En este caso se extingue el deber de prestación del verdadero deudor frente al acreedor; el tercero tiene una pretensión de enriquecimiento injustificado frente al deudor ex § 812 I 1, alternativa 2 (la llamada *condictio de regreso*)⁴¹. Más extensamente → SchuldR BT § 52 n. m. 41.

- 9 El § 267 I 1 presupone que el tercero realice **efectivamente** la prestación⁴². Por tanto, el acreedor no está obligado a darse por satisfecho con *subrogados del cumplimiento* como, por ejemplo, una compensación, una consignación o una prestación en lugar del cumplimiento (§ 364)⁴³. Por lo demás, que el acreedor no tiene que aceptar ni la compensación ni la consignación puede apoyarse también en una interpretación a contrario del § 268 II.

Dado que el cumplimiento de una obligación no afecta desfavorablemente a los intereses del deudor, la **autorización** de este es innecesaria, según el § 267 I 2. En principio, tampoco el acreedor tiene derecho a *rechazar* la prestación del tercero. Si, no obstante, se niega a aceptarla, incurre en mora creditoris (§§ 293 ss.). Solo se aplica una excepción en el caso de que el deudor se oponga a la prestación del tercero. En tal caso el acreedor está legitimado, de acuerdo con el § 267 II, para rechazar la prestación del tercero.

Ejemplo: El estudiante S no ha pagado el alquiler desde hace siete meses. Cuando su padre V se entera, quiere pagar al arrendador G la cantidad pendiente. Sin embargo, S está orgulloso de poder financiar su carrera por sí mismo. Por eso quiere saber si puede impedir la prestación de V. S puede oponerse, de acuerdo con el § 267 II, al pago

³⁹ Cfr., por ejemplo, BGHZ 137, 89 (96).

⁴⁰ BGH NJW 1986, 2700; Palandt/*Grüneberg* § 267 n. m. 3; BGHZ 137, 89 (95) lo deja abierto.

⁴¹ Sobre los detalles, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 950 s.

⁴² BGHZ 46, 319 (325); 75, 299 (303).

⁴³ Cfr. MüKoBGB/*Krüger* § 267 n. m. 14; Palandt/*Grüneberg* § 267 n. m. 4.

de la renta por V. Sin embargo, la única consecuencia que esto tiene es que G tiene derecho a rechazar la prestación por V. Que G haga o no uso de ello, es asunto suyo.

C) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 10 Si un tercero ha saldado una deuda ajena de acuerdo con el § 267 I, el crédito del acreedor frente al deudor **se extingue** conforme al § 362 por el cumplimiento. No se produce un traspaso legal del crédito. Si al tercero le corresponde o no un *derecho de regreso* frente al deudor, se juzga de acuerdo con los principios generales. En tanto no haya acuerdos contractuales, procede tomar en consideración las pretensiones legales, especialmente por gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss.).

3. Derecho de redención del tercero

- 11 Si el tercero tiene un especial interés en la satisfacción del acreedor, dispone, de acuerdo con el § 268, de un **derecho de redención**, que mejora considerablemente su situación respecto a la de un tercero «normal». Conforme al § 268 I 1, existe un interés especial cuando un acreedor insta a causa de un crédito pecuniario la ejecución forzosa sobre un bien que pertenece al deudor y el tercero corre por ello el peligro de perder un derecho sobre ese bien. El precepto se refiere solo a *derechos reales*, como, p. e., los derechos de prenda. Pero incluye también una *anotación preventiva de acuerdo abstracto traslativo*, aunque en sentido estricto esta no sea un derecho real⁴⁴. Conforme al párrafo 1, inciso 2, también se protege la *posesión*; en este marco también pueden tener un derecho de redención el arrendador y el arrendador de uso y disfrute.
- 12 El peligro de pérdida del derecho o de la posesión deriva del **derecho a la ejecución forzosa**. Hay que mencionar, por ejemplo, el § 57a ZVG, que da al adjudicatario de un inmueble subastado el derecho a denunciar las relaciones de arrendamiento o arrendamiento de uso y disfrute. No es preciso que se hayan tomado ya medidas de ejecución⁴⁵. Antes bien, basta la solicitud de ejecución del acreedor. El tercero tampoco tiene que actuar con la voluntad de evitar la ejecución forzosa⁴⁶. Porque, por razones de seguridad

⁴⁴ BGH NJW 1994, 1475.

⁴⁵ Palandt/*Grüneberg* § 268 n. m. 2.

⁴⁶ BGH NJW 1994, 1475.

jurídica, la intención interna del tercero no debe ser tomada en cuenta. Por tanto, el derecho de redención existe incluso si el mismo tercero quiere continuar promoviendo la ejecución forzosa⁴⁷.

- 13** Si se dan los presupuestos del § 268, la **posición jurídica** del tercero se **refuerza** en comparación con el § 267. De acuerdo con el § 268 II, el tercero puede satisfacer al acreedor también mediante la *consignación* o la *compensación*. Dado que el § 267 II no es aplicable, el acreedor no puede rechazar la prestación ni aún en caso de *oposición* del deudor. Por último, el § 268 III 1 prevé un *traspaso legal del crédito* (§ 412), que proporciona al tercero una pretensión de regreso autónoma. En la medida en que el acreedor sea satisfecho, su crédito frente al deudor se transmite así al tercero, incluyendo todos los derechos accesorios y de preferencia (§ 401).

Para profundizar: De acuerdo con el § 268 III 2, el traspaso del crédito no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor. Por tanto, si el tercero ha satisfecho al acreedor solo parcialmente, su titularidad en los derechos de garantía traspasados conforme al § 401 (p. e., derechos de prenda e hipoteca) es de rango inferior a los correlativos derechos del acreedor por la pretensión restante⁴⁸.

II. LUGAR DE LA PRESTACIÓN

1. Concepto y trascendencia

- 14** El **lugar de la prestación** se regula en el § 269. Se trata del lugar en el que el deudor debe realizar su actividad de prestación. Hay que distinguir de esto el lugar en el que se produce el resultado de la prestación (lugar del resultado).

Sobre la terminología: A veces, la ley también designa el lugar de prestación como *lugar de cumplimiento* (cfr. §§ 447 y 644 II). Sin embargo, dado que por «cumplimiento» hay que entender la producción del resultado de la prestación (→ § 17 n. m. 16), esto es confuso⁴⁹.

El lugar de la prestación tiene gran importancia no solo en el Derecho sustantivo, sino también en el **Derecho procesal**. Esto se debe a que, de acuerdo con el § 29 ZPO, para los litigios derivados de una relación contractual es *competente* el tribunal *del lugar* en el que ha de cumplirse la obligación

⁴⁷ Staudinger/Bittner, 2014, § 268 n. m. 11; MüKoBGB/Krüger § 268 n. m. 10.

⁴⁸ MüKoBGB/Krüger § 268 n. m. 15.

⁴⁹ Cfr. Palandt/Grüneberg § 269 n. m. 1.

litigiosa. El lugar de cumplimiento (lugar de la prestación) se rige aquí también por las disposiciones del Derecho sustantivo⁵⁰.

2. Clases de deuda

- 15 El lugar de la prestación y el lugar del resultado se encuentran en general en el domicilio del deudor o del acreedor. Sobre la base de las distintas situaciones posibles cabe diferenciar tres **clases de deuda**.

Hay que mencionar, en primer lugar, el caso en que el acreedor tiene que recoger el objeto de la prestación en el lugar del deudor. En una **deuda** así, **de recogida**, el deudor simplemente está obligado a *poner a disposición* el objeto de la prestación para que pueda ser recogido y a *informar* de ello (caso de que sea necesario) al acreedor. Todo lo demás depende de la colaboración del acreedor. El lugar de la prestación y el del resultado se encuentran así, unificados, en el domicilio del deudor. Allí se efectúa la actividad de prestación; allí se produce el resultado de la prestación.

De este hay que distinguir el caso en que el deudor tiene que realizar la actividad de prestación en el lugar del acreedor, p. e., tiene que entregar la cosa comprada en el lugar del acreedor (**deuda de traslación**). También en esta situación coinciden el lugar de la prestación y el del resultado, en concreto en el domicilio del acreedor. Allí tiene lugar la actividad de prestación; allí se produce el resultado de la prestación.

Por último, hay casos en que el deudor tiene que poner el objeto de la prestación en camino hacia el acreedor (**deuda de remisión**)⁵¹. Aquí la actividad de prestación consiste en enviar la cosa debida. El lugar de la prestación es, por ello, el lugar del domicilio o del establecimiento del deudor. El resultado de la prestación (p. e., adquisición de la posesión y de la propiedad de la cosa comprada), en cambio, no se produce sino en el lugar del acreedor. El lugar de la prestación y el del resultado, por tanto, difieren.

3. La determinación del lugar de la prestación

- 16 El lugar de la prestación se determina, en primer lugar, de acuerdo con la **voluntad de las partes contratantes**. Si las partes no han adoptado ningún

⁵⁰ Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 40. Aufl. 2019, § 29 n. m. 5.

⁵¹ Cfr. Larenz SchuldR I § 14 IVa.

acuerdo al respecto, es decisiva su voluntad presunta. Esta ha de determinarse mediante la interpretación integradora del contrato. El § 269 I deja claro que la **naturaleza de la relación obligatoria** tiene gran importancia a este respecto. Conforme a ello, al interpretar hay que tomar especialmente en cuenta las costumbres del tráfico, los usos comerciales y las costumbres del lugar, así como el tipo de prestación⁵².

Ejemplo: El albañil M debe levantar un muro de separación en el jardín delantero de la casa de B. Por el tipo de prestación, esta actividad solo puede ejecutarse en el inmueble de B. Por consiguiente, el lugar de la prestación está en el lugar del acreedor.

- 17** Si la interpretación integradora del contrato tampoco sirve de ayuda, de acuerdo con el § 269 I hay que considerar como lugar de la prestación el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la relación obligatoria. Por tanto, en caso de duda, existe una **deuda de recogida**⁵³. Un cambio posterior del domicilio no varía el lugar de la prestación⁵⁴. Sin embargo, las partes son libres de pactar posteriormente otro lugar de prestación⁵⁵. En las obligaciones comerciales, la sede del establecimiento comercial del deudor sustituye al domicilio (§ 269 II).
- 18** Solo hay que suponer una **deuda de traslación** cuando existe el correspondiente acuerdo (expreso o tácito) entre las partes. El § 269 III deja claro que el solo envío del objeto de la prestación con asunción de los costes de envío no basta para justificar una deuda de traslación. En un caso así, el lugar de la prestación sigue siendo el domicilio del deudor. Dado que el lugar del resultado se encuentra en el domicilio del acreedor, se trata de una **deuda de remisión**. La presunción del § 269 III también es aplicable a la *venta con envío*. Pero también aquí puede quedar desvirtuada por circunstancias especiales. Si, p. e., el vendedor se ha obligado a montar en el piso del comprador los muebles encargados, de la naturaleza del contrato resulta que también allí está el lugar de prestación. Se trata, así, de una deuda de traslación⁵⁶.

Nota: La determinación del lugar de la prestación tiene gran importancia en las *deudas genéricas*. En este caso, de la clase de deuda depende cuál es la parte que soporta el riesgo de una destrucción fortuita durante el transporte (→ § 13 n. m. 16).

⁵² Cfr. MüKoBGB/Krüger § 269 n. m. 18.

⁵³ Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 158.

⁵⁴ BGHZ 36, 11 (15 s.).

⁵⁵ RGZ 106, 210 (211).

⁵⁶ BGH NJW 2014, 454.

4. Regulación especial de las deudas pecuniarias

- 19 El § 270 contiene una regulación especial respecto de las deudas pecuniarias (→ § 13 n. m. 32). El párrafo 1 prevé que, en caso de duda, el deudor debe transmitir el dinero al acreedor a su riesgo y a su costa. Dado que, según el § 270 IV, las reglas generales sobre el lugar de la prestación no resultan afectadas, la relevancia de esta norma se limita, según la opinión tradicional, al reparto del riesgo y de los costes. El lugar de la prestación sigue siendo, conforme al § 269 I, el domicilio del deudor. La deuda pecuniaria tiene así la cualidad de **deuda de remisión**⁵⁷.

Riesgo en el sentido del § 270 significa, en primer lugar, **riesgo de la prestación**. Esto quiere decir que el deudor tiene que llevar a cabo de nuevo la prestación si el dinero no llega al acreedor, p. e., si se extravía en el transporte por correo. De acuerdo con los principios generales, el deber de prestación del deudor quedaría excluido en un caso así según el § 275 I –y, ciertamente, también por el § 243 II tratándose de una deuda genérica (→ § 13 n. m. 14)–. Por esta especialidad, la deuda pecuniaria se denomina tradicionalmente **deuda de remisión cualificada**⁵⁸.

- 20 El § 270 I no es aplicable al **riesgo de retraso**, según la opinión dominante hasta ahora⁵⁹. Este riesgo lo soporta el acreedor. Conforme a ello, lo único que importa respecto del deudor es la puntual ejecución de la *actividad de la prestación* –o sea, la emisión de la orden de pago de la transferencia (§ 675f III 2)–. Sin embargo, resulta dudoso cuándo es puntual la emisión de la orden de pago. De acuerdo con los principios generales, sería suficiente que el deudor emitiera la orden de pago con una antelación tal que, de transcurrir todo normalmente, pudiera contarse con el puntual abono en la cuenta del acreedor⁶⁰. Pero tal sentido no parece responder a las dos **Directivas sobre morosidad**, 2000/35/CE y 2011/7/UE (→ § 26 n. m. 2). Porque el art. 3 I letra c de la Directiva sobre morosidad de 2000 atiende a si el acreedor «ha recibido a tiempo... la cantidad vencida». Por eso el EUGH ha fallado que la cantidad debida debe ser **abonada a tiempo** en la cuenta del acreedor para evitar o acabar con la producción de intereses moratorios⁶¹.

⁵⁷ MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 1; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 208.

⁵⁸ MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 1; *Erman/Artz* § 270 n. m. 1; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 159, 163, 470.

⁵⁹ MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 16 ss.; *Erman/Artz* § 270 n. m. 9; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 163.

⁶⁰ Cfr. BGH NJW 1964, 499; MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 18; *Erman/Artz* § 270 n. m. 7 y 9.

⁶¹ EuGH EuZW 2008, 277 = NJW 2008, 1935 – Telekom.

No obstante, el tribunal advierte también que el deudor no es responsable de los retrasos que **no puedan imputársele**. Por tanto, no se producirían intereses moratorios si el deudor hubiera tenido en cuenta de forma diligente los plazos usuales para la realización de una transferencia. Correlativamente, de acuerdo con el Derecho alemán, el deudor tampoco incurre en mora en las deudas pecuniarias, según el § 286 IV, si no tiene que responder del retraso (más detalladamente → § 26 n. m. 8). Por consiguiente, según la jurisprudencia del EUGH, la puntualidad del pago depende, también en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre morosidad, de si el deudor inició la transferencia tan tempranamente que podía contar con un puntual abono de la cantidad en la cuenta del acreedor (→ § 26 n. m. 4)⁶². Por tanto, también desde la perspectiva del Derecho de la Unión puede mantenerse la clasificación de la deuda pecuniaria como una **deuda de remisión cualificada**⁶³.

Sin embargo, gran parte de la doctrina más reciente aboga por atribuir al deudor el riesgo de retraso *en general*⁶⁴. A tal efecto, no importaría que el deudor fuera un empresario o un consumidor⁶⁵. Conforme a ello, la deuda pecuniaria ya no se presenta como una deuda de remisión cualificada sino como **deuda (modificada) de traslación**. Sin embargo, en contra de esta interpretación habla el hecho de que impone al deudor una carga que va más allá de las normas de la Directiva sobre morosidad porque, en contra de la jurisprudencia del EUGH relativa a la Directiva sobre morosidad, también debe responder de los retrasos extraordinarios que no le sean imputables⁶⁶. En todo caso, esto parece ir demasiado lejos por lo que se refiere al consumidor⁶⁷, habida cuenta que la propia Directiva sobre morosidad solo es aplicable en el tráfico jurídico entre empresarios (→ § 26 n. m. 2)⁶⁸.

⁶² Cfr. PWW/Zöchling-Jud § 270 n. m. 7; MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 17.

⁶³ Así también BGH NZM 2017, 120 n. m. 30 = LMK 2017, 386966 (*Beurskens*) = JA 2017, 467 (*Looschelders*); Erman/Artz § 270 n. m. 9; MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 17; S. Lorenz WuM 2013, 202 (205).

⁶⁴ Así, por ejemplo, Palandt/Grüneberg § 270 n. m. 1; Staudinger/Bittner, 2014, § 270 n. m. 29 ss., 36 ss.; Soergel/Forster § 270 n. m. 1; Brox/Walker SchuldR AT § 12 n. m. 17; Harke SchuldR AT n. m. 149; Herresthal ZGS2008, 259 ss.

⁶⁵ Cfr. Harke SchuldR AT n. m. 149; Herresthal ZGS2008, 259 (265).

⁶⁶ Sin embargo, a favor de un deber de responder del deudor así de amplio, Staudinger/Bittner, 2014, § 270 n. m. 37; PWW/Zöchling-Jud § 270 n. m. 7; en contra, también BGH NJW 2017, 1596 n. m. 30 con nota de Bruns = JA 2017, 467 (*Looschelders*); MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 17.

⁶⁷ Así ya, respecto del Derecho de seguros, *Looschelders/Paffenholz*, *Versicherungsvertragsrecht*, 2. Aufl. 2019, n. m. 213; de otra opinión, Staudinger/Bittner, 2014, § 270 n. m. 37 s.; PWW/Zöchling-Jud § 270 n. m. 7, respectivamente, advirtiendo de la posibilidad de regreso del deudor contra la entidad de crédito a la que haya recurrido.

⁶⁸ Atendiendo también a esto, BGH NJW 2017, 1596 n. m. 31 ss. = JA 2017, 467 (*Looschelders*); MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 17.

III. TIEMPO DE LA PRESTACIÓN

1. Conceptos

- 21** El § 271 trata la cuestión de cuándo ha de cumplirse una deuda. Se trata, por tanto, del **tiempo de la prestación**. Aquí han de distinguirse dos momentos: el del vencimiento y el del posible cumplimiento.

Se denomina **vencimiento** el momento a partir del cual el acreedor puede exigir la prestación al deudor. Esto tiene importancia sobre todo respecto de la producción de la *mora del deudor* (→ § 26 n. m. 3 ss.). En casos especiales, la omisión de prestación al vencimiento puede incluso justificar la *imposibilidad* (§ 275 I). Se habla entonces de una deuda a fecha fija absoluta (→ § 21 n. m. 17).

En cuanto a la **posibilidad de cumplir**, se trata del momento a partir del cual puede ser ejecutada la prestación, esto es, el acreedor no puede rechazarla. Esto puede ser relevante en relación con la cuestión de si el acreedor incurre en *mora en la aceptación* (→ § 36 n. m. 1 ss.). Cuando se produce el vencimiento, necesariamente existe al mismo tiempo la posibilidad de cumplir. A la inversa, en caso de duda, el deudor está legitimado para ejecutar la prestación ya antes del vencimiento (cfr. § 271 II).

2. La determinación del tiempo de la prestación

- 22** Para determinar más detalladamente el tiempo de la prestación, hay que recurrir en primer lugar a los correspondientes **acuerdos de las partes**. Estos han de interpretarse conforme a la buena fe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Respecto de algunas relaciones obligatorias, la **ley** contiene normas dispositivas sobre el tiempo de la prestación. Es de mencionar, por ejemplo, la norma sobre el vencimiento de la renta en el § 556b I. Tratándose de créditos por finalización de relaciones obligatorias de tracto sucesivo, el vencimiento depende con frecuencia de una denuncia. Son ejemplos de ello los §§ 546 (restitución de la cosa arrendada), 488 III (devolución del préstamo dinerario) y 608 I (restitución del préstamo de cosa).

Si el tiempo de la prestación no se puede deducir ni del acuerdo de las partes ni de la ley, el § 271 I ordena que, caso de duda, vencimiento y posibilidad de cumplimiento se producen **de inmediato**. Según el § 271 II, si se ha de-

terminado un tiempo para la prestación, en caso de duda el acreedor no puede exigirla antes (interés de protección del deudor). Por el contrario, en caso de duda, el deudor puede efectuar ya antes la prestación (ausencia de interés de protección del acreedor). No obstante, en caso de cumplimiento anticipado de una deuda que no devengue intereses, al deudor no le está permitido, de acuerdo con el § 272, deducir los *intereses intermedios*.

Para profundizar: En contra de su tenor literal, el § 272 también es aplicable a las deudas que devengan intereses⁶⁹. No obstante, dado que con el reembolso termina el deber de pagar intereses, tratándose de un **préstamo con intereses** no hay que suponer que, en caso de duda, el deudor está legitimado para reembolsar de inmediato⁷⁰. Esto se puede justificar con una interpretación a contrario del § 488 III 3, conforme al cual el prestatario (solo) puede reembolsar anticipadamente el préstamo sin denuncia si no se deben intereses⁷¹.

- 23** Hay particularidades respecto del vencimiento de los deberes primarios derivados de los **contratos de compraventa** entre **empresarios** (§ 13) y **consumidores** (§ 14) sobre **cosas muebles**. Aquí, el § 475 I (§ 474 III 1 en su antigua versión), introducido para transponer la Directiva sobre los derechos de los consumidores, ordena que, no obstante lo dispuesto por el § 271, a falta de otra disposición, las prestaciones del § 433 solamente pueden exigirse **«sin demora»**. Según la definición legal del § 121 I 1, sin demora significa «sin retraso culpable». Esto es más flexible que la estricta norma del § 271 I. Así, los retrasos temporales imprevisibles no son imputables al empresario. De todas formas, de acuerdo con el § 475 I 2, el empresario debe entregar la cosa comprada *a más tardar* 30 días después de la conclusión del contrato. No obstante, para el consumidor la norma del § 475 I es algo más desfavorable que el § 271 I⁷². La Directiva sobre los derechos de los consumidores, sin embargo, prevé una armonización plena y por ello no permite mantener a este respecto el § 271 I. Dado que, por razones de igualdad de trato, el deber de pago del consumidor no puede ser juzgado de forma más estricta que el deber primario de prestación del empresario, el legislador ha extendido el parámetro de la «ausencia de demora» a todas las prestaciones a ejecutar conforme al § 433. El consumidor, por tanto, tampoco tiene que pagar el precio de compra «de inmediato», sino solo «sin demora» (→ SchuldR BT § 14 n. m. 8).

⁶⁹ MüKoBGB/Krüger § 272 n. m. 3.

⁷⁰ Palandt/Grüneberg § 271 n. m. 11.

⁷¹ NK-BGB/Krämer § 488 n. m. 22.

⁷² Críticamente, Kohler NJW 2014, 2817 (2819).

3. Acuerdos sobre plazos de pago, de comprobación y de recepción

- 24** El § 271a limita la admisibilidad de los acuerdos sobre plazos de pago, de comprobación y de recepción. El precepto se basa en la nueva Directiva sobre morosidad (Directiva 2011/7/UE) y trata de impedir que el principio de pago inmediato o sin demora sea burlado pactando plazos largos⁷³. Con ello se trata sobre todo de proteger al acreedor en el tráfico empresarial. El § 271a prevé en primer lugar que un acuerdo por el cual el acreedor solo pueda exigir el cumplimiento de un crédito remuneratorio más de 60 días después de recibir la contraprestación solo es eficaz si se adoptó **expresamente** y **no es gravemente inequitativo** en vista de los intereses del acreedor. Si el deudor es un comitente público, el límite máximo es en principio de 30 días, según el § 271a II; solo es posible prolongarlo hasta los 60 días. Si se han acordado contractualmente plazos de comprobación y de recepción, el límite máximo es en principio de 30 días, según el § 271a III. Por tanto, la prioridad del acuerdo de las partes queda limitada a este respecto.
- El** § 271a solo es aplicable a los **créditos remuneratorios**, esto es, a las pretensiones de pago de una contraprestación (→ § 26 n. m. 15). No se incluye el pacto de pagos a cuenta ni de otros pagos a plazos (párrafo 5, número 1). Los plazos máximos tampoco se aplican a las relaciones obligatorias por las que un **consumidor** deba el cumplimiento de un crédito remuneratorio (párrafo 5, número 2). En los contratos entre consumidores y empresarios, por tanto, puede concederse al consumidor un plazo más largo para pagar, sin que deban cumplirse los presupuestos del § 271a⁷⁴. Si se rebasan los límites máximos solo es ineficaz el acuerdo en cuestión; en lo demás el contrato sigue siendo eficaz, conforme al § 271a IV.

Nota: Al discutirse la transposición de la Directiva sobre morosidad, se expresó el temor de que el plazo de 60 días previsto en el § 271a I pudiera llegar a ser un modelo para el control de las condiciones generales de la contratación y conducir así a una prolongación indeseada de los plazos de pago en los clausulados generales⁷⁵. El nuevo § 308 n. 1a tiene en cuenta esto⁷⁶. De acuerdo con el § 308 n. 1a, parte 1, es ineficaz una cláusula en la que el predisponente se reserva un plazo indebidamente largo para cumplir con un crédito remuneratorio del cocontratante. Según la parte 2, si el predisponente no es un consumidor, un plazo de más de 30 días después de la recepción de la contraprestación o después de la recepción de la factura o del requerimien-

⁷³ Más detalladamente al respecto, *Spitzer* MDR 2014, 933 ss.

⁷⁴ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 12 n. m. 26.

⁷⁵ Así, *Graf v. Westphalen* BB 2013, 515 ss.; de otra opinión, *Pfeiffer* BB 2013, 323 ss.

⁷⁶ Cfr. BT-Drs. 18/1309, 20.

to de pago debe considerarse, en caso de duda, indebidamente largo. El nuevo § 308 n. 1b también declara ineficaz el acuerdo de plazos de comprobación y de recepción indebidamente largos en clausulados generales. En comparación con el § 271a, conforme al § 308 n. 1a y b rigen parámetros más estrictos. La importancia práctica del § 271a se limita así al caso más bien raro de que se haya acordado individualmente el plazo de pago, comprobación o recepción⁷⁷.

Bibliografía: *Bernhard*, Holschuld, Schickschuld, Bringschuld – Auswirkungen auf Gerichtsstand, Konkretisierung und Gefahrübergang, JuS 2011, 9; *Christiansen*, Forderungsrecht und Leistungszeit, 1998; *Herresthal*, Die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung bei der Erfüllung von Geldschulden, ZGS 2007, 48; *Herresthal*, Das Ende der Geldschuld als sog. qualifizierte Schickschuld, ZGS 2008, 259; *Kohler*, Fälligkeit beim Verbrauchsgüterkauf, NJW 2014, 2817; *S. Lorenz*, Zahlungsverzug und Verschulden, WuM 2013, 202; *Pfeiffer*, Formularmäßige Zahlungsfristen nach künftigem Recht, BB 2013, 323; *Rother*, Zur Zulässigkeit von Teilleistungen, NJW 1965, 1749; *Spitzer*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, MDR 2014, 933; *Weller*, Persönliche Leistungen, 2012; *Graf v. Westphalen*, Misslungene Umsetzung der Zahlungsverzugs-Richtlinie – § 271a BGB-E, BB 2013, 515.

§ 13 OBJETOS TÍPICOS DEL DEBER DE PRESTACIÓN

I. VISIÓN GENERAL

- 1 El deber de prestación del deudor puede limitarse a la realización o a la omisión de una **actividad** (p. e., un contrato de servicios). Pero con frecuencia se refiere a un **bien** determinado. De acuerdo con el § 90, en estos casos cabe distinguir entre bienes corporales (cosas) y bienes incorporeales (créditos, derechos, etc.).

Ejemplo: Paradigma de un contrato referido a un bien es el contrato de compraventa. Los §§ 433 ss. solo regulan directamente la compra de una *cosa*. Pero, según el § 453 I, los §§ 433 ss. son aplicables por analogía a la compra de *derechos* y *otros bienes* (p. e., electricidad y empresas).

- 2 En los contratos referidos a un bien cabe distinguir según que el bien esté determinado individualmente al concluirse el contrato (**deuda de cosa específica**) o solo esté determinado conforme a criterios generales y por ello deba aún ser concretado (**deuda genérica** en el sentido del § 243). También es posible que el deudor o el acreedor tenga el derecho a elegir entre distin-

⁷⁷ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 12 n. m. 26.

tos objetos (**deuda alternativa** en el sentido de los §§ 263 ss.) o de prestar o exigir, en vez del objeto debido, otro distinto (**facultad de sustitución**). Cuando el deber de prestación del deudor se refiere a dinero (**deuda pecuniaria**) deben observarse reglas especiales.

II. LA DEUDA GENÉRICA

1. En general

- 3 La deuda genérica tiene gran importancia en la vida económica. En cambio, el BGB parte de la deuda de cosa específica (deuda específica). De ahí que la deuda genérica aparezca como **caso especial** que debe regularse por separado. Por lo que se refiere a las relaciones obligatorias, las reglas especiales más importantes se encuentran en los §§ 243, 300 II y 524 II. Para los negocios mercantiles, se añade el § 360 HGB. Antes de la reforma del Derecho de obligaciones, también la responsabilidad del deudor (§ 279 en su antigua versión) así como el saneamiento del régimen de la compraventa en el caso de las deudas genéricas (§ 480 en su antigua versión) se diseñaban como casos especiales. Sin embargo, aquí el legislador ha logrado eliminar la posición especial de la deuda genérica.
- 4 De acuerdo con el § 243 I, existe una **deuda genérica** cuando, al concluirse el contrato, la cosa debida solo se determina por el género. La palabra «género» quiere decir un grupo de objetos que se identifica y se delimita de otros objetos por unos rasgos comunes (modelo, marca, tipo, clase, serie, etc.)⁷⁸. Dado que, por lo general, el género comprende una pluralidad de objetos, adicionalmente hay que indicar qué cantidad de ellos resulta debida⁷⁹.

Ejemplos: Un coche nuevo de un determinado tipo; 10 quintales de patatas de una determinada clase; 12 botellas de champán de una determinada marca; 100 tablas de madera de roble de una determinada longitud, anchura y espesor. La venta de un determinado número de sellos timbrados de un determinado área de coleccionista (p. e., «Imperio alemán») en eBay representa asimismo, por lo general, una compra de cosa genérica; pero no sucede lo mismo si los sellos se identifican exactamente por medio de imágenes⁸⁰.

⁷⁸ HK-BGB/Schulze § 243 n. m. 3; Palandt/Grüneberg § 243 n. m. 2.

⁷⁹ Cfr. Larenz SchuldR I § 11 I.

⁸⁰ OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 1210 (1211).

- 5 Generalmente la deuda genérica se refiere a **cosas fungibles** en el sentido del § 91. Es decir, se trata mayoritariamente de cosas muebles que, según la *concepción del tráfico*, no se caracterizan por rasgos individuales y por ello son intercambiables sin más. Pero mientras que la fungibilidad de una cosa ha de determinarse conforme a criterios objetivos, la delimitación del género depende fundamentalmente de la *voluntad de las partes*. De este modo, las partes son libres de agrupar en un género cosas infungibles.

Ejemplos: (1) Las pinturas son, por sus rasgos individuales, cosas infungibles. No obstante, puede acordarse una compra de cosa genérica que tenga por objeto «una pintura del pintor X»⁸¹.

(2) Los inmuebles no son cosas fungibles. Sin embargo, de acuerdo con el § 243 I, las partes pueden acordar que el deudor deba proporcionar al acreedor un inmueble de un determinado tamaño y situación⁸².

- 6 Conforme a su tenor literal, el § 243 I solo se refiere a los contratos que se dirigen a la **prestación de una cosa**. El ejemplo más importante es la compra de cosa genérica. Pero el precepto es aplicable por analogía a los contratos sobre la prestación de *derechos* (§ 453) o *servicios* (§§ 611 ss.), la *producción de obras* (§§ 631 ss.) así como la *cesión* de cosas (§§ 535 ss., leasing)⁸³.

2. El derecho de elección del deudor

- 7 Conforme al § 243 I, el deudor tiene el derecho a elegir el objeto de la prestación dentro del género. Sin embargo, no es libre para ello, sino que debe prestar cosas **de clase y calidad medias**. En los negocios mercantiles se debe mercancía de clase y calidad medias (§ 360 HGB). El concreto estándar que debe observarse depende preferentemente de los acuerdos de las partes. Solo si de ello no resulta ningún indicio en particular, hay que ajustarse a las cualidades medias.

Ejemplo: Si del contenido del contrato (p. e., el uso de la cosa previsto en el contrato y el importe del precio de compra) se deriva que se debe la calidad superior, no será suficiente la entrega de mercancía media.

⁸¹ 3/81 Cfr. *Larenz SchuldR I* § 11 I.

⁸² 3/82 *Jauernig/Berger* § 243 n. m. 3.

⁸³ 3/83 *HK-BGB/Schulze* § 243 n. m. 2; *Jauernig/Berger* § 243 n. m. 2.

- 8 Si la cosa elegida por el deudor no presenta el estándar debido, el acreedor puede **rechazarla** y reclamar el cumplimiento conforme al contrato. Si la discrepancia respecto de la calidad media no se manifiesta sino después de la entrega o recepción de la cosa, el acreedor dispone de los **derechos de saneamiento** pertinentes para el correspondiente tipo contractual (p. e., §§ 434 y 437, §§ 536 y 536a y §§ 633 y 634).

3. El deber de adquisición del deudor

A) DEUDA DE GÉNERO ILIMITADO (REFERIDA AL MERCADO)

- 9 Dado que la relación obligatoria no se refiere a una cosa concreta, la destrucción de la cosa prevista por el deudor para la prestación no tiene como consecuencia la supresión del deber de prestación por *imposibilidad* conforme al § 275 I (→ § 21 n. m. 3). La imposibilidad solo se produce en el extraño caso de que todo el género quede destruido. Si no, el deudor está obligado a **adquirir en el mercado** otra cosa del género. Conforme al § 275 II, el deudor solo tiene derecho a denegar la prestación en el caso (asimismo raro) de que la mercancía solamente pueda obtenerse con un esfuerzo totalmente desproporcionado (→ § 21 n. m. 20).

Ejemplo: El vendedor de radios K ha encargado al mayorista V diez televisores de la marca TX 5. Poco después de la conclusión del contrato de compraventa, todo el almacén de V queda calcinado a consecuencia de un rayo. K insiste en el cumplimiento del contrato. V no quiere realizar la prestación porque el precio de compra de tales aparatos ha subido notablemente.

K tiene frente a V una pretensión de entrega de diez televisores de la marca TX 5 ex § 433 I 1. Dado que no se ha perdido todo el género, el deber de prestación de V no queda excluido por el § 275 I. El aumento del precio de compra tampoco tiene como consecuencia que el gasto preciso para la adquisición esté en grave desproporción con el interés del acreedor en la prestación (§ 275 II).

- 10 Si el deudor no cumple con su deber de adquisición o no lo cumple a tiempo, está obligado a **indemnizar daños** al acreedor de acuerdo con los §§ 280 ss. Dado que, en el caso del § 243 I, el deudor soporta en principio el *riesgo de adquisición*, de acuerdo con el § 276 tiene que responder por la lesión del deber aun cuando a este respecto no hubiera ni dolo ni negligencia de su parte (→ § 23 n. m. 23).

B) DEUDA DE GÉNERO LIMITADO (DEUDA GENÉRICA LIMITADA)

- 11** Del acuerdo de las partes o del contenido del contrato se puede derivar que la prestación solo tiene que cumplirse dentro de unas determinadas existencias. Se habla entonces de una deuda de género limitado o **deuda genérica limitada**. Es de suponer un caso así, en particular, cuando el deudor vende cosas que él mismo cultiva o produce; en caso de duda, aquí el género se limita a los frutos de la propia explotación⁸⁴. Si estos productos perecen, el deber de prestación queda excluido conforme al § 275 I.

Ejemplo: El vendedor de verdura H ha encargado al agricultor B 100 quintales de patatas de la clase «Hansa». Poco después de la conclusión del contrato de compraventa, el granero de B se calcina. Toda la cosecha de patatas queda destruida por ello. H podría tener frente a B una pretensión de entrega de 100 quintales de patatas ex § 433 I 1. Existe un contrato de compraventa eficaz respecto de las patatas. Sin embargo, de acuerdo con el § 275 I, la pretensión de H no procede. Es cierto que pueden adquirirse patatas de la clase «Hansa» en el mercado. Pero del contenido del contrato se deriva que el deber de adquisición de B se limita a su propia cosecha.

4. **Concreción**

A) PRESUPUESTOS

- 12** Dado que en la deuda genérica la destrucción de las cosas individuales no afecta a la pretensión de prestación del acreedor, a menudo el deudor está interesado en limitar su deber de prestación a las cosas previstas para el cumplimiento. Tal **concreción** se produce, de acuerdo con el § 243 II, tan pronto como el deudor ha hecho todo lo que le es exigible para la prestación. A partir de ese momento, la producción del resultado de la prestación ya no depende del deudor. De ahí que esté justificado permitir que el riesgo de la prestación pase al acreedor. El requisito mínimo para la concreción es la **selección y separación** de cosas que satisfagan el estándar del § 243 I o del § 360 HGB⁸⁵. Los demás presupuestos dependen de la *clase de deuda* (→ § 12 n. m. 15) que exista en el caso concreto.
- 13** En la **deuda de recogida**, la producción del resultado de la prestación depende esencialmente de que el acreedor recoja la cosa. Por eso, el deudor ha

⁸⁴ Cfr. RGZ 84, 125 (126); 88, 287 (288); Palandt/*Grüneberg* § 243 n. m. 3.

⁸⁵ HK-BGB/*Schulze* § 243 n. m. 7; Palandt/*Grüneberg* § 243 n. m. 5.

hecho ya todo lo que le es exigible para la prestación cuando ha informado al acreedor de la separación de la cosa y le ha requerido para que la recoja. Conforme a la valoración del § 296, el requerimiento para la recogida es innecesario si las partes acordaron de antemano un **plazo** para la recogida⁸⁶. Si las partes acordaron un **plazo de recogida**, en principio la concreción se produce a partir de la finalización del plazo⁸⁷. Si no hay tal acuerdo, hay que conceder al acreedor un **plazo** de recogida **razonable** conforme a la buena fe (§ 242)⁸⁸.

14 En la **deuda de remisión**, el deudor tiene que entregar la cosa seleccionada al transportista. Con la entrega al transportista se produce la concreción conforme al § 243 II. Si la cosa se pierde en el transporte, decae de ese modo el deber de prestación del deudor de acuerdo con el § 275 I.

15 En la **deuda de traslación** el lugar de cumplimiento se encuentra en el lugar del acreedor. De ahí que, en principio, el deudor esté obligado a ofrecerle efectivamente la cosa seleccionada en su domicilio (cfr. § 294). Si el acreedor acepta la cosa, su crédito se extingue por el cumplimiento conforme al § 362. De este modo, la concreción no tiene una significación independiente. Pero también es posible que no se encuentre al acreedor en el plazo acordado para la entrega o que la prestación debidamente ofrecida sea rechazada sin razón (p. e., alegando supuestos vicios). En este caso, se produce la concreción conforme al § 243 II; al mismo tiempo, el acreedor incurre en mora en la aceptación de acuerdo con los §§ 293 ss. (→ § 36 n. m. 1 ss.).

Si el acreedor ha declarado frente al deudor que no aceptará la prestación, para la concreción debería bastar que el deudor **informara** al acreedor sobre la selección y separación y le **ofreciera la entrega**⁸⁹. Dado que no tendría sentido un ofrecimiento efectivo en el domicilio del acreedor, con ello el deudor habrá hecho, también en la deuda de traslación, lo que le era exigible para la prestación. Una gran parte de la doctrina, sin embargo, rechaza tal extensión de la concreción; no obstante, según esta opinión, dado que el acreedor incurre en mora en la aceptación por el ofrecimiento verbal (§ 295), el riesgo de la prestación pasa a él de acuerdo con el § 300 II (→ § 36 n. m. 15)⁹⁰.

⁸⁶ Soergel/*Arnold* § 243 n. m. 13.

⁸⁷ MüKoBGB/*Emmerich* § 243 n. m. 29; Soergel/*Arnold* § 243 n. m. 13; Erman/*Westermann* § 243 n. m. 15; Staudinger/*Schiemann*, 2015, § 243 n. m. 37.

⁸⁸ Así, MüKoBGB/*Emmerich* § 243 n. m. 29; Palandt/*Grüneberg* § 243 n. m. 5; *Canaris* JuS2007, 793 (794 s.).

⁸⁹ MüKoBGB/*Emmerich* § 243 n. m. 26; Staudinger/*Schiemann*, 2015, § 243 n. m. 31.

⁹⁰ Así, por ejemplo, Palandt/*Grüneberg* § 300 n. m. 6; Staudinger/*Feldmann*, 2014, § 300 n. m. 17.

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 16 La concreción tiene como consecuencia que el **riesgo de la prestación** pasa del deudor al acreedor. Si la cosa seleccionada se destruye, el deudor resulta liberado por ello del deber de prestación conforme al § 275 I⁹¹.

Para profundizar: La exclusión del deber de prestación en caso de concreción se encuentra en clara contradicción con la opinión dominante de que la subsanación mediante entrega de una cosa sustitutoria sin vicios también debe tomarse en consideración en las deudas de cosa específica (→ SchuldR BT § 4 n. m. 4). Con este trasfondo, parte de la doctrina defiende la opinión de que, también en caso de destrucción de una cosa genérica concretada antes del traspaso del riesgo, el deudor tendría que prestar otra cosa, si la cosa genérica destruida puede ser sustituida por otra de acuerdo con el contenido del acuerdo de las partes⁹². Sin embargo, en contra de este planteamiento habla el hecho de que la diferenciación entre deudas de cosa específica y deudas genéricas sigue teniendo una importancia central respecto del deber primario de prestación –a diferencia de lo que ocurre respecto del saneamiento por vicios en el régimen jurídico de la compraventa–. Además, el instituto de la concreción carecería de función, porque en las deudas genéricas la cosa destruida (casi) siempre es sustituible⁹³.

- 17 Cuestión distinta es si el acreedor debe ejecutar la contraprestación (el llamado **riesgo del precio**). En principio, el § 326 I 1 responde a esta cuestión en el sentido de que el deber de contraprestación del acreedor decae si el deber de prestación del deudor queda excluido conforme al § 275. Sin embargo, el § 328 II 1 alternativa 2 y el § 447, respectivamente, quiebran esta regla en el caso de mora en la aceptación y en el de venta con envío (→ § 35 n. m. 16 ss.).

Ejemplo (OLG Köln NJW 1995, 3128): El vendedor de ordenadores K ha comprado al mayorista V 100 discos duros. A petición de K, los discos duros deben ser entregados en su domicilio. V hace recoger de su almacén la cantidad pedida de discos duros. Tras haberse entregado la mercancía a la empresa de transportes D, se pierde por razones no aclaradas. K exige a V la entrega de otros discos duros. Por el contrario, V opina que K tiene que pagarle primero el precio de los discos duros perdidos.

Inicialmente, K tenía una pretensión de entrega de 100 discos duros frente a V ex § 433 I. Sin embargo, la pretensión podría haberse extinguido conforme al § 275 I. V y K acordaron una deuda genérica. La entrega de discos duros de la clase pedida aún es posible. Pero se trata de una deuda de remisión. Entregando los discos duros

⁹¹ BGH NJW 2003, 3341 (3342); al respecto, S. Lorenz ZGS2003, 421.

⁹² Así, Erman/Westermann § 243 n. m. 5; Bitter ZIP 2007, 1881 (1884 ss.).

⁹³ Así también, en detalle, Oetker/Maultzsch Vertragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 205; Gruber JZ 2005, 707 (711 s.).

a D, V ha hecho todo lo que le era exigible para la prestación. El deber de prestación de V se ha concretado así en los discos duros seleccionados. Dado que esos discos duros se han perdido, el deber de prestación de V se ha extinguido conforme al § 275 I. En principio, según el § 326 I 1, con ello también se habría extinguido la pretensión de V al precio de compra ex § 433 II. Sin embargo, para el caso de venta con envío, el § 447 ordena que el riesgo del precio se traspaasa al comprador desde que la cosa se entrega al transportista. Por tanto, V puede exigir a K el pago del precio de compra por los discos duros perdidos.

Sobre la responsabilidad del transportista en tales casos → § 46 n. m. 12 s.

C) EFECTO VINCULANTE DE LA CONCRECIÓN

- 18** Se discute si el deudor está vinculado a la concreción o si puede **cambiar** la cosa seleccionada por otra. En la doctrina se defiende la opinión de que el § 243 II es un precepto que protege al deudor. Por tanto, este debería ser libre de dejar sin efecto la concreción y entregar al acreedor otra cosa, aunque al precio de que el deudor soporte nuevamente el riesgo íntegro de la prestación tras dejar sin efecto la concreción⁹⁴. La opinión dominante afirma el efecto vinculante de la concreción como principio. Pero, en el caso concreto, al acreedor podría estarle vetado conforme a la buena fe (§ 242) rechazar una cosa sustitutoria equivalente⁹⁵.

Ejemplo: K ha encargado un ordenador a V. Ambos acuerdan que V debe llevar el aparato al piso de K e instalarlo allí. Cuando, en la fecha acordada para la entrega, V llega con el ordenador seleccionado para K al piso de este, no lo encuentra. V decide por ello entregar el ordenador a otro cliente (D) que vive «de camino» y ha pedido el mismo modelo.

Según la opinión dominante, K contraviene la buena fe si rechaza aceptar otro ordenador equivalente. Según la opinión contraria, V ha dejado sin efecto la concreción al entregar el ordenador a D. Por tanto, V puede cumplir sin más con otro aparato.

- 19** A favor de la opinión dominante hablan el **tenor literal** del § 243 II y la **voluntad del legislador**. El legislador quiso dotar de efecto vinculante a la concreción para posibilitar al acreedor disponer de la mercancía ya antes del cumplimiento del contrato e impedir al deudor especular a costa del acreedor⁹⁶. Dado que estas consideraciones siguen siendo relevantes actualmente, esto debe mantenerse.

⁹⁴ Así, por ejemplo, *Fikentscher/Heinemann SchuldR* n. m. 249; *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 262; *Faust ZGS2004*, 252 (257).

⁹⁵ Así, BGH NJW 1982, 873; OLG Köln NJW 1995, 3128 (3129); *Brox/Walker SchuldR AT* § 8 n. m. 7.

⁹⁶ Cfr. *MüKoBGB/Emmerich* § 243 n. m. 33.

III. DEUDA ALTERNATIVA E INSTITUTOS SIMILARES

1. Deuda alternativa

- 20** De la deuda genérica hay que distinguir la **deuda alternativa** (§§ 262-265). En este caso se deben varias prestaciones *diferentes* (es decir, no pertenecientes a un género) de manera que solo tiene que ejecutarse una u otra (§ 262)⁹⁷. La prestación elegida vale como la única debida desde el principio (§ 263 II). Por consiguiente, pese a la diversidad de las prestaciones debidas hasta entonces, no se trata de varias pretensiones, sino de una **pretensión unitaria** con un contenido relativamente indeterminado al principio⁹⁸.

A) RELEVANCIA PRÁCTICA

- 21** En la *práctica contractual* la deuda alternativa tiene solo escasa relevancia. Esto se debe sobre todo a que, por lo general, el pacto de una facultad de sustitución (→ § 13 n. m. 27 ss.) se ajusta más a los intereses de las partes⁹⁹. No obstante, sí que hay algunos casos de aplicación.

Ejemplos: (1) G saca un boleto en una feria. En él pone: «Escoja a su gusto».

(2) El huésped G ha reservado un hotel con pensión completa. El restaurante del hotel ofrece a mediodía tres menús a elegir.

A lo sumo, la deuda alternativa es algo más frecuente en los *legados* (§ 2154)¹⁰⁰.

Ejemplo: El causante O ha ordenado un legado para su sobrino N por el que N debe tener, a su elección, la pintura «Atardecer» del pintor X o la pintura «Paisaje fluvial» del pintor Y. Se trata de un *legado alternativo* (§ 2154), al que son aplicables los §§ 262 ss.

B) EL DERECHO DE ELECCIÓN Y SU EJERCICIO

- 22** En el caso de la deuda alternativa se plantea en primer lugar la cuestión de quién tiene el derecho a elegir. Según el § 262, en la duda, es del **deudor**. Sin embargo, la norma solo rige si los acuerdos de las partes y el sentido y finalidad del contrato no hacen suponer otra solución. Atendiendo a los in-

⁹⁷ Palandt/*Grüneberg* § 262 n. m. 1.

⁹⁸ Cfr. MüKoBGB/*Krüger* § 262 n. m. 2; *Larenz* SchuldR I § 11 II.

⁹⁹ Cfr. *Harke* SchuldR AT n. m. 138.

¹⁰⁰ Cfr. *Larenz* SchuldR I § 11 II.

tereses en juego, por lo general es conveniente conceder al acreedor el derecho de elección. Así lo demuestran también los ejemplos (→ § 13, n. m. 20). Por tanto, el § 262 es inadecuado a este respecto ¹⁰¹.

- 23 El derecho de elección es un derecho de configuración que, según el § 263 I, se ejercita mediante una **declaración de voluntad** unilateral recepticia. El titular es libre a la hora de elegir. Por tanto, no tiene que decidirse, por ejemplo, por una cosa «de clase y calidad medias» (§ 243 I) ¹⁰². De acuerdo con el § 263 II, una vez que el titular ha ejercitado el derecho de elección, el deber de prestación del deudor se limita a la prestación elegida *con efecto retroactivo* (→ § 13 n. m. 19).

C) EJERCICIO RETRASADO DEL DERECHO DE ELECCIÓN

- 24 Según la opinión dominante, el titular no está obligado a ejercitar el derecho de elección ¹⁰³. Por tanto, tampoco puede ser obligado a ello judicialmente. Esto provoca problemas cuando el titular retrasa el ejercicio del derecho de elección. El § 264 resuelve el problema de una forma muy poco práctica ¹⁰⁴: si el **acreedor** incurre en mora en la aceptación (§§ 293 ss.) por no ejercitar el derecho de elección, el deudor puede fijarle un plazo razonable según el § 264 II; al expirar el plazo, el derecho de elección pasa al deudor.
- 25 Del lado del **deudor**, la inactividad no conduce en ningún caso a la pérdida del derecho de elección. Por lo tanto, el acreedor tiene, en primer lugar, que demandar al deudor de manera alternativa para que ejecute una de las prestaciones debidas. Si tampoco entonces el deudor ejercita el derecho de elección antes de que comience la ejecución forzosa, el acreedor podrá, ciertamente, dirigir esta a una u otra prestación a su elección; pero el deudor sigue pudiendo liberarse de la obligación mediante una de las otras prestaciones (§ 264 I).

D) IMPOSIBILIDAD

- 26 La **imposibilidad** causa problemas particulares en la deuda alternativa. En este caso hay que distinguir: si son imposibles *todas* las prestaciones, el

¹⁰¹ Cfr. Soergel/Forster § 262 n. m. 26.

¹⁰² Palandt/Grüneberg § 262 n. m. 4.

¹⁰³ Cfr. MüKoBGB/Krüger § 264 n. m. 1; Palandt/Grüneberg § 264 n. m. 1; a favor del derecho de elección del acreedor también Staudinger/Bittner, 2014, § 264 n. m. 11; críticamente, Rieble/Gutfried JZ 2008, 593 (597).

¹⁰⁴ Sobre la crítica, MüKoBGB/Krüger § 264 n. m. 1.

deber de prestación del deudor queda excluido en virtud del § 275 I. Si la imposibilidad afecta solo a *una* de las prestaciones, el deber de prestación se concentra en principio en las otras, según el § 265 inciso 1. Pero si la parte que no es titular del derecho de elección ha de *responder* de la imposibilidad de acuerdo con los §§ 276 ss, la otra parte puede decidir, de acuerdo con el § 265, inciso 2, si exige la prestación aún posible o si por la prestación imposible hace valer la indemnización del daño en lugar de la prestación (§§ 280, 283 y 311a II), el resarcimiento de los gastos (§ 284) o la restitución de la indemnización (§ 285).

Ejemplo: Si, en el caso del legado (→ § 13 n. m. 21), la pintura «Atardecer» es destruida después de la muerte de O por casualidad, la pretensión de N contra el heredero (E) ex § 2174 se limita a la pintura «Paisaje fluvial» (§ 265, inciso 1). En cambio, si E causó la destrucción de la pintura culpablemente, N puede exigir a su elección (§ 265, inciso 2) o bien la pintura «Paisaje fluvial», o bien la indemnización del daño en lugar de la pintura «Atardecer» (§§ 280 I y III y 283).

Limitar, en principio, el deber de prestación a la prestación aún posible, conforme al § 265, inciso 1, puede ser **contrario a los intereses** de las partes. Así, puede que lo importante para el acreedor haya sido, en primer término, la posibilidad de elección o la cosa perdida. A la inversa, al deudor puede imponérsele una carga excesiva si pierde o tiene que traspasar ambas cosas sin culpa¹⁰⁵. Por eso, en el caso concreto debe examinarse detalladamente si las partes han adoptado de forma implícita un acuerdo en otro sentido¹⁰⁶.

2. Facultad de sustitución

- 27** Más importancia práctica que la deuda alternativa tiene la **facultad de sustitución**, no regulada legalmente. Aquí el deber del deudor se limita desde el principio a *una* prestación; pero el deudor puede ejecutar una prestación diferente o el acreedor reclamar una prestación diferente. Frente a la deuda alternativa, esta configuración tiene la ventaja de que el deber de prestación del deudor está determinado desde el principio, con lo que desaparece el problema del ejercicio retrasado del derecho de elección (→ § 13 n. m. 24 s.); además, el titular no debe tomar su decisión sino al realizar la prestación¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Críticamente, MüKoBGB/Krüger § 265 n. m. 1; Harke SchuldR AT n. m. 138.

¹⁰⁶ Cfr. MüKoBGB/Krüger § 265 n. m. 3; Staudinger/Bittner, 2014, § 265 n. m. 4.

¹⁰⁷ Cfr. Harke SchuldR AT n. m. 138.

Por la distinta situación de intereses, los preceptos sobre la deuda alternativa (§§ 262 ss.) no son aplicables.

A) EN GENERAL

- 28** La facultad de sustitución puede corresponder al deudor o al acreedor. En el primer caso, el **deudor** está legitimado para ejecutar la otra prestación conforme al § 364 I en lugar del cumplimiento. La facultad de sustitución del **acreedor** le da a este el derecho a exigir en lugar de la prestación debida otra diferente. Un caso de aplicación legal de esto es el derecho del perjudicado, en caso de daños personales y materiales, a exigir la cantidad de dinero necesaria en lugar de la reparación por el deudor (§ 249 II).

Si la prestación *debida* es **imposible**, no se aplica el § 265; antes bien, el deber de prestación del deudor decae conforme al § 275 I. Esto vale aun cuando la otra prestación aún sea posible¹⁰⁸. Si la *otra* prestación no puede ser ejecutada, decae únicamente la facultad de sustitución. Por consiguiente, debe ejecutarse la prestación debida¹⁰⁹.

B) FACULTAD DE SUSTITUCIÓN EN EL COMERCIO AUTOMOVILÍSTICO

- 29** El caso más importante de aplicación de la facultad de sustitución es el acuerdo, habitual en la compra de coches nuevos, de que el comprador puede «**dar en pago**» su viejo coche para compensar una parte del precio de compra¹¹⁰. Si hay tal acuerdo, en rigor el comprador debe el precio total de compra del coche nuevo; pero puede ceder al vendedor su viejo coche imputándolo al precio de compra en lugar del cumplimiento (§ 364 I).

Ejemplo: K compra al vendedor de coches V un coche nuevo por 20.000 euros. V se declara dispuesto a tomar en pago el coche usado de K por 4.000 euros. En rigor, K tiene que pagar la totalidad de los 20.000 euros. Pero también puede ceder a V su viejo coche. En este caso aún tiene que pagar 16.000 euros.

¹⁰⁸ Palandt/*Grüneberg* § 262 n. m. 7.

¹⁰⁹ MüKoBGB/*Krüger* § 265 n. m. 15.

¹¹⁰ BGHZ 46, 338 (340); BGH NJW 2008, 2028 (2029); OLG Hamm NJW-RR 2009, 1505 (1506); *Brox/Walker* SchuldR AT § 8 n. m. 15; MüKoBGB/*Krüger* § 262 n. m. 9; de otra opinión, OLG Oldenburg NJW-RR 1995, 689; *Larenz* SchuldR II 1 § 41 I; *Faust* NJW 2009, 3696 (3697), según el cual no existe un contrato unitario de compraventa con facultad de sustitución, sino un contrato mixto de compraventa y permuta.

Si el comprador no puede hacer valer la facultad de sustitución, p. e., porque en el ínterin el vehículo se ha **destruido o perdido**, tiene que pagar el precio completo de compra¹¹¹. Este reparto del riesgo ha suscitado dudas en la doctrina¹¹². Pero puede justificarse aduciendo que la alteración proviene de la esfera del comprador¹¹³.

C) EFECTO VINCULANTE DE LA DECLARACIÓN DE SUSTITUCIÓN

- 30** Se discute si el titular está **vinculado** a la declaración de sustitución o si puede dejarla nuevamente sin efecto. La opinión dominante afirma el efecto vinculante considerando que las **declaraciones de configuración** son en principio irrevocables¹¹⁴. La opinión contraria distingue según a quién corresponda la facultad de sustitución. Mientras que la facultad de sustitución del **acreedor** se entiende como una declaración de configuración –irrevocable en principio–, si la facultad de sustitución es del **deudor** la concentración no debe producirse sino con la ejecución de la prestación; dado que la declaración del deudor no tendría ningún efecto configurador, podría ser revocada dentro de los límites del § 242¹¹⁵. A favor del efecto vinculante como principio habla la idea de seguridad jurídica. Si el titular ha declarado de forma vinculante que hará uso de la facultad de sustitución, la otra parte debe poder adaptarse a ello. Esto vale con independencia de si la facultad de sustitución corresponde al acreedor o al deudor. No obstante, en el caso concreto, la **interpretación** de la regulación contractual o legal en la que se apoye la facultad de sustitución puede justificar una solución diferente¹¹⁶. Por lo demás, en tanto la otra parte no haya efectuado ninguna disposición correlativa, generalmente contravendrá la **buena fe** (§ 242) que, ello no obstante, quiera sujetar al titular a su decisión.

Ejemplo: Si, en el caso del vendedor de coches (→ § 13 n. m. 29), K ha declarado de forma vinculante que hará uso de la facultad de sustitución, V tiene un interés digno de protección en vender el coche usado a un tercero ya antes de la ejecución

¹¹¹ BGHZ 89, 126 (129).

¹¹² Cfr. *Larenz SchuldR II* 1 § 41 I; *Faust NJW* 2009, 3696 (3697).

¹¹³ BGHZ 89, 126 (129).

¹¹⁴ *Palandt/Grüneberg* § 263 n. m. 1; *Soergel/Forster* § 263 n. m. 9; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 230; sobre la calificación de la facultad de sustitución como derecho de configuración, *BGH NJW* 1970, 992.

¹¹⁵ *MüKoBGB/Krüger* § 263 n. m. 10; *Larenz SchuldR I* § 11 IIIa.

¹¹⁶ Cfr. *OLG Brandenburg VIZ* 1997, 697 (701); *Palandt/Grüneberg* § 262 n. m. 6.

del contrato o, al menos, en intentar encontrar un comprador. Por eso K no puede, en principio, revocar la declaración de sustitución. Pero mientras V no haya realizado ninguna disposición conforme a ello, contraviene la buena fe (§ 242) si, no obstante, insiste en la prestación del coche viejo.

3. Concurrencia electiva

- 31** De la deuda alternativa hay que distinguir, por último, la concurrencia electiva. En este instituto jurídico no se trata de «concretar» una pretensión unitaria con un contenido relativamente indeterminado. Antes bien, el acreedor puede decidir entre **varias pretensiones o derechos de configuración**, que se excluyen entre sí en cuanto al contenido¹¹⁷. Tal relación existe, por ejemplo, entre la resolución y la reducción en el caso del saneamiento en la compraventa (§ 437 n. 2)¹¹⁸. El comprador no puede al mismo tiempo resolver el contrato y reducir el precio de compra (cfr. § 441 I, «en lugar de resolver»). Lo mismo es aplicable, según una actual sentencia del BGH, a la relación entre reducción y anulación del contrato de compraventa sobre la «gran» indemnización del daño conforme a los §§ 437 n. 3, 280 y 281 (→ SchuldR BT § 4 n. m. 64)¹¹⁹. El «derecho de elección» del comprador entre reparación y entrega sustitutoria conforme a los §§ 437 n. 1 y 439 I (SchuldR BT § 4 n. m. 4) representa asimismo un caso de concurrencia electiva, según la opinión dominante. De ahí que los preceptos sobre la deuda alternativa no sean aplicables aquí¹²⁰. Por ello la decisión del titular a favor de un determinado derecho tampoco provoca la consecuencia jurídica del § 263 II.

IV. DEUDA PECUNIARIA

1. En general

- 32** El **dinero** es un objeto de prestación especialmente importante en la práctica. En casi todos los *contratos bilaterales* (contrato de compraventa, servi-

¹¹⁷ Cfr. MüKoBGB/Krüger § 262 n. m. 11; Palandt/Grüneberg § 262 n. m. 5.

¹¹⁸ Cfr. BeckOK BGB/Faust, 50. Ed. 1.11.2018, § 437 n. m. 179; Staudinger/Bittner, 2014, § 262 n. m. 9a; Bachmann 234.

¹¹⁹ BGH NJW 2018, 2863 n. m. 26 ss. = JA 2018, 784 (Looschelders).

¹²⁰ Cfr. BGH NJW 2019, 292 n. m. 44 ss. = JA 2019, 149 (Looschelders) = JuS2019, 487 (Arnold); MüKoBGB/Krüger § 262 n. m. 11.

cios, obra, etc.) constituye la contraprestación, y también en caso de actos ilícitos la pretensión indemnizatoria del daño se fija generalmente en dinero (cfr. §§ 249 II, 250 y 251).

Se discute si la deuda pecuniaria debe considerarse como un caso especial de la **deuda genérica**. En contra de entenderlo así habla el que la mayoría de las normas sobre la deuda genérica no son adecuadas para las deudas pecuniarias¹²¹. Esto es especialmente claro en el § 243 I. Cuando se trata de dinero no se plantea ningún *problema de elección* en absoluto. Por eso el deudor no está obligado a prestar billetes o monedas de clase y calidad medias; simplemente tiene que pagar una determinada *suma de dinero*. También la *atribución del riesgo* se regula de forma distinta. Cuando es dinero, el deudor soporta el riesgo de transmisión de acuerdo con el § 270 I (→ § 12 n. m. 19); si se envía una cosa genérica, de acuerdo con el § 243 II, el riesgo de la prestación pasa al acreedor con la entrega de la cosa al transportista (→ § 12 n. m. 16). No obstante, si hay mora en la aceptación también en las deudas pecuniarias tiene lugar el traspaso del riesgo conforme al § 300 II (→ § 36 n. m. 16).

- 33** Lo mismo que en la deuda genérica, si la deuda es pecuniaria el deudor tampoco puede en principio alegar **imposibilidad** (§ 275). El deudor tiene que responder de su capacidad financiera sin culpa. Ciertamente, esto se puede interpretar, igual que en la deuda genérica, como un caso de riesgo de adquisición (→ § 23 n. m. 33). Sin embargo, en última instancia, el deber incondicional de responder de las deudas pecuniarias se deriva de la existencia de la **reglamentación de la insolvencia**. Por ello no se establece expresamente en los §§ 275 y 276.

2. Pago de las deudas pecuniarias

- 34** El legislador histórico partió de que las deudas pecuniarias en principio han de pagarse mediante el traspaso de **dinero en efectivo** (pago en efectivo) conforme a los §§ 929 ss. Sin embargo, en el tráfico comercial moderno se ha impuesto el pago sin efectivo con **dinero bancario**. El dinero bancario no es una cosa corporal; se trata de créditos pecuniarios frente a entidades de crédito. En el caso del pago sin dinero en efectivo, el deudor proporciona al

¹²¹ Así también la opinión dominante, cfr. Palandt/*Grüneberg* § 245 n. m. 12; Larenz SchuldR I § 12 III; de otra opinión, BGHZ 83, 293 (300).

acreedor una pretensión contra una entidad de crédito mediante una transferencia, el uso de una tarjeta de crédito o de otra manera; esta puede liquidar sus gastos (en su caso, con intervención de otras entidades de crédito) al deudor¹²². La opinión dominante mantiene que, en principio, las deudas pecuniarias han de cumplirse mediante pago en efectivo. El dinero bancario solo debe aceptarse si existe el correspondiente **acuerdo**. Sin embargo, la indicación del número de cuenta se interpreta como conformidad implícita con el pago sin dinero en efectivo¹²³.

Para profundizar: De acuerdo con el § 270a, introducido por la Ley de 17.7.2017¹²⁴ con efecto de 13.1.2018, los acuerdos sobre tasas por la utilización de determinados medios de pago sin dinero en efectivo son ineficaces. Se trata en concreto de la utilización de un adeudo domiciliado básico SEPA, un adeudo domiciliado SEPA para una empresa, una transferencia SEPA o una tarjeta de pago. El precepto persigue ante todo proteger a los consumidores (§ 13); no obstante, un acuerdo sobre tasas con respecto a la utilización de los tres primeros medios de pago también es ineficaz en el tráfico negocial empresarial¹²⁵.

3. Clases especiales de deuda pecuniaria

A) DEUDA EN DIVISA EXTRANJERA

35 Desde el 1.1.2002 el **euro** es el medio de pago legal en Alemania y en la mayoría de los demás Estados de la UE. Sin embargo, las deudas pecuniarias también pueden expresarse en *otra divisa*. No obstante, si el dinero ha de pagarse en territorio nacional, el § 244 I concede al deudor la posibilidad de realizar el pago en euros. La conversión se realiza, de acuerdo con el § 244 II, conforme al valor de cambio que en el momento del pago sea aplicable al lugar del pago.

El § 244 solo es aplicable a la deuda en divisa extranjera simple (falsa). Si las partes han acordado expresamente que el pago debe realizarse en otra divisa, se da una **deuda en divisa extranjera efectiva** (verdadera), en la que no hay necesidad alguna de conversión (§ 244 I parte 2).

¹²² Sobre el concepto de dinero bancario cfr. MüKoBGB/*Grundmann* § 245 n. m. 6 ss.

¹²³ BGHZ 98, 24 (30); MüKoBGB/*Grundmann* § 245 n. m. 111; Palandt/*Grüneberg* § 362 n. m. 9. Sobre el efecto de cumplimiento de la transferencia, § 17 n. m. 23.

¹²⁴ BGBl.2017 I 2446.

¹²⁵ BeckOK BGB/*Schmalenbach*, 50. Ed. 1.5.2019, § 270a n. m. 1.

B) DEUDA EN MONEDA CONCRETA

- 36** El § 245 regula el caso en que, según el acuerdo de las partes, la deuda pecuniaria debe pagarse en un determinado tipo de moneda (nacional o extranjera) (**deuda en moneda concreta**) que en el momento del pago ya no está en curso. Dado que el cumplimiento no debe fracasar por este obstáculo, la deuda en moneda concreta se transforma en este caso en una deuda pecuniaria normal.

La aplicación del § 245 presupone que el tipo de moneda en cuestión sea medio legal de pago. Por tanto, el precepto no es aplicable al deber de prestación de **monedas de coleccionista**. Esta no es una deuda pecuniaria sino una mera deuda de una cosa. También tratándose de medios legales de pago, las partes pueden excluir el § 245 mediante un pacto. Se habla entonces de una **auténtica o verdadera deuda en moneda concreta**, que ha de tratarse conforme a las reglas de la deuda genérica¹²⁶.

La norma del § 245 se basa en la idea de que las partes preferirían determinados tipos de monedas por su contenido material (oro, plata, etc.)¹²⁷. Por eso hoy ya no tiene ninguna relevancia práctica.

4. Intereses

- 37** En la práctica las deudas pecuniarias producen con frecuencia intereses en virtud de un acuerdo contractual o de una disposición legal. Los §§ 246-248 contienen al respecto algunos preceptos generales.

A) CONCEPTO

La ley no regula qué ha de entenderse exactamente por «**intereses**». La opinión dominante define los intereses como la *remuneración* que el deudor tiene que pagar por la cesión de un capital existente en dinero (u otras cosas fungibles). La cuantía de la remuneración debe calcularse según la duración (plazo) de la cesión y se expresa la mayoría de las veces (aunque no necesariamente) como un porcentaje del capital (el denominado tipo de interés). No puede depender de una eventual ganancia o facturación¹²⁸.

¹²⁶ *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 179.

¹²⁷ *MüKoBGB/Grundmann* § 245 n. m. 100.

¹²⁸ Cfr. *BGH NJW* 1979, 540 (541); *Palandt/Grüneberg* § 246 n. m. 2; *Canaris NJW* 1978, 1891 ss.

La deuda de intereses presupone así una deuda de capital (generalmente una deuda pecuniaria); depende del nacimiento y de la cuantía de esta (**accesoriedad** de la deuda de intereses)¹²⁹. La extinción de esta deuda principal hace decaer el deber de pagar intereses¹³⁰.

B) CAUSAS DE GENERACIÓN

- 38** La pretensión al pago de intereses puede basarse en un negocio jurídico o en la ley (cfr. § 246). El ejemplo típico de la fundamentación **negocial** es el contrato de préstamo. De acuerdo con el § 488 I 2, el prestatario está obligado al pago de los intereses debidos, siempre y cuando no se haya acordado un préstamo gratuito.

Por lo que respecta a la **ley** como supuesto de hecho generador, el BGB no conoce ninguna pretensión general de intereses. Sin embargo, hay numerosas reglas individuales que prevén un deber de pagar intereses por diferentes razones. Son especialmente importantes la pretensión de intereses del acreedor en caso de *mora* de acuerdo con el § 288 (→ § 26 n. m. 21 ss.), así como la obligación del deudor de pagar *intereses procesales* desde la litispendencia de la demanda conforme al § 291. En los negocios mercantiles bilaterales existe el deber de pagar *al vencimiento* un *interés* del 5%, según el § 353 HGB.

C) CUANTÍA DEL TIPO DE INTERÉS

- 39** El **tipo de interés legal** asciende al 4% según el § 246, y al 5% en los negocios comerciales bilaterales, de acuerdo con el § 353 HGB. Este tipo de interés es demasiado bajo en caso de *mora*. Porque, ante los costes reales de un crédito, se induciría al deudor a pagar antes el interés de demora que a tomar un crédito para cumplir su deuda. Por eso el § 288 prevé una regla especial para el **interés de demora**, conforme a la cual el tipo de interés asciende a 5 o 9 puntos porcentuales sobre el tipo de interés básico. Lo mismo rige para los *intereses procesales* (§ 291, inciso 2, en relación con el § 288 I 2, II y III).

¹²⁹ Cfr. MüKoBGB/*Grundmann* § 246 n. m. 10.

¹³⁰ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 246 n. m. 7.

Para profundizar: La extendida formulación de que el interés de demora asciende al 5% o al 9% sobre el tipo de interés básico es imprecisa desde el punto de vista matemático. Esto es, no se trata de que simplemente haya que pagar intereses de un 105% o un 109% del tipo de interés básico¹³¹. Sin embargo, según la jurisprudencia, una formulación en tal sentido (p. e., en una sentencia) puede ser interpretada en el sentido correcto¹³².

- 40** De acuerdo con el § 247, el **tipo de interés básico** representa una *tasa de interés variable* que se adapta cada medio año al tipo de interés de la última operación principal de refinanciación del Banco Central Europeo (el llamado tipo de referencia). Según el § 247 I 1, el valor de salida al entrar en vigor la SchuldRModG el 1.1.2002 asciende a 3,62%. El actual tipo de interés básico es publicado por el Banco Federal en el Boletín Federal después del correspondiente día de referencia (1.1 y 1.7) (§ 247 II). Actualmente (día de referencia, 1.7.2019) asciende a -0,88%¹³³.

Para profundizar: El tipo de interés básico no solo tiene importancia respecto del interés de demora; también es tomado en cuenta por *otros preceptos*. Son de mencionar el interés de demora en los contratos de préstamo inmobiliario a consumidores (§ 497 IV 1) y el pago de intereses de las costas procesales establecidas de acuerdo con el § 104 I ZPO. Además, las partes pueden regular *contractualmente* la cuantía de una pretensión de intereses por referencia al tipo de interés básico. De ahí que el tipo general de interés conforme al § 246 tenga gran importancia en la práctica¹³⁴.

D) PROHIBICIÓN DEL ANATOCISMO

- 41** Según el § 248 I, es nulo el acuerdo adoptado *anticipadamente* sobre pago de intereses por los intereses. La prohibición del anatocismo se basa en la consideración de que los intereses de los intereses son difícilmente calculables para el deudor. De ahí que el **deudor** debe ser **protegido** frente a las cargas imprevisibles¹³⁵.

El § 289, inciso 1, amplía la prohibición del anatocismo a los **intereses moratorios y procesales** (§ 291, inciso 2). Sin embargo, la pretensión indemnizatoria del daño por mora con pago de intereses (§§ 280 I y II y 286) no

¹³¹ Cfr. *Führ* JuS2005, 1095 ss.

¹³² Cfr. BGH NJW-RR 2013, 511.

¹³³ Cfr. *Coen* NJW 2012, 3329.

¹³⁴ Cfr. *Harke* SchuldR AT n. m. 137.

¹³⁵ Cfr. MüKoBGB/*Grundmann* § 248 n. m. 1.

queda excluida por ello (§ 289, inciso 2). Otras excepciones a la prohibición del anatocismo se encuentran en el § 248 II así como en el § 355 HGB para la cuenta corriente mercantil.

Bibliografía: *Bachmann*, Die elektive Konkurrenz, 2010; *Bitter*, Der Nachlieferungsanspruch beim Stück-, Vorrats- und Gattungskauf in Sachmängelfällen sowie beim Untergang der Sache, ZIP 2007, 1881; *Blum*, Konkretisierung der Gattungsschuld beim minderjährigen Gläubiger, JuS 2018, 838; *Canaris*, Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 1891; *Canaris*, Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB, JuS 2007, 793; *Coen*, Der negative Basiszinssatz nach § 247 BGB, NJW 2012, 3329; *Faust*, Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld, ZGS 2004, 252; *Faust*, Rückabwicklung eines Neuwagenkaufs unter Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens, NJW 2009, 3696; *Freitag*, Die Geldschuld im europäischen Privatrecht, AcP 213 (2013), 128; *Führ*, Aus der Praxis: Prozent oder Prozentpunkte – Ein gar nicht so kleiner und feiner Unterschied?!, JuS 2005, 1095; *Grothe*, Fremdwährungsverbindlichkeiten, 1999; *Gruber*, Das drohende Ende der Stückschuld, JZ 2005, 707; *Huber*, Zur Konzentration beim Gattungskauf, FS Ballerstedt, 1975, 327; *Kähler*, Zur Entmythisierung der Geldschuld, AcP 206 (2006), 805; *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht (1996); *S. Lorenz*, Gattungskauf, Konkretisierung und Gefahrtragung beim Verbrauchsgüterkauf nach neuem Schuldrecht, ZGS 2003, 421; *S. Lorenz*, Leistungsgefahr, Gegenleistungsgefahr und Erfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf – BGH, NJW 2003, 3341, JuS 2004, 105; *Martens*, Grundfälle zu Geld und Geldschulden, JuS 2014, 105 y 200; *Medicus*, Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 1966, 297; *Medicus*, Ansprüche auf Geld, JuS 1983, 897; *P. Meier*, Der Leistungs- und Erfüllungsort der Geldschuld, JuS 2018, 940; *Ziegler*, Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§§ 262–265 BGB), AcP 171 (1971), 193.

§ 14 EL CONTENIDO DE ALGUNOS DEBERES DE PRESTACIÓN

- 1 En los §§ 249-261 se encuentran preceptos generales que configuran el contenido de algunas **pretensiones** reguladas en lugares muy distintos, dirigidas respectivamente a la misma consecuencia jurídica. Así, los §§ 249-255 contienen reglas sobre la *indemnización del daño*, mientras que los §§ 256 y 257 tienen por objeto el *resarcimiento de gastos*. El § 258 se refiere a pretensiones relacionadas con la *separación de una instalación* respecto de una cosa que ha de restituirse a otro. En los §§ 259-261 se encuentran preceptos sobre *deberes de información y rendición de cuentas*. Los mencionados preceptos *no* regulan los *presupuestos* de la correspondiente pretensión, sino que presuponen que esta ha nacido por negocio jurídico o por ley.

Nota: Los preceptos sobre la *indemnización del daño* (§§ 249-255) son los que tienen mayor importancia práctica. Estos deben tratarse más detalladamente en una parte separada (→ § 43 n. m. 1 ss.).

I. RESARCIMIENTO DE GASTOS

- 2 La ley atribuye a las partes **pretensiones de resarcimiento de gastos** en distintos lugares. Hay que mencionar en particular la pretensión del deudor al resarcimiento de los gastos adicionales con arreglo al § 304 (→ § 36 n. m. 22), la pretensión del arrendatario conforme al § 536a II y la pretensión del mandatario (gestor del negocio) conforme al § 670 o §§ 683 y 670 (al respecto → § 10 n. m. 4). Los §§ 256 y 257 contienen algunas reglas integradoras respecto del contenido de estas pretensiones.

1. El concepto de gasto

La ley no regula el **concepto** de gasto. Según la opinión prevalente, son gastos todos los sacrificios patrimoniales *voluntarios* que sirven al *interés de otro*¹³⁶. Si los sacrificios patrimoniales benefician a una cosa (cfr. §§ 347 II 1, 850 y 994 ss.), se habla de gastos en el bien*. Se trata de gastos que se realizan con el fin de conservar, mejorar o reparar una cosa. La pretensión de resarcimiento de los gastos inútiles conforme al § 284 (→ § 30 n. m. 1 ss.) reviste particularidades. Ello se debe a que de lo que se trata en este caso es del resarcimiento de gastos que típicamente se realizan *en interés propio*¹³⁷. Dado que la utilidad del gasto para otro es un criterio decisivo conforme a la valoración de intereses de los §§ 256 y 257, estos preceptos no son aplicables a las pretensiones ex § 284¹³⁸. Sin embargo, dada la estrecha relación sistemática con la indemnización de daños, procede considerar una

¹³⁶ Cfr. BGHZ 59, 328 (329); HK-BGB/Schulze §§ 256, 257 n. m. 2.

* **Nota de la traductora:** Para distinguirlo del término «*Aufwendung*», equivalente a «gasto», traduzco aquí «*Verwendung*» como «gasto en el bien», aplicando igual criterio en otros pasajes, salvo que el propio texto hable de «*Verwendung auf die Sache*», esto es, de gastos en la cosa. Ello se debe a que, como explica Looschelders en el texto, «*Verwendung*» es una categoría más limitada que «*Aufwendung*» en cuanto que se circunscribe a un determinado tipo de gastos: concretamente, a aquellos que se hacen en un bien para su conservación, mejora o reparación.

¹³⁷ Cfr. Staudinger/Schwarze, 2014, § 284 n. m. 28.

¹³⁸ Cfr. BeckOK BGB/Lorenz, 50. Ed. 1.5.2019, § 284 n. m. 20; MüKoBGB/Ernst § 284 n. m. 9; de otra opinión, OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1199 (1202); Palandt/Grüneberg § 256 n. m. 1.

aplicación analógica de los §§ 249 ss. en el caso del § 284¹³⁹. Así, dado el caso, la pretensión ex § 284 puede reducirse por conculpa conforme al § 254¹⁴⁰.

Para profundizar: Las pretensiones resarcitorias de gastos son por lo general pecuniarias. Pero si quien tiene derecho al resarcimiento ha gastado otros valores patrimoniales (p. e., cosas), también tiene cabida una pretensión de *reparación in natura*. Es cierto que del tenor literal del § 256 se deduce que, en principio, la pretensión se limita en este caso al resarcimiento del valor en dinero¹⁴¹. Sin embargo, el § 256 regula únicamente el deber de pagar intereses cuando existe una deuda pecuniaria. Por tanto, el precepto no excluye conceder al titular en casos excepcionales una pretensión de *reparación in natura*¹⁴². Esto ha de tenerse especialmente en cuenta cuando con dinero no se le puede proporcionar una compensación suficiente¹⁴³. Un caso especialmente importante de restitución in natura es la liberación de una obligación conforme al § 257 (→ §14 n. m. 4).

La nota de la voluntariedad permite **delimitar** los gastos de los **daños**. Es característico del concepto de daño que el afectado sufre la pérdida *sin o contra su voluntad*. No obstante, en el régimen jurídico del mandato (§§ 662 ss.) se reconoce que también pueden ser calificados como gastos en el sentido del § 670 los *sacrificios patrimoniales involuntarios* así como los *daños corporales y materiales*, siempre y cuando se deban a los riesgos típicos del negocio efectuado (→ SchudR BT § 39 n. m. 13)¹⁴⁴. Por tanto, en la pérdida no puede haberse materializado simplemente el riesgo general de vida o un riesgo de la actividad del mandatario. Los mismos principios se aplican a la gestión de negocios sin mandato (§ 677). Esto se deriva de la remisión del § 683 al § 670.

Ejemplo (tomado de BGHZ 33, 251): A oye por la noche gritos de socorro provenientes de una ruina. Entra en el edificio y se encuentra con un enfermo mental (G) que golpea a una mujer (F) con un martillo. Al salvar a la mujer, A es herido por G. ¿Tiene F que reembolsarle a A los costes del tratamiento?

A podría tener frente a F una pretensión resarcitoria de los gastos ex §§ 677, 683 y 670. Se dan los presupuestos de una gestión de negocios sin mandato. Lo cuestionable es si los daños corporales sufridos (y los costes de tratamiento derivados de ellos) constituyen gastos en el sentido del § 670. A no ha asumido voluntariamente los daños corporales. Sin embargo, se trata de pérdidas que están vinculadas insepa-

¹³⁹ MüKoBGB/*Ernst* § 284 n. m. 9.

¹⁴⁰ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 284 n. m. 58; *Harke* SchuldR AT n. m. 318.

¹⁴¹ Cfr. BGHZ 5, 197 (199); *Palandt/Grüneberg* § 256 n. m. 2.

¹⁴² Cfr. MüKoBGB/*Krüger* § 256 n. m. 8; *Larenz* SchuldR I § 13 I.

¹⁴³ *Erman/Artz* § 256 n. m. 6.

¹⁴⁴ Cfr. BGH NJW 1997, 2234 (2235); HK-BGB/*Wiese* § 670 n. m. 8 ss.

rablemente a la salvación de la mujer y que se basan en el específico riesgo de este negocio. De ahí que el § 670 sea aplicable por analogía.

2. Reglas generales

- 3 De acuerdo con el § 256, inciso 1, a quien tiene derecho al resarcimiento le corresponde una pretensión de **pago de los intereses** de la cantidad gastada, independientemente de la mora (§§ 286 y 288). La cuantía de los intereses se calcula conforme al tipo de interés legal del § 246, por lo que asciende al 4%. En los negocios mercantiles bilaterales, el tipo de interés se eleva al 5% conforme al § 352 HGB.

Para profundizar: El § 256, inciso 2, contiene una regla especial para los gastos en un objeto que ha de restituir quien tiene derecho al resarcimiento. Aquí decae el deber de pagar intereses por el espacio de tiempo en que quien tiene derecho al resarcimiento se ha quedado con los *frutos* (§ 99) o *utilidades* (§ 100) del objeto gratuitamente. Si el titular tiene que remunerar los frutos o utilidades, el deber de pagar intereses permanece intacto. Esto se basa en la consideración de que alguien que disfruta de los frutos o utilidades gratuitamente, no puede hacer valer, además, intereses por la cantidad gastada.

- 4 El § 257 regula el caso en que el gasto consiste en contraer **una obligación**. Cabe pensar, por ejemplo, que el mandatario pida un préstamo para procurarse medios para ejecutar el negocio¹⁴⁵. El § 257 no contiene un fundamento independiente de una pretensión. Antes bien, el precepto presupone una pretensión contractual o legal de resarcimiento de gastos y la configura como pretensión de liberación para el caso en cuestión¹⁴⁶.

Para profundizar: En los casos del § 257, el titular únicamente puede exigir que el obligado le *libere* de la obligación frente al tercero. Solo dispone de una pretensión para que le *pague* a él mismo la cantidad necesaria si la reclamación del tercero es una amenaza inminente¹⁴⁷. Por lo demás, el obligado a resarcir tiene la *opción* de efectuar la liberación pagando al tercero (§ 267), pactando una asunción de deuda liberatoria (§ 414) o concluyendo un contrato de condonación con el tercero (§ 397)¹⁴⁸. Si la obligación aún no está vencida, por lo general el obligado aún no puede satisfacer la pretensión de liberación. Por eso el § 257, inciso 2, le confiere el derecho de prestar garantía en lugar de ello.

¹⁴⁵ Cfr. RGZ 151, 93 (99).

¹⁴⁶ Cfr. al respecto, MüKoBGB/Krüger § 257 n. m. 2.

¹⁴⁷ BGHZ 57, 78 (81).

¹⁴⁸ BGHZ 91, 73 (77); Soergel/Forster § 257 n. m. 5.

II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN

- 5 Si alguien ha unido **una instalación** a una cosa que tiene que restituir, a menudo dispone de un derecho a separar la instalación con base en la ley (p. e., §§ 539 II, 552, 581 II, 601 II 2, 997 I y 2125 II) o por acuerdos contractuales. Al efecto se denomina instalación a cualquier cosa que sirve al fin económico de otra cosa (cosa principal) y está físicamente unida a esta. Es irrelevante que la unión se realice para un fin provisional (cfr. § 95 II) o que sea permanente. Tampoco importa si, por la unión, la instalación se ha convertido o no en una parte integrante esencial de la cosa principal ¹⁴⁹.

Ejemplos: Han de considerarse como instalaciones las bañeras, los sistemas de iluminación, los armarios empotrados y las estufas ¹⁵⁰. No son instalaciones los falsos techos y los tabiques levantados cuando, de acuerdo con la concepción del tráfico, no tengan ninguna importancia económica independiente (es decir, por separado de la cosa principal) ¹⁵¹.

- 6 El ejercicio del derecho de separación se regula en el § 258. Conforme a él, el titular dispone de un **derecho de separación** mientras esté en posesión de la cosa principal. Si por la unión el titular ha perdido la propiedad de la instalación (p. e., conforme a los §§ 946 y 947 II), la separación incluye la (*re*) *apropiación* (→ SchuldR BT § 22 n. m. 20) ¹⁵². El titular adquiere la propiedad de la cosa con la separación conforme al § 954 por analogía ¹⁵³. Si el titular ya ha restituido la cosa, el § 258, parte primera del inciso 2, le concede una pretensión contra el poseedor para que le **autorice a separar** la instalación.

De acuerdo con el § 258, inciso 1, en caso de separación el titular está obligado a la **reparación** de la cosa principal. Esta debe reponerse al estado que existía antes de la unión (reparación in natura).

Ejemplo: El arrendatario M ha retirado la bañera del cuarto de baño del piso alquilado para instalar un jacuzzi. El jacuzzi pasa a ser propiedad del arrendador conforme al § 946. Sin embargo, el arrendatario tiene un derecho de separación de acuerdo con el § 539 II (→ SchuldR BT § 22 n. m. 20). Si ejerce ese derecho, tiene que, a su costa, dejar el piso nuevamente en el estado anterior, es decir, instalar de nuevo la bañera.

¹⁴⁹ Cfr. MüKoBGB/*Krüger* § 258 n. m. 3.

¹⁵⁰ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 258 n. m. 1.

¹⁵¹ Soergel/*Forster* § 258 n. m. 7.

¹⁵² BGHZ 81, 146 (150); 101, 37 (42); MüKoBGB/*Krüger* § 258 n. m. 5.

¹⁵³ Soergel/*Forster* § 258 n. m. 9.

- 7 Si la restauración no es posible o solo es posible con unos gastos desproporcionados, el titular tiene que **indemnizar el daño en dinero** conforme al § 251 por analogía. Si la integridad de la cosa principal no puede compensarse adecuadamente con dinero, el principio de buena fe impondrá generalmente excluir el derecho de separación ¹⁵⁴.

III. DEBER DE INFORMACIÓN Y DE RENDICIÓN DE CUENTAS

1. Principios del deber de información

- 8 El BGB no conoce **ningún deber general de información**. Sin embargo, en algunos casos la ley ha establecido expresamente un deber de información (cfr., por ejemplo, §§ 402, 666, 675, 1605 y 2057) ¹⁵⁵. Además, un deber de información puede derivarse de un acuerdo contractual. Según la jurisprudencia, también de la **buena fe** (§ 242) pueden deducirse deberes de información en el caso concreto. Esto presupone que el titular no pueda obtener por sí mismo las informaciones necesarias de forma razonable y que la otra parte no tenga que asumir ninguna carga injusta para proporcionar la información solicitada ¹⁵⁶. La extensión de los deberes de información no está regulada en la ley. Esto depende en especial medida de las circunstancias del caso concreto.

Ejemplo: Como presidente del partido P, V ha recaudado a gran escala donaciones de origen incierto. Cuando el asunto se conoce, V tiene que dimitir. El nuevo presidente (X) exige en nombre del partido P información sobre los donantes. ¿Con razón? Conforme al § 27 III en relación con el § 666 existe para V como (antiguo) presidente del partido P un deber de informar sobre su gestión. Esto incluye también en el caso concreto la aclaración de las circunstancias y causas de las donaciones. Por tanto, V debe dar información sobre los donantes.

2. Casos especiales del deber de información

A) DEBER DE RENDICIÓN DE CUENTAS

- 9 La **rendición de cuentas** constituye un tipo especialmente detallado de información. Dicho más precisamente, se trata de un resumen, claro y es-

¹⁵⁴ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 13 II; *Staudinger/Bitlner*, 2014, § 258 n. m. 5.

¹⁵⁵ Más ejemplos en *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 605.

¹⁵⁶ BGHZ 95, 285 (288); 97, 188 (192); BGH NJW-RR 2005, 1408.

crita, de las operaciones en el marco de una administración vinculada a ingresos y/o a gastos. El § 259 regula únicamente la manera en que ha de cumplirse el deber de rendir cuentas. Así pues, la pretensión de rendición de cuentas debe estar ya establecida de otra manera (por contrato, ley o buena fe)¹⁵⁷.

- 10 Según la ley, los deberes de rendición de cuentas afectan en especial a aquellas personas que gestionan negocios ajenos o que administran el patrimonio de otro (cfr., por ejemplo, §§ 666, 681, 687, 713, 1214, 1421, 1681, 1840, 1890 y 2218 II). A partir de ello, la jurisprudencia ha desarrollado sobre la base del § 242 el principio de que está obligado a rendir cuentas quien gestiona **asuntos ajenos** o aquellos que son al mismo tiempo propios y ajenos¹⁵⁸. No obstante, ello presupone que, de forma excusable, el titular no esté al corriente de la existencia y la extensión de su derecho, mientras que el obligado está en condiciones de dar las informaciones necesarias sin dificultad.
- 11 Dado que la mayoría de las veces el acreedor no puede examinar si las indicaciones hechas por el deudor son completas y correctas, en la duda existe la posibilidad de exigir una **declaración jurada**, conforme al § 259 II.

B) DEBER DE PRESENTACIÓN DE UN INVENTARIO DE EXISTENCIAS

- 12 El § 260 regula el deber de presentar un **inventario de existencias**. Aquí hay que distinguir dos grupos de casos: el § 260 I, alternativa 1, *establece* una forma específica del deber de información para todo el que tenga que restituir un conjunto de bienes. Frente a esto, el § 260 I, alternativa 2, presupone que alguien está obligado por otras razones (contrato, ley o buena fe) a dar información sobre las existencias de tal conjunto. En el segundo grupo de casos, por tanto, el § 260 no establece ninguna pretensión de información, sino que regula solamente su *contenido y extensión*¹⁵⁹.
- 13 Según la opinión dominante, existe un **conjunto de bienes** cuando hay que restituir varios bienes patrimoniales con base en una *relación jurídica unitaria*; además es necesario que el titular no esté en condiciones de designar los distintos bienes sin la presentación del inventario¹⁶⁰. Junto a los conjun-

¹⁵⁷ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 259 n. m. 3 ss.; MüKoBGB/*Krüger* § 259 n. m. 6 ss.

¹⁵⁸ RGZ 73, 286 (288); BGHZ 10, 386 (386 s.); MüKoBGB/*Krüger* § 259 n. m. 6.

¹⁵⁹ Cfr. MüKoBGB/*Krüger* § 260 n. m. 7.

¹⁶⁰ RGZ 90, 137 (139); BGHZ 41, 318 (321); *Larenz SchuldR I* § 13 IVb.

tos de cosas (p. e., depósito de mercancías, biblioteca) y patrimonios especiales (herencia, patrimonio común), también puede tomarse en consideración un complejo de créditos u obligaciones ¹⁶¹.

- 14** Si determinados *hechos* hacen sospechar que el inventario *no* ha sido realizado con la *diligencia exigible*, quien tiene derecho a ser informado puede exigir al obligado que **preste una declaración jurada** de que, según su leal saber y entender, ha indicado las existencias de la forma más completa en que pudo hacerlo (§ 260 II) ¹⁶².

Bibliografía: *Haeffs*, Der Auskunftsanspruch im Zivilrecht, 2010; *S. Lorenz*, Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1995, 569; *Lüke*, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, 2; *Muthorst*, Der Anspruch auf Befreiung von der Eventualverbindlichkeit, AcP 209 (2009), 212; *Rimmelspacher*, Die Durchsetzung von Befreiungsansprüchen, JR 1976, 89 und 183; *Schilken*, Ansprüche auf Auskunft und Vorlegung von Sachen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht, JURA 1988, 525; *Schreiber*, Aufwendungsersatzansprüche, JURA 1997, 442.

§ 15 VINCULACIÓN DE LOS DEBERES DE PRESTACIÓN

I. EL DERECHO GENERAL DE RETENCIÓN (§§ 273 Y 274)

1. Fundamentos

- 1** Si el deudor y el acreedor tienen respectivamente créditos recíprocos derivados de la misma relación jurídica, no sería acorde a la buena fe (§ 242) que el acreedor pudiera exigir la prestación sin tener que ejecutar su propia prestación ¹⁶³. Por ello, si el deudor tiene de su parte una pretensión vencida frente al acreedor, puede denegar la prestación conforme al § 273 I hasta que su propia pretensión sea satisfecha (**derecho de retención**).

Ejemplo: K y V están en continua relación negocial. K exige a V la entrega de mercancías que ha comprado el 1 de julio. V hace valer que K aún le tiene que pagar una entrega de mercancías del 2 de mayo.

K tiene frente a V una pretensión de entrega de las mercancías compradas el 1 de julio ex § 433 I. Pero V dispone de un derecho de retención conforme al § 273 I, por su pretensión de pago de la entrega del 2 de mayo.

¹⁶¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 260 n. m. 2; MüKoBGB/j § 260 n. m. 5, con más referencias.

¹⁶² Sobre los presupuestos de la pretensión cfr. OLG Zweibrücken NJW-RR 1997, 1474 (1475).

¹⁶³ Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 273 n. m. 1.

- 2 El derecho de retención está configurado como una **excepción propia**. Por tanto, en un proceso no se toma en cuenta de oficio, sino solo si el deudor lo hace valer. Aún en este caso la demanda no se desestima. Antes bien, el deudor es condenado a que realice la prestación si *simultáneamente* recibe la prestación que a él se le debe (§ 274 I). El ejercicio del derecho de retención excluye las pretensiones indemnizatorias del daño por retraso de la prestación (§§ 280 I y III y 281) o mora del deudor (§§ 280 I y II y 286) (→ § 27 n. m. 2 ss. y → § 26 n. m. 1 ss.). Queda asimismo descartada una pretensión sobre los intereses procesales (§ 291). No obstante, el ejercicio del derecho de retención puede evitarse mediante la prestación de una garantía (§ 273 III).

2. Presupuestos del derecho de retención conforme al § 273 I

A) PRETENSIONES RECÍPROCAS

- 3 Las pretensiones entre deudor y acreedor deben estar en una **relación de reciprocidad**. Así pues, el deudor que retiene la prestación debe ser al mismo tiempo acreedor de la contraprestación y a la inversa. No obstante, este presupuesto también se afirma cuando el contracrédito solo le corresponde al deudor junto con otro (p. e., coherederos)¹⁶⁴. No es necesario que las pretensiones sean *de la misma especie*. Si se enfrentan dos pretensiones de la misma especie (p. e., créditos pecuniarios), en principio tiene prioridad la compensación conforme a los §§ 387 ss. (→ § 18 n. m. 1 ss.).

B) CONEXIÓN DE LAS PRETENSIONES

- 4 Las pretensiones deben basarse en **la misma relación jurídica**. Esta nota es interpretada ampliamente por la jurisprudencia, de modo que basta una *relación unitaria* internamente coherente¹⁶⁵. Con ello se consideran también pretensiones derivadas de negocios jurídicos distintos, que están en una relación natural, económica y de contenido tal, que sería contrario a la buena fe que una pretensión pudiera exigirse sin tener en cuenta la contrapretensión¹⁶⁶. De acuerdo con esto, el § 273 I se aplica, en particular, a las preten-

¹⁶⁴ BGHZ 38, 122 (125); Palandt/*Grüneberg* § 273 n. m. 6.

¹⁶⁵ BGHZ 92, 194 (196); 115, 99 (103); HK-BGB/*Schulze* § 273 n. m. 7.

¹⁶⁶ BGHZ 64, 122 (125); 115, 99 (103 s.); BGH NJW 2004, 3484 (3485).

siones recíprocas en el marco de una relación comercial continua, pero también a las pretensiones recíprocas por la disolución de un matrimonio o de una comunidad similar a la matrimonial¹⁶⁷. En cambio, el § 273 no es aplicable a la relación entre la pretensión de prestación y la pretensión de contraprestación en el marco de un contrato bilateral. Aquí entra en juego el § 320 (→ § 15 n. m. 14 ss.) como *lex specialis*.

C) EXIGIBILIDAD Y VENCIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

- 5 Dado que el ejercicio del derecho de retención supone hacer valer la contraprestación, esta debe ser plenamente eficaz, exigible y vencida (→ § 12 n. m. 21). La exigibilidad falta cuando se puede oponer una excepción propia a la pretensión. Sin embargo, de acuerdo con el § 215, la *prescripción* de la contraprestación no excluye el ejercicio del derecho de retención si la prescripción aún no se había producido cuando nació el derecho a denegar la prestación. Esta excepción se basa en la consideración de que sería contrario al sentido de la justicia exigir al deudor la prestación a la que está obligado a pesar de que su contraprestación fue una vez plenamente eficaz frente a la pretensión del acreedor¹⁶⁸.

D) NO EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

- 6 El ejercicio del derecho de retención no puede estar excluido. Tal exclusión puede derivarse, de un lado, de un **acuerdo de las partes** como, por ejemplo, el pacto de un deber de prestación anticipada. No obstante, tratándose de cláusulas en cláusulados generales hay que tener en cuenta el § 309 n. 2b, conforme al cual el derecho de retención no puede ser excluido o limitado eficazmente en tanto la contraprestación se base en la misma relación contractual que la pretensión del acreedor.
- 7 Se puede encontrar una **exclusión legal** del derecho de retención, entre otros, en relación con la pretensión del poderdante para la restitución del documento de apoderamiento (§ 175) y la pretensión del arrendador de inmuebles, viviendas y otros espacios para la restitución de la cosa arrendada, en el

¹⁶⁷ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 273 n. m. 9 s. con más referencias.

¹⁶⁸ BGHZ 48, 116 (117) respecto al § 390 inciso 2 en su antigua versión.

§ 570. Además, las *prohibiciones* legales *de compensación* también pueden conducir a una exclusión del derecho de retención en tanto que, de acuerdo con su sentido y finalidad, puedan aplicarse al derecho de retención. Así, según el § 393 por analogía, el deudor tiene prohibido hacer valer el derecho de retención frente a las pretensiones derivadas de actos ilícitos dolosos ¹⁶⁹.

- 8 Más allá de esto, también hay que considerar la exclusión del derecho de retención basada en la **naturaleza de la relación obligatoria**. Esto puede deducirse tanto de las cualidades individuales o de la función del bien debido (p. e., cosas perecederas, carné de identidad y carné de conducir) como de la necesidad de protección del acreedor (p. e., salario inembargable y pretensiones legales de alimentos) ¹⁷⁰.
- 9 Por último, la limitación del derecho de retención puede deducirse de la **buena fe** (§ 242). Procede tomar esto en consideración, en particular, cuando la alegación del derecho de retención no es un medio adecuado, necesario ni razonable para asegurar la propia pretensión. Por eso el derecho de retención no puede ser ejercitado cuando la contrapretensión del deudor está suficientemente garantizada de otra manera o debe ser calificada de nimia en relación con la pretensión del acreedor ¹⁷¹. Lo mismo es aplicable cuando se deniega el cumplimiento de un crédito indiscutido por contracréditos cuya aclaración es tan difícil y requiere tanto tiempo que el crédito del acreedor no podría exigirse en un período de tiempo indefinido ¹⁷².

3. Casos especiales

A) EL DERECHO DE RETENCIÓN CONFORME AL § 273 II

- 10 Si el deudor está obligado a restituir un bien, de acuerdo con el § 273 II también dispone de un derecho de retención si tiene una contrapretensión vencida por *gastos* en la cosa o por indemnización de *daños* que han sido causados por el bien. El concepto de bien ha de entenderse ampliamente. Incluye no solo cosas sino también créditos y otros derechos, así como posiciones jurídicas que se inscriben indebidamente en el Registro de la Pro-

¹⁶⁹ Cfr. MüKoBGB/*Schlüter* § 393 n. m. 1.

¹⁷⁰ Cfr. OLG Köln NJW-RR 1997, 57 (59); HK-BGB/*Schulze* § 273 n. m. 12.

¹⁷¹ Cfr. BGHZ 7, 123 (127); BAG NJW 1997, 274 (276); BGH NJW 2004, 3484 (3485); Jauernig/*Stadler* § 273 n. m. 17; Staudinger/*Bittner*, 2014, § 273 n. m. 100 ss.

¹⁷² BGHZ 91, 73 (83).

piEDAD (los denominados derechos vinculados a la inscripción)¹⁷³. A diferencia de lo que ocurre en el § 273 I, en los casos del párrafo 2 no es necesario comprobar la conexión; antes bien, la ley la presupone.

Ejemplo: A ha encontrado el perro pastor de B, que se había escapado. Alimenta al animal (costes, 25 euros) y es mordido (costes médicos, 50 euros).

B tiene frente a A una pretensión de restitución del perro ex § 985. Por su parte, A puede exigir a B el resarcimiento de los costes de alimentación (§ 970) y de los costes médicos (§ 833, inciso 1). Por esas pretensiones le corresponde un derecho de retención ex § 273 II.

- 11** El § 273 II no contiene **una regulación especial excluyente**. Por eso también puede hacerse valer al mismo tiempo el derecho de retención del poseedor frente al propietario ex § 1000 o el derecho de retención del poseedor de la herencia frente a los herederos ex § 2022. Según la opinión general, el § 273 I también puede aplicarse junto con el párrafo 2¹⁷⁴. Si se da la conexión necesaria conforme al § 273 I, ambos derechos coexisten.

El deudor no puede hacer valer el derecho de retención ex § 273 II, según su parte 2, si ha conseguido el bien mediante un **acto ilícito doloso**. Sin embargo, según la opinión dominante, también en este caso puede basarse en el § 273 I, no debiendo aplicarse por analogía la causa de exclusión del § 273 II, parte 2¹⁷⁵. A primera vista, parece injusto no aplicar el § 273 II, parte 2. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos se llega al mismo resultado mediante la aplicación analógica del § 393 (→ § 18 n. m. 13).

Ejemplo: Si en el caso del perro pastor (→ § 15 n. m. 10) A robó el animal, no puede oponer el derecho de retención del § 273 II a la pretensión de restitución de B ex § 985. En cambio, el derecho de retención del § 273 I no queda excluido por el párrafo 2, parte 2. Sin embargo, en este caso B no solo dispone de una pretensión de restitución ex § 985, sino también de una ex § 823 I en relación con el § 249 I (restitución in natura). La alegación del derecho de retención del § 273 I frente a esta pretensión queda excluida conforme al § 393 por analogía.

B) EL DERECHO DE RETENCIÓN MERCANTIL (§§ 369 ss. HGB)

- 12** Si dos comerciantes mantienen relaciones contractuales, hay que pensar en las normas especiales respecto del **derecho de retención mercantil** (§§ 369 ss.

¹⁷³ BGHZ 75, 288 (293); HK-BGB/Schulze § 273 n. m. 14.

¹⁷⁴ Soergel/Forster § 273 n. m. 25.

¹⁷⁵ Palandt/Grüneberg § 273 n. m. 24; MüKoBGB/Krüger § 273 n. m. 87.

HGB). Este derecho de retención presupone que un comerciante ostente frente a otro comerciante un crédito vencido que derive de un negocio mercantil bilateral. Solo se refiere a *cosas muebles* (mercancías) y *valores* del deudor que han llegado a la posesión del acreedor a causa de un negocio mercantil bilateral. El derecho de retención queda excluido si su ejercicio contradijera una instrucción dada por el deudor a más tardar al momento de la entrega o una obligación asumida por el acreedor en relación con el bien (§ 369 III HGB).

Para profundizar: El derecho de retención mercantil mejora la posición del titular respecto de la regulación general del § 273 I en algunos puntos esenciales. Es especialmente significativo que no se requiere *ninguna conexión* entre las pretensiones. Además, el derecho de retención mercantil da al titular un *derecho de satisfacción* similar al derecho de prenda (§ 371 HGB). No obstante, si la satisfacción no se produce mediante la ejecución forzosa, el acreedor deberá haber obtenido antes un título ejecutivo contra el propietario o el deudor para su derecho de satisfacción (§ 371 III HGB).

C) EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL POSEEDOR FRENTE AL PROPIETARIO

- 13** Si hay una relación propietario-poseedor, pueden derivarse a favor del poseedor pretensiones resarcitorias por gastos en el bien (§§ 994 ss.). Con respecto a estas pretensiones, el § 1000 prevé un derecho de retención especial que el poseedor puede oponer a la pretensión de restitución del propietario ex § 985. La particularidad más importante frente al § 273 II es que la pretensión del poseedor para que se le resarzan los gastos en el bien **no** tiene que estar **vencida**. Se renunció conscientemente a la exigencia del vencimiento porque la pretensión derivada de los §§ 994 ss. antes de la recuperación de la cosa por el propietario solo deviene vencida si este ratifica los gastos en el bien (§ 1001). Por ello, de acuerdo con las reglas generales, el derecho de retención no prosperaría la mayoría de las veces a causa del vencimiento de la pretensión resarcitoria, lo que parece injusto.

II. LA EXCEPCIÓN PROPIA DE CONTRATO NO CUMPLIDO (§§ 320-322)

1. Principios básicos

- 14** En los contratos bilaterales existe entre los deberes principales de prestación de las partes una relación especialmente estrecha porque ambos deberes es-

tán en una **relación de intercambio**. La prestación de una parte es la retribución de la prestación de la otra parte; conforme a la voluntad de las partes, ambos deberes de prestación deben depender recíprocamente el uno del otro. Se habla también de una *vinculación sinalagmática* de los deberes¹⁷⁶.

Ejemplo: K compra por 15.000 euros un Volkswagen Polo a V. Según el § 433 I, V está obligado a entregar y traspasar el automóvil. K debe pagar el precio de compra, según el § 433 II. Ambos deberes se encuentran en una relación de intercambio.

- 15** El exacto encuadre del derecho a denegar la prestación conforme a los §§ 320 ss. es discutido. El trasfondo es una controversia teórica acerca de la «esencia del sinalagma», que tiene su origen en la época previa a la entrada en vigor del BGB¹⁷⁷. Conforme a la **teoría de la excepción**, el derecho a denegar la prestación en los contratos bilaterales se basa en una verdadera excepción propia y por eso solo hay que tomarlo en cuenta si la excepción se alega en un proceso. De este modo, la excepción propia de contrato no cumplido es solo un caso especial del derecho general de retención ex § 273 I¹⁷⁸. Conforme a la **teoría del intercambio**, la vinculación de prestación y contraprestación es parte del contenido de los deberes de prestación y por ello existe con independencia de si el deudor la invoca. Según esto, cada uno de los créditos que se encuentra en relación de reciprocidad está limitado por ley desde el principio, de manera que cualquier persona solo puede exigir la prestación que le corresponde a cambio de la simultánea contraprestación que a ella le obliga¹⁷⁹.
- 16** En la **práctica jurídica**, ambos pareceres llegan regularmente al mismo resultado. Así, la teoría del intercambio reconoce también que el derecho a denegar la prestación solo ha de tomarse en cuenta en el *proceso* si el demandado lo alega. En otro caso, será condenado a la prestación sin restricción. En cambio, en términos de *Derecho sustantivo*, según ambos pareceres el derecho a denegar la prestación puede desplegar efectos aun cuando el deudor no formule la excepción¹⁸⁰. Esto tiene importancia práctica en el régimen jurídico de la contravención de la prestación. Si se dan los presupuestos del § 320, el deudor no tendrá que ejecutar la prestación aun cuando inicialmente no haga valer su derecho a denegar la prestación. Por eso la

¹⁷⁶ Cfr. BGHZ 161, 241 (251); Soergel/*Gsell*, Previo al § 323 n. m. 14 ss.; Staudinger/*Schwarze*, 2015, Vorbem. zu §§ 320–326 n. m. 17 ss.; Brox/*Walker* SchuldR AT § 13 n. m. 14.

¹⁷⁷ MüKoBGB/*Emmerich*, Previo al § 320 n. m. 13 ss.

¹⁷⁸ Cfr. Erman/*Westermann* § 320 n. m. 2.

¹⁷⁹ Así, p. e., Larenz SchuldR I § 15 I.

¹⁸⁰ Cfr. Erman/*Westermann* § 320 n. m. 16; Medicus/*Lorenz* SchuldR AT n. m. 246, 463.

omisión de la prestación no es contraria al deber, de modo que el deudor **tampoco** incurre en mora (→ § 22 n. m. 7).

2. Presupuestos del derecho a denegar la prestación

- 17 El derecho a denegar la prestación conforme a los §§ 320 ss. presupone que exista entre las partes un contrato bilateral. Además, el crédito en el que el deudor apoya el derecho a denegar la prestación ha de estar en una **relación de reciprocidad** (sinalagma) con el crédito del acreedor. Tal relación de reciprocidad solo se da, según la opinión tradicional, en el caso de los **deberes principales de prestación** (→ § 15 n. m. 14)¹⁸¹. En cambio, más recientemente, a menudo se tiene en cuenta la importancia que tienen los deberes respectivos conforme a la voluntad de las partes en el marco del contrato obligatorio¹⁸². Al mismo tiempo se advierte, con razón, que las partes son libres de incluir **típicos deberes accesorios de prestación** en la relación de reciprocidad.

Ejemplo: Si K compra una alfombra persa al vendedor de alfombras V, V está obligado según el § 433 I a entregar y traspasar la alfombra a K; por su parte, K debe pagar el precio acordado, según el § 433 II. Ambos son deberes principales de prestación que se encuentran en una relación de intercambio. Conforme al § 433 II, K está obligado, además, a recibir la alfombra. Este es, por lo general, un simple deber accesorio de prestación que no está vinculado sinalagmáticamente con el deber de V ex § 433 I¹⁸³. Sin embargo, las partes pueden incorporar expresa o tácitamente el deber de recibir la cosa comprada a la relación de reciprocidad. Esto puede suponerse si la recepción tiene especial importancia para V (p. e., liquidación total). Conforme a la opinión tradicional, la aplicabilidad del § 320 en estos casos se explica por el hecho de que, en el caso concreto, las partes han revalorizado la recepción como un deber principal de prestación¹⁸⁴. En este sentido, por tanto, se trata en última instancia de una cuestión terminológica. Lo decisivo es que, cuando se trata de deberes accesorios de prestación, la vinculación sinalagmática debe estar especialmente justificada.

¹⁸¹ Cfr. BGHZ 161, 241 (251); Staudinger/Schwarze, 2015, § 320 n. m. 14 ss.; Jauernig/Stadler § 320 n. m. 7; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 239.

¹⁸² Cfr. BeckOK BGB/Schmidt, 50. Ed. 1.5.2019, § 320 n. m. 12; HK-BGB/Schulze § 320 n. m. 3; MüKoBGB/Emmerich § 320 n. m. 30; Palandt/Grüneberg Einf. v. § 320 n. m. 17; Harke SchuldR AT n. m. 168; a favor de la aplicación de los §§ 320 ss. a todos los deberes de prestación derivados del contrato, Soergel/Gsell § 320 n. m. 14.

¹⁸³ Cfr. Palandt/Weidenkaff § 433 n. m. 44.

¹⁸⁴ Cfr. BeckOK BGB/Schmidt, 50. Ed. 1.5.2019, § 320 n. m. 12; MüKoBGB/Emmerich § 320 n. m. 32.

- 18** La pretensión de contraprestación debe ser *eficaz* y estar *vencida*. Sin embargo, según el § 215, la **prescripción** de la pretensión de contraprestación no excluye la excepción propia ex § 320 si la prescripción se ha producido después del nacimiento del derecho a denegar la prestación. Es cierto que el § 215 solo habla de un derecho de retención. Pero no cabe duda de que con ello se trata de incluir también el derecho a denegar la prestación ex § 320¹⁸⁵.
- 19** La excepción propia de contrato no cumplido (§ 320) presupone, además, que el propio deudor se comporte **de forma leal al contrato**. Por eso no se puede hacer valer si el deudor rechaza sin motivo ejecutar la propia prestación o él mismo se encuentra en mora¹⁸⁶.
- 20** El derecho a denegar la prestación ex § 320 no podrá ejercitarse una vez que la contraprestación haya sido ejecutada por completo. Sin embargo, en caso de mera **prestación parcial** del acreedor, el deudor puede denegar toda la prestación siempre y cuando, excepcionalmente, esto no sea contrario a la buena fe (§ 320 II). Un *deber de prestación anticipada* del deudor excluye el derecho a denegar la prestación (§ 320 I 1, parte 2); en este caso es aplicable el § 321 (→ § 15 n. m. 22). El § 320 I 3 declara inaplicable el § 273 III. Por tanto, el derecho a denegar la prestación no puede evitarse prestando una garantía.

3. Consecuencias jurídicas

- 21** Si el deudor hace valer la excepción propia de contrato no cumplido, no se desestimarán la demanda; antes bien, el deudor será condenado a satisfacer la pretensión del acreedor si **simultáneamente** recibe la contraprestación (§ 322). De este modo, el derecho a denegar la prestación tiene el mismo efecto *procesal* que el derecho de retención del § 273.

4. Excepción propia de inseguridad en caso de deber de prestación anticipada (§ 321)

- 22** Si un contratante ha asumido en el marco de un contrato bilateral un **deber de prestación anticipada**, el § 320 no es aplicable (→ § 15 n. m. 20). Sin embargo, también aquí puede surgir la necesidad de conceder al deudor un

¹⁸⁵ Cfr. NK-BGB/*Mansel/Stürner* § 215 n. m. 5. Sobre la situación jurídica antes de la entrada en vigor del § 215, BGHZ 53, 122 (125); BGH NJW 2006, 2773 = JA 2006, 810 (*Stadler*).

¹⁸⁶ BGHZ 50, 175 (177); BGH NJW-RR 1995, 564 (565); NJW 2002, 3541 (3542); HK-BGB/*Schulze* § 320 n. m. 6.

derecho a denegar la prestación, concretamente, si después de la conclusión del contrato se hace manifiesto que la pretensión de contraprestación de quien ha de prestar anticipadamente se ve amenazada por la falta de capacidad de prestación de la otra parte. En este caso debe protegerse la especial *confianza* del deudor, vinculada a la asunción del deber de prestación anticipada, en la capacidad de prestación del cocontratante. De ahí que, según el § 321 I, el deudor esté legitimado para denegar la prestación a la que está obligado hasta que se ejecute la contraprestación o se excluya el riesgo de la prestación anticipada mediante la prestación de una garantía.

A diferencia del Derecho antiguo (§ 321 en su antigua versión), el ámbito de aplicación del § 321 no se limita al caso de que la pretensión de contraprestación se vea amenazada por un **empeoramiento de las circunstancias patrimoniales** de la otra parte. También se consideran otros obstáculos inminentes a la prestación que pueden impedir o retrasar la ejecución de la contraprestación conforme al contrato¹⁸⁷. El impedimento ya tampoco tiene que surgir **tras la conclusión del contrato**; basta con que se ponga de **manifiesto** después¹⁸⁸.

- 23** Si el deudor obligado a la prestación anticipada dispone de un derecho a denegar la prestación conforme al § 321 I, se plantea la cuestión de cómo puede acabar con la situación de pendencia y desvincularse del contrato si el acreedor no reacciona a su ejercicio. El § 321 II regula esto. Conforme a él, el deudor puede fijar un **plazo** razonable, dentro del cual el acreedor, de forma simultánea a la prestación, tiene que ejecutar la contraprestación o prestar garantía, a su elección. Transcurrido el plazo sin éxito, puede **resolver** el contrato conforme al § 323 por analogía¹⁸⁹. De la remisión al § 323 se deriva que la fijación de un plazo es innecesaria si se dan los presupuestos del § 323 II. De acuerdo con el sentido y la finalidad de la remisión, la limitación del § 323 II n. 3 al caso de prestación defectuosa (→ § 33 n. m. 5), efectuada al transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores, no debe tomarse en cuenta porque en los casos del § 321 solo puede tratarse, desde el principio, de una omisión de prestación¹⁹⁰. La resolución conforme al § 321 II queda descartada si el deudor ha ejecutado completamente su prestación anticipada¹⁹¹.

¹⁸⁷ BGH NJW 2010, 1272 (1273); de otra opinión respecto de los impedimentos transitorios de la prestación, *Kaiser* NJW 2010, 1254 (1255).

¹⁸⁸ BGH NJW 2010, 1272 (1273).

¹⁸⁹ BGH NJW 2010, 1272 (1274); *Soergel/Gsell* § 321 n. m. 59.

¹⁹⁰ Así, también, *Schmitt* in *Brönneke/Tonner*, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo 7 n. m. 43.

¹⁹¹ BGHZ 112, 279 (287); *Soergel/Gsell* § 321 n. m. 59; *Kaiser* NJW 2010, 1254 (1256).

En opinión del BGH, la simple existencia del derecho a denegar la prestación ex § 321 tiene como consecuencia que el deudor **no** incurre en **mora**. Por tanto, igual que en el § 320 (→ § 15 n. m. 16), la mora no queda excluida únicamente por la alegación de la excepción propia. No obstante, ante una demanda o un requerimiento de la prestación por parte del acreedor, el deudor debe mencionar la razón de la denegación de la prestación para que el acreedor pueda evitarla prestando garantía o realizando la contraprestación¹⁹².

Bibliografía: *Derleder/Karabulut*, Schuldnerverzug und Zurückbehaltungsrechte des Allgemeinen Schuldrechts, JuS 2014, 102; *Ernst*, Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug, AcP 199 (1999), 485; *Ernst*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 2000; *Kaiser*, Unsicherheitseinrede des Vorleistungspflichtigen nach § 321 I BGB, NJW 2010, 1254; *Keller*, Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, JuS 1982, 665; *Münzberg*, Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nichterfüllten Vertrags im Prozess, NJW 1961, 540; *Schur*, Die Verknüpfung wechselseitiger Leistungen, JuS 2006, 673.

§ 16 CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS NEGOCIALES MEDIANTE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

- 1 Las condiciones generales de la contratación (CGC) ocupan una importante posición en la vida económica moderna. Particularmente en los negocios en masa, el predisponente puede obtener **ventajas** mediante el establecimiento unilateral de las condiciones contractuales. Puede estandarizar el desarrollo del contrato y limitar su riesgo contractual (p. e., mediante reserva de dominio). Si la ley no contiene para el tipo contractual en cuestión ninguna norma, o solo contiene normas rudimentarias (p. e., franchising, contratos de seguro y bancarios), el contrato a menudo se configura, incluso completamente, por medio de CGC. Sin embargo, lo que es ventajoso para el predisponente puede ser **desfavorable** para el cocontratante. No obstante, en la práctica el cocontratante solo raras veces conseguirá sustraerse por completo a la vigencia de las CGC o al menos introducir variaciones en los detalles. Por eso es tarea de legislación y jurisprudencia contrarrestar los peligros vinculados a la utilización de las CGC.

¹⁹² BGH NJW 2010, 1272 (1274); críticamente, *Kaiser* NJW 2010, 1254 (1255).

- 2 Inicialmente, la jurisprudencia protegió al cocontratante mediante un control de contenido de las CGC sobre la base del § 242 (→ § 4 n. m. 13 y 20). La AGBG de 9.12.1976 consolidó legalmente esta protección. En la reforma del Derecho de obligaciones, el legislador **integró** la *parte de Derecho sustantivo* de la AGBG en el BGB (§§ 305 ss.) (→ § 2 n. m. 15). En cambio, para la *parte de Derecho procesal* se promulgó una **Ley de acciones de cesación** (UKlaG) independiente.
- 3 En la interpretación de los §§ 305 y ss. hay que tener en cuenta que los preceptos también sirven a la transposición de la **Directiva de la CE 93/13/CEE** sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores de 5.4.1993 (Directiva sobre cláusulas)¹⁹³. De ahí que, en caso de duda, sea necesaria una interpretación de conformidad con la Directiva¹⁹⁴.
- 4 A diferencia de la Directiva sobre cláusulas, los §§ 305 ss. no se limitan a la protección de los **consumidores** (§ 13). No obstante, algunos preceptos no son aplicables a las CGC que se emplean frente a un empresario (§ 14) (cfr. § 310 I). Además, hay reglas especiales para los **contratos con consumidores** (§ 310 III) que se basan en la Directiva sobre cláusulas y que, por ello, se han incorporado más tarde a la concepción alemana de protección.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS §§ 305 SS.

- 5 La integración de las normas de Derecho sustantivo de la AGBG en el Derecho general de obligaciones no debe llevar a suponer que los §§ 305 ss. no son aplicables a los **contratos reales** (p. e., pacto de una reserva de dominio o de una transmisión en garantía). Es decir, el ámbito de aplicación no puede deducirse de la posición sistemática en el Derecho general de obligaciones¹⁹⁵. Sin embargo, la ubicación deja claro que el **centro de gravedad** del Derecho de las CGC se encuentra en los **contratos obligatorios**.
- 6 Conforme al Derecho antiguo, los **contratos de trabajo** estaban excluidos en general del control de las CGC (§ 23 I AGBG). Según el § 310 IV 2, ahora en principio están incluidos aunque, de acuerdo con el § 310 IV 2, parte 1, las «particularidades vigentes en el Derecho del trabajo» deben te-

¹⁹³ En detalle al respecto, *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl. 2009, 403 ss.

¹⁹⁴ Cfr. *Palandt/Grüneberg* § 310 n. m. 23 ss.

¹⁹⁵ Respecto del encuadre sistemático, cfr. también *Brox/Walker* BGB AT § 10 n. m. 7.

nerse en cuenta adecuadamente¹⁹⁶. Pensemos, por ejemplo, en las particularidades de los empleadores eclesiásticos¹⁹⁷. Sin embargo, según la jurisprudencia del BAG, el significado del § 310 IV 2 va más allá de considerar las particularidades de tales «sectores específicos» del Derecho del trabajo. Abarca **todas las particularidades jurídicas** del Derecho del trabajo. Así, el BAG niega la aplicabilidad del § 309 n. 6 considerando que, en el Derecho del trabajo, dado que la dirección del trabajo no es susceptible de ejecución según el § 888 III ZPO, hay una especial necesidad de pactar penas convencionales¹⁹⁸. El § 310 IV 2, parte 2, dispone expresamente que el § 305 II y III no es de aplicación. Por tanto, en los contratos de trabajo no tiene lugar un control de incorporación (→ § 16 n. m. 10 ss.). Considerando el claro juicio de valor del legislador, también queda descartada una aplicación analógica del § 305 II y III. Tampoco de los principios de interpretación conforme a la Directiva se deriva otro juicio, dado que, según su Considerando 10, la Directiva sobre cláusulas no es aplicable a los contratos de trabajo¹⁹⁹. Las cláusulas sorprendentes o ambiguas, en cambio, también son ineficaces en el Derecho del trabajo conforme al § 305c²⁰⁰. Igual que antes, no son susceptibles de control los convenios colectivos, los acuerdos empresariales y los acuerdos de servicios (§ 310 IV 1). Además, la UKlaG, según el § 15, no se aplica en el ámbito del Derecho del trabajo (los sindicatos no tienen derecho a ejercitar una acción).

III. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO

- 7 El concepto de las CGC se define en el § 305 I 1. Conforme a él, quedan comprendidas todas las condiciones contractuales predispuestas para una pluralidad de contratos, que el predisponente fija al cocontratante al celebrar el contrato.
- 8 Las condiciones contractuales son **predispuestas** si su contenido ya estaba fijado antes de celebrarse el contrato²⁰¹. En principio, las condiciones con-

¹⁹⁶ Sobre el control de las CGC en los contratos de trabajo, BAG NZA 2006, 872 (873); NJW 2006, 2653; MüKoBGB/*Basedow* § 310 n. m. 129 s.; *Hansen ZGS*2004, 21 ss.

¹⁹⁷ BT-Drs. 14/7052, 189; cfr. también BAG NZA 2006, 872 (874).

¹⁹⁸ Cfr. BAG NZA 2004, 727 (729 ss.); 2009, 370 (374) = JA 2010, 303 (*Krause*); NK-BGB/*Kollmann* § 310 n. m. 60 ss.; *Morgenroth/Leder* NJW 2004, 2797 ss.

¹⁹⁹ Más detalladamente sobre todo esto, BAGE 147, 342 = NZA 2014, 1076 n. m. 56 s.

²⁰⁰ MüKoBGB/*Basedow* § 310 n. m. 134; *Staudinger/Krause*, 2013, Anh. zu § 310 n. m. 154 ss., 172 ss.; cfr. también BAGE 147, 342 n. m. 58 ss.

²⁰¹ HK-BGB/*Schulte-Nölke* § 305 n. m. 3.

tractuales deben estar predispuestas para una **pluralidad** de contratos. Por tanto, el predisponente debe tener la intención de emplear las condiciones repetidas veces²⁰². Constituyen una excepción los **contratos con consumidores** en los que el empresario se sirve de un formulario contractual preimpreso. Aquí basta que se empleen **una sola vez** (§ 310 III n. 2). En este caso el consumidor parece especialmente digno de protección porque, a causa de la predisposición, no puede ejercer ninguna influencia en el contenido²⁰³.

- 9 El predisponente debe **fijar** las condiciones contractuales a su cocontratante al celebrar el contrato, esto es, exigir unilateralmente su incorporación. No hay CGC si las condiciones contractuales han sido negociadas por las partes. El acuerdo individual debe estar sujeto a estrictas exigencias, el cocontratante debe estar efectivamente en condiciones de influir en el contenido contractual²⁰⁴. En los **contratos con consumidores** las CGC se consideran **fijadas por el empresario** a no ser que este pruebe que han sido introducidas en el contrato por el consumidor (§ 310 III n. 1). De este modo, también son imputables al empresario las CGC que han sido introducidas en el contrato por un **tercero** (p. e., notario y mediador)²⁰⁵.

En cambio, si un texto contractual predispuesto por terceros es empleado de común acuerdo entre particulares, no hay una «fijación» unilateral si en las negociaciones la otra parte podía aportar alternativamente sus propias propuestas de texto con la posibilidad efectiva de imponerlas²⁰⁶.

IV. CONTROLES DE INCORPORACIÓN

1. Principios generales

- 10 Cuando hay CGC se plantea la cuestión de si estas se han incorporado al contrato eficazmente. Los presupuestos generales para la **incorporación** de las CGC se regulan en el § 305 II. Según este, son necesarias la correspondiente advertencia sobre las CGC empleadas (§ 305 II n. 1), la razonable posibilidad de que el cocontratante tome conocimiento de ellas (§ 305 II n. 2) y su conformidad con su vigencia (§ 305 II i. f.).

²⁰² BGH NJW 1997, 135; crítico frente al «criterio de la pluralidad», *Buz* AcP219 (2019), 1 ss.

²⁰³ Cfr. *Leuschner* AcP207 (2007), 491 (505).

²⁰⁴ BGH NJW 2000, 1110 (1111); 2010, 1131 (1133).

²⁰⁵ Palandt/*Grüneberg* § 310 n. m. 12.

²⁰⁶ BGH NJW 2010, 1131.

- 11** La **advertencia** sobre las CGC empleadas debe efectuarse al celebrarse el contrato. Una advertencia más tardía, p. e., en la nota de entrega o en el recibo, no es suficiente. La **toma de conocimiento** es *posible y razonable* si el cocontratante tiene libre acceso a las CGC y estas son claramente legibles²⁰⁷. La necesaria **conformidad** del cocontratante para la incorporación de las CGC puede ser declarada expresa o implícitamente²⁰⁸. Por regla general, la conformidad tendrá que admitirse si el cocontratante del predisponente celebra el contrato tras la advertencia sobre las CGC y la posibilidad razonable de tomar conocimiento de ellas.
- 12** De acuerdo con el § 305 III, las partes también pueden acordar anticipadamente la vigencia de determinadas CGC para un determinado tipo de negocios jurídicos. También estos **acuerdos marco** deben satisfacer las exigencias del § 305 II²⁰⁹. El § 305a prevé, además, que en **casos especiales** las CGC pueden llegar a ser contenido contractual incluso sin la observancia de las exigencias señaladas en el § 305 II n. 1 y n. 2.

2. Consideración de las discapacidades físicas

- 13** Para determinar si es posible una toma de conocimiento razonable, el predisponente debe tener en cuenta adecuadamente la **discapacidad física** del cliente que le sea reconocible (§ 305 II n. 2). Por tanto, la ley prevé a este respecto una subjetivación del parámetro; sin embargo, en otro caso, hay que ajustarse al cliente medio, igual que antes²¹⁰. Por lo demás, puede resultar dudoso lo que significa «adecuadamente». Con esta formulación restrictiva el legislador quiso impedir que el predisponente tenga que hacer esfuerzos poco rentables²¹¹. Las *discapacidades mentales* no han de tomarse en consideración particularmente. Esto se explica por el hecho de que en el § 305 II no se trata de posibilitar al cliente la comprensión de las CGC²¹².

Para profundizar: Es dudoso si las CGC en alemán también se incorporan eficazmente al contrato en relación con los ciudadanos *extranjeros*, si el predisponente puede reconocer que su cocontratante no domina suficientemente el idioma alemán. Parte de la doctrina propone extender la idea normativa del § 305 II n. 2 a este

²⁰⁷ Sobre los detalles, cfr. Palandt/*Grüneberg* § 305 n. m. 32 ss.

²⁰⁸ Cfr. *Schmidt* NJW 2011, 1633.

²⁰⁹ Palandt/*Grüneberg* § 305 n. m. 44.

²¹⁰ BT-Drs. 14/6040, 150.

²¹¹ Cfr. la toma de postura del Bundesrat, BR-Drs. 338/01, 40.

²¹² Cfr. NK-BGB/*Kollmann* § 305 n. m. 67.

caso²¹³. Sin embargo, en contra de ello habla que la concesión de privilegios a los discapacitados físicos descansa en una valoración de intereses muy específica, que no puede trasladarse a la especial situación de los clientes extranjeros con déficits de idioma²¹⁴. Por las mismas razones, tampoco los analfabetos están especialmente protegidos por el § 305 II n. 2²¹⁵. Si los contratantes han elegido el idioma alemán como idioma de negociación y del contrato, en principio todo el contenido contractual, incluidas las CGC, vale frente al contratante extranjero²¹⁶. El empleo del idioma alemán tampoco justifica en un caso así un efecto sorpresa en el sentido del § 305c I²¹⁷.

3. Particularidades del empleo de CGC frente a empresarios

- 14 Si se emplean CGC frente a un **empresario**, una persona jurídica de Derecho público o un patrimonio especial de Derecho público, el § 305 II y III *no es de aplicación* (§ 310 I). Así, en relación con los empresarios, cualquier consenso de voluntades, también implícito, basta para la incorporación de las CGC, independientemente de los presupuestos del § 305 II y III²¹⁸. El § 305 II y III es asimismo inaplicable a los contratos de trabajo, según el § 310 IV 2, parte 2.

Para profundizar: En los contratos entre empresarios puede surgir el problema de que ambas partes incluyan CGC *contradictorias* entre sí en sus declaraciones de voluntad²¹⁹. En tales casos, la segunda declaración de voluntad significa una aceptación con cambios que, según el § 150 II, vale como nueva oferta. Si acto seguido la otra parte cumple el contrato, en ello podría verse una aceptación implícita de la nueva oferta. De este modo, serían determinantes las CGC del contratante que hubiera emitido la última declaración de voluntad. Sin embargo, es más conforme a los intereses en juego suponer que las CGC contradictorias entre sí no llegan a ser contenido contractual. En realidad, con ello hay un disenso (§§ 154 y 155). La consecuencia sería la ineficacia del contrato. Sin embargo, según el § 306 I, el contrato debe conservarse en lo posible. Por eso la opinión dominante parte de la eficacia del contrato. La ley dispositiva sustituye entonces las CGC contradictorias.

²¹³ *Graf v. Westphalen* NJW 2002, 12 (13 s.).

²¹⁴ Así, también, NK-BGB/*Kollmann* § 305 n. m. 78; *Schäfer* JZ 2003, 879 (880 s.).

²¹⁵ *Erman/Roloff* § 305 n. m. 39; *Palandt/Grüneberg* § 305 n. m. 38.

²¹⁶ BGH NJW 1983, 1489, *Staudinger/Schlosser*, 2013, § 305 n. m. 141. Sobre esta problemática, extensamente, *Temming* GPR 2016, 38 ss.

²¹⁷ BAGE 147, 342 = NZA 2014, 1076 n. m. 62.

²¹⁸ *Palandt/Grüneberg* § 310 n. m. 4. Sobre la incorporación de las CGC en el tráfico negocial empresarial, cfr. también *Schmidt* NJW 2011, 3329 ss.

²¹⁹ Sobre el planteamiento del problema, cfr. BGHZ 61, 282 (288 s.); BGH NJW 1991, 1605 (1606); *Brox/Walker* BGB AT § 10 n. m. 12; *Palandt/Grüneberg* § 305 n. m. 54.

V. CLÁUSULAS SORPRENDENTES Y AMBIGUAS (§ 305C)

- 15** Aunque se den los presupuestos generales de incorporación, no llegan a ser parte del contrato aquellas disposiciones con las que el cocontratante del predisponente razonablemente no tenía que contar (§ 305c I). Para que el cocontratante esté protegido de las **sorpresas**, las disposiciones deben mantenerse en el marco de lo que normalmente cabe esperar en los contratos de que se trate. Si una determinada cláusula es o no sorprendente, debe juzgarse de acuerdo con las posibilidades de conocimiento de un contratante medio²²⁰. Pero también han de tomarse en consideración las concretas circunstancias del contrato²²¹. La cláusula debe tener un **efecto sorpresa** que resulta de la contradicción sustantiva entre las expectativas del cocontratante y el contenido de la cláusula²²².
- 16** Si en la interpretación de las CGC surgen **dudas** que tampoco pueden disiparse tras agotar los métodos de interpretación, ello redundará en perjuicio del predisponente (§ 305c II). Si una *asociación de protección de los consumidores* hace valer la ineficacia de una cláusula conforme al § 1 UKlaG, ha de tomarse como base la interpretación más desfavorable para el cliente porque el tráfico jurídico también debe protegerse frente a las cláusulas ambiguas²²³. Pero, como ha aclarado expresamente el BGH repetidas veces en tiempos recientes, el principio de la interpretación más desfavorable al cliente también es aplicable en el *proceso individual*, siempre que esta interpretación conduzca a la ineficacia de la cláusula y, en consecuencia, sea más favorable para el cocontratante del predisponente. Sin embargo, si la cláusula resulta eficaz conforme a cualquiera de las interpretaciones que se tome en cuenta, en el proceso individual deberá tomarse como base la interpretación más favorable al cliente²²⁴.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NO INCORPORACIÓN O DE LA INEFICACIA

- 17** Si algunas cláusulas no llegan a ser parte del contrato o son ineficaces, el resto del contrato sigue siendo **eficaz**, según el § 306 I. En principio, las

²²⁰ BGH NJW 1985, 850 (851); 1995, 2635 (2638).

²²¹ BGH NJW 2000, 3299 (3300).

²²² Cfr. BAGE 147, 342 = NZA 2014, 1076 n. m. 62; MüKoBGB/*Basedow* § 305c n. m. 12.

²²³ BGHZ 100, 157 (178); 119, 152 (172).

²²⁴ BGH NJW 2008, 2172 (2173); cfr. también Palandt/*Grüneberg* § 305c n. m. 18.

cláusulas no incorporadas o ineficaces son sustituidas por la *ley dispositiva* (§ 306 II). En tanto no existan ninguna regulación legal, la laguna debe colmarse mediante la *interpretación integradora del contrato*. Al efecto hay que ajustarse a los que las partes habrían acordado razonablemente al ponderar los intereses de ambas ²²⁵.

Aunque la cláusula ineficaz sea sustituida por la ley dispositiva, puede darse el caso de que mantener el contrato represente una dificultad inexigible para una parte. Entonces, según el § 306 III, el contrato es **ineficaz** en su totalidad, con carácter excepcional.

VII. INTERPRETACIÓN Y CONTROL DE CONTENIDO

1. Visión general

- 18** Los §§ 305 ss. tratan de proteger a quien contrata con el predisponente frente a perjuicios unilaterales por medio de CGC. Para esto debe llevarse a cabo un **control de contenido**. Las normas para ello se encuentran en los §§ 307-309. Sin embargo, antes del control de contenido siempre es necesario **interpretar** las CGC, dado que si no no puede enjuiciarse si hay un perjuicio indebido para el cocontratante ²²⁶.

La jurisprudencia ha desarrollado principios particulares para la **interpretación** de las CGC. Dado que las CGC se dirigen a una pluralidad de destinatarios, la interpretación conforme al horizonte del destinatario depende de las posibilidades de comprensión de un **cliente medio** sin formación jurídica ²²⁷. Son decisivos el contenido objetivo y el sentido típico de las cláusulas en cuestión, tal como son entendidas por contratantes sensatos y honestos ponderando los intereses de los sectores del tráfico normalmente implicados ²²⁸. Las representaciones e intenciones individuales de las partes, en principio, no se toman en cuenta ²²⁹. No obstante, si las partes, de mutuo acuerdo, han atribuido a la cláusula un contenido diferente, este contenido

²²⁵ Palandt/*Grüneberg* § 306 n. m. 13.

²²⁶ Sobre la prioridad de la interpretación, cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 47 n. m. 45.

²²⁷ Cfr. BGH NJW 2015, 1440 n. m. 12; NK-BGB/*Looschelders* § 133 n. m. 87; MüKoBGB/*Busche* § 133 n. m. 25.

²²⁸ BGH NJW 2015, 1440 n. m. 12.

²²⁹ BGH VersR 2009, 341 (342); *Soergel/Hefermehl* § 133 n. m. 31; críticamente, *Wolf/Neuner* BGB AT § 47 n. m. 46.

es determinante en el marco de un procedimiento judicial individual²³⁰. Las dudas en la interpretación redundan en perjuicio del predisponente conforme al § 305c II (→ § 16 n. m. 16).

Según el § 307 III 1, el **control de contenido** solo se refiere, en principio, a aquellas CGC mediante las cuales se acuerdan regulaciones que divergen de las disposiciones jurídicas o que las integran. El precepto tiene la finalidad de sustraer al control de contenido las disposiciones sobre el objeto de la **prestación** y la cuantía de la **contraprestación**, porque estas cuestiones solo pueden ser reguladas por las partes. También se pretende impedir la modificación de **disposiciones legales** sobre el control de CGC del mismo tenor²³¹. Se aplica una excepción a la excepción a la **exigencia de transparencia** (→ § 16 n. m. 21), que también ha de observarse en las cláusulas que describen la prestación o declaratorias (§ 307 III 2).

- 19** En el control de contenido hay que distinguir entre la **cláusula general** del § 307 I y II y las **particulares prohibiciones de cláusulas** de los §§ 308 y 309. En la *resolución de casos*, tras la interpretación hay que examinar, en un primer paso, las particulares prohibiciones de cláusulas de los §§ 308 y 309, a cuyos efectos tiene prioridad el § 309 como norma sin posibilidad de valoración. En un segundo paso hay que ocuparse de la cláusula general del § 307 I y II²³². Frente a ello, la siguiente exposición sigue la *sistemática de la ley*. Esto se basa en la consideración de que los fundamentos y valoraciones del § 307 también han de tomarse en cuenta en la interpretación y aplicación de los §§ 308 y 309.

2. El control de contenido conforme al § 307 I y II

A) LA CLÁUSULA GENERAL DEL § 307 I I

- 20** De acuerdo con la cláusula general del § 307 I 1, las cláusulas en CGC son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, **perjudican de forma indebida** al cocontratante del predisponente. Este presupuesto se da cuando el predisponente, mediante la configuración unilateral del contrato,

²³⁰ BGHZ 113, 251 (259); BGH WM 2008, 1350 (1352); NK-BGB/*Looschelders* § 133 n. m. 87.

²³¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 307 n. m. 41; *Looschelders* JR 2001, 397 ss.

²³² Sobre el orden de examen, NK-BGB/*Kollmann* Vor §§ 307 ss. n. m. 7 ss.; *Brox/Walker* BGB AT § 10 n. m. 18.

intenta abusivamente imponer su propio interés sin la necesaria consideración de los intereses de la otra parte contratante²³³.

B) LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA DEL § 307 I 2

- 21 Según el § 307 I 2, un perjuicio indebido también puede derivarse de que una cláusula no sea clara y comprensible. Según la opinión dominante, una contravención de la **exigencia de transparencia**, por sí sola, no conduce a la ineficacia de la condición afectada. Antes bien, es necesario que la falta de transparencia vaya acompañada de un *perjuicio sustantivo* a la otra parte²³⁴. Sin embargo, en la práctica esta limitación no tiene gran relevancia. Es decir, en principio, la falta de transparencia de una cláusula contractual crea el peligro de un perjuicio sustantivo, sea porque la otra parte no reconoce las cargas vinculadas al contrato, o sea porque no puede hacer valer los derechos que le corresponden²³⁵. En el examen de la transparencia hay que ajustarse, de nuevo, al horizonte de un cliente medio sin formación jurídica. El contenido de la cláusula y las consecuencias vinculadas a ello deben darse a conocer a tal cliente de forma clara y comprensible²³⁶.

C) LOS EJEMPLOS GENERALES DEL § 307 II

- 22 La cláusula general del § 307 I 1 es concretada mediante los ejemplos generales del § 307 II. Según el § 307 II n. 1, en caso de duda, hay que suponer un perjuicio indebido si una disposición no es compatible con principios básicos esenciales de la **regulación legal** derogada. El parámetro de control es, por tanto, la ley dispositiva. El concepto de regulación legal abarca también en este punto los **derechos subjetivos** de la otra parte contratante, incluidos los derechos fundamentales²³⁷. Sin embargo, el **derecho general de la personalidad** de la otra parte contratante no obliga al predisponente a servirse de un **lenguaje con enfoque de género** en las CGC. Así, el «genérico masculino» sigue siendo admisible también en las CGC y en los formularios²³⁸.

²³³ Cfr. BGHZ 90, 280 (284); Palandt/*Grüneberg* § 307 n. m. 12. Sobre ejemplos particulares, *Brox/Walker* BGB AT § 10 n. m. 22 con más referencias.

²³⁴ BT-Drs. 14/7052, 188; Staudinger/*Coester*, 2013, § 307 n. m. 174; MüKoBGB/*Wurmnest* § 307 n. m. 58; de otra opinión, Palandt/*Grüneberg* § 307 n. m. 24; HK-BGB/*Schulte-Nölke* § 307 n. m. 22.

²³⁵ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 307 n. m. 24.

²³⁶ Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 47 n. m. 58.

²³⁷ Erman/*Roloff* § 307 n. m. 24.

²³⁸ BGH NJW 2018, 1671; *Bachmann* NJW 2018, 1648.

De acuerdo con el § 307 II n. 2, en caso de duda, también hay un perjuicio indebido si derechos y deberes esenciales que derivan de la **naturaleza del contrato** se limitan de tal manera que se pone en peligro la consecución del fin del contrato. De un lado, se trata de un supuesto de hecho residual para el caso de que no exista ley dispositiva como parámetro de control. De otro lado, sin embargo, el § 307 II n. 2 también tiene la función de impedir el socavamiento de los deberes contractuales centrales (los denominados **deberes cardinales**) en los clausulados generales²³⁹. En este contexto, la norma resulta relevante sobre todo en el enjuiciamiento de las *cláusulas de exoneración de responsabilidad*. Según la jurisprudencia, en principio el predisponente no puede excluir mediante CGC la responsabilidad por negligencia en caso de lesión de un deber cardinal²⁴⁰. En el tráfico no empresarial hay que tener en cuenta, además, la prohibición de la cláusula del § 309 n. 7.

Ejemplo (BGHZ 89, 363): El comerciante de carne al por mayor G ha almacenado una gran cantidad de carne de cerdo congelada en el almacén frigorífico de S. Por una grave negligencia de los trabajadores de S, no se alcanza la temperatura necesaria para una congelación adecuada. La carne se estropea por ello. G reclama indemnización del daño a S. S alega que su responsabilidad por el comportamiento doloso y gravemente negligente de sus trabajadores está limitado en el clausulado general a una cantidad máxima de 3.000 euros.

Dado que G es empresario (§ 14), no puede alegar la prohibición de la cláusula del § 309 n. 7b (→ § 23 n. m. 15). Sin embargo, la limitación de responsabilidad es ineficaz de acuerdo con el § 307 I y II n. 2, porque la diligente manipulación del alimento a congelar forma parte de los deberes cardinales del operador de un almacén frigorífico.

3. Las particulares prohibiciones de cláusulas (§§ 308 y 309)

- 23** La cláusula general del § 307 se concreta, respecto de los contratos con **no empresarios**, mediante las particulares prohibiciones de cláusulas de los §§ 308 y 309. Se debe distinguir de la siguiente manera: las cláusulas reguladas en el § 309 son especialmente gravosas en todo caso. Por eso se declaran ineficaces en general –esto es, **sin posibilidad de valoración**–. Si en el caso concreto surgen problemas de interpretación, el aplicador del Derecho ha de guiarse por el principio básico del § 307²⁴¹.

²³⁹ BGHZ 103, 316 (322); MüKoBGB/*Wurmnest* § 307 n. m. 72; sobre el concepto de los «deberes cardinales» cfr. también BGH NJW-RR 2005, 1496 (1505).

²⁴⁰ Cfr. solamente BGH NJW 1989, 367; 1993, 335.

²⁴¹ MüKoBGB/*Wurmnest*previo al § 307 n. m. 5.

Las prohibiciones de cláusulas reguladas en el § 308 contienen **conceptos jurídicos indeterminados** (p. e., «indebidamente», «no suficientemente determinado», «sin causa objetivamente justificada», «razonable») ²⁴². De ahí que la ineficacia de una cláusula deba establecerse, en cada caso, sobre la base de una ponderación global de los intereses. A estos efectos, hay que basarse en el criterio general de la cláusula general tomando en cuenta el objetivo específico de la correspondiente prohibición ²⁴³. Por eso se habla de prohibiciones de cláusulas **con posibilidad de valoración**.

- 24** Si las CGC se emplean frente a un **empresario**, una persona jurídica de Derecho público o un patrimonio especial de Derecho público, los §§ 308 y 309 no son aplicables –con excepción del nuevo § 308 n. 1 y n. 1b (→ § 12 n. m. 24)– (§ 310 I). Por tanto, el control de contenido se rige solo por el § 307. No obstante, la aplicación de la cláusula general puede conducir de todas formas a que una de las cláusulas mencionadas en los §§ 308 y 309 sea ineficaz (§ 310 I 2). Al efecto, el juez puede tomar en consideración las valoraciones de los §§ 308 y 309.

Nota: Los §§ 308 y 309 se refieren a sectores jurídicos y cuestiones jurídicas muy diferentes. Por eso no tiene sentido en este lugar un comentario detallado del catálogo de prohibiciones. Antes bien, en la medida en que algunas prohibiciones individuales de cláusulas son relevantes en el marco del Derecho general de obligaciones, deben debatirse en el correspondiente contexto. Sobre las particularidades del control en los contratos de construcción conforme a la VOB/B (§ 310 I 3) → SchuldR BT § 32 n. m. 8 ss.

4. Consecuencias jurídicas

- 25** Si una cláusula no resiste el control de contenido, es ineficaz. En principio no es admisible una **reducción que mantenga la vigencia** en la medida de lo aún permitido ya que, de lo contrario, el predisponente tendría la posibilidad de poner a prueba los límites de lo admisible sin riesgo propio ²⁴⁴. Sin embargo, en la práctica, la interpretación orientada a las posibilidades de comprensión e intereses de un cliente medio (→ § 16 n. m. 18) conduce no pocas veces a que la cláusula resista el control de contenido ²⁴⁵. No obstante, si la cláusula puede dividirse en una parte eficaz y una ineficaz, la parte efi-

²⁴² Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 47 n. m. 62.

²⁴³ *Freitag/Leible* JA 2001, 978 (981).

²⁴⁴ Cfr., por ejemplo, BGHZ 114, 338 (342); 120, 108 (122); al respecto, *Hager* JZ 1996, 175 ss.

²⁴⁵ Sobre la legitimidad, como principio, de esta manera de proceder, *Staudinger/Coester*, 2013, § 307 n. m. 28.

caz debe mantenerse aunque trate la misma materia²⁴⁶. Independientemente del destino de la cláusula en particular, el contrato en su conjunto sigue siendo eficaz conforme al § 306 I (→ § 16 n. m. 17).

- 26** La ineficacia de las CGC conforme a los §§ 307 a 309 no solo tiene importancia para los procesos individuales entre predisponente y su cocontratante. Antes bien, según los §§ 1 ss. UKlaG, determinadas **instituciones y asociaciones** (p. e., cámaras de industria y de comercio y asociaciones de protección de consumidores) pueden demandar la cesación al predisponente. Si el predisponente contraviene una orden de cesación pronunciada después, en principio, el cocontratante individual puede hacer valer la eficacia de la sentencia de cesación conforme al § 11 UKlaG.

Bibliografía: *Bachmann*, Kein Anspruch auf geschlechtergerechte Sprache in AGB und Formularen, NJW 2018, 1648; *Becker*, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098; *Berger/Kleine*, AGB-Gestaltung und Transparenzgebot, NJW 2007, 3526; *Buz*, Immer noch „allgemeine« Geschäftsbedingungen?, AcP 219 (2019), 1; *Derlin*, Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle, MDR 2009, 241; *Grünberger*, Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, JURA 2009, 249; *Hager*, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175; *Hansen*, Die Anwendung der §§ 305ss. BGB auf vorformulierte Arbeitsverträge, ZGS 2004, 21; *Klocke*, Die systematische Interpretation von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Lichte unwirksamer Vertragsklauseln, JURA 2015, 227; *Lange*, Auslegung, Unklarheitenregel und Transparenzklausel, ZGS 2004, 208; *Leuschner*, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491; *Löhnig/Gietl*, Grundfälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 2012, 393 y 494; *S. Lorenz/Gärtner*, Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen, JuS 2013, 199; *Morgenroth/Leder*, Die Besonderheiten des Arbeitsrechts im allgemeinen Zivilrecht, NJW 2004, 2797; *Neideck*, Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung, JA 2011, 492; *Schäfer*, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern, JZ 2003, 879; *Schmidt*, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633; *Schmidt*, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329; *Schubel*, Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf, JZ 2001, 1113; *Stoffel*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015; *Temming*, Verstehen Sie Deutsch? Sprachenunkenntnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, 38; *Tettinger*, Zu den Freizeichnungsmöglichkeiten des Verkäufers einer mangelhaften Sache, AcP 205 (2005), 1; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016; *Wackerbarth*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45; *Graf v. Westphalen*, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12; *Graf v. Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: 40. Lfg. 2017; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013.

²⁴⁶ BGHZ 108, 1 (12); BGH NJW 1998, 2284; 1999, 1108.

PARTE CUARTA

LA EXTINCIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN

§ 17 CUMPLIMIENTO

- 1 Cuando la relación obligatoria transcurre normalmente, los deberes de prestación se extinguen generalmente por el cumplimiento (§ 362 I). En comparación con otras causas que pueden conducir a la extinción del deber de prestación (p. e., la imposibilidad, de acuerdo con el § 275), el cumplimiento se caracteriza por el hecho de que el inicial interés del acreedor en la prestación es satisfecho.

I. CONCEPTO

- 2 Por **cumplimiento** hay que entender la **realización de la prestación debida** al acreedor o a un tercero (§ 362 II). En contra de lo que el tenor literal del § 362 I parece sugerir, la prestación no se «realiza» con solo ejecutar la *actividad de la prestación*. Antes bien, si se debe la producción de un resultado es determinante el *resultado de la prestación* (→ § 1 n. m. 16). Así, tampoco hay cumplimiento si el deudor ha ejecutado todas las actividades de prestación necesarias de su parte, pero el resultado de la prestación no se da. Es cierto que, si el objeto de la prestación se ha perdido, el deudor no tiene que realizar la prestación de nuevo en este caso. Pero esto no se deriva del § 362 I, sino del § 275 I.

El cumplimiento presupone, además, que el resultado de la prestación se deba a la actuación del deudor o de un tercero legitimado para realizar la

prestación (§§ 267 y 268). En otro caso, no hay ninguna realización *por parte* del deudor.

Ejemplos: El automóvil averiado arranca de nuevo antes de la llegada del auxilio en carretera, el árbol a talar es arrancado de raíz por una tormenta, el barco a remolcar queda liberado con la marea alta. En tales casos, el deber de prestación del deudor no se extingue conforme al § 362. Pero procede considerar una exclusión del deber de prestación conforme al § 275, por la consecución o la desaparición del fin (→ § 21 n. m. 4 s.).

II. PERSONA QUE REALIZA LA PRESTACIÓN

- 3 El llamado en primer lugar al cumplimiento de la prestación es el **deudor**. En tanto la prestación tenga que ser ejecutada *de manera personalísima*, no procede el cumplimiento por terceros. En otro caso, sin embargo, según el § 267, la prestación también puede ser ejecutada por un **tercero** (→ § 12 n. m. 5 ss.). No obstante, para ello es necesario que el tercero ejecute la prestación con **voluntad de liquidar una deuda ajena** (→ § 12 n. m. 8).

III. RECEPTOR DE LA PRESTACIÓN

- 4 Según el § 362 I, la prestación al **acreedor** conduce a la extinción del crédito. Esto solo varía si el acreedor no tiene **competencia para la recepción**¹. De las valoraciones de los §§ 362 II, 1812 y 1813 se deduce que la competencia para la recepción está asociada al **poder de disposición** sobre el crédito². Así, de la remisión del § 362 II a los preceptos sobre la disposición de un no titular (§ 185) cabe deducir que la recepción de la prestación como cumplimiento ha de tratarse *como* una disposición. Sin embargo, según la opinión hoy dominante no hay una verdadera disposición³.

¹ Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 19 n. m. 28 s.

² Cfr. *MüKoBGB/Fetzer* § 362 n. m. 15; *Larenz* SchuldR I § 18 I; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (163).

³ *MüKoBGB/Fetzer* § 362 n. m. 11. Ciertamente, los §§ 1812 y 1813 indican que el legislador histórico vio una disposición en la aceptación de la prestación como cumplimiento. Sin embargo, el legislador no quería de ninguna manera adoptar con ello una decisión vinculante sobre la naturaleza jurídica del cumplimiento.

La falta de competencia para la recepción puede deberse a que el acreedor esté **limitado** en su **poder de disposición**. Son ejemplos de ello la insolvencia del acreedor (§ 80 I InsO), la prenda del crédito (§ 829 ZPO) y la ejecución testamentaria (§ 2211 I). De las valoraciones de los §§ 104 ss. se desprende que, en principio, las personas **incapaces de obrar** y **con la capacidad de obrar limitada** tampoco son competentes para la recepción⁴. Esto se basa en la consideración de que el acreedor tiene una desventaja jurídica al aceptar la prestación como cumplimiento porque su crédito se extingue. De ahí que, en principio, la prestación tenga que realizarse al representante legal. Sin embargo, si hay una autorización del representante legal, mediante la prestación al acreedor menor de edad se produce el cumplimiento (→ § 17 n. m. 20).

- 5 El § 362 II deja claro que también la prestación a una **tercera persona** puede conducir al cumplimiento. Sin embargo, esto presupone que el tercero esté *autorizado*, conforme al § 185, a recibir la prestación con efectos para el acreedor. Esta denominada **autorización para la recepción**⁵ puede concederse negocialmente –según el § 185 II 1, alternativa 1, también a posteriori– o resultar de la ley (p. e., §§ 1074 y 1282). Según el § 362 II en relación con el § 185 II 1, alternativas 2 y 3, la prestación a un tercero también conduce al cumplimiento si el tercero, inicialmente no legitimado para la recepción, **adquiere** el crédito **posteriormente** (p. e., por cesión o sucesión) o el acreedor **hereda de él**; en el último caso es necesario, además, que el acreedor responda ilimitadamente de las deudas de la herencia.
- 6 El § 370 equipara la prestación al **portador de un recibo** (§ 268) a la prestación a un tercero autorizado para la recepción. El precepto se basa en la idea de que el acreedor no merece protección si expide y se desprende de un recibo sin recibir la prestación⁶. Si el deudor supone de buena fe una autorización para la recepción, la apariencia jurídica basada en el recibo le favorece. De ahí que se libere del deber de prestación mediante la prestación a un no titular. La valoración del § 370 no es aplicable a los recibos *falsificados*. Por eso el precepto no es aplicable⁷.

⁴ Staudinger/Olzen, 2016, § 362 n. m. 40; Palandt/Grüneberg § 362 n. m. 4; MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 15; S. Lorenz JuS2009, 109 (110); de otra opinión, Soergel/Schreiber, Previo al § 362 n. m. 7; Schreiber JURA 1993, 666.

⁵ Sobre el concepto de autorización para la recepción, cfr. Larenz SchuldR I § 18 II 1.

⁶ Larenz SchuldR I § 18 III.

⁷ Cfr. Palandt/Grüneberg § 370 n. m. 2.

- 7 En los §§ 407 ss. (→ § 52 n. m. 52 ss.), 566c, 567b, 793 I 2, 807 y 808 se encuentran otros casos en los que el deudor de buena fe se libera de su deber mediante la **prestación a un no titular**⁸.

IV. EFECTO DEL CUMPLIMIENTO

1. Extinción de la relación obligatoria

- 8 De acuerdo con el § 362, mediante el cumplimiento se extingue el **deber de prestación** del deudor. Por tanto, el concepto de relación obligatoria ha de entenderse aquí en sentido estricto (→ § 1 n. m. 7). En principio, la existencia de la relación obligatoria en su conjunto no resulta afectada por la extinción de los créditos individuales. La relación obligatoria en sentido amplio no se extingue sino cuando todos los deberes de los que se compone se extinguen. A este respecto hay que tener en cuenta que los deberes accesorios de prestación y de protección aún pueden ser relevantes mucho después de la ejecución de los deberes principales de prestación (→ § 22 n. m. 20).

Junto con el crédito, también se extinguen los **derechos de garantía** (*accessorios*) vinculados a su existencia, p. e., fianza (§§ 765 ss.) o hipoteca (§§ 1113 ss.).

2. Inversión de la carga de la prueba

- 9 Si el acreedor ha aceptado la prestación como cumplimiento tiene lugar, según el § 363, una **inversión de la carga de la prueba**. El deudor ya no tiene que probar en el proceso que ha ejecutado la prestación conforme a lo debido. Antes bien, es carga del acreedor probar que la prestación no se ha ejecutado conforme al contrato o que se ha ejecutado solo de forma incompleta. En cambio, la aceptación de la prestación no implica en principio una pérdida de derechos *sustantivos*. Por lo tanto, el acreedor sigue estando legitimado para hacer valer pretensiones por el carácter incompleto o defectuoso de la prestación.

⁸ Más detalles al respecto, *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 751 ss.

Para profundizar: En el régimen jurídico del contrato de obra, la aceptación sin reservas conociendo el vicio puede conducir, de acuerdo con el § 640 III, a la pérdida de los derechos de saneamiento (→ SchuldR BT § 34 n. m. 33 s.). La correlativa regulación en la compraventa (§ 464 en su antigua versión) fue derogada en la reforma del Derecho de obligaciones. No obstante, la aceptación sin reservas puede tener que interpretarse como un acuerdo modificativo sobre las cualidades de la cosa comprada⁹.

3. Recibo y título de deuda

- 10** Con el cumplimiento del deber de prestación, el deudor adquiere frente al acreedor una pretensión de emisión de un **recibo** (§ 368). La pretensión presenta una particularidad en la medida en que no ha de satisfacerse de forma espontánea, sino solo si el deudor lo exige expresamente (la llamada pretensión contenida)¹⁰. Si el acreedor no cumple con la exigencia del deudor de emitir el recibo, el deudor dispone de un *derecho de retención* respecto a su propia prestación conforme al § 273 (→ § 15 n. m. 1 ss.)¹¹. Dado que el recibo le facilita al deudor la prueba de la ejecución de la prestación, en principio él debe soportar los *costes* y, dado el caso, anticiparlos (§ 369).

Para profundizar: El recibo es una *declaración de voluntad* sin carácter negocial. El acreedor simplemente manifiesta el hecho de que ha recibido la prestación debida. De ahí que los §§ 104 ss. no sean aplicables. Sin embargo, si el recibo lo ha expedido un *menor de edad*, no opera el § 370 (→ § 17 n. m. 6). Aquí la protección de los menores de edad debe pasar por delante de la protección al deudor de buena fe¹².

Si el deudor ha ejecutado la prestación puede exigir, además, la restitución del **título de deuda** expedido sobre el crédito (§ 371).

4. Orden de liquidación

- 11** La imputación de una prestación puede causar problemas cuando el deudor está obligado frente al acreedor a prestaciones de la misma especie derivadas de **diversas** relaciones obligatorias y la prestación no basta para liquidar todos los créditos. En tal caso debe aclararse a qué crédito ha de imputarse la prestación.

⁹ HK-BGB/Saenger § 442 n. m. 4. Si el comprador ya conocía el vicio al concluir el contrato, las pretensiones de saneamiento quedan excluidas de acuerdo con el § 442.

¹⁰ MüKoBGB/Fetzer § 368 n. m. 13.

¹¹ HK-BGB/Schulze § 368 n. m. 4; Larenz SchuldR I § 18 III.

¹² Cfr. MüKoBGB/Fetzer § 370 n. m. 3.

A) DETERMINACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN POR EL DEUDOR

- 12 De acuerdo con el § 366 I, para la imputación es determinante, en primer lugar, la **voluntad** declarada **de quien realiza la prestación**. Este puede determinar, mediante declaración unilateral recepticia, el orden en que los créditos deben ser liquidados. La determinación de la liquidación no tiene que realizarse expresamente, sino que también puede deducirse tácitamente de las circunstancias del caso concreto, en especial de la situación de los intereses en juego¹³. En principio debe existir, a más tardar, en el momento de la prestación. No obstante, las partes pueden acordar que el deudor pueda realizar posteriormente la determinación de la liquidación¹⁴.

La opinión dominante considera la determinación de la liquidación como una **declaración de voluntad**¹⁵. Según la opinión contraria, es un acto cuasi-negocial¹⁶. La relevancia práctica de la cuestión es poca porque los §§ 104 ss. son aplicables °conforme a ambas opiniones –directamente o por analogía–. Por consiguiente, la determinación puede ser **impugnada** por error conforme al § 119¹⁷. Después de una impugnación eficaz, el deudor está legitimado para hacer de nuevo la determinación que quería con *efectos ex nunc*¹⁸.

Para profundizar: La jurisprudencia concede al deudor un derecho a determinar la liquidación con posterioridad, cuando no pudo ejercitar este derecho en el momento de la prestación porque no sabía que el acreedor ostentaba un segundo crédito frente a él a causa de una cesión no revelada. De acuerdo con la idea normativa del § 121, el deudor debe ejercitar el derecho de determinación sin demora, tan pronto como se entere de la cesión. La idea subyacente es que, en este caso, el deudor no debe estar en mejor situación que en el caso de una impugnación¹⁹.

B) ORDEN LEGAL DE LIQUIDACIÓN

- 13 Si el deudor no ha realizado la determinación de la liquidación ni expresa ni tácitamente, opera el orden legal del § 366 II. La regulación se guía por los

¹³ BGH NJW-RR 1991, 562 (565); 1995, 1257 (1258).

¹⁴ BGHZ 51, 157 (160 s.); BGH NJW 1991, 1604 (1605).

¹⁵ Cfr. HK-BGB/Schulze § 366 n. m. 3; Palandt/Grüneberg § 366 n. m. 7.

¹⁶ Cfr. MüKoBGB/Fetzer § 366 n. m. 11; Schulz-Merkel/Meier JA 2016, 333 (334).

¹⁷ BGHZ 106, 163 (166); 167, 337 (344); Schulz-Merkel/Meier JA 2016, 323 (336).

¹⁸ MüKoBGB/Fetzer § 366 n. m. 11; Ehrlicke JZ 1999, 1075 (1078 s.); a favor del efecto ex tunc, Staudinger/Olzen, 2016, § 366 n. m. 34; en otro sentido, Palandt/Grüneberg § 366 n. m. 7, según el cual en caso de impugnación es aplicable el orden legal.

¹⁹ BGHZ 167, 337 (342 ss.).

intereses y la presunta voluntad de las **partes**²⁰. De ahí que no sea determinante cuando el orden previsto sea incompatible con los intereses de las partes en el caso concreto²¹.

El § 366 II parte de que el deudor quiere cumplir de manera prioritaria con los créditos *vencidos*. Si hay varios créditos vencidos, lo que importa, en interés del acreedor, es la seguridad (en el sentido de viabilidad). Se liquida el crédito *más inseguro*. El grado de seguridad ha de determinarse conforme a un parámetro económico. Son posibles factores, entre otros, la fecha de prescripción del crédito, la corresponsabilidad de terceros y la existencia de garantías personales o reales.

Si el criterio de la menor seguridad falla, entonces se decide por lo que resulte más *gravoso* desde la perspectiva del deudor. Al efecto cabe atender, por ejemplo, al importe del deber de pagar intereses, a la amenaza de una pena convencional o a una litispendencia ya producida. Si son igual de gravosos, hay que atender a la *antigüedad del crédito*. Se liquida el crédito respectivamente más antiguo, a cuyos efectos la antigüedad se determina en función del momento del nacimiento y no del momento del vencimiento²². Si con esto tampoco se puede fijar un orden, solo cabe, en último término, una *liquidación proporcional* a los créditos acorde con su extensión.

C) IMPUTACIÓN A INTERESES Y COSTES

- 14** El § 367 contiene una norma especial respecto del § 366. El precepto regula el orden de liquidación en casos en los que, además del crédito principal, hay que liquidar también **créditos accesorios**. Conforme a él, cuando las prestaciones del deudor no basten para una liquidación total, han de imputarse en primer lugar a los *costes* originados y después a los *intereses*. Costes son todos los gastos que se han hecho para implementar la pretensión (p. e., las costas procesales y de ejecución). El crédito principal solo se liquida tras la completa satisfacción de los créditos por costes e intereses.

Las partes pueden acordar otro orden de liquidación. En cambio, si solo el deudor determina una imputación diferente, el acreedor puede rechazar la prestación según el § 367 II. Por tanto, a diferencia del caso del § 366, el

²⁰ Cfr. HK-BGB/Schulze § 366 n. m. 5.

²¹ BGH NJW 1969, 1846 (1847); Brox/Walker SchuldR AT § 14 n. m. 11; Erman/Buck-Heeb § 366 n. m. 4; críticamente, Staudinger/Olzen, 2016, § 366 n. m. 44.

²² BGH NJW 1991, 2629 (2630).

deudor **no** tiene la posibilidad de realizar **unilateralmente** una determinación que se aparte del orden legal de liquidación.

- 15** En cuanto a la **relación** del § 366 con el § 367 rige lo siguiente: Si hay varios créditos principales, en primer lugar debe determinarse su orden. Al efecto es determinante el § 366. Si junto a los respectivos créditos principales se han generado costes e intereses, en un segundo paso hay que recurrir al § 367. Así, los pagos del deudor solo pueden imputarse a los costes e intereses derivados de un crédito principal de rango inferior cuando se haya liquidado completamente el crédito principal preferente (junto con sus correspondientes créditos accesorios)²³.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL CUMPLIMIENTO

- 16** La naturaleza jurídica del cumplimiento es objeto de controversia desde hace mucho tiempo²⁴. En esencia, se trata de la cuestión de si para que se produzca el efecto del cumplimiento basta la **efectiva ejecución de la prestación** o si el supuesto de hecho del cumplimiento comprende además un **elemento subjetivo**. La controversia tiene relevancia principalmente en relación con las personas con capacidad de obrar limitada.

Ejemplo: La señora A contrata como babysitter a M, de 14 años, con la autorización de sus padres. Se acuerda que M debe obtener un sueldo de 8 euros por hora. Después de que M haya cuidado al niño cinco horas, A se niega a pagar argumentando que los menores de edad no pueden cumplir contratos.

Variante: La señora A paga la cantidad pactada a M. Sin embargo, M pierde el dinero. Sus padres exigen a A que pague de nuevo los 40 euros. Alegan al efecto que el pago a los menores de edad no tiene efecto alguno de cumplimiento.

1. Estado de la controversia

- 17** De acuerdo con la **teoría del contrato**, muy extendida en tiempos pasados pero hoy ya solo defendida limitadamente, la ejecución *efectiva* de la prestación debida no produce por sí sola la extinción de la obligación del deudor

²³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 367 n. m. 3.

²⁴ Sobre el estado de la controversia, cfr. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 n. m. 9 ss.; *Muscheler/Bloch* JuS2000, 729 (732 ss.); *Gernhuber* Erfüllung § 5 II; *Larenz* SchuldR I § 18 I; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (162).

conforme al § 362; antes bien, a ello ha de sumarse un acuerdo *negocial* acerca de que la prestación ejecutada debe causar el cumplimiento²⁵. El acuerdo sobre el efecto de cumplimiento se suma al acuerdo obligacional y al acuerdo real eventualmente necesario, y debe distinguirse de ellos estrictamente. Conforme a la teoría del contrato, los menores de edad solo pueden cumplir un contrato con el asentimiento del representante legal. Dado que la recepción de una prestación como cumplimiento conduce a una desventaja jurídica –la extinción del crédito–, también a este respecto es necesario, según el § 107, el asentimiento del representante legal.

- 18** Según la teoría de la **realización final de la prestación**, es cierto que la ejecución de la prestación no tiene que ir asociada a un acuerdo negocial de las partes para conducir a la extinción del crédito. Sin embargo, es necesaria una determinación de la liquidación por la que quien realiza la prestación designe el crédito a satisfacer²⁶.
- 19** La hoy teoría dominante de la **realización real de la prestación** renuncia por completo a los elementos subjetivos, como principio. Deja que la efectiva producción del resultado de la prestación baste, por regla general, para producir el efecto de cumplimiento²⁷. Solamente se hace una excepción en el caso de que la prestación no pueda imputarse a una determinada relación obligatoria con base únicamente en los datos objetivos²⁸. Tal es el caso, en particular, cuando el deudor tiene que ejecutar la misma prestación frente a varios acreedores²⁹. También en el caso de las prestaciones de terceros (§ 267) se requerirá generalmente una determinación de la liquidación (§12 n. m. 8)³⁰. Por lo demás, los defensores de la teoría de la realización real de la prestación admiten también que el deudor es libre de efectuar unilateralmente una determinación de la liquidación distinta de la imputación objetiva o de adoptar con el acreedor un acuerdo distinto a este respecto³¹. La determinación de la liquidación o el acuerdo de las partes prevalecen entonces sobre la imputación objetiva.

²⁵ Así, por ejemplo, *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 313 ss., quienes, sin embargo, renuncian al elemento negocial en caso de actos de cumplimiento puramente fácticos (p. e., prestaciones de servicios).

²⁶ Así, *Gernhuber* Erfüllung § 5 II 8; *Harke* SchuldR AT n. m. 355.

²⁷ BGH NJW 1991, 1294 (1295); 2007, 3488 (3489); 2010, 3510 (3513); MüKoBGB/*Fetzer* § 362 n. m. 10 ss.; *Staudinger/Olzen*, 2016, Previo a los §§ 362 ss. n. m. 10; *Larenz* SchuldR I § 18 I.

²⁸ Cfr. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 n. m. 13.

²⁹ Sobre este caso, BGH NJW 2010, 1282, con nota de *Looschelders* LMK 2010, 300543.

³⁰ Cfr. BGH NJW 2012, 523 (525); WM 2008, 1703 (1706); MüKoBGB/*Fetzer* § 362 n. m. 13.

³¹ Cfr. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 n. m. 13; *Erman/Buck-Heeb* § 362 n. m. 3; *Palandt/Grüneberg* § 362 n. m. 1.

2. Toma de postura

- 20** En contra de la **teoría del contrato** habla el tenor literal del § 362 I. El precepto habla de «realización» de la prestación, es decir, de una actividad puramente fáctica. Por lo demás, sería ajeno a la realidad y poco práctico hacer depender la extinción del deber de prestación de la existencia de un acuerdo sobre el efecto de cumplimiento, precisamente en los negocios de la vida cotidiana.

Que no necesariamente ha de existir la determinación de la finalidad que exige la **teoría de la realización final de la prestación**, lo demuestra el § 366 II. En efecto, el precepto opera precisamente cuando el deudor no ha efectuado ninguna determinación de la liquidación. De ahí se sigue que el cumplimiento también puede producirse sin una determinación de la liquidación por quien realiza la prestación. Es cierto que el § 366 I concede al deudor el derecho de realizar una determinación unilateral de la liquidación. Sin embargo, la prioridad de tal determinación de la liquidación tampoco es cuestionada por los defensores de la opinión dominante.

Por eso es preferible la **teoría de la realización real de la prestación**. La protección de los menores de edad puede realizarse aquí aceptando que al acreedor con la capacidad de obrar limitada le falta la competencia para la recepción (→ § 17 n. m. 4). Es cierto que el § 362 I presupone que la prestación se pueda imputar a una determinada relación obligatoria. Sin embargo, para ello en la mayoría de los casos no es necesaria ninguna determinación de la liquidación por parte del deudor porque la **imputación** se deduce ya de las **circunstancias objetivas**. Así sucede, en particular, cuando la prestación realizada es la única debida y junto a ella no existe ninguna otra deuda de la misma especie para la que pudiera ser ejecutada la prestación³². Es cierto que en casos excepcionales puede ser necesaria una determinación de la liquidación (→ § 17 n. m. 19). Pero esto no justifica exigir en todo caso tal elemento subjetivo porque con ello la excepción se eleva a regla³³. En la resolución de casos, la mayoría de las veces no es necesario resolver la controversia porque todas las teorías defendidas conducen al mismo resultado, aun con distinta argumentación.

Ejemplo: En el caso de la babysitter (→ § 17 n. m. 16), la opinión dominante no tiene ningún problema en afirmar el cumplimiento del deber de servicio por parte de M. La teoría del contrato llega al mismo resultado al atender a la autorización de los

³² BGH NJW 2007, 3488 (3489); 1991, 1294 (1295).

³³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 362 n. m. 1; Staudinger/*Olzen*, 2016, Previo a los §§ 362 ss. n. m. 14; *Larenz SchuldR* I § 18 I.

padres. En la *variante* lo que importa es, según la teoría de la realización real de la prestación, si M era competente para la recepción. En principio es el representante legal el competente para la recepción; pero aquí la autorización de los padres a la conclusión del contrato comprende también la aceptación del dinero. Del mismo modo hay que argumentar según la teoría del contrato en vista de la autorización del representante legal exigida conforme al § 107.

VI. PRESTACIÓN EN LUGAR DEL CUMPLIMIENTO

- 21** La extinción del deber de prestación en principio requiere, según el § 362 I, la realización de la **prestación debida**. Pero, según el § 364 I, el deber de prestación también se extingue, excepcionalmente, si el acreedor acepta una prestación distinta de la debida como cumplimiento, esto es, **en lugar del cumplimiento**. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el comprador de un coche nuevo da en pago su antiguo automóvil a cuenta del precio de compra-venta (→ § 13 n. m. 29).

1. Naturaleza jurídica

- 22** A diferencia del caso del cumplimiento, en la prestación en lugar del cumplimiento no basta con la «realización» real de la prestación. Antes bien, es necesario un **acuerdo contractual** acerca de que la «prestación distinta» se entrega y acepta en lugar del cumplimiento³⁴. Respecto de la eficacia del contrato se aplican las reglas generales de los §§ 104 ss. Conforme a ello, ambas partes tienen que ser capaces de obrar³⁵.

Para profundizar: El encuadre dogmático del acuerdo es discutido. Según una opinión anterior, se trata de un *contrato oneroso conmutativo* jurídicamente independiente, dirigido a la condonación del crédito originario contra entrega de la prestación sustitutoria³⁶. Otros se basan en que las partes se ponen de acuerdo en la modificación del originario objeto de la prestación (*contrato de modificación*)³⁷. Según la opinión hoy seguramente dominante, el acuerdo se limita a que la prestación ha de valer como cumplimiento de la deuda (*contrato de cumplimiento*)³⁸.

³⁴ Larenz SchuldR I § 18 IV; Jousseaume SchuldR I n. m. 805; Soergel/Schreiber § 364 n. m. 1; Looschelders/ Erm JA 2014, 161 (164).

³⁵ Esser/Schmidt SchuldR I 1 § 18 I 2; Larenz SchuldR I § 18 IV.

³⁶ Así, BGHZ 46, 338 (342); RGRK/Weber § 365 n. m. 1; en contra, BGHZ 89, 126 (133).

³⁷ En este sentido, Esser/Schmidt SchuldR I 1 § 18 I 2; Gernhuber Erfüllung § 10 (3); Soergel/Schreiber § 364 n. m. 1; en principio también Staudinger/Olzen, 2016, § 364 n. m. 10: «contrato especial de modificación de deuda».

³⁸ BGHZ 89, 126 (133); Palandt/Grüneberg § 364 n. m. 2; Larenz SchuldR I § 18 IV; Looschelders/ Erm JA 2014, 161 (164).

Las dos últimas opiniones conducen por lo general a idénticos resultados. Coinciden en particular en que la relación obligatoria originaria sigue siendo la causa jurídica de la prestación. Si esta relación jurídica era ineficaz, el deudor puede exigir al acreedor la restitución de lo prestado en lugar del cumplimiento conforme al § 812 I 1, alternativa 1. Sobre las repercusiones en el saneamiento por vicios → § 17 n. m. 27 s.

- 23 El acuerdo sobre el efecto de cumplimiento de la «prestación distinta» no tiene que coincidir con su ejecución, sino que también puede adoptarse *previamente*³⁹. Tal es el caso cuando, al concluirse el contrato, se concede al deudor una **facultad de sustitución**, p. e., admitiendo en pago el anterior automóvil al comprar un coche nuevo (→ § 13 n. m. 29 s.).

Un importante caso de prestación en lugar del cumplimiento es, de acuerdo con la opinión tradicional, el pago mediante **transferencia** entre cuentas corrientes⁴⁰. En cambio, según una extendida opinión en la doctrina reciente, se trata de un caso de cumplimiento⁴¹. Dado que para el pago por transferencia debe existir en todo caso la **conformidad** del acreedor (→ § 13 n. m. 34), esta controversia no tiene ninguna relevancia práctica⁴². De ahí que el BGH haya dejado abierta la decisión repetidamente⁴³.

2. Deslinde respecto de la prestación a efectos de cumplimiento

- 24 De la prestación en lugar del cumplimiento hay que deslindar la **prestación a efectos de cumplimiento**, que no está regulada legalmente de forma independiente. La diferencia esencial respecto de la prestación en lugar del cumplimiento es que el originario deber de prestación del deudor no se extingue directamente con la aceptación de la prestación diferente, sino que inicialmente se mantiene con todas las garantías. El acreedor obtiene junto con la pretensión originaria un medio de satisfacción adicional, unido a la obligación de esforzarse, con la diligencia exigible en el tráfico, en aprovechar preferentemente el bien cedido a efectos de cumplimiento⁴⁴. Mientras al acreedor le sea posible y exigible intentar el aprovechamiento, le está prohibido recurrir al deudor con base en el crédito originario.

³⁹ MüKoBGB/Fetzer § 364 n. m. 2; Palandt/Grüneberg § 364 n. m. 1.

⁴⁰ BGH NJW 1953, 897; Fikentscher/Heinemann SchuldR n. m. 261; Soergel/Schreiber § 362 n. m. 4.

⁴¹ Palandt/Grüneberg § 362 n. m. 9; MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 23.

⁴² Cfr. MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 23.

⁴³ BGHZ 87, 156 (163); 98, 24 (30); BGH NJW 1999, 210.

⁴⁴ BGHZ 96, 182 (193); Erman/Buck-Heeb § 364 n. m. 10 ss.

Para profundizar: La razón por la cual no puede hacerse valer el crédito originario es objeto de controversia. La opinión dominante parte de que la prestación a efectos de cumplimiento va acompañada regularmente de un *acuerdo de prórroga* respecto del crédito originario⁴⁵. Esto tiene como consecuencia que inicialmente tampoco puede producirse la mora del deudor (→ § 26 n. m. 3 ss.). Sin embargo, en último término se trata de una cuestión de interpretación del concreto acuerdo (§§ 133 y 157). Si el deudor ya está en mora, normalmente no podrá suponerse que, según la voluntad de las partes, la mora debe darse por concluida con la entrega del cheque o letra. Antes bien, parece más conforme a los intereses en juego suponer que las partes en este caso solo quieren *excluir la exigibilidad* del derecho de crédito originario⁴⁶. De este modo, la mora solo finaliza cuando se cobra la letra o el cheque.

- 25** Si el acreedor logra la satisfacción mediante el aprovechamiento del bien prestado a efectos de cumplimiento (p. e., mediante el cobro de la letra o el cheque), se **extingue** así el crédito originario conforme al § 362⁴⁷. El acreedor debe restituir al deudor los ingresos obtenidos con el aprovechamiento que excedan del importe del crédito, por analogía con el § 667⁴⁸. Si el intento de aprovechamiento fracasa o no conduce a una satisfacción completa, el acreedor puede proceder de nuevo a partir del crédito originario.
- 26** Si en el caso concreto hay que suponer una prestación en lugar del cumplimiento o simplemente existe una prestación a efectos de cumplimiento, ha de averiguarse conforme a los §§ 133 y 157, mediante la **interpretación** del acuerdo de las partes considerando la situación de los intereses en juego. Cuestión decisiva es quién debe soportar el *riesgo del aprovechamiento*. Si las partes imponen al acreedor el riesgo del aprovechamiento, hay que suponer una prestación en lugar del cumplimiento. En cambio, si el riesgo del aprovechamiento recae en el deudor, entonces debe suponerse una prestación a efectos de cumplimiento. El **§ 364 II** contiene una *regla interpretativa* legal. Conforme a ella, en la duda, hay que suponer una prestación a efectos de cumplimiento si, para satisfacer al acreedor, el deudor asume frente a él una nueva obligación.

Ejemplos: El ejemplo tipo tradicional de prestación a efectos de cumplimiento es la entrega de una *letra o cheque*⁴⁹. También el pago, hoy mucho más extendido, mediante uso de una *tarjeta de crédito* o de una *tarjeta de débito* con número de identificación personal (PIN) ha de contemplarse, en caso de duda, como prestación a efectos de

⁴⁵ BGHZ 96, 182 (193); 116, 278 (282); NJW 2007, 1357 (1358); Soergel/Schreiber § 364 n. m. 6; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (165).

⁴⁶ Staudinger/Olzen, 2016, § 364 n. m. 26 ss.; Palandt/Grüneberg § 364 n. m. 8.

⁴⁷ Cfr. Gernhuber Erfüllung § 9 II 7.

⁴⁸ Staudinger/Olzen, 2016, § 364 n. m. 25; cfr. también Erman/Buck-Heeb § 364 n. m. 12.

⁴⁹ Cfr. Staudinger/Olzen, 2016, Vorbem. vor §§ 362 ss. n. m. 33 ss.

cumplimiento, de acuerdo con la idea normativa del § 364 II⁵⁰. El acreedor obtiene en estos casos un nuevo crédito frente al emisor de la tarjeta, que se sitúa junto al primitivo crédito (p. e., ex § 433 II). El fundamento jurídico del nuevo crédito es una promesa abstracta de deuda (§ 780) del emisor de la tarjeta frente a sus empresas parte en el contrato (acreedores potenciales) que, por su parte, se obligan frente al emisor de la tarjeta a aceptar pagos con tarjeta a efectos de cumplimiento. Las empresas parte en el contrato están obligadas a satisfacerse preferentemente con la promesa de deuda. El primitivo crédito frente al deudor se extingue, conforme al § 362 I en relación con el § 267, con el abono del pago del emisor de la tarjeta en la cuenta del acreedor.

La liquidación acordada de una deuda pecuniaria a través de **PayPal** representa asimismo, conforme a la situación de los intereses en juego, una prestación a efectos de cumplimiento⁵¹. No obstante, de las CGC de PayPal se desprende que el crédito por el precio de compra se extingue por cumplimiento, no una vez que el importe haya sido abonado en la **cuenta bancaria** del acreedor (vendedor)⁵², sino ya con el abono sin reservas de la cantidad en la **cuenta PayPal** del vendedor⁵³. El efecto de cumplimiento tampoco decae retroactivamente si en esta cuenta de PayPal se hace una cancelación del abono tras un **procedimiento de protección al comprador** exitoso⁵⁴. Sin embargo, las CGC de PayPal en las que ambas partes se han basado prevén que los derechos legales y contractuales entre las partes no resultan afectados. De ahí que por vía de la interpretación integradora (§§ 133 y 157) haya que suponer que, conforme a la presumible voluntad de las partes, en caso de cancelación del abono el crédito por el precio de compra debe **justificarse de nuevo** como tal⁵⁵. A favor de esto habla también la idea de que la cancelación del abono no se basa en ningún examen del fondo del asunto.

⁵⁰ MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 21; Soergel/Schreiber § 362 n. m. 8; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (166).

⁵¹ Palandt/Grüneberg § 362 n. m. 10; BeckOGK/Looschelders, 1.6.2019, BGB § 362 n. m. 181; Erman/Buck-Heeb § 364 n. m. 10; PWW/Pfeiffer § 364 n. m. 19; de otra opinión, Staudinger/Omlor, 2016, Previo a los §§ 244–248 n. m. B100 (cumplimiento); Knops/Wahlers BKR 2013, 240 (243) (prestación en lugar del cumplimiento); lo deja abierto el BGH NJW 2018, 537 = WM 2018, 32 n. m. 18; WM 2018, 37 n. m. 17; Brox/Walker SchuldR AT § 14 n. m. 9a.

⁵² Así, sin embargo, PWW/Pfeiffer § 364 n. m. 19.

⁵³ BGH NJW 2018, 537 = WM 2018, 32 n. m. 19; WM 2018, 37 n. m. 18; Palandt/Grüneberg § 362 n. m. 12; Staudinger/Omlor, 2016, Vor §§ 244–248 n. m. B100; BeckOGK/Looschelders, 1.6.2019, BGB § 362 n. m. 181; Brox/Walker SchuldR AT § 14 n. m. 9a.

⁵⁴ BGH NJW 2018, 537 = WM 2018, 32 n. m. 23; WM 2018, 37 n. m. 22; Palandt/Grüneberg § 362 n. m. 12; MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 34; BeckOGK/Looschelders, 1.6.2019, BGB § 362 n. m. 181.

⁵⁵ BGH NJW 2018, 537 = WM 2018, 32 n. m. 28 ss.; WM 2018, 37 n. m. 27 ss.; MüKoBGB/Fetzer § 362 n. m. 34; BeckOGK/Looschelders, 1.6.2019, BGB § 362 n. m. 182; Brox/Walker SchuldR AT § 14 n. m. 10; Jerger GWR 2018, 169 ss.; críticamente respecto del planteamiento dogmático del BGH, Pfeiffer LMK 2018, 403030; Ulrici JZ 2018, 785 (786); Horn WM 2018, 1341 (1344); Omlor JuS2018, 379 (380).

3. Saneamiento

- 27** Cuando el bien prestado en lugar del cumplimiento presenta **vicios jurídicos** o **materiales** pueden surgir problemas particulares. El § 365 dispone para este caso la aplicación de los preceptos del saneamiento en la compraventa. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que el *comprador* de un coche nuevo tiene que responder frente al concesionario por los vicios de su coche usado dado en pago *como un vendedor*, conforme a los §§ 434 ss.⁵⁶. De acuerdo con su tenor literal, el § 365 abarca *todas* las prestaciones en lugar del cumplimiento. Sin embargo, la aplicación de las disposiciones sobre saneamiento en la compraventa parece injusta si el deudor solo tenía que responder limitadamente por el crédito originario. El problema se plantea, en particular, en los *casos de donación*. Según los §§ 523 y 524, el donante solo responde de los vicios materiales y jurídicos en caso de dolo. De ahí que la aplicación de los preceptos del saneamiento en la compraventa a la prestación en lugar del cumplimiento iría asociada a un considerable agravamiento de la responsabilidad.
- 28** Algunos autores quieren limitar el ámbito de aplicación del § 365 mediante una **reducción teleológica**. Los preceptos de la compraventa solamente deben aplicarse a los contratos *onerosos*, mientras que en los contratos gratuitos se mantiene el parámetro de la responsabilidad limitada⁵⁷. Esta solución armoniza con la idea de que, precisamente, la relación obligatoria originaria no se convierte en un contrato oneroso conmutativo por la aceptación de una prestación en lugar del cumplimiento (→ § 17 n. m. 22). Los defensores de la opinión contraria se aferran a una aplicación ilimitada del § 365, haciendo hincapié en el claro tenor literal y los trabajos preparatorios. Se remite a las partes a la posibilidad de excluir contractualmente la norma y de pactar una responsabilidad más leve⁵⁸. En la mayoría de los casos de donación podría suponerse un acuerdo de este tipo (adoptado tácitamente), de manera que la controversia no reviste gran relevancia práctica⁵⁹.
- 29** El § 365 no es aplicable a la prestación **a efectos de cumplimiento**⁶⁰. Para la analogía falta la necesaria laguna normativa. Dado que el acreedor puede

⁵⁶ Cfr. BGH NJW 2013, 1733 = JA 2013, 546 (Looschelders).

⁵⁷ Gernhuber Erfüllung § 10 (8); Larenz SchuldR I § 18 IV; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 280; MüKoBGB/Fetzer § 365 n. m. 1; Palandt/Grüneberg § 365 n. m. 1.

⁵⁸ Brox/Walker SchuldR AT § 14 n. m. 6; Jousseu SchuldR I n. m. 807; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (165).

⁵⁹ Staudinger/Olzen, 2016, § 365 n. m. 13; Erman/Buck-Heeb § 365 n. m. 1.

⁶⁰ Erman/Buck-Heeb § 365 n. m. 1.

devolver la cosa defectuosa y proceder a partir del crédito originario, no es necesario concederle ningún derecho de saneamiento⁶¹.

Bibliografía: *Avenarius*, Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung, AcP 203 (2003), 511; *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, 2008; *Beckhaus*, Die Rechtsnatur der Erfüllung, 2013; *Bülow*, Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate, JuS 1991, 529; *Ehmann*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549; *Ehricke*, Die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung gem. § 366 Abs. 1 BGB wegen Irrtums, JZ 1999, 1075; *Fabienke*, Erfüllung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, JR 1999, 47; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994; *Grigoleit*, Die Leistungszweckbestimmung zwischen Erfüllung und Bereicherungsausgleich, FS Medicus, 2009, 125; *Horn*, Die Auswirkungen zahlungsdienstlicher Käuferschutzverfahren im Valutaverhältnis, WM 2018, 1341; *Jerger*, Der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung nach erfolgreichem PayPal-Käuferschutzantrag des Käufers, GWR 2018, 169; *Knops/Wahlers*, Evolution des Zahlungsverkehrs durch Mobilepayment – am Beispiel von M-Pesa, BKR 2013, 240; *Köhler*, Die Leistung erfüllungshalber, WM 1977, 242; *Looschelders/Erm*, Die Erfüllung – dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme, JA 2014, 161; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Erfüllung (§ 362 BGB), JuS 2009, 109; *Muscheler/Bloch*, Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, 729; *Peters*, § 366 BGB bei einer Mehrheit von Gläubigern, JR 2007, 397; *Schreiber*, Leistungen an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber, JURA 1996, 328; *Schreiber*, Erfüllung durch Leistung an Minderjährige, JURA 1993, 666; *Schulz-Merkel/Meier*, Spielarten der Tilgungsbestimmung, JA 2016, 333; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012; *Taupitz*, Vertragserfüllung durch Leistung an den »Vertreter« des Gläubigers, JuS 1992, 449.

§ 18 LA COMPENSACIÓN

I. EN GENERAL

- 1 Si dos personas se deben entre sí prestaciones de la misma especie (especialmente el pago de dinero), sería poco práctico realizar recíprocamente las prestaciones conforme al § 362. En esta situación, la **compensación** (§§ 387 ss.) hace posible una **ejecución simplificada**. De acuerdo con el § 388, la compensación se produce por declaración frente a la otra parte. Si se dan los presupuestos de la compensación, se extinguen *ambos* créditos en la medida en que coinciden, con efecto retroactivo al momento en que surgió la situa-

⁶¹ RGZ 65, 79 (81); Erman/*Buck-Heeb* § 364 n. m. 12.

ción de compensación (§ 389). Así, la declaración de compensación tiene efecto *jurídico constitutivo*.

Ejemplo: G tiene frente a S un crédito de 5.000 euros. Por su parte, S tiene un crédito frente a G de 4.000 euros. Si S declara la compensación, ambos créditos se extinguen en la cantidad de 4.000 euros. Por tanto, S solo tiene que pagar aún 1.000 euros a G.

- 2 La compensación tiene una **función doble**: De un lado, da al declarante la posibilidad de cumplir con el crédito que existe contra él y, con ello, liquidar su obligación (*función de liquidación*). La compensación es así el más importante subrogado del cumplimiento. Pero, de otro lado, el declarante también puede, con ayuda de la compensación, hacer cumplir su propio crédito (*función de satisfacción o de ejecución*)⁶². Esto es especialmente importante cuando la capacidad de prestación de la contraparte de la compensación es dudosa o el propio crédito del declarante ha prescrito en el ínterin (cfr. § 215). Según el § 94 InsO, la compensación sigue siendo admisible incluso cuando después de surgir la situación de compensación se abre el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de la contraparte de la compensación⁶³.

II. PRESUPUESTOS

1. Situación de compensación

- 3 La compensación presupone la existencia de una **situación de compensación**. Los elementos en particular se regulan en el § 387.

A) RECIPROCIDAD DE LOS CRÉDITOS

- 4 En primer lugar, es necesario que los créditos en cuestión existan entre las mismas partes (reciprocidad de los derechos de crédito). Por tanto, de un lado, la contraparte de la compensación debe ostentar un crédito precisamente frente al declarante (**crédito principal** o **crédito pasivo**). Pero, de otro lado, el declarante también ha de tener un crédito precisamente frente a la contraparte de la compensación (**contracrédito** o **crédito activo**).

⁶² La denominada teoría de la combinación, cfr. *Gernhuber* Erfüllung § 12 I 3a; *Harke* SchuldR AT n. m. 384 ss.

⁶³ Cfr. al respecto (críticamente) *Harke* SchuldR AT n. m. 394.

El crédito activo debe corresponder al declarante **mismo**. No cabe compensar con el crédito de un *tercero*. Esto vale aunque haya autorización del tercero. Porque, conforme al § 267, la parte frente a la que se efectúa la compensación tampoco tendría que aceptar que el propio tercero cumpliera con el crédito principal mediante la compensación (→ § 12 n. m. 9).

Para profundizar: En el marco de la libertad contractual, las partes pueden excluir el requisito de la reciprocidad y permitir la compensación con créditos de terceros. En este contexto, son relevantes en la práctica *las cláusulas de compensación de grupo*, que permiten a la parte beneficiada compensar con los créditos de otras empresas pertenecientes al grupo⁶⁴.

La exigencia de reciprocidad **quiebra** en algunos puntos (cfr. §§ 406, 409 y 566d). Es de mencionar, en particular, el § 406. Si el crédito principal fue **cedido** a un tercero, la compensación puede tener lugar frente al nuevo acreedor bajo los presupuestos allí regulados (→ § 52 n. m. 45 ss.). Esto se basa en la idea, derivada de la función de ejecución de la compensación, de que, una vez que se da una situación de compensación, esta debe mantenerse siempre que sea posible. En el caso concreto pueden derivarse otras excepciones de la buena fe (§ 242)⁶⁵.

El § 395 establece una **agravación** de la exigencia de reciprocidad por motivos administrativos. Conforme a él, frente al crédito de una corporación de Derecho público solo se puede compensar si el crédito principal y el contra-crédito se cobran en la misma *caja*.

B) HOMOGENEIDAD DE LOS CRÉDITOS

- 5 Las prestaciones debidas recíprocamente deben ser **de la misma especie** en cuanto a su objeto. Por ello, la compensación solo resulta procedente en el caso de las deudas pecuniarias y genéricas sobre cosas fungibles (§ 91). En la práctica, se trata casi siempre de *deudas pecuniarias*. Si no son de la misma especie, solo es posible hacer valer un derecho de retención (§§ 273 s.). La diferente *cuantía* de los créditos no pone en cuestión la homogeneidad⁶⁶. Esto se deduce de la expresión «en la medida en que» del § 389. No es necesario, además, la homogeneidad de *naturaleza jurídica* o de *fundamento*

⁶⁴ Cfr. BGHZ 94, 132 (135); Palandt/*Grüneberg* § 387 n. m. 22.

⁶⁵ Cfr. Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 688 ss.

⁶⁶ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 16 n. m. 6.

jurídico. Así, también pueden compensarse entre sí créditos de Derecho público y de Derecho privado⁶⁷. La diferencia de los *lugares de prestación o de entrega* (§ 391) así como de *otras modalidades de la prestación*, tampoco excluye la homogeneidad.

C) EXIGIBILIDAD DEL CONTRACRÉDITO

- 6 De acuerdo con el § 387, la compensación presupone, además, que el declarante pueda exigir la prestación que se le debe. Por tanto, el **contracrédito** debe ser exigible, esto es, *plenamente eficaz y vencido* (§ 271)⁶⁸.

No son plenamente eficaces los créditos **a los que es oponible una excepción**. De ahí que estos no sean compensables (§ 390). Según la opinión dominante, basta con que exista la excepción; por tanto, no es necesario que se haya hecho valer⁶⁹. Son ejemplos importantes en este contexto el derecho de retención conforme al § 273 y la excepción de contrato no cumplido conforme al § 320⁷⁰.

Hay una excepción respecto de la **prescripción**. De acuerdo con el § 215, la compensación sigue siendo posible si al producirse la situación de compensación el contracrédito aún no había prescrito. Es decir, una vez que la posibilidad de compensación surge, tampoco puede perderse por prescripción.

Ejemplo (BGHZ 101, 244): El arrendatario M denunció eficazmente el contrato de arrendamiento con el arrendador V el 31.3 y devolvió el piso puntualmente. El 15.10 M exige a V la devolución de la fianza (§ 551) por importe de 1.000 euros, que había pagado al celebrar el contrato de arrendamiento. V paga solamente 125 euros. El resto lo compensa con una pretensión indemnizatoria por un importe de 875 euros, por daños a la moqueta colocada en el piso.

En un principio, M dispone de una pretensión de reembolso de 1.000 euros. Esta se extinguió por cumplimiento conforme al § 362 I en la cuantía de 125 euros. La pretensión podría haberse extinguido por los 875 euros restantes por compensación, conforme al § 389. En el momento de la compensación, la pretensión indemnizatoria del daño de V había prescrito conforme al § 548. De ahí que la compensación pudiera quedar excluida según el § 390. Sin embargo, según el § 215, la compensación sigue siendo posible si el contracrédito aún no había prescrito al producirse la situación de compensación. La situación de compensación surgió al finalizar la re-

⁶⁷ BGHZ 16, 124 (127); PWW/Pfeiffer § 387 n. m. 3.

⁶⁸ HK-BGB/Schulze § 387 n. m. 9; Jauernig/Stürner § 387 n. m. 7.

⁶⁹ Cfr. BGH NJW 2001, 287 (288); Palandt/Grüneberg § 390 n. m. 1.

⁷⁰ HK-BGB/Schulze § 390 n. m. 2; Jauernig/Stürner § 390 n. m. 1.

lación arrendaticia y devolverse el piso. En este momento aún no había prescrito la pretensión indemnizatoria del daño de V. La compensación tampoco se excluye por el hecho de que V no compensara la fianza en el plazo de seis meses a partir de la finalización de la relación arrendaticia⁷¹. Por consiguiente, la pretensión de reembolso de M se extinguió en la cuantía de 875 euros conforme al § 389.

D) EFICACIA Y POSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL CRÉDITO PRINCIPAL

- 7 La compensación no es posible sino cuando el declarante puede realizar la prestación que le obliga. El **crédito principal**, por tanto, ha de ser *eficaz y susceptible de ser cumplido* (§ 271). No es necesario que no se le puedan oponer excepciones. Porque, aunque no sea así, nada le impide al deudor cumplir con un crédito al que es oponible una excepción. Así, la compensación también puede declararse frente a un crédito que ya hubiera prescrito antes de producirse la situación de compensación.

2. Declaración de compensación

- 8 La producción de la situación de compensación no conduce automáticamente a la extinción de los créditos. Antes bien, es preciso que una parte declare la compensación (§ 388). Se trata de una **declaración de voluntad** recepticia, a la que son aplicables las reglas generales de los §§ 104 ss.⁷². Dado que la compensación es un negocio jurídico constitutivo (→ § 18, n. m. 1), la parte frente a la que se efectúa la compensación tiene un especial interés en la seguridad jurídica. De ahí que la compensación no pueda declararse ni bajo *condición* (§ 158) ni bajo *determinación temporal* (plazo) (§ 388, inciso 2).
- 9 En la jurisprudencia y la doctrina se reconoce que la regulación del § 388, inciso 2, no se opone a la **compensación eventual** en un proceso.

Ejemplo: B demanda a A para que le reembolse un préstamo por importe de 10.000 euros. A afirma que ya devolvió el préstamo. Subsidiariamente, compensa con un crédito propio frente a B por el mismo importe.

Con la compensación eventual, el demandado quiere conseguir, en primer lugar, que la demanda sea desestimada por otros motivos. La compensación

⁷¹ Cfr. al respecto también BVerfG NJW 1995, 581 (582).

⁷² Cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 16 n. m. 10.

solo debe ser tomada en consideración si, en opinión del tribunal, el crédito hecho valer por el demandante existe. Dado que la existencia de lo pretendido en la demanda no es ningún acontecimiento futuro incierto, no se trata de una condición en el sentido del § 158, sino de una **condición jurídica** (procesalmente admisible)⁷³. La admisibilidad de la compensación subsidiaria en el proceso, por consiguiente, no es una auténtica quiebra del § 388, inciso 2.

Para profundizar: Si la existencia del crédito presentado para la compensación es discutida, la compensación en el proceso puede retrasar considerablemente la decisión sobre lo pretendido en la demanda. De ahí que si el crédito del demandado no guarda ninguna relación jurídica con lo pretendido en la demanda, el tribunal pueda, conforme al § 145 III ZPO, ordenar que se trate separadamente sobre la demanda y la compensación. La decisión sobre lo pretendido en la demanda se pronuncia entonces, dado el caso, en una sentencia bajo reserva (§ 302 ZPO).

3. No exclusión de la compensación

10 La compensación no puede estar excluida por contrato o por ley.

A) EXCLUSIÓN CONTRACTUAL DE LA COMPENSACIÓN

En virtud de la autonomía privada, las partes son libres, en principio, de descartar la compensación por **contrato**. De acuerdo con la *regla interpretativa* del § 391 II, en caso de duda, hay que suponer tal acuerdo si el tiempo y el lugar de la prestación del crédito principal se han fijado contractualmente y el contracrédito ha de satisfacerse en un lugar distinto. En efecto, en este caso la compensación tendría como consecuencia que el acreedor no obtendría la prestación en el momento acordado en el lugar acordado.

Ejemplo: Si a un viajero se le debe pagar una suma de dinero en un determinado momento en un lugar determinado para financiarle el resto del viaje, puede no estarle permitido al deudor, de acuerdo con la finalidad del acuerdo, cumplir con el crédito del viajero mediante compensación⁷⁴.

⁷³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 388 n. m. 3; *Brox/Walker* SchuldR AT § 16 n. m. 11; de otra opinión, *Harke* SchuldR AT n. m. 386: reducción teleológica del § 388 inciso 2.

⁷⁴ Cfr. Staudinger/*Gursky*, 2016, § 391 n. m. 12.

- 11** La exclusión de la compensación también puede acordarse en CGC. Sin embargo, en el tráfico negocial no empresarial las prohibiciones de compensación **en clausulados generales** son ineficaces conforme al § 309 n. 3, si comprenden (también) créditos indiscutibles o declarados válidos. Dado que el § 309 n. 3 representa una forma concreta de la prohibición de perjudicar ex § 307, las cláusulas análogas deben ser consideradas igualmente ineficaces en el tráfico empresarial⁷⁵.

Por lo demás, la **buena fe** (§ 242) puede impedir a la parte frente a la que se efectúa la compensación alegar una prohibición eficaz de compensación. Esto se aplica en particular cuando su situación financiera se ha deteriorado posteriormente hasta tal punto que la otra parte corre el riesgo de no poder hacer cumplir el crédito definitivamente⁷⁶.

B) EXCLUSIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR LEY

- 12** Las prohibiciones legales de compensación se encuentran en los §§ 392-394. El § 392 regula el caso en que el crédito principal ha sido **embargado** (p. e., embargo conforme a los §§ 829 ss. ZPO). De acuerdo con los principios generales, esto tiene como consecuencia que el deudor ya no puede cumplir con el crédito frente al acreedor (cfr. § 829 I 1 ZPO). Esta prohibición de cumplimiento, en sí, vale también para la compensación. Sin embargo, dado que al deudor no se le debe privar por esta causa de ninguna expectativa justificada de compensación, la prohibición de compensación solo se aplica si el deudor ha adquirido su crédito después del embargo o si su crédito no ha vencido sino después del embargo y después del crédito embargado. En ambos casos, el deudor no podía confiar en que podría hacer cumplir su crédito mediante la compensación. Por eso no merece ser protegido.
- 13** De acuerdo con el § 393, no cabe la compensación frente a un crédito derivado de un **acto ilícito** cometido dolosamente. El precepto trata de impedir que el causante del daño que ha actuado dolosamente pueda valerse de las ventajas de la compensación. Con ello también se trata de combatir el riesgo de una «venganza privada sin sanción»⁷⁷. Así, sin el § 393, el acreedor de un crédito incobrable podría verse tentado de dar una paliza al deudor para así

⁷⁵ Cfr. BGHZ 92, 312 (316); Palandt/*Grüneberg* § 309 n. m. 21.

⁷⁶ Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 707 ss.

⁷⁷ MüKoBGB/*Schlüter* § 393 n. m. 1.

poder compensar con la pretensión indemnizatoria del daño de este su en todo caso incobrable crédito.

La prohibición de compensación del § 393 también se aplica cuando **ambos créditos** descansan en **actos ilícitos dolosos**. Es cierto que en la doctrina se aboga por no aplicar el § 393 a los daños recíprocos dolosos en el marco de un **acontecimiento vital unitario** (p. e., una pelea) porque el principio básico del precepto no sería aplicable en estos casos⁷⁸. Sin embargo, el BGH, con razón, se ha opuesto a ello⁷⁹. En contra de tal interpretación del precepto habla ya el claro tenor literal de la ley. Una **reducción teleológica** se ve frustrada por la ausencia de una laguna de regulación no planificada. Aparte de eso, la necesidad de examinar si los delitos se han producido en el marco de un acontecimiento vital unitario, mermaría considerablemente la seguridad jurídica⁸⁰.

- 14** De acuerdo con el § 394, no cabe la compensación frente a los **créditos inembargables** (§§ 850 ss. ZPO). El precepto trata de proteger al acreedor de un crédito inembargable de que el deudor pueda invalidar la protección contra la ejecución mediante la compensación.

Ejemplo: El trabajador A ha causado en la empresa de su empleador B un gran daño como consecuencia de una negligencia grave. Si frente a la pretensión salarial de A, B compensa con su pretensión indemnizatoria del daño, debe no obstante pagarle a A la parte de su salario libre del embargo (§ 394 en relación con los §§ 850 ss. ZPO).

III. EFECTO DE LA COMPENSACIÓN

- 15** Según el § 398, la compensación tiene como consecuencia que **ambos créditos** se extinguen en la medida en que coinciden con eficacia **retroactiva** (*ex tunc*). El efecto retroactivo se refiere a la producción de la situación de compensación. Con la declaración de la compensación decaen también las pretensiones por retraso de la prestación o mora (§§ 280, 281, 286, 288, etc.) con efecto retroactivo.

⁷⁸ Así, por ejemplo, Soergel/Schreiber § 393 n. m. 5; BeckOK BGB/Dennhardt, 50. Ed. 1.5.2019, § 393 n. m. 7; Deutsch NJW 1981, 735.

⁷⁹ BGH NJW 2009, 3508 = JA 2010, 146 (Stadler); cfr. también MüKoBGB/Schlüter § 393 n. m. 5; Palandt/Grüneberg § 393 n. m. 4; PWW/Pfeiffer § 393 n. m. 5.

⁸⁰ BGH NJW 2009, 3508.

Para profundizar: El efecto retroactivo de la compensación es discutido en términos de política legislativa⁸¹. Desde una perspectiva dogmática se advierte, con razón, que el efecto *ex tunc* de ninguna manera se deriva forzosamente de la «esencia» de la compensación⁸². De ahí que los Principles of European Contract Law y el Draft Common Frame of Reference (→ § 2 n. m. 12) solo atribuyan a la declaración de compensación efecto *ex nunc* (Art. 13:106 PECL y art. III.-6:107 DCFR)⁸³.

IV. PLURALIDAD DE CRÉDITOS

- 16** Si uno de los implicados tiene **varios créditos** aptos para la compensación, debe declararse cuáles son los afectados por la compensación. Según el § 396 I, quien compensa tiene un **derecho de determinación**. Sin embargo, dado que lo importante no debe ser quién declare primero la compensación, la otra parte puede **oponerse** sin demora a esa determinación⁸⁴. En este caso hay que recurrir por analogía al orden legal del § 366 II (→ § 17 n. m. 13)⁸⁵. Lo mismo se aplica cuando quien compensa no realiza determinación alguna. Si quien compensa debe también intereses y costes, su crédito se compensa en primer lugar con ellos (§ 396 II en relación con el § 367; → § 17 n. m. 14 s.).

Para profundizar: El derecho a oponerse conforme al § 396 I 2, alternativa 2, es especialmente importante para la parte frente a la que se efectúa la compensación si uno de sus créditos ha *prescrito*. En este caso, quien compensa generalmente ejercerá su derecho de elección de manera que la compensación no afecte precisamente al crédito prescrito de la otra parte. En cambio, la otra parte habría podido compensar justo con ese crédito conforme al § 215. El orden legal del § 396 I 2 en relación con el § 366 II resuelve el problema tomando también en cuenta los créditos prescritos⁸⁶.

Bibliografía: *Billing*, Aufrechnung und Erledigung in der Hauptsache – BGH, NJW 2003, 3134, JuS 2004, 186; *Buß*, Prozessaufrechnung und materielles Recht, JuS 1994, 147; *P. Bydlinski*, Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: Wirklich kein Änderungsbedarf?, AcP 196 (1996), 276; *Coester-Waltjen*, Die Aufrechnung im Prozess, JURA 1990, 27; *Coester-Waltjen*, Die Aufrechnung, JURA 2003, 246; *Coester-Waltjen*, Aufrechnung bei Abtretung, JURA 2004, 391; *Deutsch*, Einschränkung des Aufrechnungsverbots bei vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung, NJW 1981,

⁸¹ *Harke* SchuldR AT n. m. 393; *Bydlinski* AcP196 (1996), 276 (281 ss.); *Zimmermann* FS Medicus, 1999, 721 ss.

⁸² HKK/*Zimmermann* §§ 387–396 n. m. 5 ss.; *Zimmermann* JURA 2005, 441 (443).

⁸³ 4/83Cfr. *Looschelders/Makowsky* in *Leible/Lehmann*, European Contract Law and German Law, 2014, 685 (709 ss.).

⁸⁴ Sobre la finalidad del derecho a oponerse, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 308.

⁸⁵ Acerca de los detalles, *Staudinger/Gursky*, 2016, § 396 n. m. 6 ss.

⁸⁶ Sobre el planteamiento del problema, *Staudinger/Gursky*, 2016, § 396 n. m. 9 y 12.

735; v. *Feldmann*, Die Aufrechnung – ein Überblick, JuS 1983, 357; *Fenge*, Zulässigkeit und Grenzen des Ausschlusses der Aufrechnung durch Rechtsgeschäft, JZ 1971, 118; *Grunsky*, Die Rückwirkung der Aufrechnung – BGHZ 27, 123, JuS 1963, 102; *Haase*, Zum Verbot der Aufrechnung gem. § 393 BGB, JR 1972, 137; *Habermeyer*, Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, 1057; *Heller*, Der Ausschluss der Aufrechnung, AcP 207 (2007), 456; *Lieder/Ilhardt*, Grenzen der Aufrechnung, JA 2010, 769; *S. Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Aufrechnung (§§ 387ff.), JuS 2008, 951; *Musielak*, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess, JuS 1994, 817; *Mylich*, Die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners bei der Vorausabtretung einer künftigen Forderung, 2008; *Schreiber*, Grundprobleme der Prozessaufrechnung, JA 1980, 344; *Schwarz*, Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen, AcP 203 (2003), 241; *Trupp*, Zum Problem der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung, JR 1991, 497; *R. Weber*, Die Aufrechnung, JuS 1999, L 65; *Zimmermann*, Die Aufrechnung – Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht, FS Medicus, 1999, 707. Cfr. además las referencias relativas al § 17.

§ 19 OTROS CASOS DE EXTINCIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN

I. CONSIGNACIÓN Y VENTA POR UNO MISMO

- 1 Si el deber de prestación no puede ser cumplido por motivos que se encuentran en la esfera de riesgo del acreedor, el deudor debe tener otra posibilidad de liberarse del deber de prestación. La ley prevé para ello la consignación y la venta por uno mismo.

1. Presupuestos de la consignación

A) MOTIVOS DE CONSIGNACIÓN

- 2 La consignación representa una **relación de depósito jurídico pública**⁸⁷. Se encuentran regulaciones más detalladas a este respecto en las leyes de consignación de los Estados federados que sustituyeron, tras su derogación con efectos de 1.12.2010, a la Ordenanza de consignación de 1937 (HintO)⁸⁸. Según el § 372, inciso 1, el deudor tiene derecho a consignar, de un lado, en caso de **mora en la aceptación** por parte del acreedor (§§ 293 ss.). De otro

⁸⁷ MüKoBGB/Fetzer § 372 n. m. 27 ss.

⁸⁸ Brox/Walker SchuldR AT § 15 n. m. 4.

lado, las **incertidumbres** relativas a la persona del acreedor pueden constituir un motivo de consignación, según el § 372, inciso 2. Son ejemplos de ello la ausencia, la incapacidad de obrar o la capacidad de obrar limitada del acreedor faltando un representante legal⁸⁹. Por último, también puede justificar este derecho una **duda sobre la persona del acreedor** debida a motivos fácticos o jurídicos⁹⁰. Tales incertidumbres pueden surgir, por ejemplo, en caso de cesiones repetidas o de sucesión dudosa.

El deudor no puede **ser culpable** de la incertidumbre. Por tanto, es necesario que un examen llevado a cabo con la diligencia necesaria haya suscitado dudas fundadas sobre la persona del acreedor, cuya superación por propia cuenta y riesgo no es exigible al deudor⁹¹.

B) SUSCEPTIBILIDAD DE CONSIGNACIÓN DEL OBJETO DEBIDO

- 3** Solo son **susceptibles de consignación** el dinero, los títulos valores, otros documentos y los objetos de valor (§ 372). *Objetos de valor* son cosas pequeñas, no perecederas, cuyo valor es particularmente alto en relación con su peso y tamaño (p. e., piedras preciosas)⁹². La limitación de la susceptibilidad de consignación se debe al hecho de que la consignación tiene lugar en los **tribunales de primera instancia**⁹³, donde no pueden ser depositadas cosas ni muy difíciles de manejar ni fácilmente perecederas. Respecto de las cosas no susceptibles de consignación, podrá tenerse en cuenta una venta por uno mismo con posterior consignación de lo ingresado (§§ 383 ss.).

En las relaciones entre **comerciantes** son susceptibles de consignación *mercancías de todo tipo* (§ 373 HGB). No obstante, en este caso la consignación también tiene lugar en un almacén público o de otra forma más segura.

2. Derecho de retirada del deudor y efecto de la consignación

- 4** De acuerdo con el § 376 I, el deudor en principio está legitimado para *retirar* la cosa consignada. Sin embargo, hay algunos casos en los que, de

⁸⁹ Larenz SchuldR I § 18V.

⁹⁰ Sobre el significado de esta alternativa, Harke SchuldR AT n. m. 377.

⁹¹ BGH NJW 1997, 1501 (1502).

⁹² HK-BGB/Schulze § 372 n. m. 2; MüKoBGB/Fetzer § 372 n. m. 3.

⁹³ Cfr. Jauernig/Stürner Vor § 372 n. m. 3. La competencia de los tribunales de primera instancia se establece en las distintas leyes de consignación (p. e., § 1 II HintG Bad.-Württ., § 1 II HintG NRW, Art.2 II BayHintG).

acuerdo con el § 376 II, el derecho a retirar se excluye. Tal es el caso, en particular, cuando el deudor renuncia frente a la oficina de depósitos al derecho de retirada (n. 1). En caso de **exclusión del derecho a retirar**, el deber de prestación del deudor se extingue por la consignación (§ 378). En este sentido, la consignación constituye un *subrogado del cumplimiento*.

Si hay *derecho a retirar*, la consignación no es definitiva. De ahí que el deudor pueda remitir al acreedor solo a la cosa consignada (§ 379 I). Tiene, por tanto, un **derecho a denegar la prestación** que puede hacer valer como excepción propia en un proceso⁹⁴. Durante la consignación el acreedor soporta el riesgo de la contraprestación (§ 379 II). El deudor está liberado del pago de intereses y del deber de indemnizar por utilidades no percibidas⁹⁵.

3. Venta por uno mismo

- 5 Si la cosa mueble debida no es susceptible de consignación, en caso de *mora en la aceptación* el deudor está legitimado para **venderla por sí mismo** de acuerdo con los §§ 383-386. Si los *motivos de consignación* son *otros*, una venta por uno mismo solo es admisible si existe riesgo de deterioro de la cosa o la custodia implica costes desproporcionadamente altos. La venta por uno mismo tiene lugar, en principio, mediante subasta pública (§ 383 III). Tratándose de cosas con un valor en bolsa o de mercado, también tiene cabida una venta «directa» por medio de una persona autorizada públicamente (§ 385). No obstante, con ello debe conseguirse al menos el «precio corriente» (= precio medio en el día y lugar de la venta)⁹⁶.

Con la subasta o la venta «directa», la pretensión de prestación en especie del acreedor se transforma, por aplicación analógica del § 1247, en una pretensión de prestación dineraria que tiene por objeto el pago de los **ingresos obtenidos de la venta**⁹⁷. El deudor puede satisfacer esta pretensión mediante la consignación de los ingresos (§§ 383 I 1 y 378). Pero también puede pagar al acreedor lo ingresado o compensar frente a la pretensión de pago de este con contrapretensiones propias⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. Jauernig/Stürmer §§ 378, 379 n. m. 3.

⁹⁵ Larenz SchuldR I § 18 Vc.

⁹⁶ Cfr. MüKoBGB/Fetzer § 385 n. m. 2.

⁹⁷ Larenz SchuldR I § 18 Va; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 291.

⁹⁸ RGZ 64, 366 (373); MüKoBGB/Fetzer § 383 n. m. 8.

- 6 En la **compraventa mercantil** el derecho a vender por uno mismo se limita, de acuerdo con el § 373 I y II HGB, a la *mora en la aceptación*. Sin embargo, se refiere a *todas* las mercancías (también no susceptibles de consignación). Tratándose de mercancías con precio en bolsa o de mercado no es necesaria ninguna subasta. Antes bien, también es admisible una venta directa (§ 373 II 1, parte 2 HGB) en la que, igual que conforme al § 385, ha de obtenerse al menos el precio corriente. La venta por uno mismo tiene lugar, según el § 373 III HGB, por cuenta del comprador. Esto significa, de un lado, que la pretensión de prestación del comprador queda satisfecha. De otro lado, el comprador tiene una pretensión al reintegro de los ingresos (§ 667). Sin embargo, frente a esta pretensión, el vendedor puede compensar con su crédito por el precio de la compraventa⁹⁹.

Tampoco tratándose de una compraventa mercantil se obliga al vendedor a que haga la venta por sí mismo conforme al § 373 HGB. Antes bien, a estos efectos también puede basarse en las *normas generales* de los §§ 383 ss.¹⁰⁰.

II. CONDONACIÓN Y RECONOCIMIENTO NEGATIVO DE DEUDA

- 7 La extinción del deber de prestación por **condonación** se regula en el § 397 I. La condonación presupone un *contrato* entre acreedor y deudor sobre la extinción del crédito. En el caso de los créditos no es posible una renuncia unilateral –a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de las excepciones propias–¹⁰¹. El contrato puede celebrarse de manera no formal. Esto también vale cuando la condonación se basa en una donación. El § 518 I no es aplicable en este caso porque la condonación es el negocio dispositivo¹⁰². La condonación se puede acordar expresa o tácitamente. También puede tener por objeto un crédito futuro¹⁰³. En todo caso, el acreedor debe estar autorizado para renunciar al crédito. Tratándose de pretensiones irrenunciables, la condonación es ineficaz¹⁰⁴.

La condonación es un **contrato dispositivo** que es independiente (abstracto) del negocio causal subyacente (p. e., donación)¹⁰⁵. Si la condonación es

⁹⁹ Cfr. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 29 n. m. 11.

¹⁰⁰ Cfr. *Oetker* HandelsR § 8 n. m. 5.

¹⁰¹ Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 397 n. m. 2; *Larenz* SchuldR I § 19 Ia; críticamente respecto de esta construcción, *Harke* SchuldR AT n. m. 381.

¹⁰² MüKoBGB/*Schlüter* § 397 n. m. 2.

¹⁰³ BGHZ 40, 326 (330); *Larenz* SchuldR I § 19 Ia.

¹⁰⁴ HK-BGB/*Schulze* § 397 n. m. 2; *Jauernig/Stürmer* § 397 n. m. 3.

¹⁰⁵ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 312; *Palandt/Grüneberg* § 397 n. m. 2.

eficaz, se extingue el *crédito* (relación obligatoria en sentido estricto) en cuestión. La relación obligatoria en su totalidad, en principio, solo puede extinguirse mediante un contrato extintivo (→ § 39 n. m. 1 ss.)¹⁰⁶.

- 8 También el reconocimiento del acreedor de que no existe un determinado crédito (el denominado **reconocimiento negativo de deuda**) requiere un contrato entre acreedor y deudor (§ 397 II). La conclusión de este contrato es asimismo posible de manera no formal. La consecuencia jurídica del reconocimiento negativo de deuda es la *extinción* del crédito.

III. NOVACIÓN Y CONFUSIÓN

- 9 Las partes pueden pactar, en virtud de la libertad contractual, que la relación obligatoria anterior sea sustituida por una nueva relación obligatoria. Tal sustitución de deuda (**novación**) constituye un contrato unitario por el cual la anterior relación obligatoria se extingue y se establece la nueva relación obligatoria¹⁰⁷. La opinión dominante contempla la novación referida a la relación obligatoria originaria como una **prestación en lugar del cumplimiento** (§ 364)¹⁰⁸. Esto se basa en la consideración de que el establecimiento de la nueva relación obligatoria lleva a la satisfacción del acreedor respecto de la relación obligatoria antecedente¹⁰⁹. En este contexto hay que tener en cuenta que, según el § 364 II, en caso de duda, la asunción de una nueva obligación no se puede considerar como una prestación en lugar del cumplimiento (→ § 17 n. m. 26). Es decir, la nueva obligación no debe sustituir a la obligación anterior, sino solo situarse junto a esta. Por tanto, la asunción de una nueva obligación no constituye, por regla general, una novación¹¹⁰.
- 10 De acuerdo con la opinión dominante, un crédito también puede extinguirse por el hecho de que crédito y deuda se reúnan en la misma persona porque (p. e., a causa de una sucesión) se transmita el crédito al deudor o la deuda al acreedor (la llamada **confusión**)¹¹¹. Sin embargo, la jurisprudencia subraya que la extinción del crédito en estos casos no es una exigencia imperativa

¹⁰⁶ MüKoBGB/Schlüter § 397 n. m. 7.

¹⁰⁷ Cfr. Larenz SchuldR I § 7 III; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 319.

¹⁰⁸ Erman/Buck-Heeb § 364 n. m. 7; Palandt/Grüneberg § 364 n. m. 3; de otra opinión, MüKoBGB/Fetzer § 364 n. m. 1.

¹⁰⁹ Staudinger/Olzen, 2016, § 364 n. m. 44.

¹¹⁰ Así, también, Staudinger/Olzen, 2016, Introducción a los §§ 362 ss. n. m. 37.

¹¹¹ MüKoBGB/Fetzer previo al § 362 n. m. 4; Brox/Walker SchuldR AT § 17 n. m. 7; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 321; según Wacke FS Medicus, 1999, 543 ss., solo decae la exigibilidad del crédito.

de la lógica. Por tanto, en casos excepcionales se puede suponer la subsistencia del crédito, si ello parece necesario atendiendo a los intereses en juego –especialmente en consideración a los **derechos de los terceros** en el crédito–¹¹². Si un tercero tiene, p. e., el usufructo (§§ 1068 ss.) o un derecho de prenda (§§ 1273 ss.) del crédito, debe ser protegido de la pérdida de su derecho por la extinción del crédito¹¹³.

Bibliografía: *Fest*, Die Hinterlegung zum Zweck der Sicherheitsleistung und der Erfüllung, JA 2009, 258; *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004; *Kollhosser/Jansen*, Konfusion, JA 1988, 305; *Rückheim*, Aufhebung der Hinterlegungsordnung, RPflegler 2010, 1; *Wacke*, Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder bloßer Wegfall der Klagbarkeit?, FS Medicus, 2009, 543. Cfr. además las referencias relativas al § 17.

¹¹² BGH NJW 1995, 2287 (2288).

¹¹³ MüKoBGB/*Fetzer*, Previo al § 362 n. m. 4.

PARTE QUINTA

LAS ALTERACIONES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

SECCIÓN PRIMERA. FUNDAMENTOS

§ 20 INTRODUCCIÓN

I. VISIÓN GENERAL

- 1 En las consideraciones hechas hasta ahora se partía de un desarrollo **normal** de la relación obligatoria. Pero la relación obligatoria también puede desarrollarse de manera irregular; es decir, puede producirse una alteración de la relación obligatoria (la denominada «contravención de la prestación») ¹.

Las **contravenciones de la prestación** se deben la mayoría de las veces a que el deudor lesiona un deber derivado de la relación obligatoria. No obstante, la «alteración» también puede tener otras causas. Los comentarios siguientes se ocupan de las contravenciones de la prestación por **lesión del deber** (aunque, desde luego, la imposibilidad se «opone» en parte a su inclusión en el concepto de lesión del deber) o por **incumplimiento de la promesa de prestación** (en el § 311a II). Se trata de un grupo muy homogéneo de casos, en los que la relación obligatoria no se desarrolla como «debía» o no como «se había prometido» ². Las regulaciones pertinentes (§§ 275-292, § 311a II y §§ 323-326) siguen una sistemática general y también presentan

¹ Sobre el concepto de contravención de la prestación, cfr. *U. Huber* Leistungsstörungen I § 1 I.

² A favor de limitar el concepto de contravención de la prestación a estos casos, NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 280 n. m. 14 ss.; en el mismo sentido que aquí, *Schwarze* Leistungsstörungen § 1 n. m. I.

grandes paralelismos en cuanto a su contenido. Los **otros tipos** de contravención de la prestación (mora del acreedor y alteración de la base del negocio) no se pueden poner bajo un denominador común. Por ello serán expuestos por separado en la Sección cuarta, junto con la pena convencional.

- 2 Dado que el régimen jurídico de la contravención de la prestación regula una pluralidad de casos distintos en los que surgen complicaciones en el desarrollo de la relación obligatoria, los preceptos legales son muy *abstractos*. Por ello es útil pensar, en primer lugar, qué tipos de contravención de la prestación procede en absoluto considerar. En la medida en que se trate de **lesiones de un deber**, se puede enlazar con la distinción entre deberes de prestación y de protección que se establece en el § 241 I y II (→ § 1 n. m. 11 ss.).

1. Lesión de deberes de prestación

A) OMISIÓN DE LA PRESTACIÓN

- 3 Es posible que el deudor no ejecute la prestación debida. Esto puede deberse a que, por motivos fácticos o jurídicos, la prestación no pueda ser ejecutada por nadie o, al menos, por el deudor. Se habla entonces de **imposibilidad**. La imposibilidad puede existir ya al concluirse el contrato (imposibilidad originaria); pero también puede producirse más tarde (imposibilidad sobrevenida).

Ejemplos: (1) V vende a K un cuadro el 10.1. Más tarde se comprueba que, ya en la tarde del 9.1, el cuadro había sido completamente destruido en un incendio. Con ello, el cumplimiento no era posible para V desde el principio.

(2) V vende a K un automóvil el 10.4. El vehículo debe entregarse a K el 12.4. El 11.4 unos desconocidos sustraen el automóvil a V. Con ello, el cumplimiento se ha hecho imposible para V posteriormente.

- 4 En la mayoría de los casos la omisión de la prestación no se debe a la imposibilidad; antes bien, se produce simplemente un **retraso** de la prestación, p. e., porque el deudor no se ha abastecido a tiempo de los bienes necesarios para el cumplimiento o su proveedor no le ha suministrado con la debida antelación.

Ejemplo: K encarga el 3.8 al concesionario V un coche nuevo del fabricante H. La fecha acordada para la entrega es el 1.10. Por un descuido, V no cursa el pedido hasta el 7.9. Dado que el plazo de entrega de H asciende a 6 semanas, V no se ve en condiciones de traspasarle el vehículo a K el 1.10.

- 5 Los **intereses en juego** son diferentes en ambas situaciones. En caso de **imposibilidad**, es seguro que la prestación ya no puede ser ejecutada. Por

tanto, solo se plantea la cuestión de qué pretensiones secundarias (en particular, de indemnización del daño) ostenta el acreedor. En el caso de los contratos bilaterales ha de examinarse, además, el destino de la pretensión de contraprestación. Cuando se trata de un simple **retraso** de la prestación, por lo regular ambas partes están interesadas en que la prestación debida se realice más tarde. Pero también es posible que el acreedor quiera desvincularse del contrato y hacer valer pretensiones secundarias. Independientemente de esto, habría que ver bajo qué presupuestos tiene el deudor que indemnizar al acreedor el daño producido por el retraso.

B) PRESTACIÓN DEFECTUOSA

- 6 El deudor puede haber ejecutado la prestación puntualmente pero no conforme a lo debido. Se habla entonces de **prestación defectuosa**.

Ejemplos: (1) K ha comprado a V por 7.500 euros un coche de segunda mano. Posteriormente se comprueba que se trata de un coche que ha sufrido un accidente.
 (2) El maestro pintor M debe empapelar el salón de A. M realiza los trabajos puntualmente. Sin embargo, pocas semanas después, el papel pintado vuelve a desprenderse de la pared.

A menudo, también en este caso el acreedor estará interesado en que el deudor aún ejecute la prestación *como es debido*, p. e., que empapele de nuevo el salón de manera profesional. Sin embargo, también puede haber perdido la confianza en el deudor y, por ello, querer hacer valer las *pretensiones secundarias*. En este sentido, los intereses en juego son los mismos que en los casos de retraso. Las particularidades se dan si la prestación no puede o ya no puede ejecutarse como es debido, p. e., porque, sencillamente, de un coche accidentado no se puede hacer un vehículo libre de accidentes. En estos casos la situación de los intereses en juego es la misma que en el caso de *imposibilidad* (→ § 22 n. m. 17).

2. Lesión de deberes de protección

- 7 El normal desarrollo de la relación obligatoria también puede verse cuestionado por la **lesión de los deberes de protección**. Aquí se plantea, en primer lugar, la cuestión de si el acreedor puede exigir una indemnización por los daños que haya sufrido a consecuencia de la lesión de los deberes de protección en

sus otros derechos, bienes jurídicos e intereses. No obstante, también es posible que el acreedor quiera desvincularse del contrato a causa de la lesión de los deberes de protección. En este caso, con frecuencia estará interesado en obtener una indemnización de los daños ocasionados por la falta de ejecución del contrato. Dado que esta consecuencia es especialmente gravosa para el deudor, por lo general habrá que esperar del acreedor que mantenga el contrato.

Ejemplo: Al realizar los trabajos de empapelado, el maestro pintor M daña, debido a su negligencia, los muebles de su comitente A. Aquí no puede haber duda de que M ha de indemnizar los daños por los muebles. Sin embargo, es dudoso si A puede o no confiar los trabajos a otro pintor y exigir a M la indemnización de los costes adicionales (→ § 27 n. m. 34 ss.).

- 8 Los deberes de protección también pueden derivarse de relaciones obligatorias **análogas a las negociales**, principalmente en relación con el establecimiento de las negociaciones contractuales o con la preparación de los contratos (cfr. § 311 II). Aquí se plantea la cuestión, lo mismo que en los contratos existentes, de si el perjudicado puede exigir una indemnización de los daños que se han ocasionado a sus derechos, bienes jurídicos e intereses. En la medida en que posteriormente aún se haya llegado a concluir el contrato, el perjudicado puede estar interesado, además, en volver a desvincularse del contrato (→ § 8 n. m. 14 ss.).

Para profundizar: Con respecto a la terminología, hay que tener en cuenta que el concepto de contravención de la prestación solo con dificultades puede abarcar la lesión de los deberes de protección. El problema se debe a que el concepto de contravención de la prestación se desarrolló en un momento en el que la categoría de los deberes de protección aún no estaba reconocida³. Por ello, el concepto de contravención de la prestación debe entenderse hoy en un sentido amplio⁴. Alternativamente, puede hablarse de una alteración de la relación obligatoria⁵.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN ANTES DE LA REFORMA

- 9 El régimen jurídico de la contravención de la prestación estaba regulado *de forma poco clara e incompleta* antes de la reforma. Las regulaciones sobre las

³ En profundidad, *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

⁴ Cfr. *Schwarze Leistungsstörungen* § 1 n. m. 2.

⁵ Cfr. *Brox/Walker SchuldR AT* § 21 n. m. 1 ss.; *Schur*, Leistung und Sorgfalt, 2001, 42 ss.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, 182, nota 6.

contravenciones de la prestación no se encontraban solo en el Derecho general de obligaciones; antes bien, para algunos tipos contractuales (compraventa y contrato de obra), había preceptos especiales sobre el saneamiento en caso de vicios materiales (§§ 459 ss.; 633 ss. en su antigua versión). En otros tipos contractuales (p. e., contrato de servicios) faltaban preceptos semejantes, de modo que había que recurrir a las reglas generales sobre la prestación defectuosa. Esta «**doble vía**» dificultó considerablemente la aplicación práctica del Derecho. Porque una y otra vez surgían contradicciones y lagunas, que tampoco podían subsanarse por completo mediante el desarrollo jurídico.

- 10 Tampoco estaba regulado unitariamente el régimen jurídico general de la contravención de la prestación, sino que constaba de varios supuestos de hecho diferentes. Solo estaban expresamente reguladas las dos formas de incumplimiento de los deberes de prestación, a saber, la **imposibilidad** y el retraso de la prestación (**mora**).
- 11 El Derecho general de obligaciones no contenía ninguna regulación expresa para la **prestación defectuosa** y la **lesión de los deberes de protección**. Dado que los preceptos sobre saneamiento del Derecho especial de obligaciones solo valían para determinados casos de cumplimiento defectuoso en algunos tipos contractuales, la ley parecía incompleta. En el marco de las relaciones obligatorias existentes, la laguna fue colmada con el instituto consuetudinario de la *lesión contractual positiva* (lcp). A las lesiones de los deberes de protección en el ámbito precontractual se les aplicaba el instituto consuetudinario de la *culpa en las negociaciones contractuales* (culpa in contrahendo). La relación en que se encontraban estas figuras jurídicas no escritas y las reglas escritas del régimen jurídico de la contravención de la prestación, fue controvertida en muchos puntos y no estuvo clara hasta el final.

III. EL SISTEMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN

1. El concepto de lesión del deber

- 12 Al reformar el régimen jurídico de la contravención de la prestación, el legislador se guió por la consideración de que todos los derechos del acreedor deben vincularse a un *supuesto de hecho unitario* –en concreto, a la **lesión del deber** (cfr. § 280 I)–. La existencia de una lesión del deber se entiende

como rasgo común de todos los supuestos de hecho de contravención de la prestación.

El concepto de lesión del deber se refiere a **todos los deberes** derivados de la relación obligatoria. Por tanto, no se aplica solo a los *deberes de prestación* contractuales, sino también a los *deberes de protección*. También están comprendidos los *deberes precontractuales* de los §§ 311 II y 241 II (→ § 8 n. m. 8 ss.). Por último, también la responsabilidad por vicios materiales y jurídicos del *régimen jurídico del contrato de compraventa y de obra* está integrada en el concepto de lesión del deber. Así, el § 433 I 2 aclara expresamente que el vendedor tiene que proporcionar al comprador la cosa libre de vicios materiales y jurídicos. La entrega de una cosa defectuosa constituye, por tanto, una lesión del deber (→ SchuldR BT § 2 n. m. 2). Lo mismo es aplicable, conforme al § 633, en el caso de los contratos de obra (→ SchuldR BT § 34 n. m. 1). Esto tiene como consecuencia que los §§ 437 y 634 puedan remitir a los §§ 280 ss., 311a y 323 ss. respecto de la pretensión de indemnización del daño y el destino del deber de contraprestación. No obstante, el Derecho especial de obligaciones contiene algunas modificaciones o adiciones importantes a las reglas generales. Frente a estas, la *responsabilidad del arrendador* frente al arrendatario por vicios materiales y jurídicos está regulada de forma independiente en los §§ 536 ss. (→ SchuldR BT § 22 n. m. 21). De ahí que la pretensión del arrendatario para la indemnización del daño se rija solo por el § 536a I.

2. Los límites del concepto

A) EFECTOS DE LA IMPOSIBILIDAD SOBRE EL DEBER PRIMARIO DE PRESTACIÓN

- 13** En el debate de política legislativa durante la reforma del Derecho de obligaciones de 2002 (→ § 2 n. m. 16), se puso de manifiesto que no se podía mantener plenamente la idea de un supuesto de hecho básico unitario. Esto vale, sobre todo, para la **imposibilidad**. El legislador tenía originalmente la finalidad de eliminar la imposibilidad como categoría independiente. Sin embargo, hay un ámbito en el que, en todos los empeños dogmáticos, no puede ponerse en duda el significado independiente de la imposibilidad –en concreto, en la cuestión del destino del deber primario de prestación–.

- 14** Si el deudor lesiona un deber derivado de la relación obligatoria o se produce otra contravención de la prestación, por lo general esto no tiene ningún efecto inmediato en la existencia del **deber primario de prestación**. Sin embargo, en el caso de imposibilidad la situación es diferente. Si la prestación no puede ser ejecutada por el deudor, no tienen ningún sentido mantener el deber primario de prestación. Esto es así con independencia de si la imposibilidad se debe a una lesión del deber del deudor o no. Por eso, en relación con el destino del deber primario de prestación, el legislador optó por mantener la *función independiente* de la imposibilidad en el § 275 (→ § 21 n. m. 1 ss.); en cambio, respecto de la pretensión indemnizatoria del daño, se ha esforzado por configurar la omisión de prestación por causa de imposibilidad u otros impedimentos similares de la prestación como caso especial de la lesión del deber en los §§ 280 I y III y 283 (→ § 22 n. m. 21 ss.)⁶.

B) EL SISTEMA DE LAS PRETENSIONES DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 15** Tampoco respecto de las pretensiones de indemnización del daño pudo ponerse en práctica plenamente la unidad de concepción. Es cierto que todas las pretensiones de indemnización del daño por lesión del deber se vinculan al **supuesto de hecho básico** del § 280 I. Conforme a ello, son presupuestos centrales de la pretensión indemnizatoria del daño (1) la existencia de una relación obligatoria, (2) la lesión del deber del deudor, (3) la responsabilidad del deudor por la lesión del deber, así como (4) la producción de un daño. Sin embargo, las notas generales del § 280 I no bastan respecto de determinadas categorías de daños –concretamente, el daño por retraso y la indemnización del daño en lugar de la prestación–. De acuerdo con el § 280 II y III, aquí deben darse **presupuestos adicionales** para justificar la pretensión indemnizatoria del daño.

Para profundizar: La necesidad de los presupuestos adicionales se apoya en distintas consideraciones. Por lo que se refiere al daño por retraso, responde a la tradición jurídica alemana que la indemnización solo se puede exigir bajo los presupuestos de la *mora* (§ 286) (→ § 26 n. m. 1 ss.). Con la indemnización del daño en lugar de la prestación se trata de asegurar la *prioridad de la pretensión primaria de prestación*⁷. Por eso en principio el acreedor debe fijarle al deudor un plazo razonable para que cumpla (subsane), antes de poder hacer valer la indemnización del daño en lugar de

⁶ Sobre el distinto significado de la imposibilidad respecto del destino del deber de prestación y la responsabilidad del deudor, *Harke* JbZivRWiss 2001, 29 (48 ss.).

⁷ Cfr. la Recomendación de resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos, BT-Drs. 14/7052, 174.

la pretensión de cumplimiento (subsanciación). Sin embargo, la exigencia de fijar un plazo no es adecuada para todas las formas en que puede manifestarse la lesión del deber. Por eso el legislador se ha decidido por configurar diferenciadamente los presupuestos adicionales de la pretensión indemnizatoria del daño en los §§ 281-283, según el respectivo tipo de lesión del deber.

- 16 Fuera de este sistema se encuentra la pretensión de indemnización del daño por **imposibilidad originaria** (→ § 28 n. m. 1 ss.). En este caso no resulta adecuada la conexión a la nota de la lesión del deber. Dado que, de acuerdo con el § 275, el deudor no está obligado a la prestación en ningún momento, la omisión de la prestación no puede ser una lesión del deber⁸. Por eso el § 311a II prevé para estos casos un **fundamento independiente de pretensión** que no se basa en el § 280 I.

Para profundizar: La exclusión de la imposibilidad originaria del concepto de lesión del deber no es en absoluto obligada. Así pues, cabe perfectamente defender la opinión de que la lesión del deber radica en el objetivo incumplimiento del deber de prestación asumido⁹. Otros autores señalan que el § 275 I solo excluye la pretensión de cumplimiento del acreedor, mas no el deber de prestación como «deber ideal»¹⁰. Es cierto que estas consideraciones no cambian en nada el hecho de que, de acuerdo con la concepción del legislador, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación ex § 311a II no está vinculada precisamente a una lesión del deber. Sin embargo, la diferente configuración de los §§ 280 ss. y 311a II no puede hacer olvidar que todas las pretensiones indemnizatorias por contravención de la prestación presentan finalmente la misma estructura. Por eso, en la *resolución de casos* puede emplearse un *esquema estructural unitario* (→ Apéndice n. m. 1 ss.).

C) EL SISTEMA DE LOS DERECHOS DE RESOLUCIÓN

- 17 En cuanto al derecho de resolución del acreedor, el legislador ha renunciado a ligarlo a un supuesto de hecho básico unitario de lesión del deber¹¹. En lugar de ello, los §§ 323, 324 y 326 V parten *directamente* de los diferentes **grupos de casos de contravención de la prestación**. Es cierto que esto no cambia en nada el dato de que los distintos supuestos de hecho de la resolución presuponen generalmente una *lesión del deber*. Sin embargo, la renuncia al supuesto de hecho básico de la lesión del deber permite integrar la

⁸ BT-Drs. 14/6040, 165.

⁹ Así, *Gieseler* JR 2004, 133 (136).

¹⁰ Así, BeckOGK/*Riehm*, 1.7.2019, BGB § 275 n. m. 24 s. No obstante, a este planteamiento se le ha objetado que la rúbrica oficial del § 275 habla de «Exclusión del deber de prestación».

¹¹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 183.

imposibilidad originaria en el sistema general de los derechos de resolución (§ 326 V).

- 18** Si se prescinde de esta particularidad, los supuestos de hecho de la resolución (§§ 323, 324 y 326 V) presentan la misma **estructura** que las regulaciones sobre la *indemnización del daño en lugar de la prestación* (§§ 281, 282 y 283). Así, junto a la lesión del deber, deben darse los mismos presupuestos adicionales. Esto se explica por el hecho de que la prioridad de la pretensión de cumplimiento respecto de la resolución debe garantizarse del mismo modo que respecto de la indemnización del daño en lugar de la prestación. No obstante, una diferencia esencial es que en todos los supuestos de hecho de la resolución es irrelevante si el deudor es o no *responsable* de la contravención de la prestación (→ § 32 n. m. 8).

3. **Conclusión: el régimen jurídico vigente de la contravención de la prestación como «sistema mixto»**

- 19** La génesis de la reforma del Derecho de obligaciones ha conducido a que en el vigente régimen jurídico de la contravención de la prestación se solapen dos **principios estructurales** opuestos. Conforme a la concepción originaria, el legislador quería desprenderse por completo de los tradicionales grupos de casos y seguir un enfoque puramente *orientado a las consecuencias jurídicas*. Por ello ha establecido dos complejos normativos que se ocupan de las consecuencias jurídicas de la lesión del deber: los preceptos sobre la indemnización del daño (§§ 280-286) y sobre la resolución o la desaparición del deber de contraprestación (§§ 323-326). Sin embargo, el legislador ha reconocido finalmente que, respecto de la indemnización del daño en lugar de la prestación así como del destino del deber de contraprestación, no puede evitar distinguir entre los distintos tipos de lesión del deber. En esta medida, el sistema *orientado a supuestos de hecho* del Derecho anterior pervive en el marco de un enfoque orientado a las consecuencias jurídicas. En este sentido, el vigente régimen jurídico de la contravención de la prestación constituye un **«sistema mixto»**¹². Fuera de este sistema está la exclusión del deber de prestación conforme al § 275. Aquí, la imposibilidad ha conservado su posición característica en consonancia con la concepción del viejo BGB.

¹² Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 n. m. 19; Canaris en E. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2002: *Schuldrechtsmodernisierung*, 181.

- 20 Aunque el legislador haya vuelto de nuevo a los tradicionales grupos de casos de contravención de la prestación, esto no significa que la sistemática del régimen jurídico de la contravención de la prestación haya quedado igual¹³. Mientras que, conforme al antiguo Derecho, los diferentes grupos de casos estaban uno al lado del otro de forma más o menos inconexa, desde la reforma del Derecho de obligaciones pueden comprenderse –pese a algunas fracturas– como **manifestaciones de un principio básico unitario**. Para los estudiantes, esto tiene la ventaja de que la estructura de los exámenes de clausura sobre el régimen jurídico de la contravención de la prestación, se puede reconducir a un esquema básico ampliamente unitario (→ Anexo n. m. 1 ss.)¹⁴.
- 21 El sistema del vigente régimen jurídico de la contravención de la prestación contiene varios **elementos fundamentales**. Se trata, en particular, de la *imposibilidad* como motivo de exclusión del deber primario de prestación, la *lesión del deber* como elemento central de la indemnización del daño y de las regulaciones de la resolución, así como la *responsabilidad* del deudor. Estos elementos fundamentales serán examinados a continuación con más detalle. Más tarde, en las Secciones segunda y tercera se tratarán –siguiendo la estructura del legislador orientada a las consecuencias jurídicas– la **pretensión indemnizatoria del daño** y el **destino del deber de contraprestación**.

Bibliografía: *Altmeppen*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform, DB 2001, 1131; *Altmeppen*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, DB 2001, 1399; *Artz/Gsell/Lorenz*, Zehn Jahre Schuldrechtsreform, 2014; *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499; *Canaris*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815; *Canaris*, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte –, en E. Lorenz, *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, 2003; *Gieseler*, Die Struktur des Leistungsstörungenrechts beim Schadensersatz und beim Rücktritt, JR 2004, 133; *Grundmann*, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204 (2004), 569; *Harke*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, Jb. J. ZivRWiss. 2001, 29; *U. Huber*, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsent-

¹³ Sin embargo, en este sentido, en principio, *Medicus* en Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 61 (62); crítico también frente al mantenimiento de la sistemática tradicional, *Grundmann* AcP 204 (2004), 569 (594).

¹⁴ En general sobre el significado de la reforma del Derecho de obligaciones en la doctrina universitaria, *Dauner-Lieb* en Artz/Gsell/S. Lorenz, *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, 2014, 267 ss.

wurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2137; *U. Huber*, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2273; *Looschelders*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, FS Canaris I, 2007, 737; *S. Lorenz*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742; *S. Lorenz*, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889; *Medicus*, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521; *Schulze/Ebers*, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265 (366, 462); *Schur*, Leistung und Sorgfalt, 2001; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007; *v. Wilmsky*, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, Beil. zu JuS 1/2002, 1.

§ 21 LA IMPOSIBILIDAD COMO MOTIVO DE EXCLUSIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN

I. VISIÓN GENERAL

- 1 El § 275 regula la cuestión de bajo qué presupuestos se excluye o, en todo caso, no es exigible la pretensión primaria de prestación del acreedor. El precepto –siguiendo la tradición jurídica alemana– enlaza con el supuesto de hecho de la imposibilidad. En primer plano se encuentra el caso en que la prestación no puede ser ejecutada por el deudor por motivos fácticos o jurídicos (la denominada **imposibilidad real** conforme al § 275 I). Los párrafos siguientes se refieren al hecho de que la ejecución de la prestación exija un esfuerzo totalmente desproporcionado en comparación con el interés en la prestación (**grave desproporción** del esfuerzo de prestación conforme al § 275 II) o, en el caso de un deber personal de prestación, no le sea exigible al deudor por motivos personales (**inexigibilidad personal** conforme al § 275 III).

II. IMPOSIBILIDAD REAL

- 2 El § 275 I considera solamente la «**imposibilidad real**». Debe tratarse, por tanto, de un impedimento de la prestación que sea verdaderamente insalvable. Si el deudor no puede ejecutar la prestación con todos los esfuerzos imaginables, carece de sentido mantener el deber de prestación. De ahí que el deber de prestación decaiga conforme al § 275 I, por virtud de la ley. Por tanto, no es necesario que el deudor alegue el impedimento de la prestación.

1. Imposibilidad por las leyes de la naturaleza (física)

A) EN GENERAL

- 3 A menudo la imposibilidad real se debe a que, por razón **de las leyes de la naturaleza**, el deudor no está en condiciones de ejecutar la prestación. Se habla también de imposibilidad física¹⁵. En un primer plano está el caso en que el objeto debido no existe desde el principio o se ha destruido tras la conclusión del contrato. Pero también se incluyen los contratos que se dirigen a una prestación que, por razón de las leyes de la naturaleza, no puede ser ejecutada, en concreto los **contratos supersticiosos**, que deben cumplirse con ayuda de capacidades sobrenaturales o mágicas¹⁶. Conforme al Derecho antiguo, tales contratos eran, en principio, ineficaces con arreglo al § 306 en su antigua versión¹⁷. En cambio, el § 311a I deja claro que un contrato no es ineficaz solo porque la ejecución de la prestación sea ya objetivamente imposible al concluirse el contrato (→ § 28 n. m. 5 ss.). Es decir, que, salvo que otras razones conduzcan a la nulidad en el caso concreto (p. e., la contrariedad a las buenas costumbres conforme al § 138 I), hay un contrato eficaz. No obstante, el deber de prestación del deudor queda excluido conforme al § 275 I. Con ello también decae, en principio, el deber de contraprestación del «cliente» (cfr. § 326 I 1). Sin embargo, el BGH ha aclarado en una reciente sentencia que, en virtud de la autonomía privada, las partes son libres de derogar la exclusión del deber de contraprestación mediante un acuerdo individual (también tácito)¹⁸. En caso de duda, deberá suponerse esto cuando ambas partes negocian siendo conscientes de que el objeto del contrato sale del ámbito del conocimiento científico garantizado.

Ejemplo (BGH NJW 2011, 756): A ofrece en internet asesoramiento vital («Life Coaching») por medio de la cartomancia. Uno de sus clientes es B, que se ha dirigido a A en una crisis existencial desencadenada por problemas de pareja. Posteriormente, A le lee las cartas a B en muchos casos, en relación con distintas cuestiones vitales. B le paga por ello más de 35.000 euros. Cuando A exige otros 6.700 euros por sus servicios, B deniega el pago. ¿Con razón?

A podría tener frente a B una pretensión de pago de los 6.700 euros ex § 611 I. Esto presupone que el contrato se haya concluido eficazmente. Considerando la cuantía de la retribución y la difícil situación vital de B, el contrato podría ser nulo en virtud

¹⁵ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 404; *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 392.

¹⁶ Sobre la problemática cfr. *Canaris* JZ 2001, 499 (505 s.); *Windel* ZGS2003, 466 (467).

¹⁷ Cfr. BGHZ 115, 69; OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553; LG Kassel NJW 1985, 1642.

¹⁸ BGH NJW 2011, 756 = JA 2011, 385 (*Looschelders*).

del § 138 I. Si en el caso concreto se niegan los presupuestos de la contrariedad a las buenas costumbres, el contrato es eficaz (cfr. § 311a I); no obstante, el deber de prestación de A queda excluido conforme al § 275 I. Según el § 326 I 1, con ello también decae, en principio, el deber de contraprestación de B. Sin embargo, dado que ambas partes han concluido el contrato siendo conscientes de abandonar el terreno de la experiencia científicamente garantizada, el contrato podría ser interpretado en el sentido de que el deber de prestación de B no debe malograrse por contradecir las leyes de la naturaleza. Por consiguiente, A dispondría de una pretensión de pago de los 6.700 euros frente a B ex § 611 I.

B) CONSECUCIÓN DEL FIN Y DESAPARICIÓN DEL FIN

- 4 La imposibilidad física plantea problemas particulares en los casos de consecución del fin y de desaparición del fin¹⁹. La **consecución del fin** se da cuando el *resultado* perseguido con el contrato se produce sin una prestación del deudor frente al acreedor y, por ello, ya no puede ser proporcionado mediante tal prestación. En la mayoría de los casos de consecución del fin, el resultado se produce sin la intervención del deudor. No obstante, también es posible que el fin se produzca por la prestación del deudor a un tercero²⁰. Se habla de **desaparición del fin** cuando el resultado debido ya no puede hacerse realidad mediante una prestación del deudor por desaparecer el sustrato de la prestación que el acreedor tenía que proporcionar o por un motivo que se encuentra en la persona del acreedor. Los ejemplos se encuentran sobre todo en los contratos de servicios y de obra.

Ejemplos: (1) El médico Dr. A quiere ir en coche a atender a un paciente enfermo. Como la salida del garaje está bloqueada por un automóvil aparcado, encarga al propietario de la empresa de remolques U, que retire el vehículo. Cuando U llega, el conductor del automóvil ya ha despejado la salida. Con ello, el resultado perseguido con el contrato se ha conseguido con independencia de una actividad de prestación de U.

(2) El subcontratista S se ha comprometido frente al contratista principal H a eliminar material contaminado de dragado. Tras surgir disputas entre S y H, S elimina el material de dragado con base en un contrato separado con el dueño de la obra B. El resultado debido por S frente a H se ha producido mediante una prestación de S a B.

(3) A ha encargado al maestro pintor M pintar la fachada de su casa. Antes de que M comience los trabajos, la casa se quema. Con ello, el fin perseguido con el contrato ya no puede producirse, por la desaparición del sustrato de la prestación.

¹⁹ MüKoBGB/*Ernst* § 275 n. m. 158 ss.; Staudinger/*Feldmann*, 2014, Previo a los §§ 293–304 n. m. 5 ss.

²⁰ Cfr. BGH NJW 2010, 1282; LMK 2010, 300543 con nota de *Looschelders*.

(4) M ha concluido con la Obra Diaconal (D) un contrato de asistencia residencial. Muere antes de ser acogida en la residencia. Tampoco aquí puede ya el deudor proporcionar el resultado perseguido contractualmente²¹.

- 5 En la doctrina se reconoce ampliamente que los casos de consecución del fin y desaparición del fin han de tratarse de conformidad con las reglas sobre la imposibilidad²². Esto significa que el **deber de prestación** del deudor se extingue según el § 275 I. Más problemática que la exclusión del deber de prestación es la cuestión de si la otra parte dispone de una pretensión remuneratoria o indemnizatoria. De esto habremos de ocuparnos en relación con el destino del *deber de contraprestación* (→ § 35 n. m. 9).

C) ALTERACIÓN DEL FIN

- 6 De la consecución del fin y la desaparición del fin hay que distinguir el caso en que el acreedor ha perdido el interés en la prestación porque ya no pueda emplearla de la manera prevista²³.

Ejemplo: A ha encargado al sastre S que le haga un traje para su inminente boda. Poco después, A discute con su prometida. A consecuencia de ello, la boda se cancela. A se niega a recoger y pagar el traje de boda argumentando que ya no le es de utilidad.

- 7 En todo caso, semejantes **alteraciones del fin** no justifican una imposibilidad. Aunque no sea así, la alteración del fin es en principio irrelevante, porque la posibilidad de utilizar la prestación normalmente se encuentra en el exclusivo ámbito de riesgo del acreedor²⁴. No obstante, en casos excepcionales pueden ser aplicables las reglas sobre la *alteración de la base del negocio* (§ 313) (→ § 37 n. m. 25).

2. Imposibilidad jurídica

- 8 La imposibilidad real también puede deberse a circunstancias **jurídicas**. Es representativo el caso en que un contratista se obliga a construir un edificio

²¹ Cfr. sobre este caso, LG Düsseldorf NJW-RR 1991, 184.

²² BGH NJW 2010, 1282 (1283); MüKoBGB/Ernst § 275 n. m. 159; Larenz SchuldR I § 21 Ic.

²³ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 565; Staudinger/Caspers, 2014, § 275 n. m. 32 s.

²⁴ Palandt/Grüneberg § 275 n. m. 20.

que no puede ser autorizado según las normas urbanísticas²⁵. Pero la imposibilidad jurídica también se da si el vendedor tuviera que conseguir la mercancía debida vulnerando una prohibición de importación²⁶. Sin embargo, si el contrato es ineficaz conforme a los §§ 134 y 138 no hay margen para la aplicación del § 275 I²⁷.

3. Particularidades en el caso de las deudas genéricas y pecuniarias

- 9 El § 275 I también es aplicable a las **deudas genéricas**. Sin embargo, antes de la concreción (§ 243 II) la imposibilidad real solo puede producirse si todo el género se extingue o es afectado por un impedimento de la prestación jurídicamente insalvable. Si la adquisición deviene mucho más difícil, procede considerar una exclusión del deber de prestación conforme al § 275 II (→ § 21 n. m. 24). Tras la concreción, el riesgo de la prestación ha de juzgarse conforme a los mismos principios que en la deuda de cosa específica.
- 10 El § 275 I no es aplicable a las **deudas pecuniarias**²⁸. Como se deduce de la existencia de la InsO, la insolvencia no conduce a la exclusión del deber de prestación por imposibilidad subjetiva. Antes bien, el deudor tiene un deber ilimitado de responder. Si el deudor no puede cumplir sus deberes contractuales por falta de dinero, tiene que responder de la lesión del deber conforme al § 276 aunque no sea culpable de la insolvencia (→ § 23 n. m. 33).

4. Imposibilidad objetiva y subjetiva

- 11 De acuerdo con el § 275 I, la pretensión de prestación no solo se excluye si la prestación es imposible por razones físicas o jurídicas para **todos** (imposibilidad objetiva). Por el contrario, basta que el **deudor** en particular no esté en condiciones de ejecutar la prestación (posible para un tercero) (imposibilidad o incapacidad subjetiva).
- 12 En particular, puede haber **imposibilidad subjetiva** si la cosa vendida es propiedad de un tercero o ha sido sustraída por un desconocido. No obstante, en estos casos es presupuesto para la aplicación del § 275 I que el objeto de

²⁵ Cfr. OLG Köln VersR 1997, 850.

²⁶ BGH NJW 1983, 2873; Palandt/*Grüneberg* § 275 n. m. 16.

²⁷ Cfr. *Windel* ZGS2003, 466 (471).

²⁸ Cfr. NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 275 n. m. 67; HK-BGB/*Schulze* § 275 n. m. 8.

la prestación no pueda obtenerse (recuperarse) «a ningún precio» del propietario o ladrón²⁹. Si cabe considerar seriamente una (re)adquisición, el deber de prestación puede, sin embargo, quedar excluido conforme al § 275 II si para ello fuera necesario un esfuerzo desproporcionado (→ § 21 n. m. 23).

5. Imposibilidad originaria y sobrevenida

- 13** De acuerdo con el § 275 I, la exclusión del deber de prestación no depende de si la imposibilidad existía ya al concluirse el contrato o se produjo después de la conclusión del contrato. Por tanto, el precepto comprende tanto la imposibilidad **originaria** como la **sobrevenida**. Esto se deduce de la expresión «*sea imposible*». En este sentido, hay una diferencia esencial respecto del § 275 en su antigua versión, que solo era de aplicación a la imposibilidad sobrevenida («*devenga imposible*»).

Para profundizar: La ampliación del ámbito de aplicación del § 275 I está relacionada con el hecho de que se ha suprimido la especial posición de la *imposibilidad originaria objetiva*. Conforme al § 306 en su antigua versión, en caso de imposibilidad originaria objetiva el contrato era nulo. Esto se consideró generalmente inadecuado³⁰. El § 311a I deja ahora claro que la imposibilidad originaria no afecta a la eficacia del contrato (→ § 28 n. m. 4). Pero, dado que aquí la prestación tampoco puede ejecutarse, la exclusión del deber de prestación conforme al § 275 I tenía que extenderse a este caso.

6. Imposibilidad total y parcial

- 14** El § 275 I se refiere tanto a la **imposibilidad total** como a la **parcial**. En caso de imposibilidad parcial, el deber de prestación decae solo *en la medida en que* la prestación no pueda ser ejecutada por el deudor; en lo demás subsiste. Si el acreedor no tiene ningún interés en la prestación parcial, puede exigir indemnización del daño en lugar de *toda* la prestación conforme a los §§ 280 I y III y 283, inciso 2, o § 311a II 3 en relación con el § 281 I 2 (→ § 27 n. m. 47, → § 28 n. m. 17) o resolver *todo* el contrato conforme al § 326 V en relación con el § 323 V 1 (→ § 28 n. m. 17).

²⁹ BGH BeckRS2011, 22879 n. m. 21; NK-BGB/Dauner-Lieb § 275 n. m. 34; Palandt/Grüneberg § 275 n. m. 23; Looschelders JuS2010, 849 (850).

³⁰ Sobre el trasfondo histórico, Harke SchuldR AT n. m. 208.

- 15 La imposibilidad parcial solo puede producirse si el objeto de la prestación es **divisible**³¹. Tratándose de objetos indivisibles, la imposibilidad parcial se equipara por lo general a la imposibilidad total³². Así, hay imposibilidad total si el automóvil vendido es sustraído por un tercero antes de la entrega. Es verdad que, en este caso, el vendedor aún puede proporcionarle al comprador la propiedad del automóvil (cfr. § 931), pero la posesión ya no³³.

7. Imposibilidad transitoria

- 16 La situación jurídica en caso de impedimentos temporales de la prestación no está especialmente regulada en el § 275 I. Según la opinión dominante, en estos casos el deber de prestación solo queda excluido, en principio, durante el tiempo en que existe el impedimento, por aplicación analógica del § 275 I (la denominada **imposibilidad transitoria**)³⁴. Si el deudor es responsable del impedimento, el acreedor dispone de una pretensión de indemnización del daño por retraso ex §§ 280 I y II y 286³⁵. En casos excepcionales, también cuando se dan impedimentos temporales de la prestación puede estar justificada una definitiva desaparición del deber de prestación conforme al § 275 I §. Pero esto presupone que la imposibilidad transitoria ponga en cuestión la materialización del fin del contrato y que, por ello, el mantenimiento del contrato ya no sea exigible al acreedor o al deudor³⁶. Caso contrario, se remite al acreedor a que fije al deudor un plazo razonable para el cumplimiento; si el deudor no realiza la prestación en plazo, el acreedor puede resolver conforme al § 323 por analogía y –si el deudor es responsable del impedimento de la prestación– exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación, conforme a los §§ 280 I y III y 281 por analogía³⁷. La analogía se basa en que el acreedor no debe quedar en peor situación en caso de imposibilidad transitoria que en caso de «mero» retraso de la prestación.

³¹ BGHZ 116, 334 (337); Palandt/*Grüneberg* § 275 n. m. 7. Sobre el caso especial de la imposibilidad cualitativa en las prestaciones defectuosas insubsanables → § 22 n. m. 17.

³² Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 275 n. m. 128.

³³ Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 275 n. m. 16.

³⁴ RGZ 117, 127 (130); Staudinger/*Caspers*, 2014, § 275 n. m. 48.

³⁵ Palandt/*Grüneberg* § 275 n. m. 10; Jauernig/*Stadler* § 286 n. m. 7.

³⁶ Cfr. BGHZ 83, 197 (200); BGH NJW 2007, 3777 (3779); Staudinger/*Caspers*, 2014, § 275 n. m. 53 ss.; *Medicus* FS Heldrich, 2005, 347 (351 ss.); a favor de la aplicación del § 313, *Arnold* JZ 2002, 866 (871); *Däubler* FS Heldrich, 2005, 55 (63).

³⁷ MüKoBGB/*Ernst* § 275 n. m. 152 y 155.

- 17 El caso en que la prestación debida solo pueda ser ejecutada en un determinado momento, atendiendo a su naturaleza o al contenido de la relación obligatoria (el denominado **negocio a fecha fija absoluto**), reviste particularidades. Si tal prestación no es ejecutada a tiempo, no cabe realizarla posteriormente. Los preceptos sobre la imposibilidad son, por ello, directamente aplicables³⁸.

Ejemplo (OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912): El señor M y la señora F reservaron la estancia de la chimenea en el restaurante de G para celebrar su boda. Cuando tras el casamiento los invitados llegan para la celebración, la estancia está ocupada por otros huéspedes por un descuido de G. Dado que no hay ninguna alternativa razonable, la celebración de la boda se suspende. Ciertamente, la ocupación de la estancia de la chimenea solo constituye un impedimento pasajero de la prestación. Sin embargo, dado que la celebración de la boda no puede realizarse con posterioridad, se trata de un caso de imposibilidad. Respecto de las posibles pretensiones de M y F frente a G para el resarcimiento de los gastos (§ 284; → § 30 n. m. 3 ss.).

La obligación de un artista de participar en un concierto³⁹, así como la obligación del organizador del concierto de asignar al poseedor de una entrada el sitio acordado en el plazo debido⁴⁰, son otros **ejemplos** de negocios a fecha fija absolutos. En las **obligaciones de tracto sucesivo** existe asimismo, por lo general, un negocio a fecha fija absoluto⁴¹. Por tanto, el trabajador no tiene que realizar posteriormente la actividad debida si no pudo ser llevada a cabo en el horario de trabajo (→ § SchuldR BT § 29 n. m. 35 ss.). En caso de compra de un árbol de Navidad, hay imposibilidad si el árbol no es entregado en Navidad⁴². En cambio, el **transporte en avión**, no constituye un negocio a fecha fija absoluto porque, por lo general, el interés del pasajero en un transporte lo más rápido posible al lugar de destino no queda obsoleto por un retraso⁴³.

- 18 El retraso de la prestación en el **negocio a fecha fija relativo** no es un caso de imposibilidad. Esto se refiere a casos en los que, si bien es cierto que, en principio, la prestación puede realizarse posteriormente, sin embargo, el deudor es consciente, ya al concluir el contrato, de que para el acreedor es

³⁸ Cfr. BGHZ 60, 14 (16); BGH NJW 2009, 2743 (2744); *Harke* SchuldR AT n. m. 214.

³⁹ Cfr. *Larenz* SchuldR I § 21 Ia.

⁴⁰ Cfr. AG Herne-Wanne NJW 1998, 3651 (3652).

⁴¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 271 n. m. 17; Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, 2014, Previo a los §§ 286-292 n. m. 18 ss.

⁴² Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 411; *Schwarze* AcP207 (2007), 437 (440); otra opinión, en Ebenroth/ Boujong/Joost/Strohn/*Müller* HGB, 3. Aufl., 2015, HGB § 376 n. m. 4: solo «deuda a fecha fija relativa».

⁴³ Cfr. BGH NJW 2009, 2743 (2744).

particularmente importante el cumplimiento de un determinado tiempo o plazo de prestación. Esta problemática está regulada en el § 323 II n. 2. El precepto prevé que, en caso de incumplimiento del tiempo de la prestación, el acreedor puede **resolver** el contrato **sin fijar un plazo**, si la prestación en la fecha o el plazo debidos es esencial para el acreedor, según comunicación del acreedor al deudor realizada antes de la conclusión del contrato o en virtud de otras circunstancias concurrentes al concluirse el contrato (→ § 33 n. m. 4). Para la *compraventa mercantil* hay una regulación especial del negocio a fecha fija relativo en el § 376 HGB, que prevé asimismo la innecesariedad de la fijación de un plazo.

Para profundizar: En rigor, incluso en el caso de los negocios a fecha fija absolutos no siempre es imposible por razones fácticas ejecutar la prestación con posterioridad. Así, un árbol de Navidad también puede entregarse después de la Navidad, lo que, sin embargo normalmente carecería por completo de sentido. No obstante, también aquí puede tener cabida una apreciación diferente en el caso concreto, p. e., si el comprador del árbol no vuelve de vacaciones hasta después de Navidad. El ejemplo muestra que las fronteras entre negocio a fecha fija relativo y absoluto son a veces difusas porque, en último término, lo relevante es siempre si el interés del acreedor en la prestación decae a causa del retraso⁴⁴.

8. Irrelevancia del deber de responder

- 19** En caso de imposibilidad real, el deber primario de prestación queda excluido en general. El § 275 I sigue así el principio de Derecho romano de que lo imposible no se debe (*impossibilia nulla obligatio est*). Por ello, es **irrelevante** que el deudor sea o no **responsable** del impedimento de la prestación⁴⁵.

III. GRAVE DESPROPORCIÓN ENTRE EL ESFUERZO Y EL INTERÉS EN LA PRESTACIÓN

1. Concepto

- 20** El § 275 II regula la exclusión del deber de prestación por **grave falta de proporcionalidad** entre el esfuerzo y el interés en la prestación. Esto se

⁴⁴ Cfr. *Schwarze AcP207* (2007), 437 (440).

⁴⁵ *Staudinger/Caspers*, 2014, § 275 n. m. 3; *Looschelders JuS2010*, 849; *Musielak JA* 2011, 801 (802).

refiere, en primer lugar, a los casos en que el impedimento de la prestación solo puede superarse con un esfuerzo carente por completo de sentido (la denominada **imposibilidad práctica**). Un ejemplo de manual es el anillo vendido que cae al mar en el momento de la entrega y se hunde en el fondo⁴⁶. Es cierto que puede ser técnicamente posible localizar y sacar el anillo. Sin embargo, el esfuerzo necesario no guarda ninguna relación razonable con el valor del anillo. Algo más cercano a la práctica podría ser el caso en que un yate velero se hunde antes de la entrega en una tormenta y solo puede ser izado a un coste cuarenta veces superior al valor del yate⁴⁷.

Sin embargo, el ámbito de aplicación del § 275 II no se limita a la imposibilidad práctica⁴⁸. Esto se deduce ya del hecho de que el § 275 II requiere una **ponderación de intereses** diferenciada, «considerando el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe», así como del deber de responder; sin embargo, que el deudor no tiene que hacer un esfuerzo carente por completo de sentido no es algo que tenga que establecerse solo mediante una ponderación de intereses, sino que es evidente. No obstante, es cierto que el § 275 II, conforme a su tenor literal («grave desproporción») y al fin de la norma, debe quedar limitado a **casos excepcionales**⁴⁹.

Ejemplo (tomado de *Picker JZ 2003, 1035*): V ha vendido a K su automóvil (valor: 10.000 euros) por 10.000 euros. El automóvil es sustraído antes de la fecha de entrega sin culpa de V y es encontrado de nuevo algunas semanas más tarde en Murmansk. K exige a V el cumplimiento del contrato de compraventa porque podría revender el automóvil con una ganancia de 10.000 euros. V opone que los costes para recoger el vehículo desde Murmansk ascienden a 10.000 euros.

Al resolver el caso hay que tener en cuenta que el gasto de V necesario para la prestación se ha duplicado hasta los 20.000 euros (10.000 euros del valor del vehículo y 10.000 euros de los costes de recogida). El interés de K en la prestación asciende igualmente a 20.000 euros (10.000 euros del valor del vehículo y 10.000 euros de ganancia derivada de la reventa). Por tanto, no puede constatarse una desproporción grave⁵⁰. Es cierto que, desde un punto de vista económico, V ha sufrido una pérdida de 10.000 euros. Sin embargo, esta pérdida se debe únicamente al robo y también se

⁴⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 129 s., siguiendo a *Heck SchuldR* § 28; *Brox/Walker SchuldR AT* § 22 n. m. 20; a favor de encuadrar la imposibilidad práctica en el § 275 I, *Staudinger/Caspers*, 2014, § 275 n. m. 27.

⁴⁷ Ejemplo tomado de *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law*, 2000, 396.

⁴⁸ Cfr. BGH NJW 2013, 1074 (1076 s.); *Canaris JZ* 2001, 499 (501); *Looschelders JuS2010*, 849 (851); de otra opinión, *MüKoBGB/Ernst* § 275 n. m. 73 ss.; *Brox/Walker SchuldR AT* § 22 n. m. 19 s.

⁴⁹ Cfr. BGH NJW 2009, 1660 (1662); *Palandt/Grüneberg* § 275 n. m. 27 s.; *MüKoBGB/Ernst* § 275 n. m. 94 ss.; *Canaris JZ* 2004, 214 ss.; crítico respecto del deber de prestación adicional que presupone el § 275 II, *Picker JZ* 2003, 1035 (1036 ss.); *Canaris* en *Artz/Gsell/Lorenz*, *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, 2014, 1 ss.

⁵⁰ Así también, *Canaris JZ* 2004, 214 ss.; sobre un ejemplo parecido, cfr. *Looschelders JuS2010*, 849 (853 s.).

habría producido si el vehículo no hubiera sido encontrado de nuevo. En tal caso habría, ciertamente, un caso de imposibilidad real. V quedaría, por tanto, liberado de la prestación conforme al § 275 I; pero su pretensión al precio de la compra quedaría excluida conforme al § 326 I⁵¹.

Los casos de grave desproporción entre esfuerzo e interés en la prestación del § 275 II se diferencian de la imposibilidad «real» del § 275 I por el hecho de que en ellos la exclusión del deber de prestación no resulta ya de la «propia situación»; la exclusión del deber de prestación conforme al § 275 II requiere por ello en cada caso una especial justificación **normativa**⁵².

El deber de prestación no decae en los casos del § 275 II, como en el párrafo 1, por virtud de la ley, sino solo si el deudor invoca su derecho a denegar la prestación. Se trata, por tanto, de una **excepción propia**. Así, el deudor es libre de ejecutar la prestación realizando un esfuerzo que exceda de lo obligatorio⁵³.

Para profundizar: El encuadre dogmático del § 275 II es discutido. Según el parecer mayoritario, la exigibilidad de la pretensión primaria de prestación queda *impedida* de forma permanente si se hace valer la excepción propia ex § 275 II⁵⁴. Según la opinión contraria, el § 275 II da al deudor un derecho de configuración, cuyo ejercicio conduce a la *extinción* de la pretensión⁵⁵. A favor de la opinión dominante cabe alegar que, precisamente, el § 275 II –a diferencia del § 275 I– no habla de exclusión de la pretensión. Sea como sea, hay acuerdo en que el § 275 II solo opera si el deudor lo alega. Por lo tanto, en el examen de clausura el § 275 I ha de examinarse preferentemente conforme a ambas opiniones. Si se sigue la opinión dominante, el § 275 II ha de abordarse en la rúbrica «exigibilidad de la prestación»⁵⁶.

2. Concreción de la «grave desproporción»

- 21** El § 275 II presupone que el esfuerzo necesario para la prestación esté en **grave desproporción** con el interés del acreedor en la prestación. La comprobación de la desproporción requiere, por tanto, una comparación entre el esfuerzo que tendría que efectuar el deudor para cumplir su deber de presta-

⁵¹ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 275 n. m. 31.

⁵² Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 414; *Looschelders* JuS2010, 849 (850 ss.); *Looschelders* en *Artz/ Gsell/Lorenz*, *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, 2014, 213 (222).

⁵³ Cfr. *Palandt/Grüneberg* § 275 n. m. 32; *Joussen* SchuldR I n. m. 390.

⁵⁴ MüKoBGB/Ernst § 275 n. m. 101; *Staudinger/Caspers*, 2014, § 275 n. m. 116; *Zwirlein* JA 2016, 252 (254).

⁵⁵ Así, *Freitag* NJW 2014, 113 (114); cfr. también *Thomale* AcP212 (2012), 920 (934 s.).

⁵⁶ Cfr. *Zwirlein* JA 2016, 252 (254).

ción y la utilidad que la prestación tendría para el acreedor⁵⁷. Al evaluar la utilidad para el **acreedor**, los intereses materiales están en un primer plano; no obstante, en el caso concreto, también pueden tenerse en cuenta los intereses inmateriales (p. e., el valor sentimental de la cosa comprada)⁵⁸. Del lado del **deudor**, importan sobre todo los costes necesarios para la prestación. El empleo de la propia fuerza de trabajo así como otros esfuerzos personales también han de ser considerados⁵⁹. En cambio, las cargas inmateriales, en principio, no deben tomarse en cuenta, porque la inexigibilidad personal está regulada de forma independiente en el § 275 III⁶⁰.

El esfuerzo del deudor solo se ha de medir en relación con el **interés del acreedor en la prestación**. Es irrelevante en qué relación estén las desventajas unidas al cumplimiento con los otros intereses del *deudor* (p. e., en recibir una contraprestación adecuada)⁶¹. A este respecto solo entra en consideración el recurso a las reglas sobre la alteración de la base del negocio (§ 313) (→ § 37 n. m. 21 ss.).

El esfuerzo que es exigible al deudor en relación con el interés del acreedor en la prestación **no** puede determinarse en abstracto mediante **porcentajes fijos**. Es necesaria una **ponderación de intereses** en el caso concreto⁶². El parámetro resulta del *contenido de la relación obligatoria* y de las exigencias de la *buena fe*⁶³. La pauta es que la exclusión del deber de prestación solo puede estar justificada en casos excepcionales (→ § 21 n. m. 20).

- 22** De acuerdo con el § 275 II 2, el deudor debe realizar mayores esfuerzos si es **responsable** del impedimento de la prestación⁶⁴. Por tanto, si el vendedor ha enajenado culpablemente a un tercero la cosa comprada, no puede sustraerse a la obligación de readquisición argumentando que el precio exigido por el tercero supera considerablemente el precio de mercado⁶⁵.

Ejemplo: El comerciante de sellos V ha vendido al coleccionista K un sello por su valor de mercado de 2.500 euros. Antes de traspasarse el sello a K, D entra en la tienda de V. D ofrece a V comprarle el sello por 3.000 euros. Como V no quiere dejar escapar la ganancia, enajena el sello a D a cambio del pago de 3.000 euros. Cuando

⁵⁷ Cfr. BGH NJW 2010, 2341 (2342); v. *Wilmowsky* Beil. JuS1/2002, 1 (8).

⁵⁸ NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 275 n. m. 44; *Jauernig/Stadler* § 275 n. m. 25.

⁵⁹ MüKoBGB/*Ernst* § 275 n. m. 87; *Jauernig/Stadler* § 275 n. m. 25.

⁶⁰ PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme* § 275 n. m. 22; *Schwarze Leistungsstörungen* § 5 n. m. 8.

⁶¹ BT-Drs. 14/6040, 130.

⁶² Cfr. *Staudinger/Caspers*, 2014, § 275 n. m. 98 ss.

⁶³ Cfr. BGH NJW-RR 2010, 315 (316).

⁶⁴ Cfr. BGH NJW 2008, 3122 (3123); 2010, 2341 (2342); *Palandt/Grüneberg* § 275 n. m. 28.

⁶⁵ Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 14/6040, 131.

K se entera de ello, insiste frente a V en el cumplimiento del contrato. Si D está dispuesto a vender nuevamente el sello a V por 4.000 euros, el deber de prestación de este no decae conforme al § 275 I. Tampoco es aplicable el § 275 II, porque, en vista de la culpa de V, el pago de 4.000 euros no puede considerarse desproporcionado.

De la relevancia del deber de responder a los efectos de la ponderación no se sigue que el deudor no tenga que realizar ningún esfuerzo en absoluto para conseguir el objeto de la prestación cuando **no sea responsable** del impedimento de la prestación⁶⁶. Esto se aplica, en particular, cuando el impedimento de la prestación se debe a una circunstancia que proviene de la esfera del deudor (p. e., la venta de la cosa de otro modo a consecuencia de un error de derecho no culpable). Pero, efectivamente, si no hay deber de responder, en la mayoría de los casos estará justificado rebajar las exigencias a los debidos esfuerzos del deudor.

- 23** Es dudoso qué esfuerzos debe desplegar el deudor cuando el objeto de la prestación ha sido **sustraído** por un tercero sin culpa de su parte⁶⁷. Sin embargo, el problema podría reducirse si el § 275 II solo se aplicara cuando exista una posibilidad *realista* de recuperar la cosa. Si no, hay imposibilidad real en el sentido del § 275 I. Por tanto, el deudor no tiene que contratar detectives «sin ton ni son» para aclarar el paradero de la cosa robada. Pero, también según esto, el § 275 II es aplicable si el ladrón o perista ofrece al deudor devolver la cosa contra pago de un rescate⁶⁸. Que el deudor esté o no obligado frente al acreedor a ceder al chantaje resulta, no obstante, dudoso. Pese a la regulación especial de la subsanación en el § 439 IV, el § 275 II también puede tener relevancia respecto de la **pretensión de subsanación** en el régimen jurídico de la compraventa ex §§ 437 n. 1 y 439 (→ SchuldR BT § 4 n. m. 3 ss.). Si la cosa comprada presenta únicamente un vicio insignificante que, incluso con un esfuerzo muy alto, solo puede eliminarse parcialmente, la pretensión de reparación queda ya normalmente excluida conforme al § 275 II⁶⁹. Esto se aplica, en todo caso, si el vendedor no es responsable del vicio y los intereses del comprador pueden tomarse suficientemente en cuenta mediante los otros derechos de saneamiento (resolución y reducción)⁷⁰.

⁶⁶ BT-Drs. 14/6040, 131; PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 275 n. m. 25; *Canaris JZ* 2001, 499 (503); *Looschelders JuS*2010, 849 (853); restrictivamente, *Picker JZ* 2003, 1035 (1044 ss.).

⁶⁷ Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 275 n. m. 48; *Canaris JZ* 2001, 499 (502).

⁶⁸ La problemática puede darse especialmente en el robo de objetos artísticos, pues tales objetos son difíciles de vender de otra manera por el autor del delito; cfr. al respecto (desde el punto de vista del Derecho penal), BGHSt 26, 346, con artículo de *Trunk JuS*1985, 944 ss.

⁶⁹ Cfr. BGHZ 163, 234 (245 ss.): corrección del aspecto externo de un perro salchicha con las patas arqueadas.

⁷⁰ Sobre la importancia de estos aspectos, BeckOK BGB/Lorenz, 50. Ed. 1.5.2019, § 275 n. m. 61.

Sin embargo, la toma en consideración de las pretensiones indemnizatorias parece problemática en este contexto porque, de lo contrario, en contra del § 275 II 2, el deudor podría alegar más fácilmente la exclusión del deber primario de prestación teniendo deber de responder que en el caso de que no fuera responsable de la producción del impedimento de la prestación⁷¹.

3. Particularidades en el caso de las deudas genéricas

- 24 En el caso de las deudas genéricas el § 275 II ha de aplicarse con especial prudencia⁷². En el marco de la ponderación, aquí debe tenerse en cuenta, de acuerdo con el § 275 II 2, que el deudor ha asumido el **riesgo de adquisición** y por ello, según el § 276, tiene que *responder* de los eventuales impedimentos de la prestación sin culpa (→ § 23 n. m. 29 ss.). Sin embargo, dado que el riesgo de adquisición no es ilimitado, la excepción propia de la grave desproporción del esfuerzo para la prestación puede llegar a ser relevante también en las deudas genéricas⁷³.

Ejemplo (RGZ 57, 116): K compra a V 1.000 quintales de harina de semillas de algodón de la marca «Hojas de roble». La harina es producida en el molino de X conforme a un procedimiento técnico secreto, con máquinas diseñadas expresamente para ello. Poco después de la conclusión del contrato de compraventa, el molino de X se quema. Todas las provisiones allí almacenadas de la harina de la marca «Hojas de roble» quedan destruidas. Sin embargo, poco antes del incendio aún fueron entregados 2.000 quintales de la harina a otros compradores diferentes. K exige a V la entrega de la harina. ¿Con razón?

Dado que no se ha perdido todo el género, no hay una imposibilidad real conforme al § 275 I. Sin embargo, la pretensión de prestación de K se ha extinguido conforme al § 275 II. V solo ha asumido el riesgo de adquirir la harina de X. No puede exigírsele que se esfuerce por adquirir la harina de otros compradores.

4. Delimitación respecto de la alteración de la relación de equivalencia

- 25 La excepción propia del § 275 II presenta una cierta proximidad con el caso en que la prestación no le es exigible al deudor debido a un desplaza-

⁷¹ Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 275 n. m. 86; *Harke* SchuldR AT n. m. 216.

⁷² Así también, *Harke* SchuldR AT n. m. 216; de otra opinión, *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 483.

⁷³ Cfr. *Joussen* SchuldR I n. m. 395; *Canaris* JZ 2001, 499 (502 s.).

miento de la relación de valor entre prestación y contraprestación. Dado que el RG había tratado inicialmente tales alteraciones de la relación de equivalencia bajo el punto de vista de la imposibilidad⁷⁴, hoy se habla aún a menudo de «imposibilidad económica»⁷⁵. Sin embargo, en lo sustancial se reconoce que estos casos no han de tratarse conforme al § 275 II, sino según las reglas sobre la **alteración de la base del negocio** (§ 313) (→ § 37 n. m. 21 ss.). La diferencia entre ambos institutos consiste en que el examen de proporcionalidad en el § 275 II se refiere solo al interés del acreedor en obtener la prestación in natura. Existe una desproporción grave en el sentido del § 275 II si el esfuerzo necesario para la ejecución de la prestación in natura es llamativamente desproporcionado con respecto al *interés del acreedor en la obtención de esta prestación*⁷⁶. Dado que la desproporción solo afecta a la pretensión de cumplimiento, cualquier pretensión indemnizatoria del daño por parte del acreedor (cfr. § 275 IV) no se verá afectada. En cambio, en el § 313 los intereses del deudor están en un primer plano. Ha de examinarse si el esfuerzo necesario para la prestación es *desproporcionado en relación con la pretensión de contraprestación*⁷⁷. Si tal desproporción existe, se altera el reparto contractual del riesgo en su conjunto; de ahí que tampoco proceda ninguna pretensión indemnizatoria del daño por parte del acreedor.

Ejemplo: Tras concluirse el contrato de compraventa, el precio del bien debido (p. e., crudo) aumenta drásticamente en el mercado internacional. Por ello, el vendedor debe gastar mucho más dinero para obtener el bien en el mercado. El interés del comprador en la prestación se refiere a la obtención del bien debido. Si su precio aumenta, sube también el valor del interés en la prestación. La relación entre el esfuerzo y el interés en la prestación permanece así equilibrado. Esta es la diferencia decisiva con los casos del § 275 II, en los que la desproporción surge por el hecho de que aumenta claramente el *esfuerzo* necesario para el deudor mientras que el *interés* del acreedor en la prestación permanece constante⁷⁸. Así, en el «caso del anillo», el interés del acreedor en la prestación no se intensifica por el hecho de que el anillo se haya hundido en el fondo del mar. En cambio, en el «caso del crudo» se produce una desproporción entre esfuerzo y contraprestación. No obstante, según el § 313, a tal desproporción puede reaccionarse en todo caso adaptando la pretensión de contraprestación al precio de mercado más alto.

⁷⁴ Cfr. Soergel/Teichmann § 242 n. m. 206.

⁷⁵ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 275 n. m. 100; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 415.

⁷⁶ HK-BGB/Schulze § 313 n. m. 8; Eidenmüller JURA 2001, 824 (832).

⁷⁷ Sobre la delimitación, cfr. Palandt/Grüneberg § 275 n. m. 29; Canaris JZ 2001, 499 (505); v. Wilmsky Beil. JuS1/2002, 1 (8); críticamente, Harke SchuldR AT n. m. 216; Picker JZ 2003, 1035 (1046).

⁷⁸ Cfr. Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, 282; Looschelders JuS2010, 849 (854).

IV. INEXIGIBILIDAD PERSONAL

- 26 El § 275 III regula la liberación de la prestación por **inexigibilidad personal**. Se trata de una norma especial para las relaciones obligatorias en las que el deudor tiene que **ejecutar la prestación en persona** (p. e., contratos de trabajo y otros contratos de servicios; → § 12 n. m. 5 s.). El legislador considera aquí adecuado tener también en cuenta, en beneficio del deudor, aquellos impedimentos de la prestación que hunden sus raíces en sus circunstancias personales⁷⁹. La ampliación del derecho a denegar la prestación puede justificarse por el hecho de que el cumplimiento de los deberes personales de prestación va unido a una intromisión especialmente grave en la libertad general de acción del deudor⁸⁰. Si el deudor formula la *excepción propia* conforme al § 275 III, puede denegar la prestación si por su especial situación personal no le es exigible. Si el deudor **no** tiene que ejecutar la prestación **en persona** (p. e., en los contratos de compraventa), el § 275 III no es aplicable. De ahí que la inexigibilidad de la prestación únicamente pueda tenerse en cuenta en el marco del § 242 (→ § 4 n. m. 29) o del § 313⁸¹.

1. Presupuestos

- 27 El § 275 III presupone, en primer lugar, un **deber personal de prestación**. Además, es necesario que la ejecución de la prestación **no sea exigible** al deudor por motivos personales. La inexigibilidad ha de determinarse ponderando el peso del impedimento de la prestación y el interés del acreedor en la prestación. Igual que en el § 275 II, el impedimento de la prestación solo se toma en cuenta como *excepción propia*. También aquí el deudor debe tener libertad para ejecutar no obstante la prestación.

También los impedimentos personales de la prestación pueden justificar la exclusión del deber de prestación solo en **casos excepcionales**⁸². La Exposición de Motivos de la Ley menciona algunos ejemplos claros. Así, la cantante debe poder negarse a actuar para ocuparse de su hijo mortal-

⁷⁹ Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 14/6040, 130.

⁸⁰ Cfr. *Harke SchuldR AT* n. m. 219; *Looschelders JuS2010*, 849 (854).

⁸¹ Cfr. *MüKoBGB/Ernst* § 275 n. m. 114, conforme al cual, sin embargo, también debe considerarse una aplicación analógica del § 275 III.

⁸² Así, también, *NK-BGB/Dauner-Lieb* § 275 n. m. 58; *Brox/Walker SchuldR AT* § 22 n. m. 22 ss.; *Looschelders JuS2010*, 849 (854).

mente enfermo. Un trabajador puede ausentarse del trabajo si es llamado a filas en su país de origen y tiene que contar con la pena de muerte en caso de no acatar el llamamiento⁸³. Por otra parte, sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley también contiene ejemplos tan cotidianos como la necesaria visita del trabajador al médico durante la jornada laboral, el cuidado de parientes gravemente enfermos y la convocatoria de autoridades públicas y a citas judiciales. Por tanto, también al aplicar el § 275 III parece adecuado apartarse de una limitación a los casos existenciales extremos⁸⁴.

2. Denegación de la prestación por motivos de conciencia

- 28** El encuadre de la denegación de la prestación por motivos de conciencia suscita problemas particulares. Son representativos los casos del cartero con cuya conciencia no es conciliable repartir publicidad postal de un partido de extrema derecha o de una secta religiosa⁸⁵, así como el médico dedicado a la investigación farmacológica que no quiere contribuir a la investigación de medicamentos capaces de hacer que los soldados estén operativos de nuevo en caso de guerra⁸⁶. En tales casos puede ser necesario dar prioridad a la **libertad de conciencia** (art. 4 I GG) (→ § 4 n. m. 29). Esto vale, en todo caso, cuando el conflicto *no era previsible* al concluirse el contrato⁸⁷. Si se trata de deberes personales de prestación, es aplicable el § 275 III⁸⁸. En otro caso, hay que recurrir al § 242 o al § 313.

Para profundizar: Parte de la doctrina defiende la opinión de que la *denegación de la prestación por motivos de conciencia* ha de resolverse en el marco del § 242 o del § 313 incluso cuando se trata de deberes personales de prestación⁸⁹. Al efecto se hace referencia, entre otros, a la Exposición de Motivos de la Ley⁹⁰. Sin embargo, los co-

⁸³ BT-Drs. 14/6040, 130; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 417.

⁸⁴ Cfr. *Looschelders* JuS2010, 849 (854); de otra opinión, *MüKoBGB/Ernst* § 275 n. m. 121; *Brox/Walker* SchuldR AT § 22 n. m. 22.

⁸⁵ Cfr. BVerwG NJW 2000, 88 – Scientology.

⁸⁶ Cfr. BAG JZ 1990, 139 (140).

⁸⁷ Cfr. *Muckel* NJW 2000, 689 (690).

⁸⁸ Así, también, *HK-BGB/Schulze* § 313 n. m. 9; *MüKoBGB/Ernst* § 275 n. m. 117; *Staudinger/Caspers*, 2014, § 275 n. m. 108; *Brox/Walker* SchuldR AT § 22 n. m. 22; *Weiler* SchuldR AT § 19 n. m. 23.

⁸⁹ Cfr. *Westermann/Bydlinski/Weber* SchuldR AT n. m. 7/26 s.; *Jauernig/Stadler* § 275 n. m. 30.

⁹⁰ BT-Drs. 14/6040, 130: «Tampoco los casos de denegación de la prestación por motivos de conciencia pueden solucionarse por medio del § 275, párrafo 2, inciso 1 RE, sino solo por medio del § 313 o por medio de la aplicación de la buena fe».

respondientes pasajes de la Exposición de Motivos de la Ley no se refieren al § 275 III, sino al § 275 II⁹¹. Efectivamente, las circunstancias personales no tienen relevancia en el caso del § 275 II. En cambio, en relación con el § 275 III, la Exposición de Motivos deja claro que las circunstancias personales del deudor han de tenerse en cuenta ya desde la perspectiva de la exclusión del deber de prestación. Esta consideración es aplicable también a los motivos personales. De ahí que el § 275 III también sea aplicable en este caso.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

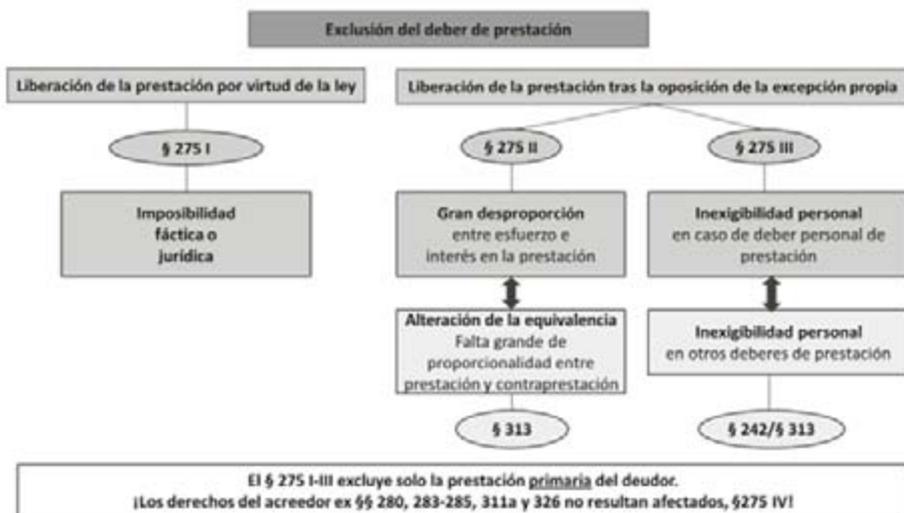
- 29** Si se dan los presupuestos del § 275 I o el deudor deniega la prestación conforme al § 275 II y III, queda excluida la **pretensión primaria** del acreedor **a la prestación**. Con ello se plantea la cuestión de qué pretensiones y derechos le corresponden al acreedor en lugar de aquella. El § 275 no adopta al respecto ninguna regla directa, sino que en el párrafo 4 remite a los §§ 280, 283-285, 311a y 326. Con ello se deja claro que la exclusión del deber primario de prestación no es la única consecuencia jurídica de la imposibilidad⁹². Dado que las pretensiones y derechos del acreedor en caso de imposibilidad se han integrado en lo esencial en la concepción de la lesión del deber del nuevo régimen jurídico de la contravención de la prestación, deben presentarse en la Sección segunda y tercera (→ § 27 n. m. 41 ss. y → § 35 n. m. 1 ss.), en conexión con las correspondientes pretensiones y derechos del acreedor cuando se producen otras contravenciones de la prestación.

Bibliografía: *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866; *Bernhard*, Das grobe Missverhältnis in § 275 Abs. 2 BGB, JURA 2006, 801; *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969; *Canaris*, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 beim Stückkauf, JZ 2004, 214; *Canaris*, Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB, JuS 2007, 793; *Däubler*, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, FS Heldrich, 2005, 55; *Dubovitskaya*, Absolute Fixgeschäfte, AcP 215 (2015), 581; *Freitag*, Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, NJW 2014, 113; *Grunewald*, Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433; *Kohler*, Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB – Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005), 93; *Lobinger*, Die Grenzen

⁹¹ Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, §242 n. m. 272.

⁹² Cfr. BT-Drs. 14/6040, 131.

rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004; *Löhnig*, Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs. 2 BGB, ZGS 2005, 459; *Looschelders*, Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts?, in Remien, Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, 63; *Looschelders*, Unmöglichkeit und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, 849; *Looschelders*, Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie, in Artz/Gsell/Lorenz, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, 213; *Medicus*, Bemerkungen zur »vorübergehenden Unmöglichkeit«, FS Heldrich, 2005, 347; *Musielak*, Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB, JA 2011, 801; *Picker*, Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, JZ 2003, 1035; *Picker*, Befreiung von der Primärleistungspflicht bei Leistungerschwerung, in Artz/Gsell/Lorenz, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, 1; *P. Schmidt*, Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, 2007; *Scholl*, Die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB, JURA 2006, 283; *Schwarze*, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, 73; *Schwarze*, »Steht und fällt« – Das Rätsel der relativen Fixschuld, AcP 207 (2007), 437; *Stürner*, »Faktische Unmöglichkeit« (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?, JURA 2010, 721; *Thomale*, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), 920; *Windel*, »Unsinnige«, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, ZGS 2003, 466; *Zwirlein*, Das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 II 1 BGB, JA 2016, 252. Cfr. además las referencias relativas al § 20.



Resumen 1: Exclusión del deber de prestación.

§ 22 LA LESIÓN DEL DEBER

I. CONCEPTO DE LESIÓN DEL DEBER

- 1 Para la pretensión indemnizatoria (§§ 280 ss.) y el derecho de resolución del acreedor (§§ 323 ss.), la lesión del deber constituye el elemento central (→ § 20 n. m. 12 ss.). El concepto de **lesión del deber** se entiende en un sentido muy amplio. Abarca todo comportamiento del deudor que *objetivamente* no se corresponde con el círculo de deberes y, con ello, la relación obligatoria⁹³. En primer lugar, la clase del deber lesionado es irrelevante. Al establecer la lesión del deber tampoco es relevante si el deudor es responsable del comportamiento en cuestión⁹⁴. En tanto se exija un **deber de responder** (§ 280 I 2), se trata de un presupuesto adicional que ha de examinarse por separado conforme a los §§ 276 y 278.

Para profundizar: El concepto de lesión del deber ha sido criticado en la doctrina por confuso, porque provoca asociaciones con el requisito de la culpa. En su lugar se ha propuesto utilizar el concepto de *incumplimiento* como elemento fundamental del régimen jurídico de la contravención de la obligación⁹⁵. Sin embargo, el legislador no ha seguido esto. Entre otras, fue decisiva la consideración de que la lesión de los deberes accesorios no referidos a la prestación (deberes de protección) difícilmente podría incluirse en la noción de incumplimiento⁹⁶. Ciertamente, esta objeción es acertada; pero también muestra el dilema de encontrar un concepto genérico expresivo y a la vez adecuado para todos los grupos de casos. De ahí que parte de la doctrina abogue por añadir la categoría del incumplimiento al supuesto de hecho del § 280 I a⁹⁷.

- 2 Dado que el concepto de lesión del deber debe cubrir (casi) todas las formas de manifestación de la contravención de la prestación, es muy abstracto y, con ello, poco expresivo. La necesaria concreción puede tomar como referencia los **grupos de casos** que el legislador ha destacado en los §§ 281-283 y los §§ 323, 324 y 326. Es cierto que, de acuerdo con la sistemática de la ley, esta diferenciación solo *tiene que* tomarse como base en el caso de la indemnización del daño en lugar de la prestación así como en el caso de la resolución o la desaparición del deber de contraprestación. Sin embargo, en las otras categorías del daño (simple indemnización del daño y daño por retraso) es *útil* para aclarar al aplicador del Derecho los presupuestos de la respectiva pretensión.

⁹³ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 135; NK-BGB/Dauner-Lieb §280 n. m. 27.

⁹⁴ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 135.

⁹⁵ Cfr. *Huber Leistungsstörungen I* §1 I 2; *Huber ZIP* 2000, 2273 (2276).

⁹⁶ BT-Drs. 14/6040, 134. Respecto de la terminología, cfr. también Palandt/*Grüneberg* § 280 n. m. 3; *Medicus JuS*2003, 521 (527); *Looschelders RabelsZ* 68 (2004), 774 s.

⁹⁷ Así, por ejemplo, *Harke SchuldR AT* n. m. 225.

II. EL RETRASO DE LA PRESTACIÓN

- 3 Un caso de contravención de la prestación muy importante en la práctica consiste en que «el deudor no ejecuta (puntualmente) la prestación vencida» (§§ 281 I 1, alternativa 1 y 323 I, alternativa 1). Con el § 280 II puede hablarse también de un «retraso de la prestación» (aunque no importa si finalmente se ejecuta la prestación). El **retraso de la prestación**, como forma de lesión del deber, no es idéntico a la *mora* del deudor. Por el contrario, de acuerdo con el § 286, la *mora* tiene presupuestos que, según el § 280 II, solo deben concurrir si el acreedor exige la indemnización del *daño por retraso* (→ § 26 n. m. 1 ss.). No obstante, hay que tener en cuenta que no todo retraso u omisión de prestación puede calificarse precipitadamente como lesión del deber. Antes bien, procede examinar los siguientes puntos.

1. Eficacia, vencimiento y exigibilidad de la prestación

- 4 La omisión de la prestación solo **es contraria al deber** si el acreedor ostenta una pretensión eficaz, vencida y exigible a la prestación. Antes de la reforma del Derecho de obligaciones, estos presupuestos solo eran examinados en relación con la *mora*. Sin embargo, con arreglo al Derecho vigente también son relevantes para la indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a los §§ 280 I y III y 281 I 1, alternativa 1, y la resolución conforme al § 323 I 1, alternativa 1⁹⁸.

La pretensión del acreedor debe haber surgido de forma **eficaz** y seguir existiendo. Si el deber de prestación del deudor está excluido conforme al § 275, solo se aplican las reglas sobre *imposibilidad*.

La pretensión debe estar **vencida**. El vencimiento se evalúa conforme al § 271. Si las partes no adoptaron ningún acuerdo particular, la pretensión en principio vence *de inmediato*.

- 5 Los efectos de la **existencia de una excepción propia** sobre la contrariedad al deber de la omisión de la prestación no pueden juzgarse de forma unitaria. El punto de partida de las reflexiones debe ser la constatación de que la simple existencia de una excepción propia impide al acreedor **hacer cumplir** su pretensión. Es cierto que, ante el tribunal, la excepción propia solo será tomada en cuenta si el deudor la invoca, a más tardar, en el proceso. Sin em-

⁹⁸ Cfr. BGH NJW 2013, 1431 n. m. 20; Palandt/*Grüneberg* §281 n. m. 8 und § 323 n. m. 11; v. *Wil-mowsky* Beil. JuS1/2001, 1 (6).

bargo, esto no cambia en nada el hecho de que la exigibilidad de la pretensión ya quedó anulada al surgir la excepción propia. Mas, entonces, la omisión de la prestación no fue contraria al deber desde el principio. La oposición de la excepción propia surte así efectos que se retrotraen al momento en que nació la excepción⁹⁹.

- 6 Al derecho de retención conforme al § 273 (→ § 15 n. m. 1 ss.) y a la excepción propia de contrato no cumplido conforme al § 320 (→ § 15 n. m. 14 ss.) se les aplican reglas particulares. En el **derecho de retención**, las pretensiones recíprocas se encuentran inicialmente desconectadas entre sí. La vinculación de pretensión y contrapretensión no se produce sino cuando se hace valer la excepción propia. Solo así se limita la pretensión del acreedor en cuanto a su exigibilidad. De este modo, el efecto del ejercicio del derecho de retención no se retrotrae al momento en que nació la contrapretensión, sino que excluye la infracción del deber solo hacia el futuro. En caso contrario, también se invalidaría el derecho del acreedor a evitar la excepción propia del § 273 III mediante la prestación de una garantía¹⁰⁰.
- 7 Cuando se trata de la **excepción propia de contrato no cumplido**, el acreedor no puede excluir el derecho del deudor a denegar la prestación mediante la prestación de una garantía (cfr. § 320 I 3). La vinculación de pretensión y contrapretensión es aquí tan estrecha que el deudor solo tiene que ejecutar la prestación si el acreedor ofrece efectivamente la contraprestación debida (→ § 15 n. m. 16)¹⁰¹; no basta que el acreedor estuviera dispuesto y en condiciones de realizar la prestación¹⁰². La oferta de la contraprestación por el acreedor es un presupuesto material del deber de prestación del deudor. Si el presupuesto no se da, la omisión de la prestación no es contraria al deber. Esto se aplica con independencia de si el deudor invoca la excepción propia¹⁰³. No obstante, en el *proceso* solo se toma en cuenta el derecho a denegar la prestación si se hace valer por el deudor¹⁰⁴.

2. Falta de ejecución puntual de la prestación

- 8 Es necesario que el deudor **no** haya ejecutado **puntualmente** la prestación debida. Según la opinión dominante, la puntualidad de la prestación depende

⁹⁹ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 23 Ic; *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 219a.

¹⁰⁰ *Larenz SchuldR I* § 23 Ic; *Brox/Walker SchuldR AT* § 13 n. m. 20.

¹⁰¹ BGH NJW 1996, 923 (924); *MüKoBGB/Ernst* § 286 n. m. 25.

¹⁰² *Palandt/Griineberg* § 320 n. m. 12; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 463.

¹⁰³ *Huber Leistungsstörungen I* § 12 III 1c; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 463.

¹⁰⁴ *Brox/Walker SchuldR AT* § 13 n. m. 18; *HK-BGB/Schulze* § 286 n. m. 5.

generalmente del momento en que el deudor haya hecho lo que es necesario de su parte para realizar la prestación. Es decir, lo decisivo es la ejecución de la **actividad de prestación**, no la producción del resultado de la prestación¹⁰⁵. Qué actividad sea necesaria, depende de la clase de deuda. En el caso de una *deuda de remisión*, p. e., una venta con envío (→ § 13 n. m. 17), basta la puntual entrega de la cosa comprada al transportista¹⁰⁶. Tratándose de una *deuda de traslación*, la cosa debe ofrecerse puntualmente en el domicilio del acreedor. Resulta problemático el caso en que el resultado de la prestación no se produce pese a que el deudor ha realizado puntualmente la actividad de prestación. En este caso queda excluida la pretensión del acreedor para la indemnización del daño ex §§ 280 I y II y 286 o §§ 280 I y III y 281, por faltar el deber de responder; pero sigue siendo posible recurrir al § 323¹⁰⁷. No obstante, en el caso concreto debe examinarse exactamente qué parte soporta el riesgo de la no producción del resultado. Si el resultado definitivamente ya no puede producirse, han de aplicarse los preceptos sobre imposibilidad.

En el caso de pago de **deudas pecuniarias** por *transferencia bancaria*, el deudor tiene que iniciar la transferencia con la antelación necesaria para poder contar con que la cantidad se abone en la cuenta del acreedor dentro del plazo debido¹⁰⁸. Si, no obstante, la cantidad no se abona en cuenta al acreedor puntualmente, el deudor solo tiene que responder de ello si le son imputables los motivos del retraso (p. e., falta de cobertura de la propia cuenta o facilitación de datos erróneos de la cuenta). Los retrasos inusuales, sin embargo, no corren a cargo del deudor. Aquí falta, cuando menos, el **deber de responder** necesario para la mora conforme al § 286 IV (→ § 12 n. m. 20)¹⁰⁹.

III. PRESTACIÓN DEFECTUOSA

1. En general

- 9 La segunda forma importante de manifestación de la lesión del deber es la **prestación defectuosa**. El § 281 I 1, alternativa 2, describe este grupo de

¹⁰⁵ Cfr. Jauernig/Stadler § 286 n. m. 38; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 470; Jousseen SchuldR I n. m. 520.

¹⁰⁶ Soergel/Huber § 433 n. m. 113; Staudinger/Bittner, 2014, § 271 n. m. 29; cfr. también BGHZ 12, 267.

¹⁰⁷ Staudinger/Schwarze, 2014, § 281 n. m. B12.

¹⁰⁸ Cfr. MüKoBGB/Krüger § 270 n. m. 25; PWW/Zöchling-Jud § 270 n. m. 7.

¹⁰⁹ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 470.

casos en el sentido de que el deudor *no* ejecuta la prestación vencida *conforme a lo debido*. Frente a ello, el § 323 I, alternativa 2, habla de que el deudor *no* ejecuta *conforme al contrato* la prestación debida. Aquí el legislador pudo expresarse de forma más clara porque el § 323 I solo se aplica a los contratos bilaterales¹¹⁰.

La categoría de la prestación defectuosa abarca todos los casos en que la contravención de la prestación se debe al cumplimiento defectuoso de un **deber principal de prestación**.

Ejemplos: (1) El abogado R lleva de manera inadecuada el proceso para su mandante M. A consecuencia de ello, es desestimada la demanda de M (que hubiera tenido éxito si el proceso se hubiera llevado debidamente).

(2) El cirujano Dr. C comete un error en la operación. A consecuencia de ello, la estancia hospitalaria del paciente P se prolonga 2 semanas.

Además, el supuesto de prestación defectuosa también se refiere a casos en los que el deudor no cumple o cumple mal un **deber accesorio de prestación**.

Ejemplos: (1) El vendedor V no embala, o no lo hace adecuadamente, el aparato de vídeo vendido. Esto provoca que el aparato sea dañado en el transporte.

(2) El aparato de vídeo vendido es entregado sin las correspondientes instrucciones de uso. Por ello el comprador K no está en condiciones de poner el aparato en funcionamiento.

2. En particular: saneamiento por vicios materiales y jurídicos

A) PRESTACIÓN VICIOSA COMO CASO DE PRESTACIÓN DEFECTUOSA

- 10 Un caso importante de prestación defectuosa es la **prestación viciosa** en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra. La lesión del deber radica aquí en que, en contra de los §§ 433 I 2 y 633 I, el deudor no proporciona al acreedor la cosa comprada o la obra libre de vicios materiales y jurídicos.
- 11 El saneamiento en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra no puede tratarse detalladamente en este libro. A este respecto hay que remitir a las exposiciones sobre **Derecho especial de obligaciones** (→ SchuldR BT § 3 n. m. 1 ss. y § 34 n. m. 1 ss.). No obstante, dado que algunas regula-

¹¹⁰ MüKoBGB/*Ernst* § 281 n. m. 13.

ciones en los §§ 280 ss. y 323 ss. solo pueden comprenderse en conexión con el saneamiento, debe ofrecerse una visión general de los preceptos pertinentes en el régimen de la compraventa. No es necesario explicar el saneamiento en el contrato de obra porque los preceptos allí determinantes se corresponden con los del régimen jurídico de la compraventa en los puntos que son decisivos para el régimen jurídico de la contravención de la prestación.

B) VICIOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPRAVENTA

- 12 Lo que ha de entenderse por **vicio material** en el *régimen jurídico de la compraventa*, está regulado en el § 434. A estos efectos, la ley atiende, en primer lugar, a los acuerdos y propósitos de las partes y sigue así un **concepto subjetivo de defecto o vicio**¹¹¹. De acuerdo con ello, lo que importa es, en primer lugar, si, al traspasarse el riesgo, la cosa comprada tiene las cualidades *pactadas* (§§ 446 y 447). Si no hay ningún acuerdo sobre las cualidades, debe examinarse si la cosa es apropiada para el *uso supuesto conforme al contrato* o el *uso habitual* y presenta unas cualidades que son *usuales* en las cosas del mismo tipo y que el comprador puede esperar según el tipo de cosa. La entrega de otra cosa (*aliud*) o de una cantidad demasiado pequeña se equipara al vicio material con arreglo al § 434 III.
- 13 Conforme al § 435, hay un **vicio jurídico** si los terceros pueden hacer valer frente al comprador derechos respecto de la cosa que no están previstos en el contrato. El ejemplo más importante es el gravamen de la cosa comprada con derechos reales limitados de terceros (p. e., derecho de prenda). Frente a ello, **no procurar la propiedad** de la cosa comprada no justifica ningún vicio jurídico¹¹². El ejemplo paradigmático es la venta de una cosa ajena que se le ha perdido al propietario. Dado que conforme al § 935 I está excluida una adquisición de la propiedad de buena fe, el comprador, ciertamente, se ve expuesto a una pretensión restitutoria del propietario ex § 985. Pero se trata de un caso de incumplimiento al que es *directamente* aplicable el régimen jurídico general de la contravención de la prestación (§§ 311 a II y 326) (→ SchuldR BT § 3 n. m. 47).

¹¹¹ Cfr. NK-BGB/Büdenbender § 434 n. m. 6; HK-BGB/Saenger § 434 n. m. 1; Medicus/Lorenz SchuldR BT § 6 n. m. 6.

¹¹² BGH NJW 2007, 3777 (3779); Palandt/Weidenkaff § 435 n. m. 8; de otra opinión, Jauernig/Berger § 435 n. m. 5.

C) LOS DERECHOS DEL COMPRADOR

- 14** Los **derechos del comprador** en caso de vicios materiales y jurídicos están regulados en el § 437. El precepto no es fundamento autónomo de ninguna pretensión, sino que contiene una **remisión al fundamento jurídico** de las pretensiones y derechos generales del acreedor por lesiones del deber, así como a los particulares recursos de la subsanación (§ 439) y la reducción (§ 441) del régimen jurídico de la compraventa.
- 15** Si la cosa comprada tiene un vicio material o jurídico, el comprador tiene en primer lugar una pretensión de **subsanación** (§ 437 n. 1 en relación con el § 439). Según el § 439 I, como subsanación el comprador puede exigir, a su elección, la eliminación del vicio (reparación) o la entrega de una cosa libre de vicios (entrega posterior o sustitutoria).
- 16** En principio, el comprador solo puede **resolver** el contrato conforme a los §§ 437 n. 2 y 323, cuando haya transcurrido infructuosamente un *plazo* fijado por él para la subsanación. Lo mismo se aplica a la rebaja del precio de compra (**reducción**) conforme a los §§ 437 n. 2 y 441, dado que este derecho solo puede hacerse valer bajo los presupuestos de la resolución («en lugar de resolver»), así como al caso de que el comprador exija **indemnización del daño en lugar de la prestación** (§§ 280 I y III y 281). Así, a la resolución y a la indemnización del daño en lugar de la prestación le son aplicables, en principio, las reglas sobre la *prestación defectuosa*. Esto vale, en particular, respecto de la necesidad y la eventual innecesariedad de fijar un plazo.
- 17** La concepción precedente solo es adecuada para el caso de que el vicio pueda ser *eliminado* mediante subsanación. Si este presupuesto no se da, la obligación de subsanar decae por imposibilidad, conforme al § 275 I. Lo mismo se aplica si el vendedor, de acuerdo con el § 275 II y III, alega que la subsanación exige un esfuerzo desproporcionado o que no le es exigible por motivos personales¹¹³. Dado que no tiene que ejecutarse la prestación libre de vicios, las reglas sobre la prestación defectuosa no son adecuadas. En particular, la fijación de un plazo para subsanar carece de sentido desde el principio. Por tanto, a las *prestaciones defectuosas irreparables* les son aplicables los preceptos sobre imposibilidad (**imposibilidad cualitativa**)¹¹⁴. Desde el punto de vista técnico jurídico esto se materializa remitiendo el § 437 n. 2 y 3 respecto de la resolución y la indemnización del daño en lugar de la prestación (también) a los preceptos sobre imposibilidad (§§ 283, 311a y 326 V).

¹¹³ Cfr. Jauernig/Berger § 439 n. m. 21 ss.; v. Wilmowsky Beil. JuS1/2002, 1 (9).

¹¹⁴ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 335, 409, 434; S. Lorenz JZ 2001, 742 (743).

Ejemplo (RGZ 135, 339): Con ocasión de una visita a la galería de V, el coleccionista de arte K ve el cuadro «Roble en el agua». V y K suponen que se trata de una obra del famoso maestro Jakob Isaaksohn van Ruisdael. K compra la pintura por 15.000 euros. Más tarde se comprueba que la pintura no procede de Jakob Isaaksohn van Ruisdael sino de su mucho menos conocido primo Jakob Samuelsohn van Ruisdael. ¿Puede K resolver el contrato?

De acuerdo con el concepto subjetivo de defecto establecido en el § 434 (→ SchuldR BT § 3 n. 2 ss.) no hay duda que el cuadro presenta un vicio material¹¹⁵. Sin embargo, este vicio no puede eliminarse mediante la subsanación. La reparación falla porque nadie puede hacer de un cuadro de Jakob Samuelsohn van Ruisdael un cuadro de Jakob Isaaksohn van Ruisdael. La entrega posterior no tiene cabida porque no existe el correspondiente cuadro de Jakob Isaaksohn. Por tanto, existe un caso de imposibilidad cualitativa. El derecho de resolución de K se juzga, así, conforme a los §§ 437 n. 2 y 326 V.

D) PARTICULARIDADES RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN

- 18** La integración del saneamiento del régimen jurídico de la compraventa en el régimen jurídico general de la contravención de la prestación no ha conlucido a una equiparación total de ambas materias. Así, las pretensiones del comprador por vicios no están sujetas a las reglas generales de prescripción de los §§ 195 ss., sino a la prescripción más breve del § 438. Conforme a ello, el plazo de prescripción es, en la mayoría de los casos, de **dos años** (§ 438 I n. 3) y empieza con la **entrega de la cosa**, aun cuando el comprador descubra el vicio mucho más tarde (→ SchuldR BT § 6 n. m. 1 ss.). En cambio, según los §§ 195 y 199, la prescripción general es de tres años a partir del final del año en que nació la pretensión y el acreedor tuvo conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de la pretensión y de la persona del deudor, o debió tenerlo sin negligencia grave, hasta un máximo de diez o 30 años, respectivamente.

IV. LESIÓN DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

- 19** La tercera forma de manifestación de la lesión del deber consiste en la lesión de un **deber de protección** del § 241 II (cfr. §§ 282 y 324). Se trata aquí de los casos en los que son lesionados los otros derechos, bienes jurídi-

¹¹⁵ Sobre la base del antiguo Derecho (§ 459 I en su antigua versión) se discutía si en tales casos había un vicio material (cfr. *Larenz* SchuldR II 1 § 41 Ia). El RG afirmó la existencia de un vicio material.

cos o intereses del acreedor (→ § 1 n. m. 21 s.). No obstante, la producción de tal lesión, tomada por sí misma, aún no revela que el deudor haya lesionado un correlativo deber de protección. Antes bien, en cada caso concreto se debe averiguar con atención en qué consiste exactamente la lesión del deber¹¹⁶.

- 20 Las lesiones del deber de protección pueden producirse durante la ejecución de un **contrato** existente. Es representativo el caso del pintor que durante la realización de los trabajos ensucia o daña el mobiliario del comitente (→ § 20 n. m. 6)*. Sin embargo, la lesión de los deberes de protección también tiene gran relevancia práctica en el marco de las relaciones obligatorias **precontractuales**. Por último, es posible que un deber de protección sea lesionado **después de** que los deberes de protección derivados del contrato ya hayan sido cumplidos completamente. Se habla aquí de *culpa post contractum finitum*¹¹⁷.

Ejemplo: En su actividad para A, S. A., el asesor de empresas U ha adquirido conocimientos sobre relaciones comerciales secretas. Tras extinguirse el contrato con A, S. A., U revela los secretos a un competidor.

V. IMPOSIBILIDAD

- 21 La última forma de lesión del deber es la omisión de prestación por **imposibilidad** (§§ 283 y 326). El legislador ha situado este grupo de casos al final del correspondiente grupo de normas para acentuar su, en términos comparativos, limitada relevancia práctica.

1. La controversia sobre el contenido de la lesión del deber

- 22 De acuerdo con la concepción del legislador, solo la omisión de prestación debida a la imposibilidad *sobrevenida* (§ 283) constituye una **lesión del deber**. La omisión de prestación a causa de imposibilidad *originaria* (§ 311a) no se contempla como lesión del deber porque en este caso, desde el princi-

¹¹⁶ Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 280 n. m. 93 ss.; *Canaris* JZ 2001, 499 (512).

* **Nota de la traductora:** En realidad, la remisión es al § 20 n. m. 7.

¹¹⁷ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 5; *Bodewig* JURA 2005, 505 ss.; *Binder* AcP211 (2011), 587 ss.

pio, no se crea ningún deber de prestación que el deudor pueda lesionar (→ § 20 n. m. 16).

Se discute en qué consiste la lesión del deber en la imposibilidad sobrevenida. El legislador ve la lesión del deber en el solo hecho de que la **prestación** debida **no** sea **ejecutada** a causa de la imposibilidad; en cambio, la provocación de la imposibilidad (p. e., por tratar descuidadamente la cosa comprada) es una cuestión de deber de responder¹¹⁸. La doctrina opone a esto que la omisión de prestación tampoco puede ser contraria al deber en caso de imposibilidad sobrevenida, porque el deber de prestación está excluido conforme al § 275. Por ello, la lesión del deber solo puede radicar en que el deudor provoque el impedimento de la prestación o no evite su producción¹¹⁹.

2. Valoración

- 23** La controversia no solo tiene importancia dogmática. En la práctica jurídica hay que tener en cuenta que el acreedor tiene que probar la lesión del deber. La **carga de la prueba** de la (falta) de culpa afecta, en cambio, al deudor, según el § 280 I 2 (→ § 24 n. m. 9). Si se contempla como lesión del deber la provocación del impedimento de la prestación, la inversión de la carga de la prueba del § 280 I 2 resultaría considerablemente devaluada en el ámbito de la imposibilidad sobrevenida¹²⁰. Además de la voluntad del legislador, también la sistemática de la ley habla a favor de que la lesión del deber radica en la omisión de prestación a causa de la imposibilidad sobrevenida. Este punto de vista puede justificarse de manera constructiva aceptando que el § 283, inciso 1, *finje* la lesión del deber¹²¹. Por tanto, en contra de una extendida opinión¹²², el precepto no tiene solo un significado aclaratorio¹²³.

¹¹⁸ BT-Drs. 14/6040, 135 s.; igualmente, NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 283 n. m. 3 ss.; MüKoBGB/*Ernst* § 283 n. m. 4; Staudinger/*Schwarze*, 2014, § 283 n. m. 13; *Canaris JZ* 2001, 499 (512); *Looschelders Unmöglichkeit* 68 ss.

¹¹⁹ *Schapp/Schur*, Einführung in das Bürgerliche Recht, 4. Aufl., 2007, n. m. 276; *Harke ZGS*2006, 9 (10); *Schwab JuS*2002, 1 (3); v. *Wilmowsky Beil. JuS*1/2002, 1 (14); cfr. también *Harke SchuldR AT* n. m. 223 ss.

¹²⁰ Cfr. NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 283 n. m. 4; *Looschelders FS Canaris I*, 2007, 737 (738 ss.).

¹²¹ Cfr. la Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 14/4060, 143, según la cual el § 283, inciso 1, deja claro mediante la remisión al § 280 I, que la aceptación de una lesión del deber no se frustra por el § 275.

¹²² Cfr. *Jauernig/Stadler* § 283 n. m. 1; *PWW/Schmidt-Kessel/Kramme* § 283 n. m. 1.

¹²³ *Looschelders JuS*2010, 849 (855).

3. Irrelevancia de la lesión del deber en el § 326

- 24 En la regulación sobre el **destino del deber de contraprestación** en caso de imposibilidad (§ 326), no hay ninguna relación con el concepto de la lesión del deber (→ § 20 n. m. 16). Por ello, el precepto abarca tanto la imposibilidad *inicial* como la *sobrevenida*. Esto deja claro que, en cuanto se prescinde de la lesión del deber como concepto general, es factible una comprensión unitaria de la imposibilidad.

Bibliografía: *Binder*, Nachsorgende Vertragspflichten?, AcP 211 (2011), 587; *Bodewig*, Vertragliche Pflichten »post contractum finitum«, JURA 2005, 505; *Gieseler*, Die Strukturen der Schlechterfüllung im Leistungsstörungenrecht, ZGS 2003, 408; *Harke*, Schadensersatz und Nacherfüllung, ZGS 2006, 9; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)?, JuS 2007, 213; *Wilhelm*, Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht, JZ 2004, 1055. Cfr. además las referencias relativas al § 20 y al § 21.

§ 23 LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

- 1 Para fundamentar las pretensiones indemnizatorias no basta con que el deudor haya lesionado un deber de prestación o de protección; antes bien, es necesario que, además, sea **responsable** de la lesión del deber. De acuerdo con la tradición jurídica alemana, en principio, la responsabilidad también depende de la *culpa* en el ámbito de la responsabilidad contractual¹²⁴, aunque, desde luego, el principio de culpa resulta claramente limitado por la inversión de la carga de la prueba (§§ 280 I 2 y 311 a II 2). Dado que, por lo demás, hay casos en los que el deudor responde sin (propia) culpa (p. e., § 278), la ley habla más neutralmente de «*deber de responder*» (cfr. § 280 I 2).
- 2 La **regla fundamental** para el deber de responder se establece en el § 276. El punto de partida es la responsabilidad por *culpa propia*. Sin embargo, la ley advierte expresamente de la posibilidad de una responsabilidad *más leve* o *más estricta*. Así se pone de manifiesto que estos no son solo casos excepcionales extraños¹²⁵. El deber de responder por los *representantes legales* y los *auxiliares para el cumplimiento* se regula separadamente en el § 278.

¹²⁴ En detalle, *Staudinger/Caspers*, 2014, § 276 n. m. 1 ss.

¹²⁵ Cfr. *MüKoBGB/Grundmann* § 276 n. m. 171.

Nota: En la resolución de casos hay que tener en cuenta que los §§ 276 y 278 no son *ningún fundamento autónomo de una pretensión*, sino que solamente completan la nota del deber de responder en el marco de las correspondientes normas reguladoras de la pretensión (p. e., el § 280 I).

I. RESPONSABILIDAD POR CULPA PROPIA

- 3 De acuerdo con el § 276 I 1, regularmente el deudor responde por dolo y por culpa. La ley sigue así el **principio de culpa**.

Sobre Derecho comparado: Desde un punto de vista de Derecho comparado, en la responsabilidad contractual se enfrentan dos sistemas. Mientras que los Derechos continentales europeos (Alemania, Francia, etc.) parten del principio de culpa, en el círculo jurídico angloamericano (Inglaterra, Estados Unidos, etc.) el contrato se entiende como una promesa de garantía; de ahí que, en principio, la responsabilidad del deudor no precise de culpa alguna¹²⁶. No obstante, hay que tener en cuenta que en el Derecho privado alemán y francés la culpa está objetivada. En el Derecho francés, incluso, cuando se trata de determinadas obligaciones («obligations de résultat»), el deudor solo puede exonerarse si la contravención de la prestación se debe a un suceso externo o a fuerza mayor¹²⁷. A la inversa, en el Derecho angloamericano también hay circunstancias (objetivadas) que excluyen la responsabilidad. Lo mismo es aplicable a la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa (cfr. art. 79), que en principio también parte de una responsabilidad por garantía¹²⁸. Por ello en la práctica se llega con frecuencia a los mismos resultados en ambos sistemas.

1. Dolo

- 4 Por **dolo** se entiende generalmente el *saber* y el *querer* realizar el supuesto de hecho objetivo.

La nota del **saber** no presupone que el deudor tenga conocimiento seguro de los hechos relevantes, basta que considere *posible* la realización del supuesto de hecho objetivo¹²⁹.

¹²⁶ Detalladamente al respecto, *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 481 ss.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, 331 ss.; cfr. también BT-Drs. 14/6040, 131; *Staudinger/Caspers*, 2014, § 276 n. m. 4.

¹²⁷ Cfr. *Hübner/Constantinesco* Einführung § 22 III.

¹²⁸ Cfr. *Staudinger/Caspers*, 2014, § 276 n. m. 4; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, 336.

¹²⁹ *MüKoBGB/Grundmann* § 276 n. m. 156.

Para profundizar: En la doctrina se discute si el dolo presupone una *consciencia actual de la injusticia*, por tanto, si el deudor tiene que saber que lesiona un deber derivado de la relación obligatoria. La opinión dominante afirma la necesidad de tal consciencia de injusticia. Conforme a ello, un error de prohibición excluye el dolo aunque sea evitable (*teoría del dolo*). En cambio, en el Derecho penal el error de prohibición no afecta al dolo, según el § 17 StGB; no obstante, el error de prohibición inevitable excluye la culpa (*teoría de la culpa*). Parte de la doctrina pide que la concepción del Derecho penal se aplique al Derecho civil. La medida en que esto pueda seguirse, depende del sentido y finalidad de la norma correspondiente¹³⁰. En el régimen jurídico de la contravención de la prestación hay que mantener la teoría del dolo por la razón misma de que la existencia del deber lesionado es, según el § 280 I 1, parte del supuesto de hecho fundamentador de la responsabilidad al que debe referirse el dolo¹³¹.

- 5 La nota del **querer** puede presentarse en diferentes formas. Es posible que el deudor tenga precisamente la *intención* de realizar el supuesto de hecho fundamentador de la responsabilidad. Más frecuente es que el deudor vea la posibilidad real de que se produzca el resultado y que actúe pese a ello, es decir, que tome en cuenta la materialización del supuesto de hecho fundamentador de la responsabilidad. Se habla entonces de dolo eventual (*dolus eventualis*)¹³².

Nota: En el Derecho civil no es necesaria una exacta *delimitación* de las formas de dolo. Si es que tiene que haber dolo (p. e., § 276 III), basta el *dolus eventualis*. Esto vale incluso para el daño doloso contrario a las buenas costumbres (§ 826).

2. Negligencia

A) EN GENERAL

- 6 En el Derecho civil, la forma más importante de culpa es la **negligencia**. De acuerdo con la definición legal del § 276 II, hay negligencia cuando el deudor no observa la *diligencia exigible en el tráfico*. El punto de referencia de la negligencia es el supuesto de hecho fundamentador de la responsabilidad. Por tanto, en el caso de la responsabilidad por la indemnización del daño conforme al § 280 I, la cuestión es si el deudor ha observado la diligencia que ha de considerarse exigible en el tráfico para evitar lesiones del deber.

¹³⁰ Staudinger/Caspers, 2014, § 276 n. m. 25 ss.

¹³¹ Cfr. Huber Leistungsstörungen I § 27 II 2a.

¹³² MüKoBGB/Grundmann § 276 n. m. 161.

- 7 Lo mismo que el dolo, la negligencia tiene también un elemento de saber y un elemento –aunque debilitado– de querer. La (inminente) materialización del supuesto de hecho fundamentador de la pretensión tiene que haber sido **reconocible** y **evitable** para el deudor¹³³. Ambos elementos están estrechamente conectados el uno con el otro. La reconocibilidad del riesgo es presupuesto para que el deudor pueda adoptar las precauciones apropiadas para evitar su materialización.
- 8 Los criterios de la reconocibilidad y la evitabilidad no se refieren solo a poder reconocer y evitar *efectivamente*, sino que presuponen, además, la constancia **normativa** de que el deudor estaba obligado a adoptar las medidas necesarias para adquirir los conocimientos y para evitar¹³⁴, lo que, según la definición del § 276 II, solo es el caso si la adopción de las medidas en cuestión se presenta como resultado de la diligencia exigible en el tráfico. Por tanto, lo decisivo es qué es lo que se ajusta a la diligencia exigible en el tráfico. Con ello se plantea la cuestión acerca del *parámetro de la negligencia* en el Derecho civil.

B) EL PARÁMETRO DE LA NEGLIGENCIA

- 9 Según la opinión dominante, en el Derecho civil rige un parámetro **objetivado** de negligencia¹³⁵. Por tanto, el grado de diligencia exigible no se basa en las habilidades individuales del concreto deudor; al contrario, lo que importa son las habilidades de un sujeto medio perteneciente al sector del tráfico afectado. Por consiguiente, no se toman en cuenta los eventuales déficits individuales del concreto deudor. Esta es una diferencia decisiva respecto del Derecho penal. Allí la negligencia depende únicamente de las habilidades individuales del autor en cuestión.

Para profundizar: Parte de la doctrina aboga a favor de que el Derecho civil se base asimismo en un parámetro *subjetivo* de negligencia¹³⁶. Sin embargo, a esto hay que oponer que la objetivación de la negligencia es irrenunciable en el Derecho civil por motivos de protección del tráfico. El tráfico debe poder confiar en que el deudor dispone de los conocimientos y habilidades necesarios para el cumplimiento de sus de-

¹³³ BGH NJW-RR 1996, 981; MüKoBGB/Grundmann § 276 n. m. 53; Soergel/Pfeiffer § 276 n. m. 77.

¹³⁴ Cfr. MüKoBGB/Grundmann § 276 n. m. 68 ss., 78.

¹³⁵ Cfr. BGHZ 24, 21 (27); BGH NJW 1994, 2232 (2233); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 359; MüKoBGB/Grundmann § 276 n. m. 55; Staudinger/Caspers, 2014, § 276 n. m. 29 ss.

¹³⁶ Así, en especial, *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT II, 15. Aufl., 1960, § 213 III 2; igualmente, en tiempos más recientes, respecto del Derecho de daños, *Koziol AcP196* (1996), 593 (602 ss.).

beres. Una subjetivización de la negligencia no sería adecuada para el objetivo de un reparto justo del riesgo y el daño¹³⁷. Esto es particularmente claro en el ámbito *contractual*. Aquí el deudor tiene que responder en todo caso de que domina las reglas reconocidas de su especialidad¹³⁸. Así, un operario no puede exonerarse alegando que no le afecta culpa alguna porque no dispone de las habilidades medias de un operario competente. Pero lo mismo vale también para la responsabilidad *extracontractual*. Porque la participación en el tráfico se dificultaría considerablemente si no pudiera esperarse de los demás partícipes en el tráfico la observancia de determinados estándares (la diligencia de un ordenado automovilista, ciclista, peatón, etc.). Es cierto que en muchos casos también cabría invocar que el causante del daño no habría debido asumir o desempeñar la actividad en cuestión (la llamada *culpa en la asunción*); aquí radica entonces la reprochabilidad subjetiva. Sin embargo, esta solución falla si el deudor dispone de unas habilidades tan limitadas que no podía reconocer su incapacidad para realizar la actividad en cuestión¹³⁹.

- 10** Sin embargo, al concretar la diligencia exigible en el tráfico no hay que tomar como base un parámetro objetivo unitario; antes bien, hay que distinguir entre los distintos **sectores del tráfico y grupos de edad**. Esto se justifica por el hecho de que las expectativas de comportamiento existentes en el tráfico no son unitarias, sino que difieren según los distintos sectores del tráfico y grupos de edad.

Ejemplos: A un médico especialista le son aplicables estándares de diligencia más altos que a un joven médico ayudante; de un maestro artesano se espera más que de su oficial.

A los niños y jóvenes, así como a las personas mayores y a los discapacitados, les son aplicables menores exigencias. Cuando se trata de estas personas, el tráfico debe adaptarse al hecho de que solo hasta cierto punto son capaces de reconocer los riesgos inminentes y de evitar su materialización.

Ejemplo (BGH VersR 1997, 834): El escolar S, de siete años, estaba pelando una naranja con un cuchillo para la fruta cuando, por los gritos de otros niños, advirtió que una avispa se acercaba. A consecuencia de ello, S hizo un movimiento defensivo con la mano que sostenía el cuchillo. Al hacerlo, hirió en el ojo derecho al niño de seis años K, que estaba junto a él. K exige a S la indemnización del daño.

El fundamento de la pretensión es el § 823 I. S ha lesionado antijurídicamente el cuerpo y la salud de K. Lo dudoso es si S ha actuado negligentemente. El BGH lo negó argumentando que los niños de esta edad y de este

¹³⁷ Cfr., por ejemplo, *Larenz SchuldR I* § 20 III.

¹³⁸ Cfr. OLG Köln VersR 1997, 850.

¹³⁹ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 359.

nivel de desarrollo no son capaces de comprender el peligro que para una persona próxima va asociado al movimiento defensivo y de comportarse conforme a esa comprensión pese a su miedo a un insecto que se aproxima.

- 11 No obstante, también en esas personas privilegiadas es imaginable una **culpa en la asunción**. Así, un cirujano no puede alegar que a causa de su elevada edad no ha podido realizar la operación con la diligencia exigida. La culpa radica aquí precisamente en que el afectado ha asumido la operación aunque sabía o debía saber que ya no estaba a la altura de la tarea.

3. Capacidad de responder

- 12 La culpa presupone también capacidad de responder. El § 276 I 2 remite a estos efectos a los §§ 827 y 828. De especial relevancia son los preceptos sobre la **responsabilidad de los menores de edad**. De acuerdo con el § 828 I, los niños no son responsables de los daños que causan hasta que cumplen los siete años. En el tráfico rodado el límite de edad se elevó en el año 2002 a los diez años (§ 828 II). Tratándose de niños más mayores, solo se excluye la responsabilidad, de acuerdo con el § 828 III, si no tenían el *discernimiento* necesario para comprender la responsabilidad. En la práctica esta limitación no es muy eficaz porque la necesaria capacidad de discernir se da generalmente a partir de los siete años. El verdadero problema radica en que los niños solo tienen una capacidad limitada de transferir este discernimiento abstracto a situaciones concretas¹⁴⁰. Sin embargo, esta es una dificultad que solo puede tomarse en cuenta al examinar la negligencia conforme al § 276.

Ejemplo: En el caso de la naranja (→ § 23 n. m. 10), S podría haber comprendido la abstracta peligrosidad de su comportamiento. Con ello, su capacidad de responder no quedaba excluida por el § 828 II. De ahí que su responsabilidad solo podía denerarse por falta de negligencia.

- 13 La estricta responsabilidad de los niños a partir de los siete o diez años es **constitucionalmente** dudosa porque una carga excesiva con deberes indemnizatorios puede lesionar el derecho general de la personalidad (art. 1, 2 I GG)¹⁴¹. Por eso en casos extremos hay que pensar en limitar la responsabilidad de los niños por razones de equidad (→ § 43 n. m. 4).

¹⁴⁰ Cfr. *Kuhlen* JZ 1990, 273 ss.; *Looschelders* VersR 1999, 141 ss.

¹⁴¹ Cfr. *Goecke* NJW 1999, 2305 ss.; *Looschelders* VersR 1999, 141 ss. El BVerfG (NJW 1998, 3557) no ha decidido la cuestión porque el § 828 en su antigua versión es Derecho preconstitucional.

- 14** Si el deudor no es capaz de culpa, puede plantearse la cuestión inversa de si, no obstante, hay que afirmar la responsabilidad por **motivos de equidad** conforme al § 829. A diferencia de los §§ 827 y 828, el § 276 I 2 no remite al § 829. Dado que esto se basa en una decisión consciente del legislador, en el ámbito contractual no tiene cabida una responsabilidad por equidad¹⁴². La diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual en absoluto es arbitraria. Y es que, dado que uno puede escoger por sí mismo a su cocontratante, en el ámbito contractual se es mucho menos digno de protección frente a los daños ocasionados por personas incapaces de culpa que en el Derecho de daños¹⁴³.

II. LIMITACIONES DEL PARÁMETRO DE DILIGENCIA

1. Contrato

- 15** Las partes pueden limitar el parámetro de diligencia por **contrato**. El § 276 III es el límite general. Conforme a él, el deudor no puede ser eximido de responsabilidad por *dolo* anticipadamente. Esto no se aplica a la culpa de los auxiliares para el cumplimiento (→ § 23 n. m. 34 ss.) (§ 278, inciso 2); por tanto, aquí puede excluirse también la responsabilidad por daños dolosos. En las CGC, el § 309 n. 7 limita de manera más estricta la admisibilidad de las limitaciones de responsabilidad. En los clausulados generales no puede excluirse o limitarse la responsabilidad por *culpa grave* (dolo y negligencia grave) ni del deudor ni de su auxiliar para el cumplimiento. Tratándose de daños por lesión a la vida, el cuerpo o la salud tampoco es admisible una exclusión de responsabilidad por lesiones *levemente negligentes* del deber por parte del predisponente o de su auxiliar para el cumplimiento.
- 16** La atenuación de la responsabilidad no tiene que acordarse expresamente. Puede resultar también de un **acuerdo tácito** (→ § 5 n. m. 11 ss.) o de los principios de la **interpretación integradora del contrato** (§§ 133, 157 y 242)¹⁴⁴. Sin embargo, la jurisprudencia es comedida en este punto. Esto es particularmente aplicable al caso en que alguien lleva gratuitamente a un

¹⁴² Así, también, PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 276 n. m. 16; Staudinger/Oechsler, 2018, § 829 n. m. 18, 23; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 355; de otra opinión, Palandt/Grüneberg § 276 n. m. 6; MüKoBGB/Grundmann § 276 n. m. 166; Staudinger/Caspers, 2014, § 276 n. m. 109.

¹⁴³ Cfr. Staudinger/Oechsler, 2018, § 829 n. m. 18, 23.

¹⁴⁴ Cfr. BGH NJW 2009, 1482 con nota de Spickhoff LMK 2009, 280900.

pasajero en su automóvil. La consideración de que la exclusión de responsabilidad en estos casos beneficia generalmente, no al mismo causante del daño, sino a su asegurador de responsabilidad civil, es decisiva (cfr. ya → § 5 n. m. 12)¹⁴⁵. No obstante, hay casos en los que parece justificado aceptar una limitación de responsabilidad pese a la falta de un acuerdo expreso.

Ejemplo 1 (BGH NJW 2009, 1482): A y B, estudiantes de medicina residentes en Alemania, tomaron juntas la decisión de pasar en una clínica en Sudáfrica tres meses del «año de prácticas» exigido para su formación como médicas. Llegadas a Kapstadt, alquilaron un automóvil para tenerlo a disposición de ambas mientras durara su estancia. Al hacerlo supusieron que, en caso de accidente de tráfico, existiría un seguro comparable al de Alemania. En una excursión conjunta de fin de semana, A causó por una negligencia leve un accidente en el que B, que viajaba con ella, resultó gravemente herida. Al liquidar el accidente, A y B tuvieron que constatar que el riesgo de responsabilidad de A estaba asegurado de manera totalmente insuficiente, porque en Sudáfrica no hay deber alguno de concertar un seguro de responsabilidad.

El BGH afirmó la aplicabilidad del Derecho alemán¹⁴⁶ y, con base en él, admitió una tácita limitación de la responsabilidad al dolo y la negligencia grave. Un argumento decisivo fue el error común sobre la existencia de un seguro de responsabilidad suficiente.

Ejemplo 2 (OLG Hamm NJW-RR 2000, 62): K había reservado con el organizador de viajes V un safari en jeep en la isla de Tenerife. Se acordó que K debía viajar en un jeep guiado por un conductor local. Dado que el día del safari V no pudo poner un conductor en cada jeep, K fue asignado a un jeep que fue conducido por otro turista, B. Durante el safari ocurrió un accidente a consecuencia de una leve negligencia de B, en el que K resultó herido.

El OLG Hamm dedujo de los intereses en juego una renuncia implícita a la responsabilidad por negligencia leve. Si K no hubiese querido aceptar tal exención de responsabilidad, debería haber renunciado a viajar con B e insistir en el transporte por un conductor autorizado.

2. Ley

- 17** En algunos **negocios gratuitos** la misma ley limita el parámetro de diligencia. En los casos de *donación* y *préstamo*, la responsabilidad se limita al dolo y la negligencia grave (§§ 521 y 599). En el caso del *depósito gratuito*,

¹⁴⁵ Cfr. BGH NJW 1993, 3067 (3068).

¹⁴⁶ Sobre los problemas de conflicto de leyes, *Spickhoff* LMK 2009, 280900. Los hechos tendrían que juzgarse conforme al Derecho alemán también tras la entrada en vigor del Reglamento Roma I y del Reglamento Roma II.

el depositario responde solo de la diligencia que suela emplear en sus propios asuntos (§ 690). La doctrina dominante aplica estos privilegios también a las pretensiones indemnizatorias por lesión de los deberes de protección (§§ 280 I y 241 II) y a las pretensiones indemnizatorias extracontractuales concurrentes (p. e., § 823 I), siempre que haya habido una relación con el privilegio¹⁴⁷. En cambio, no hay ninguna atenuación de responsabilidad en el caso del *mandato* (§ 662). Aunque el gestor del negocio actúe gratuitamente, los §§ 521, 599 y 690 no son aplicables aquí por analogía¹⁴⁸.

El parámetro de la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos se aplica también en la relación entre socios (§ 708) y cónyuges (§ 1359), así como respecto de la responsabilidad de los padres frente a sus hijos (§ 1664). En estos casos existe entre los implicados una **estrecha relación personal**, en cuyo marco no cabe esperar que se emplee una mayor diligencia que en los propios asuntos. En el caso de los **derechos legales de resolución**, el deber del legitimado para resolver de resarcir el valor se limita por el § 346 III 1 n. 3 a la lesión de la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos (→ § 40 n. m. 24 ss.).

- 18** El concepto de la **diligencia empleada usualmente en los propios asuntos** (*diligentia quam in suis*) es concretado en el § 277. El parámetro de la negligencia depende aquí, en principio, de las particularidades y habilidades individuales del concreto deudor. Lo que importa al efecto no es el comportamiento del causante del daño en el concreto caso dañoso, sino su conducta general en el círculo de deberes en cuestión¹⁴⁹. Por tanto, el deudor debe probar que, en general, él no cumple el estándar del § 276 II en ese círculo de deberes. La jurisprudencia exige aquí requisitos estrictos. De ahí que no baste que el deudor se haya dañado (también) a sí mismo a consecuencia de su conducta.

El límite a la atenuación de la responsabilidad es la **negligencia grave**. La ley no define lo que ha de entenderse por esta. La opinión dominante admite la negligencia grave si el deudor no tiene en cuenta lo que en el caso dado tendría que haber sido obvio para cualquiera¹⁵⁰. Por tanto, es necesaria una conducta que vulnere la diligencia exigible en un grado inusualmente alto. Esto se caracteriza por un grado particularmente elevado de reconocibilidad y de objetiva evitabilidad de la contravención de la diligencia. No obs-

¹⁴⁷ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 400; sobre la donación, BGHZ 93, 23; sobre el préstamo, OLG Celle VersR 1995, 547. Más detalles al respecto → SchuldR BT § 18 n. m. 11 y § 26 n. m. 3.

¹⁴⁸ Palandt/*Sprau* § 662 n. m. 11; Erman/*Berger* § 662 n. m. 24.

¹⁴⁹ BGH NJW 2013, 3572 (3573 s.) = JA 2014, 150 (*Weber*).

¹⁵⁰ Cfr. BGHZ 10, 14 (16); Erman/*Westermann* § 276 n. m. 16.

tante, para concretar la negligencia grave no cabe partir de un parámetro puramente objetivo referido a las exigencias de comportamiento en el tráfico; por el contrario, también tienen que tomarse en cuenta circunstancias *subjetivas*, basadas en la individualidad de quien actúa¹⁵¹. La jurisprudencia exige en este sentido «una lesión del deber absolutamente inexcusable también desde el punto de vista subjetivo..., que supere considerablemente el grado establecido en el § 276 II BGB»¹⁵².

- 19** Según la jurisprudencia del BGH, los §§ 708, 1359 y 1664 no son aplicables en caso de participación en el **tráfico rodado general**¹⁵³. Esta limitación se justifica por que los daños derivados de los accidentes de tráfico están cubiertos por regla general por el seguro de responsabilidad civil del dueño del automóvil; los privilegios en materia de responsabilidad, sin embargo, no tienen por finalidad exonerar al asegurador de responsabilidad civil de quien causa el daño¹⁵⁴.

3. Atenuación de responsabilidad derivada del resto del contenido de la relación obligatoria

- 20** También del resto del contenido de la relación obligatoria puede derivarse una responsabilidad atenuada. Aquí el legislador ha pensado en particular en las atenuaciones que ha desarrollado el BAG respecto de la responsabilidad del trabajador frente al empleador en la **actividad motivada por la empresa**¹⁵⁵. El punto de partida de esta jurisprudencia es la consideración de que tampoco al trabajador más diligente le es posible ejercer en todo momento la diligencia necesaria para evitar daños¹⁵⁶. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los resultados alcanzados mediante la actividad del trabajador benefician principalmente al empleador¹⁵⁷. A la vista de esto, no sería adecuado hacer cargar solo al trabajador con el riesgo de responder. Antes bien, por razones constitucionales es necesario tomar en cuenta el **riesgo de explotación** del empleador en favor del trabajador, atenuando su responsabilidad¹⁵⁸.

¹⁵¹ BGHZ 119, 147 (149); MüKoBGB/*Grundmann* § 276 n. m. 95.

¹⁵² Cfr., recientemente, BGH NJW 2009, 1482 (1485); jurisprudencia constante.

¹⁵³ BGHZ 46, 313; 53, 352.

¹⁵⁴ En detalle al respecto, *Medicus* FS Deutsch, 2009, 883 ss.

¹⁵⁵ Cfr. la toma de postura del Gobierno Federal, BT-Drs. 14/6857, 48 respecto del Nr.21.

¹⁵⁶ Cfr. BAG (GrS) AP Nr.4 respecto de los §§ 898, 899 RVO.

¹⁵⁷ Cfr. BAG (GrS) NJW 1993, 1732 (1733).

¹⁵⁸ Cfr. BAG (GrS) NJW 1995, 210.

- 21 La cuantía de la responsabilidad se determina sobre la base de una **ponderación esquematizada**: Mientras que el daño por negligencia levísima del trabajador solo es imputable, por regla general, al empleador, el trabajador debe responder íntegramente si causa dolosamente el daño. Que venga o no al caso una atenuación de la responsabilidad en caso de negligencia grave del trabajador, depende de la ponderación de intereses en el caso concreto¹⁵⁹. En caso de negligencia normal (media y leve), el daño se reparte por cuotas entre empleador y trabajador conforme a la idea normativa del § 254 (→ SchuldR BT § 29 n. m. 12 ss.)¹⁶⁰.

III. RESPONSABILIDAD SIN CULPA

- 22 De acuerdo con el § 276 I 1, también procede considerar una responsabilidad más estricta (independiente de la culpa). Esta puede derivarse también de un acuerdo contractual, de la ley o del resto del contenido de la relación obligatoria. Las agravaciones de responsabilidad por medio de **contratos individuales** están cubiertas, dentro de los límites de los §§ 138 y 242, por el principio de libertad contractual¹⁶¹. En cambio, el establecimiento de una responsabilidad sin culpa **en clausulados generales** es, en principio, ineficaz conforme al § 307 II n. 1¹⁶². Agravaciones **legales** de la responsabilidad pueden encontrarse, p. e., respecto del deudor en caso de mora (§ 287), así como respecto del causante de un daño que está obligado a restituir una cosa a consecuencia de un acto ilícito (§ 848). En el **régimen jurídico del arrendamiento**, el § 536a I prevé una responsabilidad por garantía por **vicios originarios** de la cosa alquilada (→ SchuldR BT § 22 n. m. 35).
- 23 El § 276 I 1 menciona dos ejemplos respecto de las agravaciones de responsabilidad derivadas del resto del **contenido de la relación obligatoria**: la asunción de una *garantía* y la asunción de un *riesgo de adquisición*. En ambos casos, la ruptura del principio de culpa descansa en último término en una decisión autónoma del deudor («asunción»). Por ello, el juez no es libre para deducir del resto del contenido de la relación obligatoria responsabilidades por garantía no cubiertas por la voluntad de las partes¹⁶³.

¹⁵⁹ Cfr. BAG VersR 2003, 736 (737).

¹⁶⁰ Cfr. BAG NJW 1995, 210 (213); BGH NJW 1996, 1532; Walker JuS2002, 736 ss.

¹⁶¹ BGHZ 115, 38 (43); 119, 152 (168); HK-BGB/Schulze § 276 n. m. 22.

¹⁶² Palandt/Grüneberg § 307 n. m. 96.

¹⁶³ Así, también, NK-BGB/Dauner-Lieb § 276 n. m. 22.

1. Asunción de una garantía

- 24** El primer ejemplo de responsabilidad sin culpa derivada del resto del contenido de la relación obligatoria es la asunción de una **garantía**. El legislador quería abarcar con ello, junto con el contrato independiente de garantía, sobre todo, el caso en el que el vendedor o contratista asegura la existencia de una característica o cualidad del objeto del contrato y asume así un deber de responder ilimitadamente por todos los daños que deriven de la falta de la cualidad debida ¹⁶⁴.
- 25** La responsabilidad por garantía por la falta de **cualidades garantizadas** estaba regulada antes separadamente para cada particular relación obligatoria, en la parte especial del Derecho de obligaciones (cfr. en particular § 463 en su antigua versión). El legislador ha reconocido que esto se basa en un principio general que también es aplicable a otras relaciones jurídicas. Por eso derogó los preceptos correspondientes del régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra y estableció la responsabilidad por garantía en la regulación general del § 276. La categoría de la cualidad garantizada ha conservado, sin embargo, su significado independiente en el régimen jurídico del arrendamiento (§ 536 II) (→ SchuldR BT § 22 n. m. 28 s.).
- 26** La garantía no tiene que ser asumida expresamente; también son posibles las garantías **tácitas** ¹⁶⁵. Pero para ello debe haber indicios concretos ¹⁶⁶. En último término, se trata de un *problema de interpretación*. Lo decisivo es cómo pudo el acreedor entender al deudor conforme a la buena fe y los usos del tráfico (§ 157) ¹⁶⁷.
- 27** Dado que una responsabilidad sin culpa implica graves riesgos para el deudor, para suponer una garantía tácita se imponen **estrictas exigencias**. El deudor debe haber dado a conocer que necesariamente quería responder de la existencia de la cualidad pactada; además, tiene que haber evidenciado la disposición a responder de las consecuencias de una falta de la cualidad, con independencia de cualquier culpa ¹⁶⁸. En el régimen jurídico de la compraventa, hay que distinguir semejante **garantía de cualidades** del mero pacto

¹⁶⁴ BT-Drs. 14/6040, 132; cfr. también BGHZ 170, 86 (91 s.) = NJW 2007, 1346.

¹⁶⁵ BGH NJW 2007, 3777 (3780); Palandt/Grüneberg § 276 n. m. 29.

¹⁶⁶ BGHZ 170, 86 (92); BGH NJW 2007, 3777 (3780).

¹⁶⁷ Erman/Grünwald § 437 n. m. 28.

¹⁶⁸ Cfr. BGHZ 170, 86 (92); Looschelders JA 2007, 673 (677).

de cualidades del § 434 I 1, que solo conduce a una responsabilidad sin culpa (→ SchuldR BT § 4 n. m. 70 ss.).

Ejemplo (BGHZ 50, 200): K había asumido como empresa instalar falsos techos en unos espacios demasiado altos. Para ello utilizó determinados paneles de cubierta que se fijaron bajo el viejo techo por medio de un pegamento adquirido a V. Al concluir el contrato de compraventa, V había declarado a K que el pegamento era apropiado para colocar los paneles en cuestión. Sin embargo, los paneles de cubierta puestos con el pegamento se despegaron poco tiempo después y cayeron al suelo. K tuvo que llevar a cabo trabajos de reparación para su cliente, por los que se le originaron costes de 2.600 euros.

Hay que examinar una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 437 n. 3 y 280 I. El pegamento no fue apto para el uso presupuesto contractualmente y, por tanto, tuvo vicios (§ 434 I 2 n. 1). Por tanto, V lesionó su deber de proporcionar a K la cosa libre de vicios materiales (cfr. § 433 I 2). V es responsable de esta lesión del deber conforme al § 276 I 1. Esto no depende de si V debía conocer la falta de idoneidad del pegamento. Porque, conforme a la buena fe, K podía entender que V quería asumir una garantía por la idoneidad del pegamento para el uso previsto presupuesto contractualmente. El alcance de la garantía cubre también los daños consecuenciales asociados a la necesidad de los trabajos de reparación.

- 28** En cuanto a los requisitos de la garantía tácita, la jurisprudencia distingue según la **clase de negocio**. En el *comercio de objetos de arte* se atiende al hecho de que, a menudo, hay dudas sobre la autoría de un cuadro; de ahí que, por regla general, no pueda suponerse que el vendedor quiera asumir el riesgo de una falsificación¹⁶⁹. En el *comercio de coches de segunda mano* tradicionalmente las exigencias son menores, por la especial necesidad de protección del comprador¹⁷⁰. Sin embargo, después de que la reforma del Derecho de obligaciones haya mejorado sustancialmente la protección del comprador –sobre todo del consumidor–, el BGH ha dejado abierta la cuestión de si esto debe mantenerse (→ SchuldR BT § 4 n. m. 72). En todo caso, para proteger al consumidor aquí tampoco es ya necesario suponer una garantía dado que, de todos modos, la exclusión del saneamiento es ineficaz en la compraventa de bienes de consumo según el § 476¹⁷¹. En el caso de la compra de coches de segunda mano casi nunca puede considerarse una garantía tácita¹⁷².

¹⁶⁹ Cfr. BGH NJW 1993, 2103; 1995, 1673; *Hattenhauer* JuS1998, 684: «Burra».

¹⁷⁰ Cfr. *Erman/Grunewald* § 437 n. m. 32.

¹⁷¹ Cfr. *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*, 13. Aufl., 2017, n. m. 2591.

¹⁷² BGHZ 170, 86 (95); *PWW/Schmidt-Kessel/Kramme* § 276 n. m. 31.

2. Asunción de un riesgo de adquisición

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 29** El segundo ejemplo de responsabilidad sin culpa mencionado en el § 276 I 1 es la asunción de un riesgo de adquisición. El caso más importante de aplicación es la **deuda genérica referida al mercado**. Aquí el deudor soporta, por lo general, el riesgo de conseguir un objeto de prestación apropiado (→ § 13 n. m. 9). En cambio, en la **deuda genérica limitada** (→ § 13 n. m. 11), al deudor no le afecta semejante riesgo de adquisición.
- 30** La norma precedente del § 279 en su antigua versión aún se limitaba al ámbito de la deuda genérica. Sin embargo, el legislador ha reconocido que el deudor puede asumir un riesgo de adquisición también en otros casos, p. e., si se obliga a adquirir una **cosa específica**. Por eso en la reforma la asunción del riesgo de adquisición se integró también en el precepto general del § 276 I 1. No obstante, en el caso de las deudas específicas solo se podrá suponer la asunción de un riesgo de adquisición si las partes han adoptado el correspondiente acuerdo¹⁷³.

B) ALCANCE DEL RIESGO DE ADQUISICIÓN

- 31** El alcance del riesgo de adquisición no se puede fijar en abstracto, sino que debe deducirse en el caso concreto del contenido de la relación obligatoria, en particular de los acuerdos de las partes¹⁷⁴. **Tampoco** en el caso de las deudas genéricas referidas al mercado, el deudor quiere asumir por lo general un **deber ilimitado de adquisición**.

Ejemplo (RGZ 99, 1): Poco antes de que se desencadenara la Primera Guerra Mundial, S se había obligado a suministrar huevos del este de Galizien*. Tras declararse la guerra, las tropas rusas entraron en el este de Galizien. De ahí que S no se viera en condiciones de proporcionar los huevos.

Es cierto que en este caso S había asumido un riesgo de adquisición. Sin embargo, este no comprende los impedimentos a la adquisición que son

¹⁷³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 276 n. m. 30 s.

¹⁷⁴ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 132.

* **Nota de la traductora:** Galizien era una provincia del Imperio austrohúngaro, situada al oeste de Ucrania (este de Galizien) y al sur de Polonia (oeste de Galizien).

causados por el desencadenamiento de la guerra. Por ello el RG limitó el deber de responder de S conforme al § 242. De acuerdo con el Derecho vigente, el deber de prestación de S quedaría excluido conforme al § 275 II; a la pretensión indemnizatoria del daño se opondría el hecho de que, a pesar del deber de adquisición, S no es responsable de la omisión de la prestación.

- 32 El alcance del riesgo de adquisición no queda limitado solo por **acontecimientos extraordinarios** como el desencadenamiento de guerras o la producción de catástrofes naturales. También otras **irregularidades** imprevisibles **en el autoabastecimiento** pueden tener relevancia en el caso concreto. No obstante, en este caso debe examinarse exactamente en qué medida el deudor está obligado a superar el impedimento, de acuerdo con el reparto contractual del riesgo¹⁷⁵.

Ejemplo (BGH NJW 1994, 515): V, concesionario de P, ha sabido por P, S. A., que se va a desarrollar y sacar al mercado un limitado número de unidades de un modelo de coche deportivo equipado con multitud de innovaciones técnicas. V informa de ello a K, que mantiene con él relaciones de negocios desde hace mucho. Seguidamente, K encarga a V un vehículo de este tipo. Cuando P, S. A., comienza a distribuir el modelo, V no puede entregar a K el vehículo encargado porque, tras la conclusión del contrato de compraventa, P, S. A., ha decidido no vender el modelo a través de la red de concesionarios, sino directamente de fábrica. K exige la indemnización del daño a V. Alega que habría podido revender el vehículo con una ganancia de al menos 180.000 euros.

De acuerdo con el Derecho vigente, K podría tener una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I y III y 281. A tal efecto el deber de responder podría justificarse con la asunción de un riesgo de adquisición. Sin embargo, cabe preguntarse si, desde el punto de vista del riesgo de adquisición, V está obligado a vencer el impedimento. El BGH respondió afirmativamente, considerando que V habría tenido que influir en P, S. A., en el marco del contrato de concesión, para inducirle a que le suministrara el vehículo¹⁷⁶.

C) DEUDAS PECUNIARIAS

- 33 También existe un **deber de responder sin culpa** en el caso de las deudas pecuniarias. Lo mismo vale para el caso de que el deudor no pueda cumplir otra obligación por falta de capacidad financiera. La quiebra del principio de culpa puede justificarse por el hecho de que alguien que promete una pres-

¹⁷⁵ Cfr. Staudinger/Caspers, 2014, § 276 n. m. 154.

¹⁷⁶ BGH NJW 1994, 515 (516).

tación también asume con ello el riesgo de **conseguir** los **recursos financieros** necesarios para la ejecución de la prestación¹⁷⁷. No obstante, también es posible apoyarse en el **resto del contenido de la relación obligatoria** o deducir otra determinación legal de los **preceptos de la InsO**¹⁷⁸. En consecuencia, por tanto, el deudor no puede exonerarse con el argumento de que no es responsable de su falta de capacidad financiera.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR LOS AUXILIARES PARA EL CUMPLIMIENTO Y LOS REPRESENTANTES LEGALES

1. En general

A) ESTRUCTURA DEL § 278

- 34** De acuerdo con el § 278, en el marco de las relaciones obligatorias existentes el deudor tiene que responder no solo por la culpa propia, sino también por la culpa de sus **auxiliares para el cumplimiento y representantes legales**. No obstante, no se imputa solo la culpa sino toda la *conducta* del auxiliar para el cumplimiento o del representante legal. Esto significa que también la *lesión del deber* del deudor puede justificarse con la conducta del auxiliar para el cumplimiento o del representante legal, aunque a estos últimos no les concierna por sí ningún deber frente al acreedor¹⁷⁹.

B) CONCEPTO DE AUXILIAR PARA EL CUMPLIMIENTO

- 35** **Auxiliar para el cumplimiento** es quien, atendiendo a las circunstancias de hecho, interviene con la voluntad del deudor como auxiliar suyo en el cumplimiento de los deberes de este¹⁸⁰. Quedan comprendidos no solo los auxiliares dependientes, sino también los empresarios *independientes* que sean empleados por el deudor para el cumplimiento del contrato. No obstante, es necesario que el tercero actúe dentro del *círculo de los deberes del deudor*. Así, en el contrato de compraventa, el fabricante y el proveedor de

¹⁷⁷ Recomendación de resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos, BT-Drs. 14/7052, 184.

¹⁷⁸ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 394; *Palandt/Grüneberg* § 276 n. m. 28.

¹⁷⁹ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 20 VIII; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 383.

¹⁸⁰ BGHZ 13, 111 (113); *Palandt/Grüneberg* § 278 n. m. 7.

la cosa no deben ser considerados auxiliares del vendedor para el cumplimiento¹⁸¹. La ampliación de los deberes del vendedor en el § 433 I 2 tampoco cambia esto en nada. Ciertamente es que, desde la entrada en vigor de la reforma del Derecho de obligaciones, el vendedor también está obligado a proporcionar al comprador la cosa libre de vicios materiales y jurídicos. Pero con ello el legislador no ha perseguido el fin de ampliar el deber de responder del vendedor a los fabricantes o los proveedores¹⁸². Del mismo modo, el contratista no responde conforme al § 278 por la culpa de su proveedor¹⁸³.

Ejemplo (BGH NJW 1978, 1157): El dueño de una obra, B, encargó a U la instalación de la calefacción. Tras la recepción de la instalación, la casa de B sufre daños por humedades a consecuencia de que las válvulas de la calefacción no cerraban herméticamente. Los daños se deben a la instalación de válvulas defectuosas de la empresa K. Esta pasó por alto los defectos de las válvulas por negligencia. B exige a U la indemnización del daño.

B podría disponer frente a U de una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 634 n. 4 y 280 I. Con la instalación de las válvulas defectuosas, U lesionó el deber de realizar la obra sin vicios materiales (§ 633 I). La cuestión es si es responsable de la lesión del deber. A U no le es imputable una culpa propia (§ 276). En opinión del BGH, la culpa de K tampoco es imputable a U de acuerdo con el § 278, porque el suministro de las válvulas «no está comprendido en el círculo de deberes del empresario frente al comitente por el contrato de obra».

El riguroso deber de responder por los auxiliares para el cumplimiento se justifica por el hecho de que, mediante su empleo, el deudor se aprovecha de las **ventajas de la división del trabajo**¹⁸⁴. En el marco de las relaciones obligatorias sería incompatible con la especial relación entre las partes que, además de ello, el deudor pudiera exonerarse por el hecho de no haber cumplido él mismo con sus deberes¹⁸⁵. Dado que esta última idea no es aplicable en el ámbito extracontractual, aquí el dueño del negocio solo responde por su propia culpa (→ § 23 n. m. 43).

¹⁸¹ BGHZ 48, 118 (120); Soergel/Pfeiffer § 278 n. m. 34; Staudinger/Caspers, 2014, § 278 n. m. 37; de otra opinión, MüKoBGB/Grundmann § 278 n. m. 31; Weller NJW 2012, 2312 (2315).

¹⁸² Así, de forma convincente, BGH NJW 2014, 2183 n. m. 31 ss. = JA 2015, 68 (Looschelders) siguiendo la Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 14/6040, 209 s.; cfr. también S. Lorenz ZGS2004, 408 (410); críticamente, Witt NJW 2014, 2156 (2158); Köndgen FS W.-H. Roth, 2015, 311 (339 ss.).

¹⁸³ BGH NJW 2014, 2183 n. m. 37; Palandt/Grüneberg § 278 n. m. 14; Staudinger/Caspers, 2014, § 278 n. m. 39; de otra opinión, MüKoBGB/Grundmann § 278 n. m. 34.

¹⁸⁴ BGH NJW 1996, 451; Palandt/Grüneberg § 278 n. m. 1; Soergel/Pfeiffer § 278 n. m. 1; críticamente, Prölss FS Canaris I, 2007, 1037 (1040 s.); Köndgen FS W.-H. Roth, 2015, 311 (329 ss.).

¹⁸⁵ Cfr. E. Lorenz FG BGH I, 2000, 329 (332 ss.).

C) CONCEPTO DE REPRESENTANTE LEGAL

- 36 Representantes legales** en el sentido del § 278 son todas las personas que conforme a las normas legales pueden actuar con efectos para otros¹⁸⁶. Se trata, de un lado, de los representantes de las personas físicas que no pueden concluir por sí mismas ningún contrato eficaz por no tener capacidad de obrar o por tenerla limitada. Son de mencionar los padres (§§ 1626 ss.), el tutor (§§ 1793 ss.), el asistente (§ 1902) y el curador (§ 1915). Pero, por otro lado, también quedan comprendidas las personas que en virtud de su cargo pueden actuar negocialmente por otro, como es el caso de los albaceas y los administradores concursales.
- 37** Se discute si los **órganos** de las personas jurídicas han de considerarse representantes legales en el sentido del § 278. A favor de una subsunción en el § 278 parece hablar el que, según el § 26 I 2, parte 2, los órganos tienen «la posición de un representante legal»¹⁸⁷. Sin embargo, a esto cabe oponer que la responsabilidad por los órganos ha encontrado una regulación más específica en el § 31. De ahí que la opinión dominante parta, con razón, de que en este aspecto el § 278 es desplazado por el § 31¹⁸⁸. La consecuencia práctica es que, en el caso de los órganos, la responsabilidad por dolo no puede quedar excluida por el § 278, inciso 2, en relación con el § 276 III.

2. **Presupuestos de la responsabilidad por terceros conforme al § 278**

A) RELACIÓN OBLIGATORIA

- 38** La responsabilidad del deudor por la culpa de los representantes legales y auxiliares para el cumplimiento presupone, en primer lugar, la existencia de una **relación obligatoria**. Esto se pone de manifiesto por el § 278 con las palabras «deudor» y «obligación». La causa por la que haya nacido la relación obligatoria es irrelevante. De este modo, el § 278 es aplicable tanto en las relaciones obligatorias *contractuales* como en las *legales*. Pero es necesario que la relación obligatoria existiera en el momento del suceso fundamentador de la responsabilidad. De ahí que en el ámbito extracontractual el

¹⁸⁶ Cfr. HK-BGB/Schulze § 278 n. m. 4.

¹⁸⁷ Cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 20 n. m. 27; Staudinger/Caspers, 2014, § 278 n. m. 124.

¹⁸⁸ BGHZ 90, 86 (95); 109, 327 (330); MüKoBGB/Grundmann § 278 n. m. 10; Palandt/Grüneberg § 278 n. m. 6; Soergel/Pfeiffer § 278 n. m. 20.

§ 278 solo sea aplicable una vez producido el suceso dañoso. El § 278 tiene especial importancia en caso de lesión de los deberes de protección *precontractuales* (§§ 311 II y 241 II). La ampliación de estos deberes de protección por jurisprudencia y doctrina tiene, no en último término, la finalidad de ampliar el ámbito de aplicación del § 278 a costa del § 831 (→ § 8 n. m. 2).

B) ACTUACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

- 39 El § 278 solo es aplicable si el representante legal o el auxiliar para el cumplimiento ha actuado **en cumplimiento** de una obligación. La actuación en cumplimiento de la obligación se diferencia de la actuación *con ocasión* del cumplimiento. De ahí que si el daño no tiene ninguna conexión específica con las tareas para las que es competente el representante legal o el auxiliar para el cumplimiento en el marco de la relación obligatoria, el deber de responder del deudor conforme al § 278 tradicionalmente se niegue¹⁸⁹.

Ejemplo: El maestro M encomienda al oficial pintor G empapelar el piso de B*. Durante la realización de los trabajos, G aprovecha un momento en que no es observado para sustraer dinero del escritorio de B. Dado que G solo cometió el robo con ocasión del cumplimiento de una obligación de M, según la opinión dominante no se dan los presupuestos del § 278. Por tanto, B no tiene frente a M ninguna pretensión para la indemnización del daño ex § 280 en relación con el § 278. Por el contrario, tiene que dirigirse contra G.

En la doctrina más reciente es extendida la opinión de que el § 278 ya se puede aplicar si al auxiliar se le ha **facilitado** considerablemente la perpetración del delito asignándole la actividad¹⁹⁰. Según esto, en caso de robo basta con que, por la actividad, el auxiliar haya tenido acceso a las cosas sustraídas. En el caso del ejemplo habría que admitir que esto ocurre.

En contra de la opinión tradicional habla el que hace demasiado hincapié en el *deber de prestación* del deudor. Como aclara el § 241 II, la relación obli-

¹⁸⁹ BGHZ 23, 319 (323); 31, 358 (366); *Larenz SchuldR I* § 20 VIII.

* **Nota de la traductora:** En este y otros pasajes traduzco como «maestro» el término «Meister» y como «oficial» el término «Geselle». En la formación dual alemana, un «Geselle» es alguien que ha superado el primer nivel de formación profesional y el correspondiente examen. Consecuentemente, puede ejercer la profesión por cuenta ajena, pero no dirigir su propia empresa ni formar a otros. Para esto último, tiene que superar una prueba más, tras haber desempeñado la profesión durante un tiempo. De este modo se obtiene la Maestría, lo que permite al «maestro» crear su propia empresa y formar profesionalmente a otros (los oficiales).

¹⁹⁰ Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 278 n. m. 11; Palandt/*Grüneberg* § 278 n. m. 22; Brox/*Walker SchuldR AT* § 20 n. m. 32; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 382; *Joussen SchuldR I* n. m. 336.

gatoria también obliga a respetar los bienes jurídicos e intereses del acreedor. Si el deudor confía a un auxiliar la realización de la prestación, es coherente con la finalidad de la relación obligatoria hacerle responder también de la lesión de los **deberes de protección** por el auxiliar. Que estas lesiones del deber de protección estén o no intrínsecamente vinculadas al deber de prestación, es irrelevante. Lo determinante es que el acreedor, teniendo en cuenta su relación comercial con el deudor, le haya proporcionado al auxiliar una **posibilidad reforzada de afectar** sus bienes jurídicos e intereses (cfr. § 311 II n. 2).

3. Consecuencias jurídicas

40 De acuerdo con el § 278, el deudor es responsable de la culpa del representante legal o del auxiliar para el cumplimiento en la misma medida que **de su propia culpa**. Esto significa que las *modificaciones del estándar de diligencia* que son determinantes para el deudor (§ 276 I 1) también han de tenerse en cuenta en el marco del § 278. Si las partes han acordado, por ejemplo, que el deudor solo debe responder por negligencia grave, el deudor no tiene que responder por la simple negligencia de su auxiliar para el cumplimiento¹⁹¹. Si lo relevante es la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos (§ 277), habrá que atender a la diligencia que el *deudor* suele emplear en sus propios asuntos¹⁹².

41 Los problemas al determinar el **parámetro de negligencia**. En este caso, ¿hay que tener en cuenta las características del deudor o las características de los auxiliares para el cumplimiento? En otras palabras: ¿se debe la diligencia de un maestro artesano medio o la de un oficial medio? La opinión dominante se atiene al estándar aplicable al deudor. Esto se justifica argumentando que el deudor responde de la culpa del auxiliar «como culpa propia»¹⁹³.

Esta opinión, sin embargo, no es convincente. Todo comitente tiene claro que el deudor no realizará por sí mismo todos los trabajos. Además, es posible que el auxiliar, como especialista, tenga más habilidades que el deudor. Es indiscutible que aquí esas mayores habilidades han de tomarse en cuenta¹⁹⁴. Por ello, si se procede repartiendo el trabajo, debería tomarse como

¹⁹¹ Cfr. *Brox/Walker SchuldR AT* § 20 n. m. 35; *Larenz SchuldR I* § 20 VIII.

¹⁹² *Staudinger/Caspers*, 2014, § 278 n. m. 63; *Brox/Walker SchuldR AT* § 20 n. m. 35.

¹⁹³ BGHZ 31, 358 (367); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 383.

¹⁹⁴ Cfr. BGHZ 114, 263 (272).

base el estándar que sea **exigible** para la realización profesional de la correspondiente actividad¹⁹⁵. Conforme a ello, el maestro puede emplear sin reparos a un oficial, si el estándar de un oficial competente basta para desempeñar la actividad en cuestión.

Ejemplo (BGHZ 31, 358): En un establo del agricultor B se congelan en invierno las cañerías del agua. B encarga al maestro electricista U que instale una nueva bomba de agua con motor eléctrico. U deja que el trabajo lo realice el aprendiz de 17 años A, que «aunque trabajador, sin embargo (es) intelectualmente muy torpe». Después de haber instalado la bomba, A, por propia iniciativa, se pone a descongelar las cañerías con un soplete. Al trabajar con el soplete se incendia una telaraña. El edificio del establo queda completamente calcinado. B exige a U la indemnización del daño. ¿Con éxito?

B podría tener una pretensión indemnizatoria del daño frente a U ex § 280 I. Dado que U empleó a A como auxiliar para el cumplimiento, la culpa de este le es imputable conforme al § 278. Lo cuestionable es si A actuó culposamente. El BGH lo justificó aduciendo que A no observó la diligencia de un maestro competente. No obstante, la instalación de la bomba de agua es una tarea que no tiene que desempeñarse con la diligencia de un maestro. Aquí habría bastado también la diligencia de un oficial medio. Sin embargo, las capacidades de un aprendiz «intelectualmente torpe», ciertamente, no son suficientes. En consecuencia, el BGH afirmó la culpa de A, con razón.

- 42 Se discute si el deudor también tiene que responder por un **auxiliar para el cumplimiento incapaz de culpa**. La opinión dominante lo niega considerando que en un caso así no existe culpa del auxiliar para el cumplimiento que pueda ser imputada al deudor¹⁹⁶. A esto se opone en parte que el deudor podría verse tentado de emplear auxiliares inimputables para eludir su responsabilidad¹⁹⁷. Sin embargo, este no es un problema grave. Porque en la selección consciente de un auxiliar para el cumplimiento inimputable habrá de verse, por lo general, una culpa propia del deudor¹⁹⁸.

V. EXCURSO: LA RESPONSABILIDAD POR TERCEROS EN EL ÁMBITO EXTRA CONTRACTUAL

- 43 El deber del deudor de responder conforme al § 278 se diferencia sustancialmente de la responsabilidad **extracontractual** del dueño del negocio

¹⁹⁵ Así, *E. Lorenz* FG BGH I, 2000, 329 (376).

¹⁹⁶ OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1165 (1166); Palandt/*Grüneberg* § 278 n. m. 27; de otra opinión, *Lorenz* SchuldR I § 20 VIII; MüKoBGB/*Grundmann* § 278 n. m. 50.

¹⁹⁷ Así, *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 659.

¹⁹⁸ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 383; *E. Lorenz* FG BGH I, 2000, 329 (378).

por los auxiliares para la ejecución de la actividad conforme al § 831 (→ SchuldR BT §67 n. m. 2 ss.). En primer lugar, hay que tener en cuenta que el § 831 –al contrario que el § 278 (→ § 23 n. m. 2)– constituye un **fundamento de pretensión autónomo**. A diferencia del § 278, el § 831 no fundamenta ningún deber de responder por culpa ajena; antes bien, el dueño del negocio responde por **culpa propia** en la elección y vigilancia del auxiliar para la ejecución de la actividad. No obstante, se da la particularidad de que la culpa se presume. Pero, de acuerdo con el § 831 I 2, el dueño del negocio puede exonerarse probando que ha elegido y vigilado diligentemente al auxiliar (la llamada exculpación).

De las consideraciones precedentes resulta que, en el ámbito extracontractual, el dueño del negocio no tiene que responder por todo auxiliar. Si el dueño del negocio puede alegar que ha vigilado diligentemente al **auxiliar para la ejecución de la actividad**, esto presupone que el auxiliar *depende de las instrucciones* del dueño del negocio. Por tanto, es cierto que los empresarios independientes pueden ser auxiliares para el cumplimiento, pero no auxiliares para la ejecución de la actividad.

- 44** Los **representantes legales** en absoluto quedan comprendidos en el § 831. En el ámbito contractual el deber de responder por el representante legal representa la otra cara de la moneda de las ventajas que se derivan para el deudor de poder tomar parte en el tráfico jurídico con ayuda del representante legal¹⁹⁹. Dado que la participación en el tráfico general no depende de la capacidad de obrar, las personas sin (plena) capacidad de obrar no pueden obtener ninguna ventaja de la actuación de sus representantes legales en el ámbito extracontractual. De ahí que tampoco esté justificado imputarles los inconvenientes derivados de ello.

Bibliografía: v. *Caemmerer*, Verschulden von Erfüllungsgehilfen, FS Hauß, 1978, 33; *Deutsch*, Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht, JURA 1987, 505; *Deutsch*, Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt, JZ 1988, 993; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995; *Deutsch*, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), 889; *Ehmann*, Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung, FS Canaris I, 2007, 165; *Goetze*, Unbegrenzte Haftung Minderjähriger?, NJW 1999, 2305; *Köndgen*, § 278 BGB – (k)ein universales Haftungsmodell für arbeitsteilige Vertragserfüllung?, FS W.-H. Roth, 2015, 311; *Kozioł*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs im Schadensrecht, AcP 196 (1996), 593; *Kuhlen*, Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung

¹⁹⁹ Cfr. Staudinger/Caspers, 2014, § 278 n. m. 3.

Minderjähriger, JZ 1990, 273; *Kupisch*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278), JuS 1983, 817; *Looschelders*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Haftung Minderjähriger – Grundsatz der Totalreparation und Übermaßverbot, VersR 1999, 141; *E. Lorenz*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 329; *S. Lorenz*, Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), JuS 2007, 983; *Medicus*, Die eigenübliche Sorgfalt und der Straßenverkehr, FS Deutsch, 2009, 883; *Prölss*, Haftung für fremdes Verhalten ohne eigene Tatbestandsverwirklichung, FS Canaris I, 2007, 1037; *H. Roth*, Zur Reichweite des Beschaffungsrisikos bei der Gattungsschuld, FS Medicus, 2009, 371; *Schreiber*, Die Haftung für Hilfspersonen, JURA 1987, 647; *Walker*, Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, JuS 2002, 736; *Weimar*, Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?, JR 1982, 95. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

SECCIÓN SEGUNDA. LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

§ 24 PRESUPUESTOS Y DELIMITACIONES GENERALES

- 1 Si la **lesión de un deber** es imputable al deudor, en todas las relaciones obligatorias se plantea la cuestión de si el acreedor puede exigir la indemnización del daño resultante de ello. Esta problemática es regulada por la ley en un **complejo unitario** (§§ 280-288). Aquí quedan íntegramente comprendidas todas las lesiones del deber. Solo queda fuera del sistema la pretensión para la indemnización del daño en lugar de la prestación en caso de **imposibilidad originaria** (§ 311a II).
- 2 El **fundamento único de la pretensión** para las pretensiones indemnizatorias del daño por lesión de los deberes derivados de las relaciones obligatorias es el § 280 I²⁰⁰. El precepto tiene una *función doble*: En tanto se trate de la responsabilidad por **simple indemnización del daño**, es el único aplicable; respecto del **daño por retraso** (§ 280 II) y la **indemnización del daño en lugar de la prestación** (§ 280 III), se trata de una norma básica que se complementa con los presupuestos adicionales de los §§ 281-286²⁰¹. Este sistema tiene la ventaja de que los presupuestos generales de la pretensión indemnizatoria del daño del § 280 I son iguales en todos los casos. Solo son diferentes los posibles presupuestos adicionales

²⁰⁰ Cfr. PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme* § 280 n. m. 1; *Jauernig/Stadler* § 280 n. m. 1.

²⁰¹ BT-Drs. 14/6040, 135; NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 280 n. m. 41; *Palandt/Grüneberg* § 280 n. m. 4.

del § 280 II o III. Esto facilita considerablemente la resolución de casos (→ Anexo n. m. 1).



Resumen 2: Sistemática de la indemnización del daño.

I. PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DEL DAÑO CONFORME AL § 280 I

- 3 En cuanto a los presupuestos generales de la pretensión indemnizatoria del daño, el legislador se ha guiado por las notas que fueron desarrolladas por jurisprudencia y doctrina respecto de la responsabilidad por lesión contractual positiva (→ § 20 n. m. 11). Conforme a ello, han de concurrir las siguientes notas.

1. Relación obligatoria

- 4 El primer presupuesto básico de toda pretensión indemnizatoria del daño por lesión del deber es la existencia de una **relación obligatoria**. Se incluyen *todo tipo* de relaciones obligatorias. Las que mayor importancia práctica tienen en este punto son las relaciones obligatorias *contractuales* (→ § 5 n. m. 2 ss.). No obstante, el § 280 I también es aplicable en el marco de las relaciones obligatorias *precontractuales* (→ § 8 n. m. 1 ss.) y *legales* (→ § 10 n. m.

1 ss.). En caso de nulidad de un contrato, cabe atender a la relación obligatoria surgida por el contacto negocial conforme al § 311 II n. 3 (→ § 5 n. m. 9).

Para profundizar: También la *relación entre propietario y poseedor* (→ § 10 n. m. 10) se encuentra entre las relaciones obligatorias legales. Sin embargo, en este ámbito hay que tener en cuenta que las regulaciones especiales diferenciadas de los §§ 987 ss. no pueden eludirse recurriendo a los §§ 280 ss. Así, de acuerdo con el § 993, párrafo 1, parte 2, las pretensiones indemnizatorias del propietario frente al poseedor solo tienen cabida si el poseedor responde de forma agravada conforme a los §§ 989 y 990. No obstante, incluso la prioritaria pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 987 y 990 se refiere únicamente a los casos en los que el daño se debe a que la cosa se deteriora por culpa del poseedor, se pierde o no la puede restituir por otra razón. Por eso en lo demás cabe recurrir, en principio, a los §§ 280 ss. Así, el propietario puede disponer de una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación ex §§ 280 I y III y 281 si el poseedor de mala fe o demandado deniega de forma injustificada la posible restitución de la cosa²⁰².

- 5** La relación obligatoria debe **existir ya en el momento del suceso dañoso** porque, si no, los deberes lesionados no podrían derivar «de la relación obligatoria». De ahí que, si una relación obligatoria legal solo surge a consecuencia del suceso dañoso, el § 280 I no sea aplicable a ese suceso. Esto se aplica principalmente en el ámbito extracontractual (§§ 823 ss.). Aquí una pretensión ex §§ 280 ss. solo entra en consideración después de producirse el suceso dañoso, p. e., si el causante del daño incurre en mora en el pago de la indemnización del daño (§§ 280 I y II y 286). En cambio, en la gestión de negocios ajenos sin mandato (§§ 677 ss.), la relación obligatoria legal surge ya por la gestión del negocio (→ § 10 n. m. 3), de modo que las pretensiones indemnizatorias ex § 280 I resultan relevantes con más frecuencia.

Ejemplo: En el marco de una gestión justificada de negocios ajenos sin mandato, según el § 677 el gestor del negocio debe gestionar el negocio tal como lo requiere el interés del dueño del negocio teniendo en cuenta su voluntad. Si el dueño del negocio sufre un daño porque el gestor del negocio ha lesionado culposamente este deber, el dueño del negocio puede exigir la indemnización del daño conforme al § 280 I (→ SchuldR BT § 43 n. m. 26).

Nota: En el examen de clausura hay que comprobar en este punto si entre los implicados ha existido en el momento del suceso dañoso un contrato (§ 311 I) o una relación obligatoria análoga a la negocial (§ 311 II y III) o legal.

²⁰² BGH NJW 2016, 3235 n. m. 11 ss.; Palandt/Herrler § 985 n. m. 14; Brox/Walker SchuldR AT § 23 n. m. 36; de otra opinión, MüKoBGB/Baldus § 985 n. m. 149 s.

2. La lesión del deber

- 6 El deudor debe haber lesionado un deber derivado de la relación obligatoria. El concepto de lesión del deber ha de entenderse en sentido amplio. Se refiere a todos los deberes que existen en una relación obligatoria. En la concepción del legislador, la diferencia entre las diversas **clases de deberes** y su **lesión** sigue siendo irrelevante para el § 280 I²⁰³. No obstante, en la práctica jurídica conviene poner de relieve ya aquí las concretas clases de lesión del deber. Esto deriva del hecho de que el concepto abstracto de lesión del deber apenas es susceptible de subsunción (→ § 22 n. m. 2). Además, solo así se puede evitar que la nota de la lesión del deber sea doblemente examinada en los casos del § 280 II y III: una vez en abstracto en el § 280 I y una vez en la concreta forma que se da en los casos de los §§ 281-283 o § 286²⁰⁴.
- 7 La lesión del deber tiene que ser **antijurídica**. Dado que las causas de justificación (p. e., §§ 227 ss. y 904) solo rara vez operan en el *ámbito contractual*, este presupuesto es por lo general poco problemático²⁰⁵. Mayor relevancia práctica tienen las causas de justificación en el *Derecho de daños* (→ SchuldR BT § 59 n. m. 14 ss.). Pero si concurren pretensiones extracontractuales con pretensiones derivadas de los §§ 280 I y 241 II por la lesión de un deber de protección, las causas de justificación también operan respecto de la responsabilidad contractual. En el examen de clausura esta problemática solo debería abordarse si procede considerar seriamente los motivos de justificación.
- 8 La **carga de la prueba** de la lesión del deber se atiene a las reglas generales. Se trata de un hecho fundamentador de la pretensión que ha de probar quien hace valer la pretensión (es decir, el acreedor). No obstante, en tanto la causa de la lesión del deber se encuentre en la esfera del deudor, entran en consideración facilidades probatorias en favor del acreedor²⁰⁶.

3. Deber de responder

A) ENCUADRE DOGMÁTICO Y REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

- 9 Si el deudor es o no **responsable** de la lesión del deber, ha de juzgarse de acuerdo con los §§ 276 y 278 (→ § 23 n. m. 1 ss.). Dado que, según la con-

²⁰³ BT-Drs. 14/6040, 93; MüKoBGB/*Ernst* Introducción previa al § 241 n. m. 48.

²⁰⁴ Sobre las consecuencias respecto de la estructura del examen de clausura, ver Anexo n. m. 2.

²⁰⁵ Cfr. Jauernig/*Stadler* § 276 n. m. 13. Sobre posibles excepciones, *Riehm* FS Canaris, 2007, 1079 (1101).

²⁰⁶ NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 280 n. m. 40; Palandt/*Grüneberg* § 280 n. m. 34 ss.

cepción de la ley, el deber de responder representa un **hecho fundamentador de la pretensión**²⁰⁷, en realidad el acreedor tendría que probarlo. Sin embargo, de la formulación negativa del § 280 I 2 («esto no es aplicable») se deriva que la responsabilidad del deudor se **presume**. Por tanto, si la existencia de una lesión del deber es segura, el deudor tiene que probar que no es responsable de la lesión del deber. Esto se basa en la consideración de que el deudor se encuentra en mejores condiciones que el acreedor para aclarar las causas de la lesión del deber. Por consiguiente, en la resolución de casos cabe suponer un deber de responder, en tanto los hechos no contengan datos que pudieran exonerar al deudor.

- 10 En el **Derecho del trabajo**, la regulación del § 280 I 2 puede suponer una carga injusta para el trabajador. Esto es particularmente aplicable a la **responsabilidad por déficit** del trabajador en caso de faltas de existencias en caja o almacén. Aquí la lesión del deber podría consistir ya en que el trabajador no ha evitado la falta de existencias. De acuerdo con la regla general del § 280 I 2, el trabajador tendría entonces que probar que no es responsable de que se haya producido la falta de existencias. Dado que las faltas de existencias quedan sin explicación la mayoría de las veces, esta prueba se logrará muy raras veces. Por eso el § 619a preceptúa que la inversión de la carga de la prueba no se aplica en perjuicio del trabajador. Por tanto, el empleador tiene que probar que el trabajador es responsable de la lesión del deber (→ SchuldR BT § 29 n. m. 11)²⁰⁸.

B) DELIMITACIÓN DE LA LESIÓN DEL DEBER

- 11 Habida cuenta el distinto reparto de la carga de la prueba, la **delimitación** entre lesión del deber y deber de responder tiene una importancia considerable. Las incertidumbres pueden surgir cuando al deudor le es imputable una negligencia. Porque, con la inobservancia de la diligencia exigible en el tráfico (§ 276 II), la negligencia es también una forma de lesión del deber: concretamente, una lesión de los deberes de cuidado.
- 12 Teniendo en cuenta el punto de vista del legislador, hay que distinguir entre la lesión de los deberes **referidos a la prestación** (imposibilidad, retraso,

²⁰⁷ BT-Drs. 14/6040, 136; NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 280 n. m. 410; MüKoBGB/*Ernst* § 280 n. m. 21 ss.; *Jauernig/Stadler* § 280 n. m. 20; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 330; *Joussen* SchuldR I n. m. 301; críticamente, *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 280 n. m. D 4; *Kohler* ZZP 118 (2005), 25 (26), según el cual el deber de responder no es un presupuesto de responsabilidad, sino que la falta de deber de responder constituye una causa material de exclusión de responsabilidad.

²⁰⁸ Así ya respecto de los §§ 280 y 282 en su antigua versión, BAG NJW 1998, 101; 1999, 1049.

prestación defectuosa) y la lesión de los deberes de protección. En los deberes referidos a la prestación, la lesión del deber consiste únicamente en que el deudor no ejecuta la prestación o no lo hace como es debido. Es decir, que aquí el concepto de lesión del deber habría de entenderse *referido al resultado*. En el marco de la negligencia habría que examinar si el deudor es responsable de las circunstancias por las cuales la prestación no ha sido ejecutada o no como se debía. Es posible, por ejemplo, que el deudor no trate la cosa de manera diligente, la haya enviado demasiado tarde o no haya comprobado si tenía vicios.

- 13** En cambio, en caso de lesión de los **deberes de protección**, habría que tomar como base un concepto de lesión del deber *referido a la actividad*. Conforme a ello, en primer lugar, habría que determinar positivamente en qué consiste la lesión del deber de protección. Después, a nivel de culpa, habría que examinar si el deudor habría podido prever y evitar la lesión del deber²⁰⁹.
- 14** Esta concepción no puede seguirse plenamente. Es cierto que, en el caso de los **deberes de protección**, hay que tomar como base un concepto de lesión del deber referido a la actividad²¹⁰. Pero, en cambio, la lesión del deber no puede determinarse por referencia al resultado en todos los **deberes de prestación**. Porque hay numerosas relaciones obligatorias en las que no se debe ningún resultado determinado, sino solo una actividad (diligente). Son de mencionar, por ejemplo, los contratos de trabajo y otros contratos de servicios (p. e., contratos con médicos y abogados). También aquí hay que partir de un concepto de infracción del deber referido a la actividad. Esto se corresponde con la diferenciación desarrollada en el Derecho francés entre «obligations de moyens» y «obligations de résultat»²¹¹.

Para profundizar: La delimitación entre los deberes de prestación referidos al resultado y a la actividad también puede plantear dificultades en los contratos de compraventa. Así, el deber del vendedor ex § 433 I de proporcionar la propiedad, por lo general, está *referido al resultado*. Sin embargo, en el caso de los inmuebles hay que tener en cuenta que la adquisición de la propiedad presupone, conforme a los §§ 873 y 925, la constancia de la transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad. Dado que el vendedor no puede provocar por sí mismo la constancia de la transmisión, según la jurisprudencia tampoco le incumbe a este respecto un deber referido al

²⁰⁹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 135 s.; MüKoBGB/Ernst § 280 n. m. 14.

²¹⁰ Staudinger/Schwarze, 2014, § 280 n. m. F 18; Canaris JZ 2001, 499 (512); críticamente, Kohler ZJP 118 (2005), 25 (32).

²¹¹ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 280 n. m. 143.. Sobre la categoría de las «obligations de résultat» → § 23 n. m. 3.

resultado. Por eso, solo ha de realizar las *acciones* que sean necesarias para la constancia de la transmisión de la propiedad. Consiguientemente, en la compra de inmuebles, no proporcionar la propiedad no representa necesariamente una lesión del deber en el sentido del § 280 I²¹².

C) PUNTO DE REFERENCIA DEL DEBER DE RESPONDER

- 15** De acuerdo con el claro tenor literal del § 280 I 2, el deber de responder se tiene que referir solo a la correspondiente **lesión del deber**. Por ello, en la responsabilidad por culpa la producción del daño no tiene que quedar cubierta por el dolo o por la negligencia del deudor²¹³.

4. Daño

- 16** El último presupuesto general de todas las pretensiones indemnizatorias es la producción de un **daño** que haya sido *causado* de manera *objetivamente imputable* por la conducta de infracción del deber. A la imputación y la cuantificación del daño les son aplicables los principios generales (→ § 45 n. m. 1 ss.). Por lo tanto, al acreedor debe ponerse, en principio, en la misma situación en que se encontraría si el deudor se hubiera comportado como debía (cfr. § 249 I)²¹⁴.

Si el acreedor reclama la simple indemnización del daño, según el § 280 I puede bastar con los presupuestos generales. En lo que respecta a la indemnización del daño por retraso o a la indemnización del daño en lugar de la prestación, han de tratarse también los **presupuestos adicionales** que son precisos conforme al § 280 II y III, respectivamente.

Nota: Por su estrecha conexión con la lesión del deber, en el examen de clausura los presupuestos adicionales deben examinarse, por lo regular, antes que el deber de responder (→ § 26 n. m. 8; → § 27 n. m. 22); se da una excepción respecto de la indemnización del daño conforme a los §§ 280 I y III y 282, porque el grado de culpa influye en la imputabilidad (→ § 27 n. m. 37). En general sobre la estructura del examen de clausura → Anexo n. m. 1.

²¹² BGH NJW 2007, 3777 (3779).

²¹³ Respecto del punto de referencia del deber de responder, Staudinger/Schwarze, 2014, § 280 n. m. D 8.

²¹⁴ Sobre la cuantificación de la indemnización del daño en lugar de la prestación → § 29 n. m. 1 ss.

II. DELIMITACIÓN DE LAS CLASES DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 17 Que sean o no necesarios presupuestos adicionales y, en su caso, cuáles, depende de la clase de indemnización del daño que se haga valer. Como punto de partida, hay que distinguir si la indemnización del daño se exige en lugar de la prestación o junto con la prestación. Lo característico de la **indemnización del daño en lugar de la prestación** es que la pretensión indemnizatoria *sustituye* a la pretensión primaria de prestación y, por ello, *no* puede hacerse valer *junto con el cumplimiento del contrato*²¹⁵. Para la delimitación se puede tomar como referencia si el daño podría ser evitado o *eliminado* mediante una **hipotética realización posterior** de la prestación o **subsanción** (supuesto que fuera posible)²¹⁶. Así, **junto con la prestación** se encuentran los daños que se han producido *de forma definitiva* por la lesión del deber y que, por ello, ya no pueden evitarse o eliminarse mediante una realización posterior de la prestación o mediante una subsanción. Porque, respecto de tales daños, la fijación de un plazo exigida en principio en el § 281 I carece de función²¹⁷. La delimitación presupone, por tanto, una exacta determinación de la **prestación debida** contractualmente²¹⁸.
- 18 *Junto con* la prestación puede hacerse valer también el **daño por retraso** conforme a los §§ 280 I y II y 286. Se trata aquí de los daños que se deben al retraso de la prestación y que no pueden ser reparados ya mediante la posterior realización de la prestación²¹⁹. La pretensión ex §§ 280 I y II y 286 prima, por razones de especialidad, sobre la pretensión de simple indemnización del daño del § 280 I.
- 19 En los casos de **omisión de la prestación pese a ser posible** y de **prestación defectuosa**, se plantea la cuestión de hasta qué **momento** debe haberse podido reparar el daño mediante la hipotética realización posterior de la prestación o la subsanción. Una parte importante de la doctrina atiende al momento en que la pretensión de cumplimiento (subsanción) se extingue por resolución o por ejercicio de la pretensión indemnizatoria en lugar de la

²¹⁵ Cfr. BGH NJW 2013, 2959 (2960) con nota de Hilbig-Lugani = JA 2013, 865 (Looschelders); NK-BGB/ Dauner-Lieb § 280 n. m. 43 ss.; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 237.

²¹⁶ Cfr. Palandt/Grüneberg § 281 n. m. 2; MüKoBGB/Ernst § 280 n. m. 70; Jauernig/Stadler § 280 n. m. 4; Ostendorf NJW 2010, 2833 (2838); críticamente, PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 280 n. m. 41.

²¹⁷ Cfr. BGH NJW 2019, 1867 n. m. 20. La sentencia se refiere, ciertamente, al régimen jurídico del contrato de obra; pero los criterios del BGH pueden aplicarse al régimen jurídico de la compraventa (así también Buhlmann LMK 2019, 417861).

²¹⁸ BGH NJW 2019, 1867 n. m. 21.

²¹⁹ Cfr. Jauernig/Stadler § 280 n. m. 4.

prestación (§ 281 IV)²²⁰. Según la opinión contraria, lo que importa es la expiración del plazo para la realización posterior de la prestación o la subsanación²²¹. A favor de la última opinión habla que el deudor pierde su derecho a una «segunda oferta» ya con la expiración del plazo. Es cierto que la pretensión primaria de prestación sigue siendo susceptible de satisfacción, pero el acreedor puede rechazar la prestación (→ § 27 n. m. 24)²²². Por último, en todo caso, la clasificación de una partida dañosa no puede depender del momento más bien causal en que el acreedor haga valer la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación²²³. Se trata más bien de una mera consideración a efectos de control, que no puede sustituir a una consideración valorativa de la correspondiente partida dañosa conforme a la sistemática del § 280 y el fin del § 280 III²²⁴. Lo decisivo sigue siendo si la pretensión de indemnización del daño **sustituye** a la pretensión de cumplimiento o de subsanación o puede hacerse valer **junto con ella**. Si se trata del **interés de cumplimiento**, la indemnización del daño sustituye a la pretensión de cumplimiento o de subsanación. Por consiguiente, una coexistencia de indemnización del daño y cumplimiento (subsanación) conduciría a una satisfacción por duplicado del mismo interés. En cambio, las pretensiones de indemnización del **interés de integridad** pueden hacerse valer junto con la pretensión de cumplimiento o de subsanación, sin que se produzca una compensación doble o una sobrecompensación²²⁵.

- 20** La problemática puede ilustrarse con el caso en que el acreedor realiza una **compra de cobertura** tras expirar el plazo y solo *después* exige la indemnización del daño por los costes adicionales derivados de ello. Si se atiende a la exclusión del deber de prestación conforme al § 281 IV, se trata de un caso de indemnización del daño junto con la prestación porque los costes de la compra de cobertura se han producido antes de hacerse valer la pretensión indemnizatoria del daño y, por consiguiente, ya no se habrían podido evitar mediante una posterior subsanación. Dado que los costes de la compra de

²²⁰ Así, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 237; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 342; *S. Lorenz* FS Leenen, 2012, 147 (151 ss.); Faust FS U. Huber, 2006, 239 (253 ss.); *Klöhn* JZ 2010, 46 ss.; *Gsell* FS Canaris II, 2017, 451 ss.

²²¹ Así, *Jauernig/Stadler* § 281 n. m. 16; *Erman/Grünwald* § 437 n. m. 13; *Ostendorf* NJW 2010, 2833 (2837).

²²² Sobre este argumento, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 239.

²²³ En este sentido, sin embargo, consecuentemente, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 344; crítico al respecto, *BeckOGK/Riehm*, 1.7.2019, BGB § 280 n. m. 206 ss.

²²⁴ A favor de una consideración «fenomenológica del daño», *BeckOGK/Riehm*, 1.7.2019, BGB § 280 n. m. 210.

²²⁵ Sobre la diferenciación entre interés de cumplimiento e interés de integridad, cfr. *Schwarze* Leistungsstörungen § 25 n. m. 11.

cobertura se deben, con una causalidad adecuada, al *retraso*, los §§ 280 I y II y 286 serían pertinentes²²⁶. De acuerdo con la opinión contraria, se trata de un caso de indemnización del daño en lugar de la prestación²²⁷. A favor de esta solución habla que la compra de cobertura y la prestación debida se dirigen al *mismo resultado (de la prestación)*, de modo que la indemnización del daño no puede hacerse valer junto con la pretensión de cumplimiento²²⁸. En conclusión, por tanto, hay que mantener que los costes adicionales de una compra de cobertura deben calificarse como indemnización del daño en lugar de la prestación.

Ejemplo (BGH NJW 2013, 2959): El transportista K ha concluido con V un contrato para el suministro de 2.000.000 de litros de biodiesel por un precio de 66 euros los 100 litros. Cuando, por la insolvencia de su propia proveedora, V se niega a seguir suministrando mientras tanto a K, este se abastece de biodiesel con otro proveedor a un precio más alto. Después de haber reclamado con éxito a V en un proceso previo el suministro de la parte aún pendiente de la cantidad de diesel acordada contractualmente, K exige a V la indemnización del daño por los costes adicionales de la compra de cobertura. Al efecto hace valer que los costes adicionales se deben al retraso de la prestación y por ello se pueden exigir junto con la prestación, conforme a los §§ 280 I y II y 286. El BGH desestimó la demanda argumentando que los costes adicionales de una compra de cobertura propia constituyen un daño que sustituye a la prestación y, por ello, no pueden exigirse junto con el cumplimiento del contrato. Al mismo tiempo la Sala señala, con razón, que, de lo contrario, se situaría a K, a expensas de V, como si le correspondiera dos veces la cantidad encargada de diesel al ventajoso precio acordado con V.

Bibliografía: *Bredemeyer*, Der Regelungsbereich von § 280 BGB, ZGS 2010, 10; *Bredemeyer*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes bei § 280 BGB, ZGS 2010, 71; *Faust*, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, FS U. Huber, 2006, 239; *Gsell*, Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungskaufs nach der »Zauberformel« als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik, FS Canaris II, 2017, 451; *Hirsch*, Schadensersatz statt und neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, 97; *Katzenstein*, Die Systematik des Schadenshaftungsrechts in der Sonderverbindung nach modernisiertem Schuldrecht, JURA 2004, 584; *Kohler*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – die beweisrechtlichen Konsequenzen des neuen § 280 Abs. 1 BGB, ZZP 118 (2005), 25; *S. Lorenz*, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die »Zauberformel«?, FS Leenen, 2012, 147; *Ostendorf*, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz

²²⁶ Así, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 512; *S. Lorenz* FS Leenen, 2012, 147 ss.; *Faust* FS U. Huber, 2006, 239 (253 ss.); *Klöhn* JZ 2010, 46 ss.

²²⁷ Así, BGH NJW 2013, 2959 (2960); *PWW/Schmidt-Kessel/Kramme* § 280 n. m. 41; *BeckOK BGB/Lorenz*, 50. Ed. 1.5.2019, § 281 n. m. 42; *Erman/Grünwald* § 437 n. m. 13; *Ostendorf* NJW 2010, 2833 (2838).

²²⁸ Cfr. *Looschelders* JA 2013, 865 (866).

statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833; *Riehm*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – Zur Dogmatik der §§ 280ff. BGB, FS Canaris I, 2007, 1079; *Zieglmeier*, Die neuen Spielregeln des § 280 I 2 BGB, JuS 2007, 701. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

§ 25 SIMPLE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO POR LESIÓN DEL DEBER

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 1 La ley no describe en detalle qué ha de entenderse por **simple indemnización del daño**. Puede formularse negativamente diciendo que el § 280 I comprende en su ámbito autónomo de aplicación todos los daños para los que los dos párrafos siguientes no establecen presupuestos adicionales²²⁹. Por tanto, debe tratarse de casos en los que la pretensión indemnizatoria del daño no sustituye a la pretensión primaria de prestación, sino que puede hacerse valer *junto con* la pretensión de prestación (→ § 24 n. m. 16). Porque, de lo contrario, se trata de una *indemnización del daño en lugar de la prestación* (§ 280 III). Además, *no* puede tratarse de un *daño por retraso* en el sentido de los §§ 280 II y 286.

El ámbito de aplicación del § 280 I tampoco puede delimitarse en función de las distintas formas de lesión del deber²³⁰. De todos modos, cabe destacar algunos **grupos de casos** en los que, a menudo, la pretensión de simple indemnización del daño resulta especialmente relevante. Con ello se evidencia que la relevancia práctica de esta pretensión es diferente en las distintas formas de lesión del deber.

II. GRUPOS DE CASOS

1. Lesión de los deberes de protección

- 2 La mayoría de los casos de aplicación de la pretensión de simple indemnización del daño conforme al § 280 I se basan en la lesión de **deberes de protección** (§ 241 II). Al efecto se puede distinguir entre lesiones del deber de protección en el ámbito *contractual y precontractual*.

²²⁹ v. *Wilmowsky* Beil. JuS1/2002, 1 (5).

²³⁰ Cfr. PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme* § 280 n. m. 10.

A) LESIONES DE DEBERES DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS (§ 311 I)

Las lesiones de deberes de protección pueden producirse en el marco de **contratos existentes**. Pensemos de nuevo en el pintor que al realizar los trabajos daña el mobiliario del comitente (→ § 20 n. m. 6). Si el comitente exige indemnización por los objetos dañados, se trata de una pretensión de simple indemnización del daño que ha de enjuiciarse (solo) conforme al § 280 I²³¹. La pretensión de prestación se mantiene junto a ella. En un caso así, solo puede exigirse *indemnización del daño en lugar de la prestación* conforme al § 280 III bajo los presupuestos adicionales del § 282. Tal es el caso, en particular, si el comitente, por la lesión del deber, encarga los trabajos a otro pintor más caro y hace valer como daño la diferencia de precio (→ § 27 n. m. 33 ss.).

- 4 En el ámbito de aplicación del § 280 I no se trata solo de la indemnización de los **daños materiales**; antes bien, también se consideran los **daños personales** o **corporales**²³².

Ejemplo: B deja que reparen su automóvil en el taller de U. Al recoger el vehículo, B cae en una zanja que, por negligencia, U cubrió con una tabla demasiado fina y se lesiona. Al cubrir de forma insuficiente la zanja, U ha lesionado de manera culpable un deber contractual de protección del § 241 II. De ahí que B tenga frente a U una pretensión de resarcimiento de sus gastos de atención sanitaria ex § 280 I.

Por último, la pretensión ex § 280 I en relación con el § 241 II también puede dirigirse a la indemnización de **daños patrimoniales puros**.

Ejemplo: El ingeniero A, empleado del fabricante de automóviles H, revela al competidor K detalles sobre una proyectada nueva gama de modelos. H sufre por ello pérdidas de volumen de ventas. De acuerdo con el § 241 II, A está obligado por el contrato de trabajo a respetar los intereses patrimoniales de H. Este deber lo ha lesionado culpablemente al revelar secretos comerciales. De ahí que, de acuerdo con el § 280 I, H pueda exigir a A la indemnización de las pérdidas de volumen de ventas causadas por ello.

B) RELACIONES OBLIGATORIAS ANÁLOGAS A LAS NEGOCIALES

- 5 Un importante ámbito de aplicación del § 280 I es la lesión de los deberes **precontractuales** de protección (§§ 311 II y 241 II). También aquí puede

²³¹ Cfr. *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 238.

²³² Cfr. *PWW/Schmidt-Kessel/Kramme* § 280 n. m. 16.

tratarse tanto de la lesión de bienes jurídicos y derechos absolutos (vida, cuerpo, salud, propiedad, etc.) como de la causación de daños patrimoniales puros (→ § 8 n. m. 8 ss.). En este ámbito no pueden surgir problemas de delimitación respecto de la indemnización del daño en lugar de la prestación porque antes de la conclusión del contrato no existe aún ningún deber de prestación.

- 6 Daños análogos pueden producirse si el deudor lesiona un **deber de protección postcontractual** (→ § 22 n. m. 20). La pretensión de indemnización del daño se rige igualmente por el § 280 I²³³. Dado que los deberes contractuales de prestación ya se han extinguido conforme al § 362 I, tampoco aquí se producen, en general, problemas de delimitación respecto de la indemnización del daño en lugar de la prestación.
- 7 También las pretensiones **de terceros** que estén incorporados al *ámbito de protección* de una relación obligatoria (→ § 9 n. m. 1 ss.) se enjuician conforme al § 280 I. El § 280 I es aplicable, además, a las pretensiones indemnizatorias frente a terceros (p. e., *representante* o *abogado*^{*}) que en las negociaciones contractuales hayan hecho uso de la confianza puesta en ellos y, de esta manera, hayan influido considerablemente en las negociaciones o en la conclusión del contrato (→ § 9 n. m. 4 ss.).

2. Prestación defectuosa

A) EN GENERAL

- 8 También procede considerar una pretensión ex § 280 I cuando los demás derechos, bienes jurídicos o intereses del acreedor resultan perjudicados por una **prestación defectuosa**.

Ejemplo: El acreedor G ha encargado al abogado R que reclame judicialmente un crédito por importe de 10.000 euros frente al deudor S. R no repara en que la prescripción del crédito está muy próxima. Cuando finalmente presenta la demanda, S alega la prescripción. La demanda es desestimada.

R ha cumplido defectuosamente el contrato de asistencia jurídica. A resultas de ello, su mandante G ha sufrido un daño en el (resto de su) patrimonio por un im-

²³³ Cfr. Erman/Westermann § 280 n. m. 5; Staudinger/Schwarze, 2014, § 280 n. m. B 11 s.

* **Nota de la traductora:** Aquí he traducido Sachwalter como abogado, aunque el concepto en alemán es más amplio. En este punto me remito a la explicación que he incorporado en la nota 164 de la Parte segunda de este libro.

porte de 10.000 euros. Se trata de una pérdida cuya indemnización no sustituye a la pretensión primaria de prestación, sino que es posible junto con ella. Así, el fundamento de la pretensión es el § 280 I. En cambio, se trataría de una indemnización del daño en lugar de la prestación si G exigiera a R el pago de los gastos de honorarios de otro abogado al que hubiera encomendado la salvaguarda de sus intereses para evitar ulteriores daños.

- 9 El § 280 I tiene un importante ámbito de aplicación en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra respecto de las prestaciones defectuosas que conducen a pérdidas en los demás derechos, bienes jurídicos e intereses del acreedor. Aquí se habla tradicionalmente de **daños consecuencia del vicio**²³⁴; más recientemente, se emplea a menudo el concepto de **daño colateral o a la integridad**²³⁵. En estos casos plantea grandes problemas la delimitación respecto de la **indemnización del daño en lugar de la prestación**, que está referida al *interés de cumplimiento* del acreedor en recibir una prestación libre de vicios (el denominado interés de equivalencia)²³⁶.
- 10 Para delimitar ambas categorías del daño no cabe tomar como referencia la delimitación desarrollada para el **antiguo Derecho** entre daños por el vicio y daños consecuencia del vicio²³⁷. Antes bien, de acuerdo con la sistemática de los §§ 280 ss., lo relevante es si la indemnización del daño sustituye a la prestación debida —es decir, aquí, a la subsanación— o puede hacerse valer junto con ella. De nuevo es útil considerar si el daño podría repararse por medio de la subsanación (→ § 24 n. m. 17).

B) CASOS CONCRETOS

- 11 La delimitación entre los daños colaterales o a la integridad que han de indemnizarse conforme al § 280 I y la indemnización del daño en lugar de la prestación no siempre es indubitable. Han de distinguirse los siguientes casos:

Si los demás **bienes jurídicos del comprador** (vida, cuerpo, salud, propiedad) son lesionados por una cosa viciosa, en principio la pretensión de indemnización del daño puede hacerse valer junto con la pretensión de subsa-

²³⁴ Cfr. MüKoBGB/Westermann § 437 n. m. 32 s.

²³⁵ Cfr. Jauernig/Stadler § 280 n. m. 4; Oetker/Maultzsch Vertragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 282 ss.

²³⁶ Sobre esta distinción, BT-Drs. 14/6040, 225; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 342; Oetker/Maultzsch Vertragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 282; Brox/Walker SchuldR BT § 4 n. m. 108.

²³⁷ Cfr. Jauernig/Stadler § 280 n. m. 12; aún en otro sentido, la Exposición de Motivos de la Ley, BT-Drs. 14/6040, 224.

nación. El fundamento de la pretensión para la indemnización de tales **daños consecuencia del vicio** o **daños a la integridad** es solo el § 280 I (en relación con el § 437 n. 3)²³⁸.

Ejemplo (RGZ 66, 289): K compra a V pienso para caballos. El pienso suministrado contiene semillas de ricino venenosas, por lo que los caballos de K mueren. Por la prestación viciosa de V, K ha sufrido un daño en sus otros derechos (propiedad de los caballos). Por eso, de acuerdo con el § 437 n. 3 en relación con el § 280 I, puede exigir a V la indemnización del daño por la muerte de sus caballos. No obstante, esta pretensión no incluye los gastos del pienso. A este respecto, se trata de una partida dañosa que sustituye a la subsanación realmente debida (la entrega sustitutoria del nuevo pienso) y por ello solo es susceptible de indemnización bajo los presupuestos de los §§ 280 I y III y 281 (en relación con los §§ 434 y 437 n. 3). Este resultado se ve confirmado por la consideración, a efectos de control, de que el daño consistente en los gastos del pienso puede ser reparado mediante una entrega sustitutoria correcta. En cambio, el daño resultante de la muerte de los caballos no se ve afectado por una hipotética entrega sustitutoria de nuevo pienso.

- 12** Sin embargo, la delimitación entre la simple indemnización del daño y la indemnización del daño en lugar de la prestación causa grandes dificultades cuando el vicio, inicialmente limitado a una sola parte de la cosa comprada, se extiende después del traspaso del riesgo a toda la cosa y la daña o destruye (el denominado «**vicio corrosivo**»^{*}). Es representativo el caso en que las ruedas o los frenos del automóvil comprado son defectuosos (→ SchuldR BT § 8 n. m. 10 ss.)²³⁹. Si por un vicio semejante se tiene un accidente en el que el automóvil comprado resulta dañado, con ello se lesiona el interés del comprador a la integridad (integridad de la propiedad del automóvil). Consecuentemente, los daños al vehículo tendrían que indemnizarse conforme al § 437 n. 3 en relación con el § 280 I²⁴⁰. No obstante, hay que tener en cuenta que, en todo caso, la **pretensión de subsanación** del comprador (§ 437 n. 1 en relación con el § 439 I) llega muy lejos en el ámbito de la compraventa de bienes de consumo (§ 474) por las normas de la Directiva sobre bienes de consumo. Si se parte de que, desde el punto de vista de la subsanación, el vendedor también estaría obligado a reparar los daños en el

²³⁸ Cfr. Staudinger/Schwarze, 2014, § 281 n. m. C 9; Schwarze Leistungsstörungen § 25 n. m. 14.

^{*} **Nota de la traductora:** Traduzco como «vicio corrosivo» la expresión «weiterfressender Mangel», ya que, como apunta Looschelders, con este término se alude a aquel vicio que inicialmente se limita a una parte acotada de la cosa y que más tarde se extiende a toda ella de modo que, dicho sea gráficamente, la «corroe».

²³⁹ Cfr. BGH NJW 1978, 2241.

²⁴⁰ Así, Staudinger/Schwarze, 2014, § 281 n. m. C10; Schwarze Leistungsstörungen § 20 n. m. 19 y § 25 n. m. 15; según esto, una pretensión indemnizatoria ex §§ 437 n. 3, 280 I y III y 281 solo entra en consideración si el daño es *materialmente equivalente* al vicio originario.

automóvil derivados del accidente, la pretensión de indemnización del daño sustituye a la prestación debida y, por eso, solo puede hacerse valer bajo los presupuestos adicionales del § 281²⁴¹. Por tanto, sería necesario, en particular, fijar un plazo para la subsanación.

- 13** También pueden plantearse problemas de delimitación significativos en el caso de los **daños patrimoniales** que surgen por el carácter vicioso de la cosa comprada, como, por ejemplo, la **ganancia perdida** (§ 252). Una parte de la doctrina encuadra la ganancia perdida en la indemnización del daño en lugar de la prestación. Para justificarlo se señala que se trata del interés de cumplimiento del comprador²⁴². Sin embargo, de acuerdo con la sistemática de los §§ 280 ss., hay que distinguir según que la indemnización de la ganancia perdida se pida en lugar de o junto con la prestación (o la subsanación). La indemnización de la ganancia perdida derivada de una **enajenación ulterior** no recuperable sustituye a la pretensión de subsanación. De lo que aquí se trata es del interés de cumplimiento y no de una pérdida en el resto del patrimonio del acreedor. La pretensión de indemnización del daño se sujeta, por ello, a los §§ 437 n. 3, 280 I y III y 281²⁴³. Su clasificación como indemnización junto con la prestación, en cambio, conduciría no pocas veces a una sobrecompensación porque entonces el acreedor, junto con la indemnización de la ganancia perdida, podría exigir además una cosa libre de vicios a través de la subsanación²⁴⁴. No obstante, la valoración debe ser distinta en el caso de que, a causa de un vicio, una **máquina** comprada sea inapropiada para la producción de determinadas mercancías que se suponía en el contrato²⁴⁵. La pérdida de la ganancia que habría obtenido el comprador mediante la enajenación de las mercancías no producidas, constituye un daño que puede hacerse valer junto con la subsanación. Dado que la ganancia perdida se limita al tiempo que transcurra hasta que se reciba una máquina libre de vicios, no se produce una sobrecompensación por la coincidencia de subsanación e indemnización del daño. Es decir, se trata de un daño secuencial en el resto del patrimonio del comprador, que, igual que

²⁴¹ Así, por ejemplo, *Oetker/Maultzsch* Veragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 284.

²⁴² Así, *Brox/Walker* SchuldR BT § 4 n. m. 111; *Oetker/Maultzsch* Veragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 275.

²⁴³ Así, también, BeckOGK/*Riehm*, 1.7.2019, BGB § 280 n. m. 257 ss.; *Brox/Walker* SchuldR BT § 4 n. m. 111; *Oetker/Maultzsch* Veragl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 275; *Schwarze Leistungsstörungen* § 25 n. m. 14; de otra opinión, NK-BGB/*Büdenbender* § 437 n. m. 72; MüKoBGB/*Westermann* § 437 n. m. 35; *Soergel/Benicke/Nalbantis* § 286 n. m. 211; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 342 ss.

²⁴⁴ Sobre la problemática de la sobrecompensación, cfr. BeckOGK/*Riehm*, 1.6.2018, BGB § 280 n. m. 251; *Soergel/Benicke/Hellwig* § 280 n. m. 311.

²⁴⁵ Cfr. BGH NJW 2016, 2495 con nota de *Witt* = JA 2016, 628 (*Looschelders*).

los demás **daños por pérdida de utilidad**, ha de indemnizarse hasta la subsanación (→ § 25 n. m. 15) conforme a los §§ 437 n. 3 y 280 I²⁴⁶.

Nota: Los problemas de delimitación tratados se refieren solo al caso en que la pérdida de la ganancia se debe a un vicio de la cosa comprada. Con esto no se está negando que la ganancia perdida también puede ser indemnizable en caso de *lesiones de deberes de protección*. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que cosas que no son objeto del contrato son dañadas por el deudor a causa de una lesión de un deber de protección y, por ello, el comprador no puede venderlas con ganancia a un tercero, tal como estaba previsto²⁴⁷. Dado que el interés de integridad del acreedor se ve afectado, la indemnización de la ganancia perdida se rige en estos casos por los §§ 280 I y 241 II. Junto a ello, también podrá considerarse una pretensión de indemnización del daño ex § 823 I.

- 14** La pretensión de indemnización de una **depreciación** no subsanable de la cosa sustituye a la pretensión de prestación (excluida en este aspecto conforme al § 275). Se trata por tanto de indemnizar el daño *en lugar* de la prestación²⁴⁸. Lo mismo se aplica a los costes de una **compra de cobertura** (→ § 24 n. m. 20).

C) ENCUADRE DEL DAÑO POR LA PÉRDIDA DE UTILIDAD HASTA LA SUBSANACIÓN

- 15** Por último, plantea particulares problemas el encuadre del daño que se debe a que el comprador no puede utilizar la cosa viciosa **hasta la eficaz subsanación** (el llamado daño por pérdida de utilidad). En cualquier caso, dado que la indemnización de este daño puede exigirse junto con la subsanación, no se trata de una indemnización del daño en lugar de la prestación. La opinión dominante, siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley, parte de una pretensión de **simple indemnización del daño**, que ha de enjuiciarse únicamente conforme al § 280 I²⁴⁹. La opinión contraria atiende a que la cosa *libre de vicios* se presta *demasiado tarde*; por ello, la pérdida de utilidad daría lugar a un **daño por retraso** que, según el § 280 II, solo sería indemnizable bajo los presupuestos adicionales del § 286²⁵⁰. Conforme a esta opinión, la pretensión de indemniza-

²⁴⁶ Así, también, MüKoBGB/Westermann § 437 n. m. 35; Erman/Grunewald § 437 n. m. 19.

²⁴⁷ Cfr. Westermann/Bydlinski/Weber SchuldR AT n. m. 9/23 con nota 22.

²⁴⁸ Así, también, Palandt/Grüneberg § 280 n. m. 18.

²⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, 225; BGH NJW 2009, 2674; Palandt/Grüneberg § 280 n. m. 18, 20; BeckOK BGB/ Faust, 50. Ed. 1.11.2018, § 437 n. m. 81 s.; S. Lorenz NJW 2005, 1889 (1891).

²⁵⁰ Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 n. m. 61; Oetker/Maultzsch Vertragsl. Schuldverhältnisse § 2 n. m. 267 ss.

ción del daño por pérdida de utilidad requeriría, en principio, una intimación; sin embargo, algunos autores lo consideran en general innecesario, haciendo referencia al § 286 II n. 4²⁵¹. A favor de la opinión dominante habla el paralelismo con la clasificación de los otros casos en los que, por el vicio de la cosa comprada, el comprador pierde una ganancia que había de obtenerse utilizando la cosa comprada (→ § 25 n. m. 13). Además, el comprador merece más protección en caso de entrega de una cosa viciosa que en el caso de una simple omisión de prestación²⁵². En efecto, a diferencia de la prestación defectuosa, la omisión de prestación la mayoría de las veces se aprecia inmediatamente, de manera que puede realizarse una intimación (→ SchuldR BT § 4 n. m. 69).

Ejemplo: G, dueño de un restaurante, ha comprado a V un dispensador de bebidas. El dispositivo es entregado el sábado por la tarde. Cuando por la noche G quiere poner en marcha el dispositivo, resulta que no funciona. A G se le ocasiona por ello una pérdida de 6.000 euros. El lunes por la mañana reclama por el defecto. V, que no había apreciado el vicio por negligencia, cambia inmediatamente el dispositivo por otro que funciona.

Los presupuestos de los §§ 437 n. 3 y 280 I se dan. De acuerdo con la opinión dominante, no se trata de un daño por retraso. De ahí que no haya que examinar los presupuestos adicionales del § 286. Por el contrario, si, con la opinión minoritaria en la doctrina, se parte de un daño por retraso, la en principio necesaria intimación podría ser innecesaria conforme al § 286 II n. 4, porque G tenía un especial interés en poder utilizar el dispositivo el fin de semana.

- 16 Si el comprador resuelve** eficazmente el contrato por causa del vicio conforme a los §§ 437 n. 2, 440, 323 y 326 V, el **daño por pérdida de utilidad** producido después de la resolución (p. e., los costes de alquiler de un vehículo de sustitución después de devolver el coche de segunda mano comprado con vicios) se considera indemnización del daño **en lugar de la prestación**²⁵³. Esto se justifica por el hecho de que el daño se habría evitado mediante la debida subsanación –supuesto que fuera posible–.

3. Omisión de prestación pese a ser posible e imposibilidad

- 17 Si una prestación se omite** pese a ser posible, la pretensión de indemnización del *daño por retraso* (§§ 280 I y II y 286) es la forma más específica de

²⁵¹ Grigoleit/Riehm JuS2004, 745 (747 ss.).

²⁵² Cfr. BGH NJW 2009, 2674 (2676).

²⁵³ BGHZ 174, 290 = NJW 2008, 911; Gsell JuS2006, 203 (205 con nota 22).

indemnización del daño junto a la prestación (supra § 24 n. m. 13). Bajo los presupuestos del § 281, se puede exigir indemnización del daño *en lugar de la prestación*²⁵⁴. En cambio, la simple indemnización del daño conforme al § 280 I no tiene relevancia práctica en estos casos.

- 18** En los casos de **imposibilidad**, la pretensión primaria de prestación queda excluida conforme al § 275. De ahí que, por regla general, el acreedor esté interesado sobre todo en obtener la indemnización del daño *en lugar de la prestación* (§§ 280 I y III y 283 o § 311a II). No obstante, en caso de *daños consecuenciales o colaterales* en otros bienes jurídicos o intereses del acreedor, podrá tenerse en cuenta una pretensión de simple indemnización del daño conforme al § 280 I²⁵⁵. Tal es el caso, en particular, cuando el comprador sufre un daño en sus otros bienes jurídicos a causa de un vicio insubsanable. Es cierto que parte de la doctrina aboga por extender la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación a los daños *consecuenciales*²⁵⁶. Sin embargo, por razones sistemáticas esto no es convincente²⁵⁷. La indemnización del *daño ocasionado por el retraso* (§§ 280 I y II y 286) solo puede exigirse por el tiempo que transcurra hasta la producción de la imposibilidad (→ § 26 n. m. 4).

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 19** Si los presupuestos del § 280 I se dan, las **consecuencias jurídicas** se rigen por los §§ 249 ss. Es decir, debe ponerse al perjudicado en la situación en que estaría sin el suceso dañoso (→ § 47 n. m. 1). Para el caso de una lesión del cuerpo, la salud, la libertad o la autodeterminación sexual, el § 253 II prevé que también puede exigirse el pago de una adecuada *indemnización por daño moral* (→ § 48 n. m. 1 ss.). Una eventual conculpa se tendrá en cuenta conforme al § 254.

Bibliografía: *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), 727; *Grigoleit/Riehm*, Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden im System des Leistungsstörungenrechts, JuS 2004, 745; *Grüne-*

²⁵⁴ Cfr. Jauernig/Stadler § 280 n. m. 9.

²⁵⁵ Cfr. Palandt/Grüneberg § 283 n. m. 6; Staudinger/Schwarze, 2014, § 283 n. m. 59.

²⁵⁶ Así, por ejemplo, Erman/Westermann § 280 n. m. 3; MüKoBGB/Ernst § 283 n. m. 9 y § 311a n. m. 65; respecto del § 311a, también BGH NJW 2014, 3365 (3367) = JA 2014, 942 (943) (Looschelders); Palandt/Grüneberg § 311a n. m. 7.

²⁵⁷ En contra de la inclusión de otras categorías del daño en la indemnización del daño en lugar de la prestación, también BeckOK BGB/Lorenz, 50. Ed. 1.5.2019, § 281 n. m. 40.

wald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, en Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 313; S. Lorenz, Grundwissen Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, 203; Mankowski, Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von »Mangelfolgeschäden« (Integritätsschäden), JuS 2006, 481. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

§ 26 INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO POR RETRASO

I. MORA DEL DEUDOR

- 1 Si no se ejecuta puntualmente la prestación vencida, al acreedor pueden ocasionársele daños considerables. No obstante, de acuerdo con la tradición jurídica alemana, no todo retraso de la prestación contrario al deber y culpable tiene como consecuencia que el deudor deba indemnizar el daño de ahí resultante. Antes bien, los daños por retraso solo han de indemnizarse en caso de **mora del deudor**. El § 280 II confirma esta tradición²⁵⁸. Conforme a ello, las notas generales del § 280 I no bastan para la indemnización del daño por retraso; de hecho, tienen que darse los presupuestos adicionales del § 286. Por tanto, el fundamento de la pretensión es el § 280 I y II en relación con el § 286. La pretensión de indemnización del daño por retraso coexiste con la pretensión de prestación. Por consiguiente, la prestación puede seguir exigiéndose.
- 2 Los preceptos sobre la mora del deudor han sido estructurados de manera enteramente nueva en la reforma del Derecho de obligaciones. Esto ya se deja ver en que la pretensión de indemnización del daño por mora se ha integrado en el sistema de indemnización del daño por lesión del deber. En la interpretación hay que tener en cuenta que, con la nueva regulación del régimen jurídico de la mora, el legislador también tuvo la finalidad de transponer la Directiva 2000/35/CE sobre morosidad²⁵⁹, que fue sustituida el 1.8.2014 por la refundida Directiva 2011/7/UE sobre morosidad, de 16.2.2011 (→ § 12 n. m. 24). No obstante, las Directivas solo se aplican a las operaciones comerciales, es decir, no, p. e., frente a los consumidores. En el ámbito de aplicación de la Directiva es necesaria una **interpretación de conformidad con la Directiva**²⁶⁰.

²⁵⁸ Críticamente, PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 286 n. m. 2: «fósil del sistema».

²⁵⁹ Directiva 2000/35/CE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 29.6.2000.

²⁶⁰ Cfr. Palandt/Grüneberg § 270 n. m. 5.

Para profundizar: Se discute si también más allá del ámbito de aplicación de las Directivas sobre morosidad procede una interpretación conforme a la Directiva. Dado que en Alemania las Directivas fueron transpuestas extensivamente*, una interpretación uniforme de conformidad con la Directiva podría responder, en general, a la voluntad del legislador²⁶¹. Por lo demás, sin embargo, hay que tener en cuenta que las Directivas solo tratan de regular las relaciones comerciales entre empresarios. Por tanto, en cada caso hay que examinar exactamente si las valoraciones de la Directiva son aplicables a los contratos con consumidores. El BGH ha establecido en una sentencia reciente que el legislador nacional no tenía intención de transponer las Directivas en perjuicio de los consumidores, de modo que en este aspecto no se darían las condiciones para una interpretación conforme a la Directiva²⁶².

II. PRESUPUESTOS GENERALES

- 3 La mora del deudor puede definirse como la omisión de la prestación a pesar del vencimiento y de la intimación, de la que es responsable el deudor²⁶³. No obstante, esta es una **fórmula abreviada** que menciona los criterios esenciales, pero que ha de ser precisada y completada en detalle.

1. Omisión de la prestación a pesar del vencimiento y de la exigibilidad de la pretensión

- 4 De acuerdo con el § 286 I 1, la mora del deudor presupone que la prestación debida *no sea ejecutada* (puntualmente). Es necesario, además, que el acreedor ostente una *pretensión eficaz, vencida y exigible* frente al deudor. Se trata de los mismos criterios que ya deben examinarse en relación con la **contrariedad al deber** del retraso. Por ello, para los detalles, cabe remitir a las explicaciones allí dadas (→ § 22 n. m. 4 ss.). Esto es aplicable, en particular, a los efectos de las excepciones propias²⁶⁴. En especial, hay que tener en cuenta que la **puntualidad de una prestación pecuniaria** mediante

* **Nota de la traductora:** Traduzco como «transposición extensiva» el término «überschiessende Umsetzung» que, referido a las Directivas comunitarias, alude a la extensión por el legislador nacional del contenido regulador de una Directiva a hechos que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

²⁶¹ Cfr. NK-BGB/Schulte-Nölke § 286 n. m. 7; Schmidt-Kessel en Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., 2010, Capítulo 10 n. m. 17.

²⁶² También restrictivamente, BGH NJW 2017, 1596 n. m. 32 = LMK 2017, 38966 (*Beurskens*) = JA 2017, 467 (*Looschelders*).

²⁶³ Larenz SchuldR I § 23 Ia; cfr. también *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 462.

²⁶⁴ Cfr. *Derleder/Karabulut* JuS2014, 102 ss.

transferencia bancaria depende de si el deudor ha iniciado la transferencia con la antelación necesaria para poder contar con que el dinero se ingresaría en la cuenta del acreedor en el plazo debido. El deudor, por tanto, no puede alegar que ha iniciado el procedimiento de pago el día del vencimiento (→ § 12 n. m. 20 y → § 22 n. m. 8). Si el deber de prestación del deudor está excluido en virtud del § 275 por **imposibilidad**, no hay una pretensión eficaz. De ahí que no proceda considerar la mora del deudor.

2. Intimación

- 5 Para la mora del deudor no basta, en principio, con que el deudor no satisfaga la pretensión vencida y exigible del acreedor. Antes bien, el acreedor tiene que dejar claro al deudor que el retraso tendrá para él consecuencias perjudiciales. A este fin sirve el requisito de la **intimación**.

La intimación es la **exigencia** unilateral y recepticia del acreedor al deudor de que ejecute la prestación. El acreedor tiene que poner de manifiesto de manera clara y decidida que exige la prestación debida²⁶⁵. No hay que advertir expresamente sobre las consecuencias de un ulterior retraso²⁶⁶. Si el acreedor reclama una cantidad demasiado alta, el deudor incurre no obstante en mora si ha de entender la intimación como exigencia de la realización de la prestación efectivamente debida y el acreedor está dispuesto a aceptar la prestación inferior²⁶⁷.

- 6 Conforme al tenor literal del § 286 I 1, la intimación tiene que realizarse **después de producirse el vencimiento**. Una intimación anterior es ineficaz y tampoco se subsana por que posteriormente se produzca el vencimiento²⁶⁸. No obstante, la intimación puede unirse al acto que dé lugar al vencimiento (p. e., la emisión de una factura y la reclamación de la mercancía)²⁶⁹. La expresión «después de producirse el vencimiento» simplemente pretende dejar claro que una intimación expresada *antes* del vencimiento es ineficaz²⁷⁰. No obstante, según la jurisprudencia más reciente, el **envío de una factura por primera vez no** puede calificarse, por lo general, de **intima-**

²⁶⁵ BGH NJW 1998, 2132 (2133); MüKoBGB/*Ernst* § 286 n. m. 49.

²⁶⁶ Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, 2014, § 286 n. m. 29.

²⁶⁷ BGH NJW 1999, 3115 (3116); 2006, 3271 = JA 2006, 812 (*Looschelders*); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 464.

²⁶⁸ Cfr. BGH NJW 1992, 1956; MüKoBGB/*Ernst* § 286 n. m. 55.

²⁶⁹ Cfr. *Erman/Hager* § 286 n. m. 34; Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 16.

²⁷⁰ *Huber* Leistungsstörungen Bd. I § 17 III 3 (sobre el § 284 en su antigua versión).

ción²⁷¹. El BGH se remite al efecto, con razón, a la coherencia sistemática con el § 286 III 1. La especial regulación allí prevista para los créditos remuneratorios (→ § 26 n. m. 15 ss.) muestra precisamente que, por lo general, el legislador no contempla el envío de una factura como intimación, especialmente porque, de lo contrario, quedaría devaluado el requisito de informar a los consumidores (§ 286 III 1, parte 2).

Para profundizar: Dado que las consecuencias jurídicas de la mora se producen por virtud de la ley, con independencia de la voluntad del acreedor, la intimación no es una declaración de voluntad. No obstante, como la situación de los intereses en juego es semejante, los §§ 104 ss. son aplicables por analogía²⁷². La intimación únicamente proporciona al acreedor una ventaja jurídica. Por ello, de acuerdo con el § 107, es eficaz aunque el acreedor tenga la capacidad de obrar limitada²⁷³.

- 7 El § 286 I 2 equipara a la intimación la presentación de la **demand**a de prestación (§§ 253 y 254 ZPO) y la notificación de una **orden de pago** en un proceso monitorio (§§ 688 ss. ZPO). La equiparación se justifica por el hecho de que, de esta manera, el acreedor pone de manifiesto su exigencia de la prestación de forma particularmente clara y decidida²⁷⁴. Sin embargo, es preciso que ambos medios procesales no se empleen precipitadamente. Así, si el deudor no ha dado ningún motivo para la demanda, el acreedor tiene que soportar las costas procesales si el deudor reconoce de inmediato la pretensión (cfr. § 93 ZPO).

3. Deber de responder

- 8 De acuerdo con el § 286 IV, el deudor no incurre en mora mientras la prestación no tenga lugar como consecuencia de una circunstancia de la que el deudor no sea responsable. De la formulación negativa resulta que también aquí se **presume** el deber de responder (§§ 276 ss.). Es cierto que, en el caso de las pretensiones de indemnización del daño por retraso, el deber de responder como tal también tendría que examinarse conforme al § 280 I 2. Sin embargo, el § 286 IV deja claro que lo que importa para la prueba exoneratoria no es el momento de la originaria lesión del deber (o sea, el vencimien-

²⁷¹ BGH NJW 2008, 50 = JA 2008, 228 (Looschelders).

²⁷² BGHZ 47, 352 (357); BGH NJW 2006, 687 (688).

²⁷³ Erman/Hager § 286 n. m. 30; Palandt/Grüneberg § 286 n. m. 16; PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 286 n. m. 12; de otra opinión, Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2014, § 286 n. m. 48.

²⁷⁴ Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2014, § 286 n. m. 64; Larenz SchuldR I § 23 Ia.

to), sino el **momento de la posible producción de la mora** (p. e., tras la intimación)²⁷⁵. De cara a las otras consecuencias de la mora (→ § 26 n. m. 19 ss.), en cambio, el § 286 IV tiene relevancia constitutiva también respecto del deber de responder como tal.

El deudor puede invocar en el marco del § 286 IV todos los **impedimentos de la prestación** por los que él no tenga que responder de acuerdo con el § 276 o el § 278. Son ejemplos de ello la propia enfermedad, la huelga de los empleados, los efectos de las fuerzas de la naturaleza o de terceros, así como las dificultades imprevisibles de adquisición²⁷⁶. Sin embargo, en el último caso, hay que examinar exactamente si el deudor ha asumido, y en qué medida, el riesgo de adquisición.

Nota: Al redactar el examen de clausura hay que tener en cuenta que la lesión del deber en el sentido del § 280 I 1 consiste, en el caso de la mora, en la omisión de la prestación a pesar del vencimiento y de la exigibilidad de la pretensión y, en ese aspecto, es idéntico a los presupuestos objetivos del § 286 I (→ § 26 n. m. 4). Por tanto, solo la intimación (→ § 26 n. m. 5 ss.) es un verdadero presupuesto adicional. Por las razones expuestas anteriormente, la nota subjetiva del deber de responder se aborda asimismo dos veces, en el § 280 I 2 y en el § 286 IV. Dado que el deber de responder debe darse al producirse la mora, es aconsejable no examinar esta nota sino después de la intimación (o de su innecesariedad). Para un ejemplo → Anexo n. m. 3.

III. FALTA DE NECESIDAD DE LA INTIMACIÓN (§ 286 II)

- 9 Excepcionalmente, la mora del deudor puede producirse también sin intimación.

1. Tiempo de la prestación conforme al calendario

De acuerdo con el § 286 II n. 1, la intimación no es precisa si se ha fijado un **tiempo** para la prestación **conforme al calendario** («dies interpellat pro homine»²⁷⁷). En este caso el deudor sabe exactamente cuándo tiene que

²⁷⁵ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 23 n. m. 29; *Palandt/Grüneberg* § 286 n. m. 32; *Kohler* JZ 2004, 961 ss.

²⁷⁶ *Staudinger/Löwisch/Feldmann*, 2014, § 286 n. m. 140.

²⁷⁷ Se trata de un principio jurídico tradicional que ya antes de entrar en vigor el BGB era ampliamente reconocido. Traducido literalmente: «El día [fijado conforme al calendario] interpela en favor de la persona [es decir, del acreedor]».

ejecutar la prestación. Además, debe suponer que para el acreedor es particularmente importante la observancia del tiempo de la prestación. Por ello es innecesaria una exigencia aparte.

Como **tiempo de la prestación** puede establecerse *directamente* un día del calendario («entrega el 25.2.2008») o un tramo del calendario («terminación en febrero de 2008»). Pero también basta que el tiempo para la prestación se deduzca *indirectamente* del calendario («tres semanas después de Semana Santa») ²⁷⁸. Al transcurrir el día o espacio temporal en cuestión se produce automáticamente la mora.

El tiempo de la prestación puede determinarse mediante acuerdo *contractual*, ley o sentencia. Una **determinación unilateral** por el acreedor en principio **no** es **suficiente** ²⁷⁹. La única excepción se da en el caso de que el acreedor disponga de un derecho unilateral de determinación conforme al § 315 por lo respecta al tiempo de la prestación ²⁸⁰.

Ejemplo (BGH NJW 2008, 50): S hizo uso como paciente privada de los servicios de la fisioterapeuta G. Tras concluir el tratamiento, el 14.9.2004 G envía a S una factura de 543 euros. En ella se dice: «Transfiera, por favor, el importe de la factura antes del 5.10.2004». ¿Incurrir en mora S por este medio?

Dado que el envío de una factura por primera vez no constituye intimación alguna (→ § 26 n. m. 6), no se produce la mora conforme al § 286 I. Sin embargo, la intimación podría ser innecesaria conforme al § 286 II n. 1. En la factura G fijó un tiempo para la prestación conforme al calendario. Sin embargo, semejante establecimiento *unilateral* del plazo para la prestación no puede justificar ninguna renuncia a la intimación. Sobre la producción de la mora conforme al § 286 III n. 1 → § 26 n. m. 16.

2. Previsibilidad del tiempo de la prestación a partir de un suceso conforme al calendario

- 10** De acuerdo con el § 286 II n. 2, la intimación también es innecesaria si la prestación tiene que realizarse en un tiempo razonable después de producirse un determinado suceso y el tiempo para la prestación se puede calcular por el calendario a partir del suceso. Conforme al antiguo Derecho, la **previsibilidad** del tiempo de la prestación **conforme al calendario** solo basta-

²⁷⁸ Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 286 n. m. 59.

²⁷⁹ BT-Drs. 14/6040, 145 s.; BGH NJW 2008, 50; *Medicus/Lorenz SchuldR* AT n. m. 466.

²⁸⁰ Cfr. BGH NJW 2005, 1772; 2006, 3271 = JA 2006, 812 (*Looschelders*).

ba si el punto de partida era una denuncia (§ 284 I 2 en su antigua versión). La SchuldRModG ha extendido esta idea a otros sucesos.

Ejemplo: «Pago 2 semanas después de la recepción de la factura»; «pagadero 3 semanas después de recibir la prestación»; «entrega 14 días laborables después de recibido el pedido»²⁸¹.

Tampoco en este caso basta, por lo general, una fijación *unilateral* del tiempo de la prestación; es precisa una determinación por ley, sentencia o contrato²⁸².

- 11** Es necesario que entre el suceso en cuestión y el momento de la prestación medie un **plazo razonable**. El deudor debe disponer de tiempo suficiente para realizar la prestación después de producirse el suceso. Si el acuerdo no contempla *ningún plazo en absoluto* (p. e., «pago inmediatamente después de la entrega»), se trata de una mera determinación del vencimiento en el sentido del § 271 que no hace innecesaria la intimación²⁸³. Si el plazo fijado es *indebidamente corto*, según una extendida opinión, el acuerdo no es ineficaz; pero la mora no se produce sino después de que transcurra un plazo razonable²⁸⁴. Sin embargo, en contra de esta opinión habla el hecho de que, entonces, precisamente, el deudor no puede calcular el tiempo de la prestación conforme al calendario²⁸⁵.

3. Denegación seria y definitiva de la prestación

- 12** De acuerdo con el § 286 II n. 3, la intimación es innecesaria, además, si el deudor **deniega** la prestación **seria** y **definitivamente**. Si el deudor da a conocer claramente que no ejecutará la prestación, carece de sentido una exigencia de la prestación. Sería un puro formalismo exigir del acreedor una intimación ello no obstante. Por ello, según el antiguo Derecho, en tales casos cabía prescindir de la intimación conforme a la buena fe (§ 242)²⁸⁶. Los demás presupuestos de la mora también deben cumplirse en el caso de

²⁸¹ Cfr. NK-BGB/*Schulte-Nölke* § 286 n. m. 29.

²⁸² BT-Drs. 14/6040, 145 s.

²⁸³ BT-Drs. 14/6040, 146; Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 23; críticamente, NK-BGB/*Schulte-Nölke* § 286 n. m. 34; *Harke* SchuldR AT n. m. 194, según el cual la exigencia de un plazo razonable contra- viene la Directiva sobre morosidad y tampoco puede justificarse en términos de contenido.

²⁸⁴ Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 23.

²⁸⁵ MüKoBGB/*Ernst* § 286 n. m. 64; Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, 2014, § 286 n. m. 82.

²⁸⁶ Cfr. BGHZ 65, 372 (377); Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 643.

denegación del cumplimiento. Esto se aplica, en particular, al **vencimiento** de la prestación²⁸⁷. De ahí que, antes de que se produzca el vencimiento, además de la resolución (→ § 33 n. m. 7), solo pueda considerarse una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a los §§ 280 y 281 (→ § 27 n. m. 18).

4. Mora automática por motivos especiales

- 13** El § 286 II n. 4 contiene un supuesto de hecho residual para los casos en que la intimación es innecesaria por **motivos especiales**. Si la exigencia de intimación ha de seguir siendo la regla, este supuesto de hecho debe aplicarse restrictivamente. Es preciso que, al ponderar los intereses de ambas partes de acuerdo con la buena fe, la producción inmediata de la mora sea necesaria. Aquí se incluyen, en particular, los casos en que la prestación es *especialmente urgente* atendiendo al fin del contrato. Pero los presupuestos del § 286 II n. 4 también se dan cuando el mismo deudor ha anunciado la prestación (la llamada *autointerpelación*) o ha frustrado la *intimación* de forma contraria a la buena fe²⁸⁸.

Ejemplo: (1) S ha asumido reparar el barco a motor de G. Dado que G necesita el barco urgentemente, se acuerda que S debe llevar a cabo los trabajos con la mayor celeridad posible. Sin embargo, la reparación se retrasa porque, por trabajar de forma inadecuada, S pierde mucho tiempo. G tiene aquí un especial interés en la inmediata ejecución de la prestación. Como S lo sabe, la intimación es innecesaria²⁸⁹.

(2) G tiene frente a S un crédito vencido. Cambiando constantemente de domicilio, con un lugar de residencia parcialmente desconocido, S consigue impedir la intimación²⁹⁰.

5. Exclusión contractual de la intimación

- 14** Por último, las partes tienen libertad para **excluir contractualmente** la exigencia de intimación. Sin embargo, en CGC tal exclusión es ineficaz en los negocios con consumidores, según el § 309 n. 4.

²⁸⁷ Cfr. BGH NJW-RR 2008, 210.

²⁸⁸ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 146; Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 25.

²⁸⁹ Cfr. BGH NJW 1963, 1823.

²⁹⁰ OLG Köln NJW-RR 1999, 4 (5).

IV. REGULACIÓN ESPECIAL PARA LOS CRÉDITOS REMUNERATORIOS (§ 286 III Y V)

- 15** El § 286 III 1 contiene una regulación especial complementaria para los **créditos remuneratorios**. Aquí el deudor incurre en mora, *a más tardar*, si no realiza la prestación dentro de los 30 días siguientes al vencimiento y recepción de una factura o requerimiento de pago equivalente. Los §§ 187 I, 188 I y 193 se aplican al *cálculo* del plazo. Por tanto, el día en que se recibe la factura o requerimiento de pago no se computa. El plazo concluye al transcurrir el trigésimo día. Si se trata de un sábado, domingo o festivo, se tendrá en cuenta el siguiente día laborable.

El § 286 III *no se aplica a todos los créditos pecuniarios*, sino solo a aquellos que se presentan como contraprestación (**retribución**) de otra prestación (p. e., el crédito por el precio de compra). Solo en este caso puede tener sentido remitirse a la recepción de una factura o de un requerimiento de pago²⁹¹.

El plazo de 30 días solo se aplica si el deudor no estaba ya en mora por otros motivos (intimación, determinación de un momento para la prestación conforme al calendario, etc.) («a más tardar»). Por lo tanto, a diferencia de la norma precedente del § 284 III en su antigua versión, totalmente inadecuada, el § 286 III no establece **ninguna regulación especial excluyente**, sino que es aplicable junto con los párrafos 1 y 2²⁹².

Ejemplo: K compra a V el 3.1 un automóvil de segunda mano por 6.000 euros. El vehículo se traspasa inmediatamente. Como de momento K no tiene «liquidez», acuerda con V que no tiene que pagar el precio de compra hasta el 1.2. Cuando el 20.2 V sigue sin poder constatar el recibo de ningún pago, le exige a K el pago por escrito. Según el § 284 III en su antigua versión, K no habría incurrido en mora sino 30 días después de recibir el requerimiento de pago. El § 286 III en la nueva versión, en cambio, no excluye recurrir al § 286 I y II. Dado que el tiempo de la prestación se determinó conforme al calendario, la mora se produjo ya el 1.2 en virtud del § 286 II n. 1.

- 16** La regla de los 30 días solo opera frente a un **consumidor** (§ 13) si ha sido advertido expresamente de esto en la factura o requerimiento de pago (§ 286 III 1, parte 2). Se trata de un compromiso: de un lado, el fin perseguido por

²⁹¹ Cfr. BT-Drs. 14/7052, 186; BGH NJW 2010, 1872; Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 27. La norma precedente (§ 284 III en su antigua versión) abarcaba aún la totalidad de los créditos pecuniarios.

²⁹² BT-Drs. 14/6040, 146; MüKoBGB/*Ernst* § 286 n. m. 77; Palandt/*Grüneberg* § 286 n. m. 26. Sobre el § 284 III en su antigua versión, cfr. *Looschelders/Danga VersR* 2000, 1049 ss.

la Directiva sobre morosidad, de acelerar los pagos vencidos, se extiende al consumidor como deudor. De otro lado, se protege al consumidor de verse sorprendido por la producción de las consecuencias de la mora.

Ejemplo: En el caso de la fisioterapeuta (→ § 26 n. m. 9), G no informó a S acerca de las consecuencias jurídicas del § 286 III 1. Por consiguiente, la mora tampoco se produce por el transcurso del plazo de los 30 días.

- 17 En la práctica puede surgir el problema de que el **momento de la recepción** de la factura o del requerimiento de pago sea **incierto**. En este caso, si el deudor no es un consumidor, incurre en mora 30 días después del vencimiento y recepción de la contraprestación (§ 286 III 2). Se trata de una presunción legal de que la factura se ha recibido al mismo tiempo que se ha recibido la contraprestación²⁹³. La justificación de esta presunción es dudosa cuando, sea como sea, consta que la factura se ha recibido *después de* recibirse la contraprestación. De acuerdo con el sentido y la finalidad de la regulación, en este caso hay que tomar como base el momento más temprano posible de recepción después de la recepción de la contraprestación²⁹⁴.

Ejemplo: El comerciante K ha encargado el 12.3 120 latas de comida para perros al mayorista de productos alimenticios V. La comida para perros es entregada el 20.3. K no paga hasta el 20.6. V y K discuten acerca de si K ha incurrido en mora. K sostiene no haber recibido la factura hasta el 1.6. Frente a ello, V alega que la factura tuvo que llegar a K, a más tardar, el 25.3.

Si se aplica literalmente el § 286 III 2, habría que partir de que la factura se recibió con la entrega de la mercancía el 20.3. Pero, evidentemente, esto no se correspondería con los hechos. Por ello, si se aplica correctamente el § 286 III 2, hay que suponer que la factura llegó a K el 25.3. De ahí que K haya incurrido en mora al expirar el 24.4.

En opinión del legislador, el § 286 III 2 también pretende abarcar el caso en que se discute **si** una factura ha sido siquiera **recibida**²⁹⁵. Sin embargo, esto es contrario al tenor literal del precepto y también va más allá de su sentido y finalidad²⁹⁶.

Los acuerdos que regulan la producción de la mora en los créditos remuneratorios desviándose de lo dispuesto por el § 286 I-III pueden ser contrarios al fin de combatir la morosidad en las operaciones comerciales. Por eso el § 286 V prevé que tales acuerdos han de medirse conforme al § 271a (→ § 12 n. m. 24).

²⁹³ NK-BGB/Schulte-Nölke § 286 n. m. 72.

²⁹⁴ NK-BGB/Schulte-Nölke § 286 n. m. 73; Gsell ZIP 2000, 1861 (1865).

²⁹⁵ Cfr. BT-Drs. 14/7052, 187.

²⁹⁶ MüKoBGB/Ernst § 286 n. m. 96; Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2014, § 286 n. m. 114.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA MORA DEL DEUDOR

1. Indemnización del daño por retraso

- 18** Si se dan los presupuestos de los §§ 280 I y II y 286, el acreedor puede exigir indemnización del **daño por retraso**. La pretensión de prestación no resulta afectada.

Ejemplo: El 12.3 K ha encargado a V para su imprenta una máquina de imprimir, que debía ser entregada el 8.4, por un precio de 50.000 euros. Poco antes de esa fecha, V tiene que comunicar a K que, por haberse puesto enfermos varios trabajadores, no podría entregar la máquina hasta el 22.4. K querría mantener el contrato de compraventa. Pero alega que el retraso le ocasiona una pérdida por un importe de 4.000 euros.

K podría tener frente a V una pretensión para el pago de los 4.000 euros ex §§ 280 I y II y 286. V y K han concluido un contrato de compraventa eficaz sobre la máquina de imprimir. Por este contrato, K dispone de una pretensión eficaz, vencida y exigible para el traspaso de la máquina. Al no satisfacer V esta pretensión en la fecha acordada, lesiona su deber contractual de prestación. Según el § 280 II, dado que se trata de un daño por retraso, han de examinarse los presupuestos adicionales del § 286. De acuerdo con el § 286 I, en principio es precisa una intimación. Sin embargo, las partes habían determinado un momento para la prestación conforme al calendario. De ahí que la intimación sea innecesaria conforme al § 286 II n. 1. Por último, V tendría que ser responsable de omitir la prestación el 8.4 (§§ 280 I 2 y 286 IV). La carga de probar la falta del deber de responder recae en V. La enfermedad de los trabajadores es una posible prueba exoneratoria. Sin embargo, V tiene que organizar su empresa de modo que pueda cumplir puntualmente sus deberes, aun en caso de enfermedad de sus trabajadores. De ahí que no pueda exonerarse por el retraso conforme a los §§ 280 I 2 y 286 IV. A causa de la lesión del deber, K ha sufrido un daño de 4.000 euros. Por tanto, K tiene frente a V una pretensión para el pago de los 4.000 euros. Junto con ello, puede exigir, además, la entrega de la máquina conforme al § 433 I.

2. Otras consecuencias jurídicas

- 19** Aparte del deber de indemnizar el daño ocasionado por el retraso, la ley vincula a la mora **otras desventajas jurídicas** para el deudor.

A) AGRAVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

De acuerdo con el § 287, al acreedor le afecta una responsabilidad agravada durante la mora. El inciso primero regula el caso en que el deudor se beneficia

de una **atenuación de responsabilidad** legal o acordada contractualmente (→ § 23 n. m. 15 ss.). Esta atenuación de responsabilidad no procede en caso de mora del deudor. En este caso el deudor es responsable de cualquier negligencia. La relevancia práctica del precepto es escasa. Porque conforme al § 287, inciso 2, en la mayoría de los casos el deudor responde más allá de esto, incluso por **caso fortuito**. Esta agravación de la responsabilidad se basa en la consideración de que, si la prestación se hubiera realizado puntualmente, el objeto de la prestación tampoco habría quedado expuesto ya a los riesgos no culpables provenientes de la esfera del deudor²⁹⁷. Esta idea no vale para los riesgos que se hubieran materializado de la misma manera en el acreedor que en el deudor. Pensemos, por ejemplo, en una incautación por las autoridades. Por ello, la responsabilidad por caso fortuito se excluye si el daño también se habría producido en caso de ejecutarse puntualmente la prestación.

- 20 El § 287, inciso 2, solo es aplicable a la lesión de **deberes de prestación** («de la prestación») ²⁹⁸. Al efecto tiene particular relevancia el caso en que el objeto de la prestación se destruye o se deteriora durante la mora. Para las **lesiones de los deberes de protección**, se mantiene la responsabilidad por culpa. Por ello es aquí donde se encuentra el campo de aplicación más importante del § 287, inciso 1 ²⁹⁹. No obstante, según la opinión dominante, el § 287, inciso 1, también opera cuando la responsabilidad por caso fortuito queda excluida en virtud del § 287, inciso 2, porque el daño también se hubiera producido en caso de ejecutarse puntualmente la prestación ³⁰⁰.

B) OBLIGACIÓN DE PAGO DE INTERESES MORATORIOS

- 21 De acuerdo con el § 288 I 1, una deuda pecuniaria devenga intereses durante la mora. El precepto contiene un **fundamento de pretensión autónomo**, que no está integrado en el sistema de la indemnización del daño por lesión del deber ³⁰¹.

La pretensión de pago de intereses moratorios presupone la existencia de una *deuda pecuniaria*. Los demás presupuestos se deducen del § 286. En

²⁹⁷ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 148.

²⁹⁸ BT-Drs. 14/6040, 148; HK-BGB/Schulze § 278 n. m. 3.

²⁹⁹ Cfr. HK-BGB/Schulte-Nölke § 278 n. m. 2; Palandt/Grüneberg § 287 n. m. 2; en contra de la aplicación del § 287, inciso 1, a las lesiones de los deberes de protección, Erman/Hager § 287 n. m. 2; Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2014, § 287 n. m. 7; Soergel/Benicke/Nalbantis § 287 n. m. 11.

³⁰⁰ Cfr. Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2014, § 287 n. m. 6.

³⁰¹ Cfr. HK-BGB/Schulte-Nölke § 288 n. m. 3.

principio, según el § 288 I 2, el **tipo de interés** es de cinco puntos porcentuales por encima del tipo de interés básico del § 247 (→ § 13n. m. 39 s.). En los contratos de préstamo inmobiliario a consumidores, el interés moratorio baja a 2,5 puntos porcentuales sobre el tipo de interés básico (§ 497 IV 1). En principio, el deudor no puede alegar que al acreedor se le ha ocasionado un *daño menor*³⁰². En el caso de los contratos de préstamo a consumidores se da una excepción. Aquí el deudor tiene la posibilidad de probar un daño menor conforme al § 497 I 2, pero en la práctica casi nunca logrará tal prueba frente a una entidad de crédito³⁰³.

En los negocios jurídicos en que no sea parte **ningún consumidor**, se eleva el tipo de interés para los **créditos remuneratorios** (→ § 26 n. m. 15) a nueve puntos porcentuales sobre el tipo de interés básico (§ 288 II). Esta regulación especial se basa en la Directiva sobre morosidad, que prescribe un tipo de interés análogo para los créditos remuneratorios en las operaciones comerciales entre empresarios.

- 22** El § 288 III deja claro que las regulaciones sobre el interés moratorio legal no impiden al acreedor exigir **intereses más altos** con otro fundamento jurídico. Dado que no hay un tipo de interés legal más alto, solo se pueden contemplar como otro fundamento jurídico los acuerdos contractuales, especialmente en el marco de un contrato de préstamo³⁰⁴.
- 23** Según el § 288 IV, tampoco se excluye la alegación de un **daño adicional**. Tal daño adicional puede derivarse, en particular, del hecho de que, a consecuencia de la mora, el acreedor tuviera que recurrir a un crédito con un tipo de interés más alto. El fundamento de la pretensión en este caso es el § 280 I y II en relación con el § 286. La *prohibición del anatocismo* (§ 248 I) se aplica también a los intereses moratorios según el § 289, inciso 1 (→ 13 n. m. 41). No obstante, hay que tener en cuenta que la pretensión de indemnización del daño adicional efectivamente ocasionado tampoco está excluida a este respecto (§ 289, inciso 2).
- 24** En los negocios sin participación de consumidores, el § 288 V, añadido para transponer la nueva Directiva 2011/7/UE (→ § 26 n. m. 2) sobre morosidad de 29.7.2014, concede al acreedor, en caso de mora, un **importe global** de 40 euros, que ha de imputarse a la pretensión de indemnización del daño por los costes de la reclamación judicial. Los **acuerdos en otro sentido**, que

³⁰² Palandt/*Grüneberg* § 288 n. m. 4.

³⁰³ Cfr. NK-BGB/*Krämer/Müller* § 497 n. m. 6.

³⁰⁴ NK-BGB/*Schulte-Nölke* § 288 n. m. 13; Palandt/*Grüneberg* § 288 n. m. 11.

excluyan la pretensión del acreedor de un crédito remuneratorio, son ineficaces en las operaciones comerciales empresariales conforme al § 288 VI 1. La limitación de la pretensión cuyo objeto sean los intereses moratorios, o el importe global, o el resarcimiento de los costes de reclamación jurídica, es asimismo ineficaz conforme al § 288 VI 2, si es gravemente inequitativa teniendo en cuenta los intereses del acreedor. En las dos últimas situaciones se presume la grave falta de equidad (§ 288 VI 3). Las limitaciones de la libertad contractual no son aplicables a las pretensiones frente a los **consumidores** (§ 288 VI 4). Es decir, los acuerdos más favorables para el consumidor se admiten plenamente.

Bibliografía: *Canaris*, Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB, FS Koziol, 2010, 45; *Derleder/Karabulut*, Schuldnerverzug und Zurückbehaltungsrechte des Allgemeinen Schuldrechts, JuS 2014, 102; *Fahl*, Zur Zulässigkeit der einseitigen kalendermäßigen Bestimmung des Verzugszeitpunkts, JZ 1995, 341; *Gsell*, EG-Verzugsrichtlinie und Reform der Reform des Verzugsrechts in Deutschland, ZIP 2000, 1861; *Harke*, Schuldnerverzug, 2006; *Heinrichs*, EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 157; *Herrsthall*, Der Ersatz des Verzugs Schadens beim Rücktritt vom Vertrag, JuS 2007, 983; *Kohler*, Das Vertretenmüssen beim verzugsrechtlichen Schadensersatz, JZ 2004, 961; *Krause*, Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht, JURA 2002, 217 y 299; *Pohlmann*, Vom Verzug zur verspäteten Leistung, en Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 273; *Schimmel/Buhlmann*, Tatbestand und Rechtsfolgen des neuen Schuldnerverzugs, MDR 2002, 609. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

§ 27 INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN POR LESIÓN DEL DEBER

- 1 En caso de lesión del deber del deudor, al acreedor no siempre le es útil poder exigir la indemnización del daño junto con la prestación. El acreedor puede estar mucho más interesado en desvincularse del contrato y en exigir una indemnización del daño **en lugar de la prestación**. Por lo general, esto es particularmente gravoso para el deudor. Porque, con frecuencia, ya se habrá esforzado por cumplir el contrato. Por ello, los legítimos intereses del deudor generalmente requieren garantizar la *prioridad de la pretensión de cumplimiento*. El § 280 III tiene en cuenta esto al disponer que solo puede exigirse indemnización del daño en lugar de la prestación bajo los presupuestos adicionales de los §§ 281-283.

Los presupuestos bajo los cuales puede permitirse al acreedor exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación dependen del correspondiente **tipo de lesión del deber**. Porque la situación de los intereses en juego no es homogénea en los distintos tipos. Esta es la razón interna de la regulación diferenciada de los §§ 281-283. Deben distinguirse los siguientes grupos de casos.

I. RETRASO DE LA PRESTACIÓN Y PRESTACIÓN DEFECTUOSA (§§ 280 I Y III Y 281)

1. En general

- 2 El § 281 trata el **retraso de la prestación** (→ § 22 n. m. 3 ss.) y la **prestación defectuosa** (→ § 22 n. m. 9 ss.), los dos grupos de casos de lesión del deber más importantes en la práctica. El precepto tiene la finalidad de asegurar la prioridad de la pretensión primaria de prestación frente a la pretensión indemnizatoria del daño. Si la prestación debida no es ejecutada puntualmente o conforme al contrato, generalmente puede esperarse del acreedor que le dé de nuevo al deudor la oportunidad de ejecutar la prestación o de subsanar el vicio. Por eso el acreedor está obligado, en principio, a fijar al deudor un **plazo** razonable para la prestación o la subsanación. No puede exigirse indemnización del daño en lugar de la prestación sino después de que el plazo haya transcurrido sin éxito.

El tenor literal del § 281 parece abarcar también el caso en que la prestación no es ejecutada por **imposibilidad**. Sin embargo, dado que en este caso el deber de prestación del deudor está excluido conforme al § 275, no puede hablarse de una prestación *vencida*³⁰⁵. Además, de la ratio del § 281 se desprende que el precepto solo es aplicable a las contravenciones de la prestación subsanables³⁰⁶. En las contravenciones de la prestación insubsanables no tiene sentido fijar un plazo. Esto lo deja claro el § 283 para el caso de la imposibilidad sobrevenida.

La exigencia de fijar un plazo tampoco es adecuada para las **lesiones de los deberes de protección**. Porque aquí el comportamiento debido, por lo general, no puede ser «realizado posteriormente». De ahí que la ley contenga para este grupo de casos otra regulación especial (§ 282).

³⁰⁵ Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, 2002, n. m. 333.

³⁰⁶ BT-Drs. 14/6040, 138.

- 4 En la práctica jurídica hay que tener en cuenta que el § 281 no constituye un fundamento de pretensión autónomo, sino que únicamente regula presupuestos **adicionales** de la pretensión. El punto de partida es, de nuevo, el supuesto de hecho del § 280 I³⁰⁷. Por tanto, los *elementos básicos* de la responsabilidad allí regulados (→ § 24 n. m. 2 ss.) han de darse también aquí. Además, es necesario que transcurra sin éxito el *plazo* fijado por el acreedor para la prestación o subsanación, a no ser que, excepcionalmente, la fijación del plazo sea innecesaria (§ 281 II). Sobre las consecuencias para la **resolución de casos** → Anexo n. m. 4.

2. Relación obligatoria

- 5 La pretensión ex §§ 280 I y III y 281 presupone la existencia de una relación obligatoria. Dado que se trata de la lesión de deberes **referidos a la prestación**, la relación obligatoria en cuestión debe fundamentar deberes de prestación en el sentido del § 241 I. La *relación obligatoria precontractual* del § 311 II se limita a los *deberes de protección* en el sentido del § 241 II y por ello no puede traerse a colación en este contexto.

3. Lesión del deber

- 6 El deudor tiene que haber lesionado un deber referido a la prestación, concretamente en forma de un retraso de la prestación o de una prestación defectuosa.

A) OMISIÓN DE LA PRESTACIÓN (RETRASO)

- 7 En el caso de omisión de la prestación (**retraso**), la lesión del deber radica en que el deudor no ha satisfecho (puntualmente) la eficaz, vencida y exigible pretensión del acreedor. Por ello, se aplican los mismos presupuestos generales que para hacer valer el daño por retraso (→ § 22 n. m. 4 ss.; → § 26 n. m. 4).

La pretensión ex §§ 280 I y III y 281 **no** presupone que el deudor esté en mora. Porque la mora es un presupuesto adicional que, de acuerdo con los §§ 280 I y

³⁰⁷ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 137; NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 3; Palandt/Grüneberg § 280 n. m. 4; de otra opinión, v. *Wilmowsky* Beil. JuS1/2001, 1 (4).

II y 281, solo debe concurrir para la indemnización del daño por retraso. Conforme a ello, para la pretensión ex §§ 280 I y III y 281 no es necesaria **ninguna intimidación**. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático hay que tener en cuenta que la necesaria fijación de un plazo contiene una exigencia de la prestación (→ § 27 n. m. 11), en la que siempre habrá de verse también una intimidación en el sentido del § 286 I³⁰⁸. De ahí que quede descartado que el acreedor pueda exigir indemnización del daño en lugar de la prestación sin que haya mora del deudor. A la inversa, los presupuestos de los §§ 280 I y III y 281 no necesariamente se cumplen en los casos de mora del deudor. Porque la intimidación es innecesaria conforme al § 286 II y III en más casos de lo que lo es la fijación de un plazo conforme al § 281 II. Por consiguiente, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación depende de presupuestos más rigurosos que la pretensión de indemnización del daño por retraso.

B) PRESTACIÓN NO EJECUTADA CONFORME A LO DEBIDO (PRESTACIÓN DEFECTUOSA)

- 8** El grupo de casos de prestación que no se ejecuta conforme a lo debido (**prestación defectuosa**) comprende todas las contravenciones de la prestación que se deben al defectuoso cumplimiento de un deber principal de prestación o a la lesión de un deber de prestación accesorio. Las prestaciones viciosas en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra son especialmente importantes. Los §§ 437 n. 3 y 634 n. 4 remiten a este respecto a los §§ 280 I y III y 281. No obstante, dado que la contravención de la prestación ha de ser subsanable, el § 281 no es aplicable a las *prestaciones defectuosas irreparables* (→ § 22 n. m. 17). En este caso han de aplicarse los preceptos sobre indemnización del daño en caso de imposibilidad (§§ 280 I y III, 283 o 311a).

Ejemplo: K compró al concesionario de coches de segunda mano V un vehículo usado por 6.000 euros. Tras la entrega del vehículo se comprueba que se trata de un coche que ha sufrido un accidente. K exige a V la indemnización del daño en lugar de la prestación.

V ha lesionado su deber de entregar a K un vehículo libre de vicios (cfr. §§ 433 I 2 y 434). Dado que el vicio no puede eliminarse mediante la subsanación, existe una prestación defectuosa irreparable en forma de imposibilidad originaria. Por ello, la pretensión de K para la indemnización del daño se rige por los §§ 437 n. 3 y 311a II.

³⁰⁸ BT-Drs. 14/6040, 138; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 7; cfr. también *Pohlmann* en Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 273 (281).

En caso de prestación viciosa hay que tener en cuenta que la indemnización del daño en lugar de la prestación solo comprende el **daño** que hubiera podido eliminarse mediante una hipotética subsanación (→ § 24 n. m. 16 ss.). Para los **daños consecuencia del vicio**, el § 280 I es el único fundamento de la pretensión (→ § 25 n. m. 9 ss.).

C) PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN

- 9 Dado que el § 281 no es aplicable a las **lesiones de los deberes de protección**, pueden surgir problemas de delimitación respecto del § 282. Estos problemas se agravan por el hecho de que la diferenciación de los deberes de prestación y los deberes de protección no es posible sin solapamientos. Es decir, hay deberes que deben proteger tanto el interés en la prestación como el interés de integridad (→ § 1 n. m. 24). Si el acreedor exige por la lesión de un deber «doblemente relevante» la indemnización del daño en lugar de la prestación, se plantea la cuestión de si es aplicable el § 281 o el § 282. Según la Exposición de Motivos de la Ley, el § 281 tiene prioridad³⁰⁹. Esto parece adecuado. El § 282 se basa en la consideración de que en el caso de las lesiones de los deberes de protección no tiene sentido la fijación de un plazo. Dado que, por lo general, esto no es así en los deberes doblemente relevantes, no hay ningún motivo para prescindir de la exigencia de la fijación de un plazo³¹⁰.

Ejemplo: Las instrucciones de uso de una motosierra tratan, por un lado, de garantizar que la sierra funcione de acuerdo con el contrato. Pero, por otro lado, también tienen el fin de proteger de lesiones al usuario. Si faltan las instrucciones de uso o si son defectuosas, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación se rige por los §§ 280 I y III y 281. Por lo tanto, el comprador primero tiene que fijar al vendedor un plazo para la entrega de un manual de instrucciones (libre de vicios).

4. Necesidad de fijar un plazo

- 10 El presupuesto **adicional** central para la indemnización del daño en lugar de la prestación es, de acuerdo con los §§ 280 I y III y 281 I, la determinación

³⁰⁹ BT-Drs. 14/6040, 141.

³¹⁰ Parecidamente, NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 4, conforme al cual el § 281 debería aplicarse en todo caso cuando entra en consideración una subsanación.

fallida de un **plazo** razonable para la prestación o subsanación. Con ello el legislador quiere garantizar la primacía de la pretensión de cumplimiento y procurar al deudor (principalmente al vendedor) el derecho a una «segunda oferta» (→ SchuldR BT § 4 n. m. 2).

A) CONTENIDO DE LA FIJACIÓN DEL PLAZO

- 11** La fijación de un plazo debe contener, igual que la intimación (→ § 26 n. m. 5), una **exigencia clara y decidida de la prestación**³¹¹. Como elemento adicional, es necesario el señalamiento de un **plazo** razonable³¹². Una parte de la doctrina parte de que tiene que concretarse la duración o el final del plazo³¹³. El BGH, en cambio, defiende la opinión de que también la exigencia de una prestación instantánea o inmediata satisface los requisitos del § 281 I 1. Con la fijación de un plazo se trataría de dejar claro al deudor que solo dispone de un espacio de tiempo limitado (determinable) para cumplir. Esta finalidad se satisfaría exigiendo una prestación instantánea o inmediata. La indicación de un determinado espacio de tiempo o de una fecha límite exacta no sería necesaria³¹⁴. Sin embargo, esta argumentación del BGH no es convincente porque los límites temporales inmanentes al concepto de fijación de un plazo no se expresan de manera suficientemente clara para un contratante medio con fórmulas como «enseguida», «inmediatamente» o «sin demora»³¹⁵.

Igual que la intimación (→ § 26 n. m. 5), también la fijación de un plazo es un **acto cuasi negocial**³¹⁶. No obstante, los preceptos sobre las declaraciones de voluntad son aplicables por analogía. De ahí que sea necesario, p. e., que el requerimiento sea recibido por el deudor conforme a los §§ 130 ss.

- 12** En cuanto al contenido, la fijación de un plazo se dirige, en caso de retraso, a la ejecución de la **prestación** debida. En el caso de la prestación defectuosa, el acreedor ya ha recibido la prestación –aunque no conforme a lo debido–. Por eso, aquí hay que instar al deudor a la **subsanación**. En el régimen

³¹¹ Cfr. BeckOK BGB/Lorenz, 50. Ed. 1.5.2019, § 281 n. m. 16.

³¹² Sobre la estructura de la fijación de un plazo cfr. *Mankowski* ZGS2003, 451 (453).

³¹³ Así, por ejemplo, *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 281 n. m. B 43.

³¹⁴ Así, BGH NJW 2009, 3153 = JA 2010, 64 (*Looschelders*); BGH NJW 2015, 2564, con nota de *Gutzeit* = JuS2015, 1121 (*Riehm*); NJW 2016, 3654 n. m. 27; cfr. también *Ludes/Lube* MDR 2009, 1317 ss.; *Greiner/Hossenfelder* JA 2010, 412 ss.

³¹⁵ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 281 n. m. B 43; *Looschelders* JA 2010, 64 s.

³¹⁶ *Palandt/Grüneberg* § 281 n. m. 9; *Jauernig/Stadler* § 281 n. m. 6. Sobre el concepto de acto cuasi negocial, ver *Brox/Walker* BGB AT § 4 n. m. 27.

jurídico de la compraventa la subsanación consiste, a elección del comprador, en la eliminación del vicio o en la entrega de una cosa libre de vicios (§ 439 I). En rigor, la subsanación solo constituye un subsupuesto de la prestación (→ SchuldR BT § 4 n. m. 3). Pero el legislador la ha mencionado expresamente para significar que la pretensión de cumplimiento tiene aquí un contenido algo distinto³¹⁷.

B) MOMENTO DE LA FIJACIÓN DEL PLAZO

- 13** El plazo solo puede fijarse **después de producido el vencimiento**³¹⁸. En caso contrario, la fijación de un plazo no cumple la función de dar al deudor una última oportunidad para realizar la prestación³¹⁹. Sobre la paralela situación jurídica del § 323 I → § 33 n. m. 2.

Ejemplo (tomado de BGH NJW 1996, 1814): Por contrato notarial del 2.1, V vendió a K un inmueble por un precio de 300.000 euros. El precio de compra debía pagarse tres semanas después de que el notario comunicara el cumplimiento de determinadas condiciones acordadas respecto del vencimiento. El 28.5 K recibió la comunicación notarial. Por escrito de 12.6, recibido por K el 13.6, V fijó a K un «último plazo hasta el lunes, 17.6» para el pago del precio de compra. Cuando, el 20.6, V aún no había recibido ningún pago, exige a K la indemnización del daño en lugar de la prestación.

Procede considerar una pretensión ex §§ 280 I y III y 281. Entre K y V existe un contrato de compraventa eficaz. Conforme a lo acordado por las partes, el crédito por el precio de compra venció el 18.6 (cfr. §§ 187 I y 188 II). Dado que K no pagó en esa fecha, hay un retraso de la prestación contrario al deber. No obstante, hay que tener en cuenta que la fijación del plazo se produjo antes del vencimiento de la prestación y que, al producirse el vencimiento, el plazo incluso ya había transcurrido. Por consiguiente, la fijación del plazo no fue como debía.

C) RAZONABILIDAD DEL PLAZO

- 14** La **razonabilidad** del plazo se juzga de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. En su concreción cabe guiarse por la función que tiene la fijación de un plazo, de proporcionar al *deudor* una *última oportunidad* para

³¹⁷ BT-Drs. 14/6040, 138.

³¹⁸ BGH NJW 1996, 1814 (sobre el § 326 en su antigua versión); MüKoBGB/*Ernst* § 323 n. m. 46; *Gutzeit* NJW 2012, 3717.

³¹⁹ Así, también, NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 281 n. m. 22.

que cumpla (debidamente) el deber de prestación. Pero, por otra parte, tampoco pueden ser desatendidos los intereses del acreedor. De ahí que el plazo deba ser tanto más corto cuanto más urgente sea el *interés del acreedor* en una prestación lo más puntual posible³²⁰. Por lo demás, hay que distinguir según los distintos tipos de contravención de la prestación.

- 15** En caso de **retraso de la prestación**, al deudor solo hay que ponerle en situación de ejecutar completamente la prestación que ya esté preparada en lo esencial. Esto es, no ha de tener la oportunidad de concluir una prestación aún no iniciada³²¹. Dado que, infringiendo el deber, el deudor no ha realizado la prestación al vencimiento, se espera de él que realice un esfuerzo mayor que en la actividad comercial ordinaria. Por lo tanto, el acreedor no tiene que tomar como referencia el plazo normal de entrega o de producción³²². En caso de especial urgencia puede ser suficiente un plazo de pocos días. En las deudas pecuniarias hay que tener en cuenta que el deudor ha de responder incondicionalmente de su capacidad financiera. De ahí que aquí el plazo pueda ser muy breve.
- 16** En caso de **prestación defectuosa**, el plazo ha de medirse de modo que el deudor pueda realizar efectivamente la subsanación. La duración del plazo depende del esfuerzo que exija la subsanación. Este esfuerzo puede resultar distinto según que se exija la reparación o la entrega posterior. Además, son de especial importancia la calidad del objeto de la prestación, el tipo de vicio y la estructura comercial del deudor³²³. Por último, también hay que tomar en consideración la urgencia con que el acreedor necesite el objeto de la prestación.

Ejemplo (LG Offenburg VersR 1998, 247): K compró a un comerciante de informática un monitor de ordenador por 1.400 euros. Inmediatamente después de ponerlo en funcionamiento por primera vez, aparece en la mitad superior de la pantalla un oscurecimiento del tamaño de la palma de una mano. K fija a V un plazo de un mes para la subsanación.

El LG Offenburg consideró razonable este plazo. A tal efecto, el tribunal tomó en cuenta, de un lado, que un monitor es un aparato altamente complejo que debe ser entregado al fabricante para que lo repare. De otro lado, se destacó que la cosa comprada no era ningún equipo informático hecho a medida de las especiales necesidades del usuario, sino un producto en serie. Tratándose de un producto así, el comprador podía esperar que pudiera ser debidamente reparado por un experto dentro del plazo de un mes.

³²⁰ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 323 n. m. 72.

³²¹ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 491; Palandt/Grüneberg § 281 n. m. 10.

³²² MüKoBGB/Ernst § 323 n. m. 73.

³²³ Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 24.

- 17 Si el acreedor ha fijado al deudor un **plazo irrazonablemente corto**, la fijación del plazo en principio no es ineficaz; antes bien, empieza a correr un plazo razonable³²⁴. Sin embargo, esto no se aplica a los plazos que ya han expirado cuando el deudor tiene conocimiento de ellos³²⁵.

Ejemplo: Por escrito del 12.4, el vendedor V ha fijado al comprador K un «último plazo» para pagar el precio de compra hasta el lunes 15.4. K no recibe el escrito hasta el 16.4.

Aquí no hay una eficaz fijación de plazo.

5. Innecesariedad de la fijación de un plazo

A) DENEGACIÓN SERIA Y DEFINITIVA DE LA PRESTACIÓN

- 18 Con la fijación de un plazo se trata de dar al deudor una última oportunidad de ejecutar aún la prestación (debidamente). Tal protección no es necesaria si el deudor ha **denegado la prestación** seria y definitivamente. De ahí que, según el § 281 II, la fijación de un plazo sea innecesaria en este caso. Esto se corresponde con la regulación de la innecesariedad de la intimación conforme al § 286 II n. 3. Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva de la exigencia de fijar un plazo, deben establecerse **rigurosos requisitos** para suponer una denegación de la prestación seria y definitiva. Esto es, ha de constar claramente que el deudor no está dispuesto bajo ninguna circunstancia a realizar la prestación³²⁶. Si el comprador exige al vendedor la subsanación de los vicios de la cosa comprada, negar los vicios no representa todavía una denegación seria y definitiva de la subsanación³²⁷.

El caso en que, **antes del vencimiento**, el deudor declara seria y definitivamente que no va a ejecutar la prestación cuando llegue el vencimiento es problemático.

Ejemplo (tomado de BGH NJW 1974, 1080): En enero de 2014, A ha encargado al constructor B edificar una nave de producción por 500.000 euros. Los trabajos deben realizarse en el otoño de 2014. En abril de 2014, B comunica a A que su empresa está tan sobrecargada de trabajo que no podría empezar con la construcción de la nave hasta la primavera de 2015; y que bajo ninguna circunstancia sería posible una

³²⁴ BT-Drs. 14/6040, 138; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 10.

³²⁵ BGH NJW 1996, 1814.

³²⁶ MüKoBGB/*Ernst* § 323 n. m. 101; cfr. también BGH NJW 2012, 3714 (3716).

³²⁷ BGH NJW 2006, 1195 (1197); 2015, 3455 = JA 2016, 385 (*Looschelders*).

fecha anterior. En consecuencia, en mayo de 2014, A encarga al constructor U la edificación de la nave y exige a B el resarcimiento de unos costes adicionales de 50.000 euros.

En tales casos la primera cuestión que se plantea es si los §§ 280 I y III y 281 son en absoluto aplicables. Esto parece problemático porque el § 281 presupone una prestación **vencida**. Para la resolución, el § 323 IV deja claro que el acreedor puede resolver ya antes del vencimiento si es patente que los presupuestos de la resolución se van a dar. En el § 281 falta una regulación análoga. No obstante, esto no permite llegar a la conclusión inversa de que la indemnización del daño en lugar de la prestación no puede exigirse antes del vencimiento. Dado que no hay razones objetivas para un tratamiento distinto, parece necesario aplicar analógicamente el § 323 IV³²⁸. De este modo, lo decisivo es si es patente que el deudor no realizará la prestación al vencimiento –más, en su caso, un plazo adicional razonable–³²⁹. Después de la declaración de B, hay que suponer que este tampoco ejecutará la prestación dentro de un plazo adicional razonable. Es decir, que se dan los presupuestos del § 323 IV. Antes del vencimiento no procede fijar un plazo; pero, dadas las circunstancias, ello sería innecesario de todos modos. Sin embargo, una diferencia esencial respecto del § 323 consiste en que el deudor tiene que ser responsable de los motivos de la anunciada omisión de la prestación (cfr. § 281 I 2)³³⁰. También en el caso hay que afirmar este presupuesto. B tiene que organizar su empresa de manera que pueda cumplir con sus deberes de prestación. Así, A ostenta frente a B una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I y III y 281.

Para profundizar: En los casos de denegación de la prestación antes del vencimiento, es dudoso en qué consiste la lesión del deber. Se excluye el recurso al retraso de la prestación porque la omisión de la prestación antes del vencimiento no puede calificarse de lesión del deber. Por eso, hay que basarse en la denegación de la prestación como lesión de un deber accesorio *referido a la prestación*³³¹. La opinión contraria ve en la denegación anticipada del cumplimiento una *lesión de los deberes de protección* en el sentido del § 241 II³³². Conforme a ello, el fundamento de la pretensión no son los §§ 280 I y III y 281, sino los §§ 280 I y III y 282.

³²⁸ NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 281 n. m. 39; *Palandt/Grüneberg* § 281 n. m. 8a; *Jaensch ZGS*2004, 134 ss.; de otra opinión, *MüKoBGB/Ernst* § 281 n. m. 67; *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 507; *Hark SchuldR AT* n. m. 180.

³²⁹ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 323 n. m. B 163.

³³⁰ En detalle sobre este aspecto, *MüKoBGB/Ernst* § 281 n. m. 67.

³³¹ *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 281 n. m. B 90.

³³² Así, *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 507; *Gsell LMK* 2007, 247919.

Aparte de esto, en los casos de denegación anticipada del cumplimiento parece problemático que el acreedor pueda exigir una indemnización del daño en lugar de la prestación a pesar de que la prestación debida aún no ha vencido³³³. Sin embargo, si no se atiende a la no ejecución de la prestación vencida sino a la denegación de cumplimiento como tal, la decisiva lesión del deber existe ya antes de que se produzca el vencimiento de la prestación. Por lo tanto, es consecuente que la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación pueda hacerse valer ya antes del vencimiento³³⁴.

B) MOTIVOS ESPECIALES

- 19 La innecesariedad de fijar un plazo puede derivarse, según el § 281 II, de **circunstancias especiales** que, ponderando los intereses de ambas partes, justifiquen que se haga valer inmediatamente la indemnización del daño en lugar de la prestación. El legislador ha pensado en los «contratos just-in-time», en los que, para mantener su producción, el acreedor depende urgentemente de que los suministros sean puntuales. Aquí el acreedor debería poder conseguir de inmediato la indemnización para minimizar el daño todo lo posible³³⁵. Además, también se incluyen las lesiones particularmente graves del deber, en las que no es razonable la sujeción al contrato. El ejemplo más importante es el **engaño doloso** sobre la ausencia de vicios de la cosa comprada por parte del vendedor (→ § SchuldR BT § 4 n. m. 32)³³⁶. En el caso concreto también puede ser relevante la lesión de deberes accesorios referidos a la prestación.

Ejemplo (BGH NJW 1978, 260): K encargó al concesionario V un Porsche Carrera nuevo por un precio especial de 45.000 euros. Cuando, poco antes de la fecha de entrega, K pasa casualmente por el taller de V, sus trabajadores están ocupados montando el alerón delantero y el trasero del Porsche Carrera, ya entregado por el fabricante, en otro Porsche más antiguo, y colocando el alerón de este en el nuevo vehículo. Debido a este incidente, K ya no quiere comprar el Porsche. Encarga un vehículo análogo a otro concesionario por un precio de 49.500 euros y exige a V una indemnización del daño por el precio de compra más alto.

K podría tener una pretensión de pago de 4.500 euros ex §§ 280 I y III y 281. Entre V y K existe un contrato de compraventa eficaz. Al intercambiar las piezas, V lesio-

³³³ Críticamente, tomando en cuenta este aspecto, *Harke* SchuldR AT n. m. 180; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 507.

³³⁴ Así también, *MüKoBGB/Ernst* § 281 n. m. 67 s.

³³⁵ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 140; *Palandt/Grüneberg* § 281 n. m. 15.

³³⁶ BGH NJW 2007, 835 (837); 2008, 1371 (1373) = JA 2008, 301 (*Looschelders*); NJW 2010, 1805, con nota de *Looschelders* LMK 2010, 305065; *MüKoBGB/Ernst* § 281 n. m. 65.

nó un deber accesorio referido a la prestación derivado del contrato. Es irrelevante si el cambio se produjo o no por orden de V. En todo caso, la culpa de sus trabajadores es imputable a V conforme al § 278. El problema es que K no fijó a V un plazo para que adecuara el Porsche a lo previsto en el contrato. Sin embargo, la lesión del deber alteró tan gravemente la relación de confianza con V que está justificado el inmediato ejercicio de la pretensión indemnizatoria del daño conforme al § 281 II.

También en los casos en que **no es necesaria la fijación de un plazo**, el acreedor es libre **no obstante de fijar** al deudor **un plazo** para la prestación o la subsanación. Pero si la prestación debida es ejecutada dentro del plazo, entonces ya no puede alegar en favor de su pretensión indemnizatoria del daño que, en realidad, no habría sido preciso fijar un plazo³³⁷.

C) REGLAS ESPECIALES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPRAVENTA Y DEL CONTRATO DE OBRA

- 20** Según el § 440, inciso 1, alternativa 1, si el comprador pide la indemnización del daño en lugar de la prestación por un *vicio material o jurídico*, la fijación de un plazo también es innecesaria si el vendedor deniega tanto la reparación como la entrega posterior conforme al § 439 IV, por implicar ambos tipos de subsanación unos costes desproporcionados. Lo mismo se aplica cuando el tipo de subsanación que le corresponde al comprador ha fallado o no le es exigible. En el **régimen jurídico del contrato de obra**, el § 636 contiene una regulación análoga.

Nota: En el ámbito de aplicación de la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo hay que tener en cuenta que el derecho, previsto en el § 439 IV 3, parte 2 (§ 439 III 3, parte 2, en su antigua versión), a denegar ambas formas de subsanación por falta de proporcionalidad (la llamada falta absoluta de proporcionalidad), no es compatible con las normas de la Directiva, según la jurisprudencia del TJE³³⁸ (→ SchuldR BT § 4 n. m. 19 ss.). En consecuencia, el legislador alemán ha acordado una limitación del derecho a denegar la prestación, que ha entrado en vigor el 1.1.2018³³⁹. Concretamente, el § 475 IV en su nueva versión prevé que, en una compraventa de bienes de consumo, el vendedor no puede denegar enteramente la subsanación por falta absoluta de proporcionalidad. Antes bien, en caso de falta absoluta de proporcionalidad, el vendedor únicamente puede limitar el resarcimiento de los gastos a un importe razonable. El § 475 V en su nueva versión deja claro que el § 440, inciso 1, también es aplicable en el caso de tal limitación.

³³⁷ Cfr. BGH NJW 2010, 1805; LMK 2010, 305065, con nota de *Looschelders*.

³³⁸ EuGH EuZW 2011, 631 = JA 2011, 629 (*Looschelders*) – Hermanos Weber e Ingrid Putz.

³³⁹ Ley de 28.4.2017 (BGBl. 2017 I 969).

6. Requerimiento en lugar de fijación de un plazo

- 21 En el ámbito de aplicación del § 281 hay también casos en los que la fijación de un plazo carece de sentido por el tipo de lesión del deber. Pensemos, por ejemplo, en la lesión de *deberes de abstención* (p. e., prohibiciones de competencia)³⁴⁰. Según el § 281 III, en estos casos en lugar de la fijación de un plazo es necesario un **requerimiento**. El requerimiento sustituye a la fijación de un plazo y, por tanto, es innecesario bajo los mismos presupuestos que aquella.

7. Deber de responder

- 22 El deber de responder se enjuicia en el marco de los §§ 280 I y III y 281 conforme a los principios generales (§§ 276 y 278). Si el deudor ha asumido el **riesgo de adquisición**, su deber de responder sin culpa se extiende también, en caso de duda, a la puntualidad de la prestación. La ausencia de vicios del objeto de la prestación, en cambio, no está cubierta por el riesgo de adquisición³⁴¹. En este caso solo está justificada una responsabilidad sin culpa si el deudor ha asumido una **garantía** (→ SchuldR BT § 4 n. m. 62). En la medida en que la pretensión indemnizatoria del daño depende de la **fijación de un plazo** (→ § 27 n. m. 10 ss.), se plantea la cuestión de si lo relevante respecto del deber de responder es el momento del vencimiento o el de la finalización del plazo. Conforme a la concepción aquí defendida, la solución se deduce del hecho de que el deber de responder del § 280 I 1 está referido a la lesión del deber. En los casos del § 281, la lesión del deber consiste, en primer lugar, en que, **al vencimiento**, el deudor no ejecuta la prestación o no lo hace conforme a lo debido. Tras fijarse un plazo, el deudor está obligado a ejecutar la (debida) prestación (en su caso, en forma de subsanación) dentro del plazo fijado. La no ejecución de la debida prestación **antes de la finalización del plazo** representa, así, una ulterior lesión del deber. Por ello, para la pretensión ex §§ 280 I y III y 281 basta que el deudor sea responsable de la omisión de la prestación o de la prestación defectuosa al vencimiento o de la no ejecución de la (debida) prestación antes de la finalización del plazo (→ SchuldR BT § 4 n. m. 56)³⁴².

³⁴⁰ Cfr. BT-Drs. 14/7052, 185; Staudinger/Schwarze, 2014, § 281 n. m. B 53.

³⁴¹ Palandt/Griineberg § 276 n. m. 32; Jauernig/Stadler § 276 n. m. 48.

³⁴² Así, también, Staudinger/Schwarze, 2014, § 280 n. m. D 12; BeckOK BGB/Faust, 50. Ed. 1.11.2018, § 437 n. m. 86 s; atendiendo solo al momento de finalización del plazo, Jauernig/Stadler

El «doble» punto de referencia del deber de responder se desplaza cuando el acreedor no fija un plazo al deudor porque la **fijación de plazo es innecesaria** conforme al § 281 II o a los §§ 440 y 636 (→ § 27 n. m. 20 ss.). En este caso, como punto de referencia del deber de responder procede tomar en consideración, de un lado, de nuevo, la omisión de la prestación al vencimiento o la «originaria» prestación defectuosa. De otro lado, también debe examinarse si el deudor es responsable de los motivos por los que no es necesario fijar un plazo (p. e., en caso de denegación seria y definitiva de la prestación conforme al § 281 II, alternativa 1).

Nota: Habida cuenta el posible «doble» punto de referencia del deber de responder, en el examen de clausura es útil examinar la necesidad de fijar un plazo y la no ejecución de la (debida) prestación antes de finalizar el plazo (→ § 27 n. m. 10 ss.) antes que el deber de responder. En detalle sobre la estructura del examen de clausura → Anexo n. m. 2, esquema A.

8. Daño

- 23** Al acreedor tiene que habersele ocasionado un **daño** cuya indemnización sustituiría a la pretensión de prestación (→ § 24 n. m. 16 ss.). En el examen de clausura, lo adecuado es no examinar el daño sino después de la necesidad o innecesariedad de fijar un plazo así como del deber de responder, para no interrumpir la relación entre la producción del daño, como rasgo constitutivo del supuesto de hecho, y la obligación del deudor de indemnizar el daño conforme a los §§ 249 ss., como consecuencia jurídica³⁴³. El encuadre tras el deber de responder se debe a que este se refiere solo a la lesión del deber y no a la producción del daño (→ § 24 n. m. 14).

9. Consecuencias jurídicas

- 24** Las consecuencias jurídicas de los §§ 280 I y III y 281 se producen si la prestación no se ejecuta dentro del plazo o no se ejecuta conforme a lo de-

§ 281 n. m. 12; Palandt/ *Grüneberg* § 281 n. m. 16; *S. Lorenz* NJW 2005, 1889 (1891 s.). En detalle sobre todo esto, Looschelders FS Canaris I, 2007, 737 ss.; *Tetenberg* JA 2009, 1 ss.

³⁴³ Cfr. *Pöschke* JA 2010, 257, con la advertencia de que, si bien es verdad que la producción del daño sigue siendo parte del supuesto de hecho, sin embargo, en el examen de clausura frecuentemente no se examina sino en el aspecto de las consecuencias jurídicas. La estructura aquí propuesta hace innecesaria la mayoría de las veces la distinción entre el lado del supuesto de hecho y el de las consecuencias jurídicas.

bido. La puntualidad del cumplimiento o de la subsanación depende, en principio, de la **actividad de prestación**, no del resultado de la prestación³⁴⁴. Respecto de la prestación dineraria por transferencia bancaria, v. → § 22 n. m. 8 y → § 26 n. m. 4.

A) LA RELACIÓN ENTRE PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DEL DAÑO

- 25 El transcurso infructuoso del plazo conducía, conforme al antiguo Derecho, a una extinción automática de la pretensión de cumplimiento. El legislador vio en ello un indebido perjuicio para el acreedor porque, después de expirar el plazo, este podría seguir interesado en obtener la prestación³⁴⁵. Por ello, el § 281 IV no permite que la pretensión de cumplimiento se extinga hasta que el acreedor **exija** la indemnización del daño en lugar de la prestación. Hasta ese momento, el acreedor puede elegir entre cumplimiento e indemnización del daño. Si la pretensión primaria de prestación del acreedor queda excluida conforme al § 281 IV, esta consecuencia jurídica tampoco puede ser eludida por medio del principio de la restitución in natura del Derecho de daños (§ 249 I). Por tanto, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación se dirige a una **compensación en dinero** (→ § 44 n. m. 9)³⁴⁶. Si el deudor ofrece al acreedor la prestación después de expirar el plazo, el acreedor pierde la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación siempre y cuando no rechace la oferta sin demora³⁴⁷.

Para profundizar: En el caso concreto puede ser dudoso cuándo existe una «*exigencia*» de indemnización del daño. La presentación de la demanda es, con seguridad, suficiente. Pero, más allá de eso, también pueden interpretarse como una «*exigencia*» de indemnización del daño declaraciones previas al proceso. No obstante, el acreedor tiene que haber expresado clara e inequívocamente que ya no quiere tener la prestación debida³⁴⁸. Por tanto, un aviso general de querer hacer valer otros derechos, «incluida la indemnización del daño», puede no ser suficiente³⁴⁹.

³⁴⁴ NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 25; Palandt/Grüneberg § 281 n. m. 12; MüKoBGB/Ernst § 323 n. m. 86.

³⁴⁵ BT-Drs. 14/6040, 140.

³⁴⁶ BGH NJW 2013, 370 (371) = JA 2013, 628 (Looschelders).

³⁴⁷ Así también NK-BGB/Schmidt-Kessel §§ 294–296 n. m. 17; Finn ZGS2004, 32 ss.; restrictivamente, MüKoBGB/Ernst § 281 n. m. 88.

³⁴⁸ Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 50.

³⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, 141; HK-BGB/Schulze § 281 n. m. 15.

- 26** Si, tras expirar el plazo, el acreedor ha **seguido** exigiendo **en primer lugar el cumplimiento**, después aún puede hacer valer, ello no obstante, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación, sin que sea necesaria una nueva fijación de un plazo³⁵⁰. Sin embargo, de acuerdo con la buena fe (§ 242), el acreedor tendrá que esperar por lo general algún tiempo para ver si, por su nueva exigencia, la prestación sí que se ejecuta. Si el acreedor acepta la prestación pese a la expiración del plazo, su pretensión se extingue por cumplimiento, conforme al § 362. Con ello, debe excluirse una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación³⁵¹.

B) INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE TODA LA PRESTACIÓN EN CASO DE PRESTACIÓN PARCIAL

- 27** La pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación suscita problemas particulares en caso de que el deudor realice una **parte de la prestación** mientras que otra parte falta incluso después de haberse fijado un plazo. De acuerdo con los principios generales, el acreedor solo podría exigir indemnización del daño por la parte de prestación que falta. Así se deduce de la fórmula «en la medida en que» del § 281 I 1. Se habla también de la «pequeña indemnización del daño».

Ejemplo: El 1.2 K ha encargado en la tienda de muebles de V un mobiliario de salón compuesto por un tresillo, una mesa de centro y un armario de salón. Los objetos deben llevarse al piso de K el 15.2. El tresillo y la mesa de centro son entregados puntualmente. La entrega del armario se retrasa. Después de haber transcurrido infructuosamente el plazo fijado a V, K compra en otra tienda de muebles un armario equivalente. Ello ocasiona costes adicionales por un importe de 500 euros. K puede exigir a V esta cantidad de acuerdo con los §§ 280 I y III y 281 I 1.

- 28** Sin embargo, el acreedor puede estar interesado en devolver la prestación parcial y exigir la **indemnización del daño en lugar de la prestación** (la llamada «gran indemnización del daño»). Según el § 281 I 2, el acreedor solo ostenta este derecho si no tiene *ningún interés* en la prestación parcial.

Ejemplo: En el caso anterior los distintos elementos están exactamente conjuntados. Por ello, K querría comprar el mobiliario completo en otra tienda de muebles. ¿Tiene V que soportar los costes adicionales de 1.500 euros?

³⁵⁰ Cfr. BGH NJW 2006, 1198 (respecto del § 323); NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 53.

³⁵¹ Cfr. *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, 5 (49).

Como K no tiene ningún interés en la prestación parcial, según los §§ 280 I y III y 281 I 2 puede exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación. Por tanto, V tiene que pagar los 1.500 euros.

C) INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE TODA LA PRESTACIÓN EN CASO DE PRESTACIÓN DEFECTUOSA

- 29 Los mismos problemas que en caso de prestación parcial se plantean en caso de prestación defectuosa porque, igualmente, esta solo conduce a una «contravención parcial»³⁵². Por ello cabe preguntarse si la pretensión indemnizatoria del daño se limita al perjuicio que resulta del vicio o si el acreedor puede exigir la **indemnización del daño en lugar de toda la prestación**. Esta problemática está regulada en el § 281 I 3. El precepto solo excluye la pretensión de indemnización del daño en lugar de toda la prestación si la lesión del deber es **irrelevante**. En otro caso, el acreedor puede elegir entre la «pequeña» y la «gran» indemnización del daño³⁵³.

Ejemplo (BGH NJW 2014, 3229): K ha comprado al concesionario V, por 30.000 euros, un coche nuevo que dispone de asistencia de aparcamiento. Tras la entrega del vehículo se comprueba que la asistencia de aparcamiento no funciona debidamente. Varios intentos de reparación de V resultan fallidos. Un perito constata que el defecto puede ser subsanado con un gasto de 2.000 euros.

Aquí no cabe duda que, de acuerdo con los §§ 280 I y III y 281 I 1, V tiene que indemnizar los costes para que otro taller de coches elimine el vicio de la asistencia de aparcamiento. Sin embargo, es dudoso si K puede comprar a otro concesionario un *vehículo* análogo y exigir a V el resarcimiento de los costes adicionales. Según el § 281 I 3, esto presupone que la lesión del deber de V no sea irrelevante.

- 30 Se discute qué significado tiene el concepto de irrelevancia en el § 281 I 3. Una parte de la doctrina toma como referencia la jurisprudencia relativa al § 459 I 2 en su antigua versión, según la cual una reducción irrelevante del valor o de la utilidad de la cosa comprada no constituye ningún defecto³⁵⁴. Según esto, la irrelevancia marca un mero **límite de mínimos**. Sin embargo, parece dudoso que una comprensión tan limitada sea compatible con el fin del § 281 I 3. A diferencia de lo que establecía el antiguo Derecho, en caso de irrelevancia el acreedor no pierde todos los derechos derivados de los

³⁵² Cfr. PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 281 n. m. 33.

³⁵³ Cfr. Palandt/Grüneberg § 281 n. m. 45 ss.

³⁵⁴ Así, por ejemplo, NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 32; Brox/Walker SchuldR BT § 4 n. m. 63; cfr. también BTDRs. 14/6040, 231; Höpfner NJW 2011, 3693 ss.

vicios. Antes bien, puede exigir la «pequeña» indemnización del daño. Además, la reducción no se ve afectada (§ 441 I 2). Por tanto, hay mucho que habla a favor de admitir ya la irrelevancia cuando, ponderando todos los intereses, sería **desproporcionado** dejar que el contrato se malogre por la lesión del deber (→ SchuldR BT § 4 n. m. 38)³⁵⁵. Igualmente, el BGH exige en su jurisprudencia más reciente una ponderación de intereses en el caso concreto³⁵⁶; en caso de **dolo** del deudor, en principio debe negarse la irrelevancia³⁵⁷. En el saneamiento de los vicios de la cosa, la **subsanabilidad del vicio** tiene gran importancia³⁵⁸. No obstante, en el caso concreto también vicios no subsanables pueden considerarse irrelevantes³⁵⁹. Respecto de los vicios subsanables, el BGH resolvió, en el caso de la asistencia de aparcamiento, que por regla general hay que admitir la relevancia si los costes para eliminar los vicios superan el 5% del precio de compra³⁶⁰. Por ello, en el caso del ejemplo (→ § 27 n. m. 28), K puede exigir a V la indemnización del daño en lugar de la prestación.

- 31** La formulación negativa del § 281 I 3 indica que la relevancia del vicio se **presume**. Es decir, el deudor tiene que probar la irrelevancia³⁶¹.

Para profundizar: Según el § 323 V 2, si los vicios son irrelevantes también la resolución está excluida. La equiparación de ambos derechos es necesaria porque mediante la combinación de resolución y «pequeña» indemnización del daño cabe alcanzar los mismos resultados que con la «gran indemnización del daño»³⁶².

D) PRESTACIÓN INSUFICIENTE EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPRAVENTA

- 32** La delimitación entre prestación parcial y prestación defectuosa puede suscitar problemas en el régimen jurídico de la compraventa porque el **§ 434 III** equipara la prestación insuficiente al vicio material. Con ello es dudoso si, de acuerdo con los §§ 437 n. 3, 280 I y III y 281, el comprador ya puede exigir la indemnización del daño en lugar de toda la prestación cuando la

³⁵⁵ En este sentido, también, MüKoBGB/*Ernst* § 281 n. m. 155; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 47.
³⁵⁶ Cfr. BGH NJW 2008, 1517; 2009, 508; BB 2010, 1175, con nota de *Reinking* LMK 2010, 302487.
³⁵⁷ BGH NJW 2006, 1960; crítico, *Looschelders* JR 2007, 309 ss.; *S. Lorenz* NJW 2006, 1925 ss.
³⁵⁸ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 281 n. m. C 27; *Höpfner* NJW 2011, 3693 (3694).
³⁵⁹ BGH NJW 2008, 1517 (1519).
³⁶⁰ BGH NJW 2014, 3229 = JA 2014, 785 (*Looschelders*).
³⁶¹ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 514, 498; *Gieseler* ZGS2003, 408 (410).
³⁶² Cfr. BT-Drs. 14/6040, 140.

diferencia *no* es *irrelevante* (§ 281 I 3) o si para ello es necesario que no tenga *ningún interés* en la cantidad parcial entregada (§ 281 I 2).

Ejemplo: El dueño de un restaurante, G, encarga a la cooperativa vitivinícola W 100 botellas de vino de la marca «Klosterfelder Ochsenfrosch Riesling Kabinett». Se entregan puntualmente 80 botellas. En cuanto a las 20 botellas restantes, G fija a W un plazo razonable y, tras expirar este infructuosamente, exige la indemnización del daño en lugar de la prestación.

Si se recurre al § 434 III, es aplicable el § 281 I 3. Según esto, la pretensión existe porque una diferencia de un 20% no es irrelevante, incluso conforme a la opinión aquí defendida (→ 27 n. m. 29). Si no se toma en cuenta el § 434 III, G tiene que demostrar, conforme al § 281 I 2, que no tiene ningún interés en las 80 botellas³⁶³.

En la valoración de esta problemática hay que tener en cuenta que, en todo caso, de acuerdo con su sentido y finalidad, el § 434 III no es aplicable a la **prestación abiertamente insuficiente** (→ SchuldR BT § 3 n. m. 44). Si el acreedor ha reconocido y aceptado la prestación insuficiente como tal, es aplicable el § 281 I 2. En el caso del ejemplo, G tendría que probar que no tiene ningún interés en las botellas entregadas.

En la **prestación insuficiente oculta**, la opinión dominante parte de que el § 434 III también ha de tenerse en cuenta en el marco del § 281 I³⁶⁴. Con todo, el único **fin del § 434 III** consiste en extender las reglas especiales sobre saneamiento del régimen jurídico de la compraventa a la prestación minorada. No se pretende una modificación de las reglas generales sobre la indemnización del daño en lugar de toda la prestación. Trasladar la equiparación a esta problemática tampoco es justificable, porque esto conduce a contradicciones valorativas con todos los contratos en los que falta tal equiparación (cfr. SchuldR BT § 4 n. m. 42)³⁶⁵.

Para profundizar: Sobre la problemática paralela del § 323 V, la Exposición de Motivos de la Ley parte de que, debido al § 434 III, la entrega insuficiente habría de tratarse como una prestación defectuosa (BT-Drs.14/6040, 187). La Comisión de Asuntos Jurídicos de la Cámara baja del Parlamento federal, en cambio, defendió la opinión de que la aplicación del § 434 III en el marco del § 281 no es ineludible. La aclaración podría confiarse a la jurisprudencia (BT-Drs. 14/7052, 185). Falta, por tanto, una inequívoca decisión del legislador.

³⁶³ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 187; *Canaris* JZ 2001, 499 (513).

³⁶⁴ Así, NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 281 n. m. 35; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 38; *Jauernig/Stadler* § 281 n. m. 26; *Brox/Walker* SchuldR BT § 4 n. m. 96.

³⁶⁵ Así, también, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 435; *Medicus/Lorenz* SchuldR BT § 6 n. m. 36; *S. Lorenz* NJW 2003, 3097 (3099); *Heiderhoff/Skamel* JZ 2006, 383 (387 ss.); *Windel* JURA 2003, 793 (796 s.).

E) REPETICIÓN DE LAS PRESTACIONES (PARCIALES) EJECUTADAS

- 33** Si el acreedor exige conforme al § 281 I 2 y 3 la indemnización del daño en lugar de toda la prestación, tiene que devolver la prestación parcial o la prestación viciosa. Por eso el deudor está legitimado, según el § 281 V, para repetir conforme a los preceptos de la **resolución** (§§ 346-348).

II. LESIÓN DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN (§§ 280 I Y III Y 282)

1. **En general**

- 34** Si el deudor lesiona un deber de proteger los **demás bienes jurídicos e intereses** del acreedor (§ 241 II), por lo general ello no pone en peligro la ejecución del contrato. Dado que el deber lesionado no está referido a la prestación, el interés del acreedor en la prestación en principio no resulta afectado. Únicamente se plantea la cuestión de si el acreedor puede exigir conforme al § 280 I la indemnización de los daños que se han producido en sus demás bienes jurídicos e intereses (→ § 25 n. m. 2 ss.).

No obstante, las lesiones de los deberes de protección pueden afectar de tal modo la base de confianza entre las partes que deba permitirse al acreedor renunciar a la ulterior ejecución del contrato y exigir en su lugar la indemnización del daño en lugar de la prestación.

Ejemplo: A ha encargado al maestro pintor M empapelar su salón. Durante los trabajos, M mancha repetidamente la moqueta de A. Como las advertencias no surten efecto, A expulsa a M de su piso y encarga a otro pintor la ejecución de los trabajos. ¿Tiene M que reembolsar a A los costes adicionales del otro pintor (500 euros)?

Dado que la prioridad de la pretensión de cumplimiento debe garantizarse también en el caso de las lesiones de los deberes de protección, los presupuestos del § 280 I tampoco son suficientes en este grupo de casos. No obstante, la fijación de un plazo no es oportuna como *presupuesto adicional*, porque la conducta debida no puede ser «realizada posteriormente» (→ § 27 n. m. 3). Por eso el § 282 atiende a si aún le es **exigible** al acreedor la prestación por el deudor.

El § 282, igual que el § 281, no constituye ningún fundamento autónomo de pretensión. Antes bien, el **fundamento de la pretensión** es el § 280 I y III

en relación con el § 282. De la «remisión circular» (→ § 27 n. m. 4) de los §§ 280 III y 282 se desprende que siempre deben darse también las notas generales del § 280 I. Un presupuesto adicional, de acuerdo con el § 282, es la inexigibilidad.

Nota: Al redactar el examen de clausura es recomendable examinar la inexigibilidad inmediatamente después del deber de responder porque la gravedad de la culpa resulta relevante al enjuiciar la exigibilidad. En detalle sobre la estructura del examen de clausura → Anexo n. m. 2, esquema B.

2. Elementos básicos de la responsabilidad

- 36** La pretensión ex §§ 280 I y III y 282 presupone la existencia de una **relación obligatoria**. Dado que no se trata de la lesión de deberes de prestación, se plantea la cuestión de si es suficiente una *relación obligatoria precontractual* conforme a los §§ 311 II y 241 II. En principio, a esto debe darse una respuesta negativa. Si el acreedor exige la indemnización del daño en lugar de la prestación, para empezar, tiene que ostentar una pretensión de prestación que pueda ser sustituida por la pretensión indemnizatoria del daño. Este no es el caso en las relaciones obligatorias precontractuales³⁶⁶. No obstante, se da una excepción en el caso de que el acreedor haya concluido un contrato eficaz con el deudor desconociendo la lesión de los deberes precontractuales de protección. Aquí procede tomar en consideración una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación si no es exigible al acreedor el mantenimiento del contrato³⁶⁷.

El deudor tiene que haber **lesionado** un **deber de protección** del § 241 II. Es necesario, además, que el deudor sea **responsable** de la lesión del deber conforme a los §§ 276-278 (§ 280 I 2). Por último, el acreedor tiene que haber sufrido un **daño** a consecuencia de la lesión del deber, cuya indemnización *sustituya* a la pretensión de cumplimiento. En el caso del pintor (→ § 27 n. m. 34), por tanto, la pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I y III y 282 solo comprende los costes adicionales del otro pintor; los costes adicionales por la limpieza de la moqueta han de indemnizarse conforme al § 280 I («simple indemnización del daño»).

³⁶⁶ BT-Drs. 14/7052, 186; HK-BGB/Schulze § 282 n. m. 2.

³⁶⁷ Así, también, Brox/Walker SchuldR AT § 25 n. m. 19.

3. El criterio de la inexigibilidad

38 Si le es o no exigible al acreedor la prestación por el deudor –y con ello el mantenimiento del contrato³⁶⁸–, ha de establecerse sobre la base de una **ponderación de intereses**. Al efecto han de tomarse en consideración la gravedad de la lesión del deber y de la culpa, así como la probabilidad de reincidencia. Es preciso que la lesión del deber sea relevante en relación con el *fin del contrato*. Por tanto, la ulterior ejecución del contrato no ha de serle exigible al acreedor, precisamente, a consecuencia de la lesión del deber. Con ello, queda descartado que, con motivo de una lesión del deber, el acreedor se desvincule de un contrato cuya ejecución a él no le parezca exigible por otros motivos.

Un importante criterio para establecer la inexigibilidad es la cuestión de si se ha hecho un **requerimiento** al deudor³⁶⁹. Sin embargo, el legislador ha renunciado, con razón, a sustituir la nota flexible de la exigibilidad por la exigencia de un requerimiento. En efecto, las lesiones de los deberes de protección pueden ser tan nimias que en el caso concreto sería desproporcionado conceder al acreedor la indemnización del daño en lugar de la prestación ya con ocasión de la primera contravención de un requerimiento.

Ejemplo: El pintor ejecuta sus trabajos de manera irreprochable. Sin embargo, como fumador habitual, le resulta difícil renunciar a fumar en el trabajo. Aquí sería irrazonable que el comitente A pudiera exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación ya con la primera contravención de un requerimiento³⁷⁰.

A la inversa, hay lesiones de deberes de protección que son tan graves que cabe **prescindir** de un requerimiento.

Ejemplo: G se dirige al restaurante de W para cenar. Pide al camarero K una pechuga de pavo sobre judías blancas y una copa de vino tinto. Al servir el vino, por descuido, K sostiene la bandeja inclinada. El contenido de la copa se derrama sobre la camisa blanca de G. Cuando G pide una servilleta, K le indica rudamente que aún tiene que ocuparse de otros clientes. G se irrita tanto por ello que se dirige inmediatamente a otro restaurante. Allí tiene que pagar 5 euros más por la pechuga de pavo. G reclama a W la indemnización de ese importe. ¿Con razón?

³⁶⁸ Cfr. HKK/*Schermaier* §§ 280–285 n. m. 110, con la advertencia de que al acreedor siempre le sería exigible la prestación como es debido; la cuestión, por tanto, giraría en torno a la exigibilidad de la continuación del contrato.

³⁶⁹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 282 n. m. 4.

³⁷⁰ Cfr. BT-Drs. 14/7052, 186; HK-BGB/*Schulze* § 282 n. m. 3.

El fundamento de la pretensión es el § 280 I y III en relación con el § 282. Entre G y W se ha establecido una relación obligatoria contractual. En el marco de esta relación obligatoria, la conducta de K es imputable a W conforme al § 278. Así, hay que admitir una lesión culpable de los deberes de protección. A consecuencia de ello se ha ocasionado a K un daño de 5 euros. La cuestión es si a G no le era exigible utilizar otras prestaciones de W. Hay buenas razones para responder a esto afirmativamente, dada la gravedad de la lesión del deber. Pero también se puede defender la opinión de que G debería haber exigido un remedio al propio W.

4. Relación con la pretensión de cumplimiento

- 41 En el § 282 no se regula en qué momento se extingue la pretensión de cumplimiento. Aquí se presenta una **analogía** con el § 281 IV. Según esto, la pretensión de prestación queda excluida desde que el acreedor exige por la lesión de los deberes de protección la indemnización del daño en lugar de la prestación³⁷¹.

III. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA (§§ 280 I Y III Y 283)

1. En general

- 42 La prioridad de la pretensión de cumplimiento no ha de salvaguardarse si, conforme al § 275, el deudor no tiene que realizar la prestación, principalmente porque, por razones de hecho o jurídicas, no puede ejecutar la prestación (**imposibilidad**). Por ello el § 283 deja claro que el acreedor puede exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación sin fijar un plazo. Igual que los §§ 281 y 282, el § 283 tampoco es un fundamento autónomo de una pretensión sino que enlaza con el § 280 I³⁷². Esto significa que, de nuevo, han de darse los **presupuestos generales** de responsabilidad.

2. Elementos básicos de la responsabilidad

- 43 En primer lugar, es necesaria una **relación obligatoria**. Como se exige la indemnización del daño en lugar de la prestación, no es suficiente una rela-

³⁷¹ NK-BGB/Dauner-Lieb § 282 n. m. 19.

³⁷² Cfr. BT-Drs. 14/6040, 142.

ción obligatoria precontractual conforme al § 311 II con los deberes de protección del § 241 II.

- 44** Tiene que haber, además, una **lesión del deber**, concretamente en forma de *omisión de la prestación* por imposibilidad sobrevenida del § 275 I o por producción sobrevenida de una circunstancia del § 275 II y III (→ § 22 n. m. 22). Por tanto, tiene que comprobarse que, de acuerdo con el § 275 I-III, el deudor no tiene que cumplir la pretensión primaria del acreedor debido a un impedimento de la prestación ocurrido **después de la conclusión del contrato**. Para ello es necesario, en los casos del § 275 II y III, que el deudor alegue la excepción propia. Ciertamente, el tenor literal del § 283, inciso 1 («el deudor no tiene que realizar la prestación, conforme al § 275 I-III») parece abarcar también el caso de imposibilidad originaria. Sin embargo, de acuerdo con la concepción del legislador, en este caso falta una lesión del deber (→ § 20 n. m. 15). Además, la pretensión de indemnización del daño por imposibilidad originaria ha sido objeto de una regulación especial en el § 311a II (→ § 28 n. m. 1 ss.). Consiguientemente, los §§ 280 I y III y 283 solo son aplicables a la imposibilidad sobrevenida³⁷³.
- 45** El deudor tiene que ser **responsable**, conforme a los §§ 276 y 278, de las circunstancias a las que se debe el impedimento de la prestación. La *carga de la prueba* incumbe, según las reglas generales (§ 280 I 2), al deudor. A resultas de la omisión de la prestación debe haberse ocasionado un **daño**, cuya indemnización sustituye a la pretensión de prestación excluida conforme al § 275.

3. Función del § 283, inciso 1

- 46** De acuerdo con el § 280 III, para la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación en caso de imposibilidad sobrevenida, tienen que darse los «**requisitos adicionales**» del § 283. Es llamativo que el § 283, inciso 1, no mencione ningún verdadero requisito adicional. Dado que la pretensión primaria de prestación del acreedor está excluida o no es exigible conforme al § 275 I-III, tampoco tendría sentido establecer presupuestos adicionales para la indemnización del daño en lugar de la prestación. Por tanto, a lo sumo, la exclusión o la inexigibilidad de la pretensión primaria de prestación

³⁷³ Cfr., por muchos, Palandt/*Grüneberg* § 283 n. m. 3; sin embargo, de otra opinión, PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme* § 283 n. m. 3.

conforme al § 275 I-III puede contemplarse como un presupuesto adicional³⁷⁴, pero, en última instancia, se trata ya de un problema de lesión del deber (→ § 27 n. m. 43)³⁷⁵. Con ello, el precepto deja claro que la omisión de la prestación por imposibilidad sobrevenida constituye una **lesión del deber** en el sentido del § 280 I 1 y que la indemnización del daño en lugar de la prestación no depende en estos casos de la **fijación de ningún plazo**. Además, el § 283 pone en evidencia que el **deber de responder** no ha de referirse directamente a la lesión del deber como tal –esto es, a la omisión de la prestación–, sino a los motivos que han conducido al impedimento de la prestación, lo que, a su vez, es causa de la omisión de la prestación³⁷⁶.

4. Indemnización del daño en lugar de toda la prestación (§ 283, inciso 2)

- 47 También en el ámbito de aplicación del § 283 el acreedor puede estar interesado, en caso de omisión parcial de la prestación o de prestación defectuosa irreparable, en obtener una indemnización del daño en lugar de **toda** la prestación. El § 283, inciso 2, establece los presupuestos adicionales para este caso, remitiendo a las normas relativas al problema paralelo del § 281.

A) IMPOSIBILIDAD PARCIAL

- 48 Si la pretensión de cumplimiento está excluida solo **en parte** por un impedimento sobrevenido de la prestación conforme al § 275, de acuerdo con los §§ 280 I y III y 283, inciso 1, el acreedor está legitimado, en cualquier caso, para exigir una indemnización del daño por la parte de la prestación que ya no se debe («pequeña indemnización del daño»). Para la pretensión de indemnización del daño en lugar de toda la prestación es necesario, además, que el acreedor no tenga **ningún interés** en la prestación parcial (§ 283, inciso 2, en relación con el § 281 I 2)³⁷⁷.

Ejemplo: Al comprar un mobiliario de salón (→ § 27 n. m. 27), se entregan puntualmente tresillo y mesa de centro. La pretensión de cumplimiento del comprador (K)

³⁷⁴ Así, NK-BGB/Dauner-Lieb § 283 n. m. 5.

³⁷⁵ Parecidamente, Staudinger/Schwarze, 2014, § 283 n. m. 10.

³⁷⁶ Cfr. Erman/Westermann § 283 n. m. 1; Looschelders JuS2010, 849 (856).

³⁷⁷ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 449.

respecto del armario del salón está excluida conforme al § 275, porque un incendio ha destruido los armarios que se encontraban en el almacén del vendedor (V) y el fabricante ha suspendido la producción, de manera que, en el mejor de los casos, solo podrían adquirirse otros armarios a un coste no razonable.

Conforme a los §§ 280 I y III, 283, inciso 2 y 281 I 2, K puede exigir a V una indemnización del daño en lugar de toda la prestación, si no tiene ningún interés solo en la mesa de centro y el tresillo (p. e., porque todos los muebles debían hacer juego).

B) PRESTACIÓN DEFECTUOSA IRREPARABLE

- 49** En caso de **prestaciones defectuosas irreparables**, las pretensiones del acreedor se rigen por las normas sobre imposibilidad (→ § 22 n. m. 17). Si el vicio irreparable se ha producido después de la conclusión del contrato (p. e., porque el vendedor ha dañado la cosa antes de la entrega), en el marco de los §§ 280 I y III y 283 (en su caso, en relación con el § 437 n. 3) se plantea la cuestión de si el acreedor solo puede exigir la indemnización de la depreciación («pequeña indemnización del daño») o si le corresponde también la indemnización del daño en lugar de *toda* la prestación («gran indemnización del daño»). Esto último presupone, según el § 283, inciso 2, en relación con el § 281 I 3, que la lesión del deber **no sea irrelevante** (→ § 27 n. m. 29).

C) REPETICIÓN DE LO PRESTADO

- 50** Si en caso de imposibilidad parcial o de prestación defectuosa el acreedor exige la indemnización del daño en lugar de toda la prestación, de acuerdo con los §§ 283, inciso 2 y 281 V, el deudor puede **repetir** lo prestado conforme a los preceptos de la resolución (§§ 346 ss.).

Bibliografía: *Faust*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, FS Canaris I, 2007, 219; *Finn*, Kann der Gläubiger die (Nach-)Erfüllung zwischen Fristablauf und Schadensersatzverlangen zurückweisen?, ZGS 2004, 32; *Greiner/Hossenfelder*, Aufforderung zur »unverzüglichen«, »umgehenden« oder »sofortigen« Nacherfüllung als hinreichende Nachfristsetzung iSd § 281 I 1 BGB?, JA 2010, 412; *Grigoleit/Riehm*, Grenzen der Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel, ZGS 2002, 115; *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), 727; *Heiderhoff/Skamel*, Teilleistung im Kaufrecht, JZ 2006, 383; *Hirsch*, Schadensersatz statt der Leistung, JURA 2003, 289; *Höpfner*, Der Rücktritts-

ausschluss wegen »unerheblicher« Pflichtverletzung, NJW 2011, 3693; *Jaensch*, Schadensersatz beim vorweggenommenen Vertragsbruch und relativen Fixgeschäft, ZGS 2004, 134; *Katzenstein*, Der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 bis 283 BGB, JURA 2005, 217; *Looschelders*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, FS Canaris I, 2007, 737; *Looschelders*, Unerheblichkeit des Mangels und Arglist des Verkäufers, JR 2007, 309; *S. Lorenz*, Zur Abgrenzung von Teilleistung, teilweiser Unmöglichkeit und teilweiser Schlechtleistung im neuen Schuldrecht, NJW 2003, 3097; *S. Lorenz*, Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925; *Ludes/Lube*, Vertretenmüssen bei § 281 BGB, ZGS 2009, 259; *Ludes/Lube*, Fristsetzung – Das Verlangen nach »umgehender« Leistung bei §§ 281, 286 und § 323 BGB, MDR 2009, 1317; *Mankowski*, Wie setzt man eine Nachfrist richtig?, ZGS 2003, 451; *S. Meier*, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung, JURA 2002, 118; *J. Münch*, Die »nicht wie geschuldet« erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, JURA 2002, 361; *Tetenberg*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung, JA 2009, 1; *Winkel*, Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht, JURA 2003, 793. Cfr. por lo demás las referencias relativas al § 20.

§ 28 INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN POR IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA (§ 311a II)

I. EN GENERAL

- 1 Respecto de la indemnización del daño en lugar de la prestación en caso de imposibilidad originaria, le ley prevé en el § 311a II un **fundamento autónomo de pretensión** que no enlaza con el § 280 I³⁷⁸. La disociación de esta pretensión se basa en la consideración de que la omisión de la prestación en caso de imposibilidad originaria no constituye una lesión del deber porque, de acuerdo con el § 275, el deudor no estaba obligado desde el principio a ejecutar la prestación (→ § 20 n. m. 15).

La autonomía del § 311a II no cambia en nada el hecho de que los presupuestos de la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación en caso de imposibilidad originaria y sobrevenida **coinciden** en su mayoría (cfr. → Anexo n. m. 8). El legislador se ha esforzado por tratar ambas pretensiones igual en todo lo posible. La consideración de que con frecuencia

³⁷⁸ Sobre el encuadre sistemático, BT-Drs. 14/6040, 165 s.; Palandt/*Grüneberg* § 311a n. m. 6; *PWW/Stürmer* § 311a n. m. 8; *Canaris* FS Heldrich, 2005, 11 ss.; *Looschelders* JuS2010, 849 (856).

es casual y, por tanto, irrelevante desde un punto de vista valorativo, que el impedimento de la prestación se produzca poco antes o poco después de la conclusión del contrato, fue determinante³⁷⁹.

Nota: En la doctrina se defiende la opinión de que, dados los paralelismos de contenido entre los fundamentos de la pretensión, en general podría dejarse abierto si la pretensión se apoya en los §§ 280 I y III y 283 o en el § 311a II³⁸⁰. Esta reflexión puede ser correcta para la práctica; pero no puede seguirse en el examen de clausura. El exacto encuadre dogmático es necesario precisamente porque el punto de referencia para examinar el deber de responder es diferente (→ § 25 n. m. 2). De todas formas, un examen alternativo parece necesario cuando no se pueda determinar el momento de producción del impedimento de la prestación.

II. PRESUPUESTOS

- 2 Los presupuestos de la pretensión de indemnización del daño en caso de imposibilidad originaria no están regulados totalmente en el § 311a II. Dado que el precepto enlaza con el § 311a I, el contenido de este ha de ser tomado en cuenta.

1. Contrato eficaz

- 3 Del § 311a I se desprende que tiene que haber un **contrato**. La formulación, más limitada que la del § 280 I («relación obligatoria»), se debe a que una relación obligatoria precontractual en el sentido del § 311 II no puede justificar ninguna pretensión de indemnización del daño *en lugar de la prestación*. El § 311a es aplicable por analogía a los negocios jurídicos unilaterales (p. e., § 657)³⁸¹.
- 4 El contrato **no** puede ser **ineficaz**. El § 311a I deja claro que la eficacia del contrato no puede quedar excluida solo por el hecho de que, desde un principio, debido a un impedimento originario de la prestación, el deudor no estuviera obligado a la prestación de acuerdo con el § 275. Tal aclaración era necesaria dado que el § 306 en su antigua versión había ordenado la ineficacia del contrato para la imposibilidad originaria objetiva (→ § 21 n. m. 13)³⁸².

³⁷⁹ Cfr. *Canaris* JZ 2001, 499 (506).

³⁸⁰ Así, por ejemplo, *Palandt/Grüneberg* § 311a n. m. 2; *MüKoBGB/Ernst* § 311a n. m. 19.

³⁸¹ *HK-BGB/Schulze* § 311a n. m. 3.

³⁸² Sobre la necesidad de la clarificación, cfr. *Huber* ZIP 2000, 2137 (2149).

La regulación del § 311a I no excluye que el contrato sea *nulo* por *otro motivo* (p. e., §§ 134, 138 y 142)³⁸³. Sin embargo, de acuerdo con el sentido y la finalidad del § 311a, el deudor no puede impugnar el contrato conforme al § 119 II con el argumento de que el impedimento de la prestación constituye una cualidad del objeto del contrato esencial en el tráfico, que no cono- cía al concluir el contrato. De lo contrario, el deudor tendría en su mano sustraerse a la pretensión indemnizatoria del daño del acreedor³⁸⁴.

Ejemplo: Si el automóvil vendido resulta ser un coche que ha sufrido un accidente, hay *imposibilidad originaria cualitativa* (→ § 22 n. m. 17). Por tanto, entra en consideración una pretensión del comprador de indemnización del daño en lugar de la prestación ex §§ 437 n. 3 y 311a II. Sin embargo, que se trate de un coche que ha sufrido un accidente también es una cualidad de la cosa comprada que es esencial en el tráfico. No obstante, el vendedor no puede sustraerse a su responsabilidad ex § 311a II impugnando el contrato de compraventa conforme al § 119 II.

- 5 El tratamiento de los contratos que se dirigen a una prestación «**absurda**» suscita problemas particulares. Son representativos de ello los contratos en los que la prestación debe ejecutarse con ayuda de habilidades extrasensoriales.

Ejemplo (tomado de OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553): Por 5.000 euros la astróloga A elaboró para el hombre de negocios G un informe según su horóscopo de nacimiento, acerca de los días que serían especialmente propicios para concluir negocios (los llamados «dies fausti»). Pese a seguir el informe, G sufre en los negocios subsiguientes pérdidas por un total de 10.000 euros. G reclama a A el pago de los 10.000 euros. ¿Con razón?

Antes de entrar en vigor la SchuldRModG, se defendía mayoritariamente la opinión de que tales contratos eran **ineficaces** conforme al § 306 en su antigua versión³⁸⁵. Esto no puede mantenerse sobre la base del § 311a I³⁸⁶. En opinión del BGH, en tales casos procede incluso tomar en consideración una pretensión del deudor de la prestación supersticiosa al pago de la retri- bución acordada (→ § 21 n. m. 3). Sin embargo, queda la cuestión de si el acreedor, por su parte, puede estar legitimado para exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación si no se produce el resultado prometido.

- 6 En la doctrina se ha propuesto resolver el problema mediante la aceptación de una **máxima no escrita**, según la cual las obligaciones absurdas y su-

³⁸³ HK-BGB/Schulze § 311a n. m. 5; Palandt/Grüneberg § 311a n. m. 5.

³⁸⁴ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 165.

³⁸⁵ Cfr. OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553; LG Kassel NJW 1986, 1642; LG Mannheim NJW 1993, 1488 (1489).

³⁸⁶ BGH NJW 2011, 756 (758).

persticiosas serían *ineficaces*, como objeto no apto de regulación jurídica³⁸⁷. Sin embargo, frente a ello hay que sostener que las partes tienen que decidir por sí mismas si un contrato tiene sentido o no³⁸⁸. Por tanto, en principio, también los contratos sobre prestaciones «absurdas» son eficaces³⁸⁹. No obstante, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación frecuentemente quedará excluida por el hecho de que el deudor ha cumplido de todas formas su promesa de prestación –aquí: la elaboración de un informe sobre los «dies fasti» conforme a las reglas de la astrología-³⁹⁰. En todo caso, falta una causalidad demostrable conforme a las reglas de las ciencias naturales entre el posible incumplimiento de la promesa de prestación y el daño. Por lo tanto, a este respecto habrá que considerar, a lo sumo, una pretensión de resarcimiento de los gastos inútiles (§ 284)³⁹¹. Sin embargo, por lo que se refiere a esta pretensión, hay que tener en cuenta que, por lo general, el acreedor puede y debe reconocer por sí mismo que la prestación es «absurda». Si, en consideración a una prestación así, hace una disposición que le ocasiona un perjuicio patrimonial, no por ello puede hablarse de que «razonablemente podía hacer [los gastos]... en la confianza de obtener la prestación». Por tanto, no se dan los presupuestos del § 284, de modo que la pretensión de resarcimiento de los gastos también queda excluida³⁹².

- 7 A la eficacia del contrato no se opone el hecho de que la pretensión de la prestación prometida ni siquiera surja, de acuerdo con el § 275. Se concluye un **contrato sin deber primario de prestación**, que constituye el fundamento de las pretensiones indemnizatorias ex § 311a II, así como de la posible pretensión de restitución de la indemnización conforme al § 285 (→ § 31 n. m. 2 ss.)³⁹³.

2. Omisión de la prestación por la imposibilidad originaria

- 8 Es necesario, además, que el deudor **no haya ejecutado** la prestación prometida a causa de la imposibilidad originaria. A este respecto existe un paralelismo con la responsabilidad conforme a los §§ 280 I y III y 283, donde

³⁸⁷ Así, *Lobinger*, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, 277 s.; *Canaris JZ* 2001, 499 (505).

³⁸⁸ NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 311a n. m. 17; *Grunewald JZ* 2001, 433 (434).

³⁸⁹ Así, también, BGH NJW 2011, 756 (758); HK-BGB/*Schulze* § 311a n. m. 4; *Windel ZGS* 2003, 466 (467).

³⁹⁰ Cfr. HK-BGB/*Schulze* § 275 n. m. 11.

³⁹¹ MüKoBGB/*Ernst* § 311a n. m. 31; PWW/*Stürmer* § 311a n. m. 11.

³⁹² *Canaris JZ* 2001, 499 (505 s.); *Windel ZGS* 2003, 466 (468).

³⁹³ BT-Drs. 14/6040, 165; *Canaris JZ* 2001, 499 (506).

se enlaza con la omisión de la prestación por imposibilidad sobrevenida. Que la prestación sea imposible para cualquiera o solo para el deudor, es irrelevante tanto aquí como allí.

- 9 Dado que la omisión de la prestación en caso de imposibilidad originaria no tiene por qué constituir una lesión del deber, se plantea la cuestión de dónde si no ha de verse el **fundamento de la responsabilidad**. En la doctrina se atiende a que el deudor habría lesionado el **deber precontractual** de informarse sobre su capacidad de prestación y de informar al acreedor sobre el impedimento de la prestación³⁹⁴. Sin embargo, este punto de vista tendría como consecuencia que la responsabilidad del deudor tendría que limitarse al *interés negativo* (interés de confianza)³⁹⁵. Porque, de acuerdo con los principios generales, el deudor solo tiene que indemnizar el daño que se debe a la infracción del deber. Pero si el deudor hubiera informado al acreedor sobre su falta de capacidad de prestación, el contrato no se habría concluido. Dado que el § 311a II concede una pretensión que tiene por objeto el interés de cumplimiento, queda excluida la conexión con la lesión de un deber contractual de información.
- 10 La opinión dominante –a diferencia de lo que ocurre en los casos de los §§ 280 y 283– no ve el fundamento de la responsabilidad en la lesión del deber de prestación, excluido conforme al § 275, sino solo en el **incumplimiento de la promesa de prestación**, eficaz de acuerdo con el § 311a I³⁹⁶. Con ello, el fundamento de la responsabilidad se ve en la asunción de una garantía limitada. La promesa de prestación del deudor contiene una **garantía** de su capacidad de prestación; pero la garantía se limita a la ausencia de aquellos impedimentos de la prestación de los que tenga conocimiento al concluir el contrato o de los que no tenga conocimiento de manera imputable (§§ 276-278)³⁹⁷. No obstante, tales consideraciones dogmáticas no cambian en nada el hecho de que, en el plano objetivo, no existe una verdadera diferencia respecto de la responsabilidad en caso de imposibilidad sobrevenida³⁹⁸. En ambos casos, hay una promesa eficaz de prestación que, conforme al § 275, no tiene que ser cumplida.

³⁹⁴ Así, *Altmeyden* DB 2001, 1399 (1401); cfr. también *Harke* SchuldR AT n. m. 226; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 332; *Kohler* JURA 2006, 241 (243 ss.).

³⁹⁵ Cfr. *Palandt/Grüneberg* § 311a n. m. 7; *Harke* SchuldR AT n. m. 226; a favor de una limitación análoga de la responsabilidad conforme al § 311a II, *Lobinger*, *Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, 2004, 279 ss.

³⁹⁶ BT-Drs. 14/6040, 165; *Canaris* FS Heldrich, 2005, 11 ss.; *Grunewald* JZ 2001, 433 (435); *Looschelders* JuS2010, 849 (856); HK-BGB/*Schulze* § 311a n. m. 2; *Palandt/Grüneberg* § 311a n. m. 7.

³⁹⁷ En profundidad, *Canaris* FS Heldrich, 2005, 11 (25 ss.); a favor de aceptar una responsabilidad limitada por garantía, también *Harke* SchuldR AT n. m. 226; *Schwarze*, *Leistungsstörungen*, § 18 n. m. 11; *Ehmann* FS *Canaris* I, 2007, 165 (174 ss.).

³⁹⁸ Cfr. *BeckOGK/Riehm*, 1.7.2019, BGB § 275 n. m. 25; *Looschelders*, *Unmöglichkeit*, 71; *Looschelders* JuS2010, 849 (856).

3. Deber de responder

- 11 De acuerdo con el § 311a II 2, la responsabilidad del deudor queda excluida si el deudor no conocía el impedimento de la prestación al concluir el contrato y **no es responsable** de este desconocimiento. Esto se corresponde con el § 280 I 2, pero es una importante diferencia respecto del tratamiento de la imposibilidad subjetiva originaria conforme al antiguo Derecho, bajo cuya vigencia se admitió mayoritariamente una *responsabilidad por garantía* respecto de la capacidad de prestación originaria³⁹⁹.

Para profundizar: El abandono de la responsabilidad por garantía ha sido fuertemente criticado en la discusión de la reforma⁴⁰⁰. No obstante, el legislador lo ha mantenido porque quería establecer un paralelismo tan amplio como fuera posible entre imposibilidad originaria y sobrevenida. Se advirtió, además, que el principio de la culpa tiene un poder de convicción ético jurídico mucho mayor que el principio de garantía⁴⁰¹. Por lo demás, en el caso concreto también es posible justificar una responsabilidad por garantía sobre la base del § 311a II (→ § 28 n. m. 13).

- 12 De qué es responsable el deudor, se rige por las reglas generales de los §§ 276-278⁴⁰². Sin embargo, existe una particularidad respecto del **punto de referencia** del deber de responder. Este no se encuentra, como en la imposibilidad sobrevenida, en la *causación* del impedimento de la prestación, sino en el *desconocimiento* de este. Con ello, la ley toma en cuenta la circunstancia de que la imposibilidad originaria es una manifestación particular de la problemática del error⁴⁰³. Esta es también la diferencia determinante respecto de la imposibilidad sobrevenida.

Ejemplo: El 10.1, en Düsseldorf, el comerciante de arte K compró por 5 millones de euros al coleccionista de pintura G el cuadro «Campo de girasoles» de Vincent van Gogh. Al concluir el contrato ambos no sabían que, en la noche del 8.1 al 9.1, la pintura había quedado destruida en un incendio en la villa neoyorquina de G. Ciertamente, el 9.1 G fue informado por teléfono del incendio por el administrador de su propiedad; sin embargo, dio por hecho que el cuadro había superado indemne el incendio. K habría podido vender posteriormente el cuadro por 6 millones de euros al coleccionista de arte S. Por eso reclama a G el pago de 1 millón de euros como ganancia perdida. El fundamento de la pretensión es el § 311a II. K y G concluyeron un contrato de compraventa eficaz sobre la pintura (§ 311a I). G no cumplió su promesa de presta-

³⁹⁹ Cfr. BGH NJW 2007, 3777 (3780).

⁴⁰⁰ Cfr., por ejemplo, Huber ZIP 2000, 2137 (2150).

⁴⁰¹ BT-Drs. 14/6040, 165; *Canaris* JZ 2001, 499 (506).

⁴⁰² OLG Karlsruhe NJW 2005, 989 (990); Palandt/*Grüneberg* § 311a n. m. 9.

⁴⁰³ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 165 s.

ción. Debido a la destrucción del cuadro, su deber de prestación estaba excluido ya al concluir el contrato conforme al § 275 I. El incumplimiento de la promesa de prestación se debe, por consiguiente, a una imposibilidad originaria. Es cierto que, al concluir el contrato, G desconocía la destrucción de la pintura. Pero, dado que había sido informado del incendio, tendría que haber contado con que también la pintura podía haber sido afectada. Por lo tanto, G responde de su desconocimiento. Así pues, K tiene frente a G una pretensión de indemnización de la ganancia perdida ex § 311a II.

- 13** En la aplicación del § 311a II hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el § 276, la nota del deber de responder no se refiere solo al desconocimiento culpable, sino que también abarca la responsabilidad sin culpa del deudor, en particular sobre la base de una **garantía** (→ § 23 n. m. 24 ss.)⁴⁰⁴. Por tanto, si se dan los correspondientes indicios, en el caso concreto también puede admitirse una garantía implícita del deudor respecto de su inicial capacidad de prestación⁴⁰⁵. Sobre un ejemplo práctico → Anexo n. m. 8.
- 14** El deudor soporta la **carga de la prueba** de que ni conocía ni debía conocer el impedimento de la prestación. Esto se deduce de la formulación negativa del § 311a II 2. En este aspecto, por tanto, hay coincidencia con el § 280 I 2 (→ § 24 n. m. 8).

4. Daño

- 15** Por último, la pretensión ex § 311a II presupone que el acreedor haya sufrido un **daño** a resultas del incumplimiento de la promesa de prestación. En este aspecto no hay ninguna particularidad respecto de la pretensión ex §§ 280 I y III y 283.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Indemnización del daño en lugar de la prestación

- 16** Si se dan los presupuestos del § 311a II, el acreedor puede exigir la **indemnización del daño en lugar de la prestación**. La pretensión considera, por tanto, el *interés positivo* (→ § 28 n. m. 16). Al acreedor debe ponerse en la situación en que estaría si el deudor hubiera cumplido su promesa de prestación. Pero, en

⁴⁰⁴ Palandt/*Grüneberg* § 311a n. m. 9; *Canaris* FS Heldrich, 2005, 11 (33); *Kohler* JURA 2006, 241 (245 ss.); *Looschelders* JuS2010, 849 (856); críticamente, *S. Meier* JURA 2002, 187 (189).

⁴⁰⁵ BGH NJW 2007, 3777 (3780); restrictivamente, *Harke* SchuldR AT n. m. 229 ss.

lugar de esto, también puede exigir el resarcimiento de sus **gastos inútiles**, conforme al § 284 (→ § 30 n. m. 1 ss.). Además, puede considerarse una pretensión de restitución de la indemnización ex § 285 (→ § 31 n. m. 2 ss.)⁴⁰⁶. El hecho de que el § 311a II no remita al § 285, no impide aplicar el precepto en el caso de la imposibilidad originaria; una remisión similar se encuentra ya en el § 275 IV, que también se aplica a la imposibilidad originaria.

2. Indemnización del daño en lugar de toda la prestación

- 17** En caso de **imposibilidad parcial** o **prestación defectuosa irreparable** se plantea de nuevo la cuestión de si el acreedor puede exigir la indemnización del daño en lugar de **toda la prestación**. El § 311a II 3 remite en este aspecto –igual que el § 283, inciso 2– a las reglas del § 281 I 2 y 3 y V. Con ello, son aplicables los mismos principios que en el caso de la imposibilidad sobrevenida (→ § 27 n. m. 46 ss.).

Ejemplo (tomado de BGHZ 132, 55): K ha comprado a V un automóvil nuevo por 26.000 euros. Al poner el vehículo en funcionamiento, K comprueba que el consumo de carburante atendiendo al denominado consumo medio homologado está en torno a un 13 % por encima de los datos del fabricante (H). Si K exige a V indemnización del daño en lugar de toda la prestación, han de examinarse los presupuestos de los §§ 434, 437 n. 3, 311a II y 281 I 3. Conforme al § 434 I 3, hay un vicio material porque V tiene que responder de los datos de H. Suponiendo que el vicio no pueda ser subsanado mediante reparación o entrega posterior, se trata de un caso de *imposibilidad cualitativa originaria*. De acuerdo con el § 311a II 3 en relación con el § 281 I 3, la pretensión de indemnización del daño en lugar de toda la prestación presupone que el vicio no sea irrelevante. El BGH consideró que este era el caso en un supuesto de desviación de un 13% respecto de los datos del fabricante⁴⁰⁷. En cambio, una desviación de menos del 10% debe ser irrelevante⁴⁰⁸.

3. Responsabilidad por el interés de confianza cuando no hay deber de responder

- 18** Si el deudor **no responde** del desconocimiento del impedimento de la prestación, cabe preguntarse si al menos no tiene que indemnizar, **conforme al**

⁴⁰⁶ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 311a n. m. 13; Staudinger/*Feldmann*, 2018, § 311a n. m. 24; *Canaris* FS Heldrich, 2005, 11 (38); de otra opinión, *Hammen* FS Hadding, 2004, 41 (51 ss.).

⁴⁰⁷ BGHZ 132, 55 (respecto del § 459 en su antigua versión).

⁴⁰⁸ BGHZ 136, 94 (respecto del § 459 en su antigua versión); BGH NJW 2007, 2111.

§ 122 por analogía, el daño que se deba a que el acreedor haya confiado en la posibilidad de la prestación. Parte de la doctrina entiende que sí, considerando que el error del deudor sobre su propia capacidad de prestación tendría que tratarse como un error en las cualidades del § 119 II⁴⁰⁹. El legislador ha dejado abierta la cuestión⁴¹⁰. En contra de la comparación con el § 119 II habla el que los errores en los motivos, en principio, son irrelevantes. El § 119 II constituye en este aspecto una regulación especial que no puede extenderse a otros errores en los motivos. Al margen de esto, una responsabilidad sin culpa en estos casos es difícil de conciliar con la decisión fundamental a favor del principio de culpa (→ § 23 n. m. 1).

Bibliografía: *Canaris*, Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit, FS Heldrich, 2005, 11; *Ehmann*, Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung oder Schlechtleistung?, FS Canaris I, 2007, 165; *Hammen*, Stellvertretendes commodum bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung für jedermann?, FS Hadding, 2004, 41; *Katzenstein*, Die Nichterfüllungshaftung nach § 311a Abs. 2 BGB, JR 2003, 447; *Kohler*, Probleme der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung gem. § 311a Abs. 2 BGB, JURA 2006, 241; *S. Meier*, Neues Leistungsstörungsrecht: Anfängliche Leistungshindernisse, Gattungsschuld und Nichtleistung trotz Möglichkeit, JURA 2002, 187; *Sutschet*, Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 2005, 1404; *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung, 2006. Cfr. además las referencias relativas al § 20 y § 21.

§ 29 CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN EN LOS CONTRATOS BILATERALES

- 1 La cuantificación de la indemnización del daño en lugar de la prestación en los **contratos bilaterales** causa especiales problemas. En este caso se plantea la cuestión de cómo ha de tomarse en cuenta la contraprestación.

I. TEORÍA DE LA DIFERENCIA Y TEORÍA DE LA SUBROGACIÓN

- 2 Para cuantificar la **indemnización del daño en lugar de la prestación** se dispone de dos diferentes enfoques en el caso de los contratos bilaterales: la teoría de la subrogación y la teoría de la diferencia.

⁴⁰⁹ Así, *Canaris* JZ 2001, 499 (507 s.); HK-BGB/*Schulze* § 311a n. m. 9.

⁴¹⁰ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 166.

De acuerdo con la **teoría de la subrogación** (teoría del intercambio), el deber de contraprestación del acreedor subsiste. Del lado del deudor, el deber primario de prestación es sustituido –como subrogado– por la obligación de pagar la indemnización del daño; esta representa, como mínimo, el valor de la prestación expresado en dinero⁴¹¹. De este modo, el acreedor solo puede exigir la indemnización del daño de forma simultánea a la ejecución de la contraprestación. Así pues, la relación de intercambio se mantiene por principio; simplemente resulta modificada. En la medida en que el acreedor tenga que hacer un pago en dinero (p. e., pago del precio de compra), es posible la *compensación* conforme a los §§ 387 ss. La pretensión indemnizatoria del daño se limita entonces a la diferencia entre el valor de la prestación primaria (más los eventuales daños consecuenciales) y el importe debido como contraprestación.

- 3** De acuerdo con la **teoría de la diferencia**, el deber de contraprestación del acreedor se extingue. Como con ello termina la relación de intercambio, la pretensión de indemnización del daño se rige desde el principio por la diferencia entre el valor de la prestación primaria (más eventuales daños consecuenciales) y el valor de la contraprestación⁴¹².

Ejemplo: K ha comprado a V un automóvil por 10.000 euros (valor: 12.000 euros). Tras la conclusión del contrato, el automóvil queda completamente destruido por culpa de V. De acuerdo con la *teoría de la subrogación*, K sigue obligado a pagar el precio de compra (10.000 euros); el deber de V de entrega y traspaso del automóvil es sustituido por el deber de indemnizar el valor del automóvil con dinero (12.000 euros). Si K o V declara la compensación, K dispone de una pretensión de indemnización del daño por un importe de 2.000 euros. De acuerdo con la *teoría de la diferencia*, la pretensión indemnizatoria de K se limita desde el principio a la diferencia de 2.000 euros.

- 4** Dado que en la práctica la pretensión de contraprestación va dirigida la mayoría de las veces al dinero, ambas teorías conducen por lo general a los mismos resultados. Las diferencias surgen en los **contratos de permuta**.

Ejemplo: A permuta su bicicleta (valor: 250 euros) por un ciclomotor de B (valor: 300 euros). Antes de ejecutarse el negocio, el ciclomotor queda completamente destruido en un accidente del que B tiene la culpa. De acuerdo con la *teoría de la subrogación*, el deber de A de traspasar la bicicleta a B subsiste. La pretensión de traspaso del ciclomotor es sustituida por la pretensión de resarcimiento del valor.

⁴¹¹ Cfr. MüKoBGB/*Emmerich*, Previo al § 281 n. m. 13. El valor de la prestación solo es el daño mínimo; en el caso concreto pueden añadirse daños consecuenciales (p. e., ganancia perdida).

⁴¹² *Larenz* SchuldR I § 22 IIb.

Así pues, A puede exigir a B el pago de 300 euros de forma simultánea al traspaso de la bicicleta. De acuerdo con la *teoría de la diferencia*, A puede conservar la bicicleta y exigir a B la indemnización del daño por importe de 50 euros.

II. LA PRIORIDAD PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA DIFERENCIA

- 5 En la práctica jurídica, la cuantificación del daño se realiza por regla general conforme a la **teoría de la diferencia**⁴¹³. Si la contraprestación consiste en un *pago de dinero*, este enfoque permite una liquidación más sencilla que la teoría de la subrogación. La teoría de la diferencia prevalece también en los *casos de permuta*. Porque, por regla general, lo que responde al interés del acreedor es ejecutar la propia prestación solo si el deudor cumple con su deber de prestación. Dado que, según el § 325, resolución e indemnización del daño pueden combinarse entre sí, la teoría de la diferencia también es aplicable si el acreedor ya ha *ejecutado* la prestación que le incumbía⁴¹⁴. Así pues, el acreedor puede exigir la devolución de su prestación conforme al § 346 y hacer valer la indemnización del daño en lugar de la prestación por la diferencia⁴¹⁵.

III. DERECHO DE ELECCIÓN EN FAVOR DE LA TEORÍA DE LA SUBROGACIÓN

- 6 Por otra parte, cabe preguntarse bajo qué presupuestos puede el acreedor decidirse por la **teoría de la subrogación** para cuantificar la indemnización del daño en los casos de permuta. Aquí es aconsejable contemplar por separado la imposibilidad y el retraso de la prestación contrario al deber.
- 7 En los casos de **imposibilidad**, el derecho de elección del acreedor a favor de la teoría de la subrogación parece frustrarse por el hecho de que el deber de contraprestación se extingue conforme al § 326 I 1 (→ § 35 n. m. 5)⁴¹⁶. Sin embargo, el § 326 I 1 solo regula la cuestión de si el acreedor *tiene que* ejecutar la contraprestación. Así pues, no trata de si *se le permite* ejecutar la

⁴¹³ Cfr. *Brox/Walker SchuldR AT* § 22 n. m. 58; *Schulze/Ebers JuS2004*, 366 (369).

⁴¹⁴ Cfr. *NK-BGB/Dauner-Lieb* § 281 n. m. 62; *Canaris ZRP* 2001, 329 (333); en otro sentido, respecto del antiguo Derecho, aún *BGHZ* 87, 156 (159).

⁴¹⁵ *Palandt/Grüneberg* § 281 n. m. 22.

⁴¹⁶ Así, *Wilhelm JZ* 2001, 861 (868).

contraprestación. En los *casos de permuta* el acreedor puede tener un interés legítimo en ejecutar la contraprestación. Así pues, debe seguir teniendo la posibilidad de calcular la pretensión de indemnización del daño conforme a la teoría de la subrogación⁴¹⁷.

- 8 Para el **retraso de la prestación** contrario al deber, el § 281 IV excluye la pretensión de prestación del acreedor tan pronto como este exija la indemnización del daño en lugar de la prestación. Sin embargo, conforme a su tenor literal y posición sistemática, el precepto solo se refiere al deber de prestación del deudor y no permite extraer ninguna conclusión acerca del destino del deber de contraprestación⁴¹⁸. El § 281 IV protege únicamente la confianza del deudor en que ya no tiene que ejecutar la *prestación*⁴¹⁹. Así pues, queda abierto si al acreedor se le permite o no seguir ejecutando la *contraprestación*. No hay razones objetivas aparentes a favor de un tratamiento distinto respecto de la imposibilidad. A favor del derecho de elección del acreedor entre la teoría de la diferencia y la de la subrogación hablan también las valoraciones del § 325⁴²⁰. Por lo tanto, en los *casos de permuta* el acreedor también debe tener libertad para calcular la indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a la teoría de la subrogación, si quiere ejecutar la contraprestación.

Bibliografía: *Betz*, Die Möglichkeit der Schadensberechnung entweder nach der Differenzmethode oder nach der Surrogationsmethode, JA 2006, 60; *Kaiser*, Rückkehr zur strengen Differenzmethode bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung?, NJW 2001, 2425; *Schmidt-Recla*, Surrogationstheorie, Schuldnersschulden und § 326 BGB, ZGS 2007, 181; *Wilhelm*, Schuldrechtsreform 2001, JZ 2001, 861. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

§ 30 RESARCIMIENTO DE GASTOS INÚTILES (§ 284)

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1 La pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación puede no prosperar por el hecho de que el acreedor no haya sufrido ningún daño material indemnizable a causa de la lesión del deber, porque los perjuicios económicos

⁴¹⁷ Así también NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 283 n. m. 15; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 21.

⁴¹⁸ Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 325 n. m. 8.

⁴¹⁹ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 513.

⁴²⁰ *Jauernig/Stadler* § 281 n. m. 18.

ocasionados se habrían producido igualmente si los deberes contractuales hubieran sido cumplidos debidamente. Esta problemática puede presentarse, en particular, cuando el acreedor, confiando en obtener la prestación, ha realizado **gastos** que son inútiles debido al incumplimiento del contrato.

1. Contratos con finalidad económica

- 2 Si el acreedor ha perseguido un objetivo *económico*, se puede suponer que, si el contrato se hubiera ejecutado, habría obtenido ingresos suficientes para, por lo menos, cubrir los gastos hechos en previsión de la implementación del contrato. Por ello, la jurisprudencia ayuda al acreedor presumiendo que «habría recuperado de nuevo sus gastos mediante los provechos derivados de la contraprestación acordada» (**presunción de rentabilidad**)⁴²¹. No obstante, la presunción puede refutarse probando que los provechos producidos en caso de ejecución del contrato no habrían compensado los gastos.

Ejemplo: M arrienda a V un local comercial para llevar a cabo un evento de ventas. El evento se publicita en los medios. De aquí se derivan para M unos costes de 5.000 euros. Poco antes de la fecha acordada se pone de manifiesto que el local no puede utilizarse para el evento por no contar con suficiente protección antiincendios. M tiene frente a V una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación ex § 311a II. Puede hacer valer como daño mínimo los costes publicitarios frustrados siempre y cuando V no pruebe que los ingresos derivados del evento de ventas no habrían compensado esos gastos (por ejemplo, porque la mercancía distribuida por M es prácticamente invendible).

2. Contratos para la realización de fines inmateriales

- 3 La presunción de rentabilidad no opera en los contratos con los que el acreedor persigue un **interés ideal**. Porque en este caso está claro desde el principio que, si el contrato se hubiera ejecutado sin perturbaciones, el acreedor no habría obtenido ningún beneficio económico con el que hubieran podido compensarse los gastos hechos en previsión de la ejecución del contrato.

Ejemplos: (1) El partido P ha arrendado el pabellón comunal del municipio G para celebrar una conferencia del politólogo Catedrático Dr. X. Poco antes del evento, G

⁴²¹ BGHZ 99, 182 (196 s.); 123, 96 (99); *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT n. m. 450, 629; Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 23.

le manifiesta a P que, por error, el pabellón ha sido comprometido para otra cosa en la fecha acordada. P exige a G el resarcimiento de los costes de los anuncios de periódico y carteles publicitarios con los que se ha llamado la atención sobre la conferencia. G alega que a P no se le ha ocasionado ningún daño. Dado que para el evento no había de cobrarse entrada, los costes no se habrían compensado con ninguna ventaja material en caso de que el contrato se hubiera ejecutado debidamente⁴²².

(2) Con motivo de su boda, el señor M y la señora F han reservado la estancia de la chimenea en el restaurante de G. Por un descuido de G, cuando los invitados a la boda llegan, la estancia está ocupada por otros huéspedes. Dado que no hay ninguna alternativa razonable, la celebración se suspende. M y F exigen a G la indemnización de los costes en que han incurrido en la preparación de la celebración (impresión de tarjetas de invitación y tarjetas para las mesas; compra de decoración para las mesas). G alega que M y F no habrían generado con la celebración beneficios materiales con los que se hubieran compensado los gastos⁴²³.

- 4 Antes de la reforma del Derecho de obligaciones se defendió mayoritariamente la opinión de que, en casos semejantes, el acreedor no disponía de ninguna pretensión de resarcimiento de los gastos frustrados, porque solo había sufrido un **perjuicio inmaterial**. Este, sin embargo, en principio no sería indemnizable, de acuerdo con el § 253 (→ § 48 n. m. 1)⁴²⁴. El disfavor de los objetivos ideales que ello comporta no parece razonable. Por ello en el § 284 el legislador ha concedido al acreedor el derecho a exigir, en vez de la indemnización del daño en lugar de la prestación, el **resarcimiento de los gastos** que haya hecho confiando en obtener la prestación.

En opinión del legislador, tras la introducción del § 284 ya tampoco en los contratos con **finalidad económica** debería ser relevante la jurisprudencia acerca de la presunción de rentabilidad⁴²⁵. No obstante, en la medida en que los gastos «frustrados» deben calificarse como daños, nada se opone a que también en adelante puedan ser indemnizados desde la perspectiva de la «indemnización del daño en lugar de la prestación»⁴²⁶. Por otra parte, de todas formas, al acreedor tampoco se le prohíbe apoyarse en el § 284 en el caso de los contratos con finalidad económica⁴²⁷. Por lo tanto, dispone de un derecho de elección a este respecto⁴²⁸.

⁴²² Cfr. BGHZ 99, 182.

⁴²³ OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912.

⁴²⁴ BGHZ 99, 182 (196 ss.); OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912 (2913); discrepante, OLG Köln VersR 1994, 1355.

⁴²⁵ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 144.

⁴²⁶ Así, también, LG Bonn ZGS2003, 477 (480); Staudinger/Schwarze, 2014, § 280 n. m. E 128; HK-BGB/Schulze § 281 n. m. 21.

⁴²⁷ BGH NJW 2005, 2848 (2850); MüKoBGB/Ernst § 284 n. m. 5; Palandt/Grüneberg § 284 n. m. 3.

⁴²⁸ Cfr. S. Lorenz NJW 2004, 26 (28) con más referencias.

II. PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN DE RESARCIMIENTO DE GASTOS

1. Presupuestos generales

- 5 La pretensión de resarcimiento de los gastos inútiles tiene, en primer lugar, los mismos presupuestos que la pretensión de **indemnización del daño en lugar de la prestación por lesión del deber** ex §§ 280 I y III y 281-283. Esto se deduce del contexto sistemático, así como de la fórmula «en vez de» del § 284. No obstante, al examinar los presupuestos generales del § 280 I, hay que tener en cuenta que el acreedor no tiene que haber sufrido un daño indemnizable. Porque el § 284 trata precisamente de poner remedio en los casos en los que la pretensión no prosperaría por la ausencia de un daño. Habida cuenta su posición sistemática, el § 284, no es *directamente* aplicable a la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación en caso de **imposibilidad originaria** (§ 311a II). Sin embargo, en este caso la pretensión de resarcimiento de los gastos se deduce del hecho de que el § 311a II 1 remite al § 284.

2. Gastos hechos en la confianza de obtener la prestación

- 6 El acreedor tiene que haber *realizado gastos*. Así pues, es necesario un *sacrificio patrimonial voluntario*, pero que, en el § 284, no se hace en interés de otro sino en *interés propio* (→ § 13 n. m. 2).

Ejemplo (BGH NJW 2005, 2848): En la compra de un automóvil, el § 284 cubre, entre otros, los costes para adquirir un equipamiento adicional (que no puede utilizarse de otra manera), así como los costes de transporte y matrícula (más detalles a este respecto, SchuldR BT § 4 n. m. 77).

Los gastos tienen que haberse realizado **en la confianza de obtener la prestación** y haberse efectuado de manera que el acreedor, desde un punto de vista valorativo, *razonablemente podía hacerlos*. Esto último es una particular manifestación del deber de mitigar el daño ex § 254 II 1 (→ § 50 n. m. 18). Por lo tanto, no son resarcibles los gastos que se han realizado *precipitadamente* pese a haber claros indicios de la frustración del contrato⁴²⁹.

⁴²⁹ Jauernig/Stadler § 284 n. m. 6; Canaris JZ 2001, 499 (517).

- 7 Es dudoso hasta qué punto pueden hacerse **gastos de lujo**. En la doctrina se apunta, con razón, que, en principio, ha de respetarse la libertad de decisión del acreedor en sus propios asuntos. Si el comprador de una pintura hace fabricar un marco confiando en la debida ejecución del contrato, por lo general no por ello podrá oponérsele que el marco es demasiado caro en relación con el valor de la pintura⁴³⁰. Sin embargo, no toda decisión del acreedor, por caprichosa que sea, puede atribuirse a la esfera de riesgos del deudor. Cabría pensar, por ejemplo, en el caso de que el comprador de una pintura de un valor de 1.000 euros haga fabricar un marco por 10.000 euros. Ante una desproporción tan extrema, al acreedor se le impide, conforme a la buena fe, repercutir en el deudor la totalidad de los gastos⁴³¹.

3. Falta de consecución del fin a causa de la lesión del deber

- 8 Es preciso que la **finalidad** de los gastos no se haya **alcanzado**. La falta de consecución del fin tiene que deberse precisamente a la *lesión del deber* del deudor. Este puede exonerarse si la finalidad de los gastos tampoco se hubiera alcanzado si la conducta hubiera sido la debida (§ 284, parte 2). Así pues, en el caso del pabellón municipal (→ § 30 n. m. 3), G podría alegar que, de todos modos, el evento no habría tenido lugar debido a una enfermedad del Prof. Dr. X. Desde un punto de vista dogmático, se trata de la *objección de conducta alternativa conforme a Derecho* (→ § 45 n. m. 27). Por lo tanto, es lógico que la **carga de la prueba** incumba al deudor⁴³².

III. RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN

- 9 El acreedor dispone de las pretensiones de indemnización del daño en lugar de la prestación y de resarcimiento de los gastos solo **de manera alternativa**⁴³³. Esto es, el acreedor tiene que decidir qué pretensión quiere hacer valer. Si exige la indemnización del daño en lugar de la prestación, en el caso de los contratos con finalidad económica los gastos realizados constituyen el daño

⁴³⁰ *Canaris* JZ 2001, 499 (517).

⁴³¹ Así, también, *Palandt/Grüneberg* § 284 n. m. 6.

⁴³² *Canaris* DB 2001, 1815 (1820); críticamente, *Altmeyden* DB 2001, 1399 (1405).

⁴³³ *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 284 n. m. 18.

mínimo según la presunción de rentabilidad (→ § 30 n. m. 4); no obstante, el acreedor puede probar un daño superior (p. e., la ganancia perdida del § 252).

Ejemplo: En el caso del evento de ventas (→ § 30 n. m. 2) se puede probar que, de haberse desarrollado normalmente los acontecimientos, M habría obtenido una ganancia de al menos 3.000 euros. Por tanto, dispone de una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación por un importe de 8.000 euros. Se excluye una pretensión de resarcimiento de los gastos conforme al § 284 junto con la anterior porque, de lo contrario, los gastos de M por importe de 5.000 euros se computarían dos veces.

Bibliografía: *Dedek*, Entwertung von Aufwendungen durch Schlechterfüllung im Kaufvertrag, ZGS 2005, 409; *Ellers*, Zu Voraussetzungen und Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs gem. § 284 BGB, JURA 2006, 201; *Fischinger/Wabnitz*, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, ZGS 2007, 139; *Fleck*, Begriff und Funktion der »Billigkeit« bei § 284 BGB, JZ 2009, 1045; *Grigoleit*, Neuregelung des Ausgleichs »frustrierter« Aufwendungen (§ 284 BGB): Das ausgefallene Musical, ZGS 2002, 122; *Gsell*, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, en Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 321; *S. Lorenz*, Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, 26; *Schackel*, Negatives Interesse bei Nichterfüllung von Verträgen, ZEuP 2001, 248; *Schneider*, § 284 BGB – zur Vorgeschichte und Auslegung einer neuen Norm, 2007; *Stoppel*, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB, AcP 204 (2004), 81; *Tröger*, Investitionsschutz nach § 284 BGB, ZGS 2005, 462; *Unholtz*, Der Ersatz »frustrierter Aufwendungen« unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004; *Weitemeyer*, Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB, AcP 205 (2005), 275. Cfr. también las referencias relativas al § 20.

§ 31 LA PRETENSIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN (§ 285)

- 1 Específicamente para el caso de la **imposibilidad** y de los impedimentos de la prestación equiparados a ella (§ 275), el § 285 concede al acreedor una pretensión de restitución de la indemnización que el deudor haya obtenido por el objeto debido (el llamado *commodum representativo*). Se trata de un fundamento *autónomo* de pretensión que no está vinculado con el § 280 I. Por consiguiente, no tiene que haber una lesión del deber. Tampoco es necesario que el deudor sea responsable de la imposibilidad. El acreedor ni siquiera tiene que demostrar que se le ha ocasionado un daño⁴³⁴.

⁴³⁴ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 22 n. m. 26.

La pretensión de restitución de la indemnización **no** puede calificarse como **pretensión indemnizatoria del daño**. No obstante, la posición sistemática del § 285 justifica tratar la pretensión en este lugar.

I. PRESUPUESTOS

1. Relación obligatoria

- 2 El § 285 es aplicable a todas las **relaciones obligatorias** contractuales y legales⁴³⁵. El precepto también se aplica a la pretensión de restitución ex § 346 I⁴³⁶. A la pretensión real restitutoria del propietario frente al poseedor ex § 985 no le es aplicable el § 285 habida cuenta las regulaciones especiales de los §§ 989 y 990, que son prioritarias⁴³⁷. La relación obligatoria debe contener la obligación del deudor a la **prestación** de un objeto. No basta una relación obligatoria precontractual (§ 311 II) con los deberes de protección del § 241 II.
- 3 El concepto de **objeto** se interpreta ampliamente y abarca no solo objetos corporales (cosas) sino también derechos, incluidos los derechos sobre bienes inmateriales⁴³⁸. El § 285 es aplicable a las *deudas genéricas* solo después de la concreción (§ 243 II). Porque para aplicar el precepto debe constar que lo se debían eran justamente las cosas por las que se obtuvo la indemnización⁴³⁹. A los contratos de servicios y de obra en principio no les es aplicable el § 285, según la opinión dominante⁴⁴⁰. Para justificarlo se señala que las acciones no son «objetos». Sin embargo, el argumento literal no parece irrefutable porque, de todas maneras, las acciones pueden constituir el **objeto de un deber de prestación**⁴⁴¹. Aparte de eso, el § 285 remite expresamente también al § 275 III; sin embargo, la imposibilidad personal solo tiene importancia práctica en los contratos de servicios y de obra (→ § 21 n. m. 26). Esto indica que el § 285 también debe ser relevante en los contratos de servi-

⁴³⁵ Cfr. HK-BGB/Schulze § 285 n. m. 2; Palandt/Grüneberg § 285 n. m. 3.

⁴³⁶ NK-BGB/Dauner-Lieb § 285 n. m. 2; PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 285 n. m. 2; de otra opinión, Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 13; §§ 346 ss. como regulación especial excluyente.

⁴³⁷ Palandt/Grüneberg § 285 n. m. 4.

⁴³⁸ MüKoBGB/Emmerich § 285 n. m. 4.

⁴³⁹ Erman/Westermann § 285 n. m. 3; Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 26.

⁴⁴⁰ Así, NK-BGB/Dauner-Lieb § 285 n. m. 5; Palandt/Grüneberg § 285 n. m. 5; MüKoBGB/Emmerich § 285 n. m. 5; respecto del § 281 en su antigua versión, BGHZ 25, 1 (10); OLG Dresden NJW-RR 1998, 373.

⁴⁴¹ Cfr. Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 24.

cios y de obra⁴⁴². En todo caso, las partes pueden extender expresa o implícitamente el ámbito de aplicación del § 285 a dichos contratos.

2. Exclusión del deber de prestación conforme al § 275

- 4 El deber de prestar el objeto debido debe estar **excluido** conforme al § 275. Es irrelevante si la exclusión del deber de prestación se debe a una imposibilidad originaria o sobrevenida (→ § 28 n. m. 16).

El § 285 se refiere, conforme a su tenor literal, a todos los casos del § 275. Sin embargo, si, con la opinión dominante, se parte de que el § 285 no es aplicable a los contratos de servicios y de obra, la **imposibilidad personal** del § 275 III no tiene relevancia práctica alguna⁴⁴³.

3. Obtención de un subrogado

- 5 El deudor debe haber obtenido por el objeto debido una **indemnización** o una **pretensión indemnizatoria**. Queda comprendida cualquier ventaja patrimonial que sustituya económicamente al objeto que realmente se debía⁴⁴⁴. Pero es necesario que la ventaja patrimonial se haya producido precisamente a causa de la circunstancia por la cual según el § 275 la prestación no tiene que ser ejecutada. Son ejemplos de ello la pretensión de prestación frente al *asegurador* del objeto dañado o destruido, o la pretensión de indemnización del daño frente al tercero que ha dañado o destruido el objeto.
- 6 Si el deber de prestación está excluido conforme al § 275 porque el deudor ha enajenado el objeto debido a un tercero, se plantea la cuestión de si el acreedor puede exigir la **restitución de los ingresos derivados de la enajenación** de acuerdo con el § 285 (el llamado *commodum ex negotiatione*). Lo problemático aquí es que la pretensión del deudor frente al tercero, que tiene por objeto el pago del precio de compra, se basa en el negocio obligatorio (contrato de compraventa), mientras que la exclusión del deber de prestación conforme al § 275 ha sido causada por el negocio real (traspaso). En rigor, por tanto, el deudor *no* ha obtenido la pretensión relativa a los ingresos derivados de la

⁴⁴² Cfr. Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 24; PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 285 n. m. 2; Löwisch NJW 2003, 2049 (2052); con dudas, MüKoBGB/Emmerich § 285 n. m. 6.

⁴⁴³ NK-BGB/Dauner-Lieb § 285 n. m. 7.

⁴⁴⁴ HK-BGB/Schulze § 285 n. m. 5; PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 285 n. m. 4.

enajenación a causa de la circunstancia que ha conducido a la exclusión del deber de prestación. Sin embargo, desde un punto de vista valorativo, no sería razonable dejar al deudor una ganancia que solo podía lograr mediante una conducta contraria al contrato. El fin del § 285 exige, por tanto, aplicar el precepto también a los ingresos derivados de la enajenación⁴⁴⁵.

4. Identidad del objeto debido y del objeto sustituido

- 7 El subrogado tiene que haberse obtenido precisamente por el objeto que en realidad tendría que haberse prestado. Así pues, es necesaria la **identidad** entre el objeto debido y el sustituido⁴⁴⁶. Si la cosa arrendada ha sido destruida, el arrendador no tiene por ello que restituir al arrendatario la suma asegurada obtenida por la destrucción. Porque la prestación realmente debida consiste en la cesión de la posesión de la cosa; la suma asegurada, en cambio, se refiere a la propiedad⁴⁴⁷.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 8 Si se dan los presupuestos del § 285, el acreedor dispone de una pretensión de **restitución** de la indemnización recibida o de **cesión** de la pretensión indemnizatoria. Si el acreedor hace valer la pretensión, el deber de contraprestación subsiste de acuerdo con el § 326 III (→ § 35 n. m. 23 s.). Por tanto, la pretensión ex § 285 tiene relevancia práctica sobre todo cuando la indemnización o pretensión indemnizatoria sobrepasa el valor de la contraprestación, p. e., porque la cosa destruida estaba asegurada a valor de reposición o el deudor ha conseguido unos altos ingresos con la enajenación.

Ejemplo: K ha comprado a V un automóvil de segunda mano (valor: 8.000 euros) por un precio de 7.5000 euros. El 15.3 V vende y traspasa el vehículo a D a cambio del pago de 9.000 euros.

K tiene frente a V una pretensión de restitución de los 9.000 euros ex § 285. Ciertamente, al hacer valer esta pretensión tiene que abonar el precio de compra, según el § 326 III. Sin embargo, tras la compensación, sigue habiendo una diferencia de 1.500 euros.

⁴⁴⁵ BGHZ 46, 260 (264); MüKoBGB/Emmerich § 285 n. m. 22 s.; Brox/Walker SchuldR AT § 22 n. m. 27; críticamente, Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 424.

⁴⁴⁶ BGHZ 25, 1 (8); 46, 260 (264); BGH NJW 2006, 2323 = JA 2007, 226 (Looschelders).

⁴⁴⁷ HK-BGB/Schulze § 285 n. m. 7; Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 44.

III. CONCURSOS

- 9 Según el § 285 II, el ejercicio de la pretensión de restitución de la indemnización no excluye la pretensión de *indemnización del daño en lugar de la prestación*. Pero el valor del *commodum* representativo **ha de imputarse** a la pretensión indemnizatoria. Si el acreedor exige conforme al § 284 el resarcimiento de los *gastos* inútiles, el § 285 II ha de aplicarse por analogía⁴⁴⁸.

Bibliografía: *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum, 1999; *Ehmann/Rust*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum aufgrund Sachmangels, JURA 1996, 247; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007; *Jochem*, Eigentumsherausgabeanspruch und Ersatzherausgabe, MDR 1975, 177; *Knütel*, § 281 BGB beim Rückgewähranspruch, JR 1983, 355; *Lehmann/Zschache*, Das stellvertretende Commodum, JuS 2006, 502; *Linardatos/Russmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum bei Rückgewährmöglichkeit, JURA 2013, 861; *Löwisch*, Herausgabe von Ersatzverdienst – Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB auf Dienst- und Werkverträge, NJW 2003, 2049; v. *Olshausen*, Voraussetzungen und Verjährung des Anspruchs auf ein stellvertretendes commodum bei Sachmängeln, ZGS 2002, 194; *Sieg*, Die Versicherungsentschädigung als Surrogat für unmöglich gewordene Sachleistung, VersR 1996, 167; *Wackerbarth*, § 285 BGB und die Lehre vom effizienten Vertragsbruch, ZGS 2006, 369. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

SECCIÓN TERCERA. RESOLUCIÓN Y DESAPARICIÓN DEL DEBER DE CONTRAPRESTACIÓN

§ 32 EN GENERAL

I. VISIÓN GENERAL

- 1 Si al deudor le es imputable una lesión del deber o si se produce otra contravención de la prestación, en los contratos bilaterales surge la cuestión del destino del **deber de contraprestación**. Esta cuestión está regulada en los §§ 323-326. La liberación del deber de contraprestación presupone, en principio, que el acreedor *resuelva* el contrato (§§ 323, 324 y 326 V). La resolución es un *derecho de configuración* que, según el § 349, se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia.

⁴⁴⁸ Erman/Westermann § 285 n. m. 11.

- 2 Si el deber de prestación del deudor está excluido conforme al § 275, por lo general la resolución carece de sentido porque, de todos modos, el acreedor no puede mantener el contrato⁴⁴⁹. Por ello el § 326 I prevé que, en caso de **imposibilidad**, el deber de contraprestación se extingue regularmente *por virtud de la ley*.
- 3 A diferencia de los §§ 280 ss., los §§ 323 ss. solo se aplican, en principio, a los contratos bilaterales. Esto se explica por el hecho de que, en el caso de los contratos que obligan a una sola de las partes y de las relaciones obligatorias precontractuales, no hay deber de contraprestación cuyo destino deba considerarse. La desaparición del deber de contraprestación conforme al § 326 I 1 se debe al vínculo sinalagmático entre los deberes principales de prestación (→ § 15 n. m. 14 ss.)⁴⁵⁰. El vínculo entre los deberes principales de prestación en el contrato bilateral también es un motivo central del derecho de resolución del § 323⁴⁵¹. Por ello una parte de la doctrina limita también el ámbito de aplicación del § 323 a la lesión de los deberes que se encuentran en una relación de intercambio⁴⁵². Según un enfoque más amplio, se incluyen también los deberes accesorios de prestación que están inseparablemente unidos a los deberes recíprocos. Se trata, en lo sustancial, de aquellos deberes accesorios de prestación que han de asegurar y proteger el intercambio de las prestaciones y que, atendiendo a los acuerdos de las partes, no tienen solo una importancia meramente secundaria⁴⁵³. A favor del enfoque más amplio habla el que, conforme a la concepción del legislador, la diferenciación entre deberes de prestación principales y secundarios no debería ser decisiva en el § 323⁴⁵⁴. Sin embargo, por la estrecha conexión del § 323 con el intercambio de las prestaciones, se rechaza, con razón, la aplicación analógica del precepto a los contratos que obligan a una sola de las partes⁴⁵⁵. En el § 324 se atiende a la lesión de un deber de protección (§ 241 II), que, conforme a su naturaleza, no está en sinalagma con el deber de contraprestación. Esto tiene como consecuencia que el § 324 puede apli-

⁴⁴⁹ Cfr. *Canaris* JZ 2001, 499 (508).

⁴⁵⁰ Cfr. BeckOK BGB/*Schmidt*, 50. Ed. 1.5.2019, § 320 n. m. 2 y § 326 n. m. 2.

⁴⁵¹ Cfr. *Canaris* FS Kropholler, 2008, 3 (4 ss.).

⁴⁵² Así, MüKoBGB/*Ernst* § 323 n. m. 13.

⁴⁵³ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2014, § 323 n. m. B 5 ss.; *Erman/Westermann* § 323 n. m. 5.

⁴⁵⁴ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 183.

⁴⁵⁵ Cfr. *Palandt/Grüneberg* § 323 n. m. 3; MüKoBGB/*Ernst* § 323 n. m. 13; a favor del § 323 I, también *Canaris* FS Kropholler, 2008, 3 (5); sin embargo, a favor del § 323 II, *Canaris* FS Kropholler, 2008, 3 (14 s.).

carce por analogía a los contratos que obligan a una sola de las partes y en caso de lesiones de los deberes precontractuales de protección (→ § 34 n. m. 2).

II. ESTRUCTURA BÁSICA PARALELA A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN

- 4 El legislador ha configurado los preceptos relativos a la resolución y a la desaparición del deber de contraprestación (§§ 323 ss.) *de manera paralela* a los preceptos sobre la **indemnización del daño en lugar de la prestación** (§§ 281 ss.).
- 5 Lo mismo que la indemnización del daño en lugar de la prestación, también la resolución afecta a la cuestión de los presupuestos bajo los cuales puede el acreedor renunciar a la regular ejecución del contrato. Por tanto, dado que ambas pretensiones o derechos pueden conducir a los **mismos resultados**, los presupuestos tienen que ser, por principio, los mismos, si se trata de que no haya contradicciones valorativas. Por consiguiente, no puede sorprender que, de nuevo, aparezcan en los §§ 323 ss. los «presupuestos adicionales» de los §§ 281-283.
- 6 No obstante, es llamativo que la ley **no** establezca para la resolución y la desaparición del deber de contraprestación un **supuesto de hecho básico** unitario (como el § 280 I). Es cierto que en la discusión de la reforma se consideró establecer un supuesto de hecho unitario para la resolución. Sin embargo, el legislador renunció a ello para que el aplicador del Derecho pudiera deducir los respectivos presupuestos de la resolución directamente de los distintos supuestos de hecho⁴⁵⁶. Desde el punto de vista dogmático hay que celebrar esta decisión, porque los derechos de resolución se basan en consideraciones diferentes⁴⁵⁷.
- 7 La falta de un supuesto de hecho unitario tiene como consecuencia que la nota de la **lesión del deber** no constituye un presupuesto general del supuesto de hecho de los §§ 323, 324 y 326. Esta técnica reguladora ha permitido incluir la **imposibilidad originaria** en el § 326. Así pues, el precepto regula también aquellos casos que, en caso de indemnización del daño en lugar de la prestación, han de resolverse mediante el § 311a.

⁴⁵⁶ BT-Drs. 14/6040, 183; *Canaris FS Kropholler*, 2008, 3 (21).

⁴⁵⁷ Detalladamente al respecto, *Canaris FS Kropholler*, 2008, 3 ss.



Resumen 3: Resolución y desaparición del deber de contraprestación.

III. RENUNCIA AL DEBER DE RESPONDER

- 8 Un rasgo esencial de los §§ 323 ss. es la renuncia al deber del deudor de responder de la lesión del deber o de la causa de la resolución. La justificación de la resolución radica únicamente en que el deudor no ha ejecutado la prestación o no lo ha hecho conforme al contrato⁴⁵⁸, o ha lesionado un deber de protección en el sentido del § 241 II. Si hay tal **lesión del deber** y también se dan los **otros presupuestos** (expiración del plazo o inexigibilidad), el acreedor tiene un legítimo interés en desvincularse del contrato. Esto debe reconocerse incluso si el deudor **no es responsable** de la causa de la resolución.

Para profundizar: En los contratos de compraventa de cosas muebles entre un consumidor y un empresario, se da la particularidad de que, no obstante lo dispuesto por el § 271 I, las prestaciones a ejecutar conforme al § 433 solo pueden exigirse *sin demora* (§ 475 I; → § 12 n. m. 23). Conforme a la definición legal del § 121 I, sin demora significa «sin retraso culpable». De ahí que, si una parte resuelve el contrato de compraventa por el retraso de la prestación, al examinar la «omisión de la prestación» conforme al § 323 I sea relevante, excepcionalmente, la «culpa» de la otra parte (→ SchuldR BT § 14 n. m. 8)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 184; MüKoBGB/Ernst, Previo al § 323 n. m. 3.

⁴⁵⁹ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 487.

IV. RESOLUCIÓN E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 9 Según el antiguo Derecho, el acreedor tenía que decidir si, a causa del incumplimiento, quería resolver el contrato o exigir la indemnización del daño. Esto conducía a resultados insatisfactorios si el acreedor había declarado precipitadamente la resolución. Para resolver esta problemática, el § 325 preceptúa que la **pretensión indemnizatoria del daño no queda excluida** por la resolución.

Sin embargo, el significado del § 325 no se agota en proteger al acreedor en el caso de una resolución precipitada. Antes bien, el acreedor conserva la posibilidad de **combinar** entre sí la resolución y la indemnización del daño. Sin embargo, a tal efecto ha de evitarse que las distintas partidas se tomen en cuenta por duplicado⁴⁶⁰.

Ejemplo: K ha comprado a V una pintura por 12.000 euros. Más tarde se comprueba que se trata de una falsificación. K resuelve el contrato conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 326 V y exige la indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a los §§ 434, 437 n. 3 y 311 a II. Alega que habría podido revender el cuadro con una ganancia de 3.000 euros.

Debido a la resolución, K puede exigir conforme al § 346 I la devolución del precio de compra de 12.000 euros. La pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación asciende, si se considera aisladamente, a 15.000 euros. Pero en esto está incluido el precio de compra. No hace falta decir que K no puede reclamar por duplicado los 12.000 euros.

- 10 La coexistencia de resolución e indemnización del daño vale para **todo tipo de daños**. Así pues, después de resolver, el acreedor puede exigir no solo la indemnización del daño en lugar de la prestación, sino también la simple indemnización del daño y la indemnización del daño por retraso⁴⁶¹. Si el comprador ha resuelto el contrato por un vicio de la cosa comprada –en la práctica, la mayoría de las veces, un automóvil–, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación comprende también el **daño por pérdida de utilidad** ocasionado a consecuencia de la restitución de la cosa comprada viciosa (→ § 25 n. m. 14)⁴⁶². El hecho de que, en caso de resolución, el comprador tenga por su parte que resarcir al vendedor el valor de las utilidades percibidas conforme al § 346 I y II n. 1 (→ § 40 n. m. 27), no

⁴⁶⁰ *Canaris* JZ 2001, 499 (514).

⁴⁶¹ *Soergel/Gsell* § 325 n. m. 3; *Palandt/Grüneberg* § 325 n. m. 2 ss.; en particular sobre el daño por retraso, *Herresthal* JuS2007, 798 ss.

⁴⁶² BGHZ 174, 290 = NJW 2008, 911; BGH NJW 2010, 2426.

excluye tal pretensión porque, de acuerdo con las valoraciones del § 325, no cabe recurrir al régimen jurídico de las consecuencias de la resolución para limitar la pretensión de indemnización del daño del comprador⁴⁶³. Pero el comprador está obligado, por su **deber de mitigar el daño** ex § 254 II 1 (→ § 50 n. m. 18 ss.), a adquirir lo antes posible un vehículo de sustitución para minimizar los costes de alquiler de otro vehículo devengados en el tiempo intermedio⁴⁶⁴.

Bibliografía: *Canaris*, Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB, FS Kropholler, 2008, 3; *Gsell*, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, 643; *Herresthal*, Der Ersatz des Verzugschadens beim Rücktritt vom Vertrag, JuS 2007, 798. Cfr. además las referencias relativas al § 20.

§ 33 RETRASO DE LA PRESTACIÓN Y PRESTACIÓN DEFECTUOSA

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 1 El § 323 regula el caso en que la prestación debida no es ejecutada o no es ejecutada conforme al contrato. A este respecto, el precepto se corresponde con el § 281. Quedan comprendidos el **retraso de la prestación y la prestación defectuosa**. La omisión de la prestación por imposibilidad está regulada por separado en el § 326. El § 324 se aplica a la resolución por lesión de los deberes de protección. Hay que tener en cuenta, además, que en el § 323 el deber de prestación lesionado tiene que estar en una **relación de reciprocidad** o tener un significado esencial para el cumplimiento de un deber existente en esa relación (→ § 32 n. m. 3).

En la medida en que el § 323 se refiere a la **omisión de la prestación**, basta, como en el § 281, el incumplimiento de una pretensión eficaz, vencida y exigible del acreedor (→ § 22 n. m. 4 ss.; → § 27 n. m. 7). Así pues, tampoco aquí tienen que darse los presupuestos de la *mora* (§ 286)⁴⁶⁵. Por ello, tampoco es necesario que el deudor sea responsable del retraso (cfr. § 286 IV). La renuncia al deber de responder se justifica, aquí también, por el estrecho vínculo de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (→ § 15 n. m. 14). Si el deudor tampoco ejecuta (o no ejecuta conforme al contrato)

⁴⁶³ Soergel/*Gsell* § 325 n. m. 3; MüKoBGB/*Ernst* § 325 n. m. 11.

⁴⁶⁴ BGH NJW 2010, 2426 (2429).

⁴⁶⁵ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 184; Palandt/*Grüneberg* § 323 n. m. 9.

una prestación vencida después de transcurrir un plazo adicional razonable, el acreedor tiene que poder desvincularse del contrato sin que ello dependa de un deber de responder⁴⁶⁶. El acreedor tampoco tiene que requerir al deudor, si bien con la fijación de un plazo se alcanza por lo general el mismo fin que con la intimación.

El grupo de casos de **prestación defectuosa** abarca también el saneamiento por *vicios jurídicos y materiales* en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra. Los §§ 437 n. 2 y 634 n. 3 remiten a este respecto al § 323. De nuevo hay que tener en cuenta que las prestaciones defectuosas *irreparables* (→ § 22 n. m. 17) han de tratarse conforme a las reglas relativas a la imposibilidad. Por eso los §§ 437 n. 2 y 634 n. 3 remiten también a la resolución conforme al § 326 V.

II. NECESIDAD DE FIJACIÓN DE UN PLAZO

- 2 El retraso de la prestación y la prestación defectuosa se caracterizan por el hecho de que la prestación se puede realizar más tarde como es debido. En esta situación, la *prioridad de la pretensión de cumplimiento* exige darle de nuevo al deudor que esté dispuesto a cumplir la oportunidad de cumplir con sus deberes contractuales. De ahí que el acreedor esté obligado, conforme al § 323 I, a **fijar** al deudor un **plazo** razonable para la prestación o la subsanación; solo después de que el plazo expire sin éxito puede resolver el contrato. Si por el tipo de lesión del deber no procede fijar un plazo, es necesaria en su lugar una *intimación*, igual que en el § 281 III (§ 323 III).

Respecto del *contenido* y el *momento* de la fijación del plazo, así como la *razonabilidad* del plazo, son aplicables los mismos principios que en el § 281 (→ § 27 n. m. 10 ss.). Como ha aclarado recientemente el BGH de forma expresa, **tampoco** en el caso del § 323 puede fijarse eficazmente el plazo **antes de que se produzca el vencimiento**⁴⁶⁷. Esto también se aplica cuando ya antes del vencimiento hay serias dudas acerca de la capacidad de prestación o la voluntad de prestación del deudor. No obstante, en este caso procede tomar en consideración una resolución conforme al § 323 IV (→ § 33 n. m. 7).

⁴⁶⁶ Cfr. *Canaris FS Kropholler*, 2008, 3 (4 ss.).

⁴⁶⁷ BGH NJW 2012, 3714 con nota de *Gutzeit* = JA 2012, 866 (*Looschelders*).

III. INNECESARIEDAD DE FIJACIÓN DE UN PLAZO

- 3 La innecesariedad de fijar un plazo está regulada en el § 323 II. En principio, la regulación fue concebida de forma paralela al § 281 II (→ § 27 n. m. 18 ss.). Sin embargo, en los detalles también hay diferencias, que se han acentuado al transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

La necesidad de fijar un plazo se suprime, en primer lugar, si el deudor **deniega** la prestación seria y definitivamente (n. 1). Al igual que en el caso del § 281 II, parte 1, una denegación seria y definitiva de la prestación solo puede aceptarse bajo estrictos presupuestos.

- 4 Según el § 323 II n. 2, la fijación de un plazo también es innecesaria si el deudor no ha ejecutado la prestación en la fecha señalada en el contrato o dentro del plazo determinado en el contrato, a pesar de que la prestación en la fecha o en el plazo debidos es esencial para el acreedor, según comunicación del acreedor antes de la conclusión del contrato o en virtud de otras circunstancias concurrentes al concluirse el contrato. Esta excepción afecta al llamado **negocio a fecha fija relativo** (→ § 21 n. m. 18). La nueva versión, que entró en vigor el 13.6.2014, transpone el art. 18 II U párrafo 2 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores. Sin embargo, la nueva versión no se aplica a los contratos con consumidores, sino a *todos los contratos*. El legislador alemán no ha pretendido cambios de contenido respecto de la antigua versión del § 323 II n. 2⁴⁶⁸. Por tanto, la incolora expresión «**esencial**» puede concretarse mediante los criterios anteriores. Conforme a ello, la esencialidad se da, en todo caso, si la observancia de la fecha o del plazo es tan importante para el acreedor que, con ello, el contrato debe «mantenerse en pie o caer»⁴⁶⁹.

La nueva versión se diferencia del § 323 II n. 2 en su antigua redacción, sobre todo, por el hecho de que la deuda a fecha fija relativa ya no tiene que establecerse «en el contrato». Antes bien, basta con que el deudor, por una **comunicación unilateral** del acreedor o por las **circunstancias de la conclusión del contrato**, pueda reconocer que la observancia del tiempo de la prestación es especialmente importante («esencial») para el acreedor⁴⁷⁰. Sin

⁴⁶⁸ Cfr. la Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 35.

⁴⁶⁹ BGHZ 110, 88 (96); BGH NJW 2001, 2878; Staudinger/Martinek Eckpfeiler A. n. m. 50; PWW/Stürner § 323 n. m. 31; Palandt/Grüneberg § 323 n. m. 20; Brox/Walker SchuldR AT § 23 n. m. 63.

⁴⁷⁰ Sobre esta diferencia, BeckOK BGB/Schmidt, 50. Ed. 1.5.2019, § 323 n. m. 28.

embargo, dado que al interpretar el contrato han de tomarse en cuenta las comunicaciones unilaterales de una parte y las demás circunstancias de la conclusión del contrato, la relevancia práctica de esta distinción es escasa. En el tráfico negocial entre empresarios se han generalizado determinadas expresiones (p. e., «fecha fija», «en punto», «a más tardar», «inmediato») con las que hay que suponer un negocio a fecha fija⁴⁷¹. En este sentido, el negocio a fecha fija relativo seguirá basándose en la mayoría de los casos en un acuerdo contractual.

Para profundizar: Es dudoso si el § 323 II n. 2 puede aplicarse por analogía en el marco del § 281. En contra de la analogía habla que el legislador ha circunscrito a sabiendas la especial regulación de los negocios a fecha fija relativos a la resolución⁴⁷². En cuanto al contenido, la diferenciación se justifica por el hecho de que el deber de indemnizar el daño es mucho más gravoso para el deudor que la resolución⁴⁷³. No obstante, no se excluye tomar en consideración la idea normativa del § 323 II n. 2 en la ponderación de intereses del § 281 II, parte 2⁴⁷⁴.

En la *compraventa mercantil a fecha fija*, la innecesariedad de fijar un plazo se deduce del § 376 HGB. Esto se aplica tanto a la resolución como a la pretensión de indemnización del daño. La diferencia más importante respecto del BGB consiste en que, en la compraventa mercantil a fecha fija, la *pretensión de cumplimiento* solo subsiste si, inmediatamente después de transcurrir el tiempo o el plazo, el acreedor ha indicado al deudor que insiste en el cumplimiento (§ 376 I 2 HGB). Esto se apoya en la idea de que, en la compraventa mercantil a fecha fija, por regla general, el comprador no está interesado en una prestación posterior. Sin embargo, esta regulación es claramente más desfavorable para el comprador que el § 323 II n. 2⁴⁷⁵. La relación entre el § 376 HGB y el § 323 II n. 2 es controvertida. Parte de la doctrina reconoce a las partes un derecho de elección⁴⁷⁶. Por el contrario, la opinión dominante ve el § 376 HGB como *regulación especial*, que tiene prioridad respecto del § 323 II n. 2⁴⁷⁷. Sin embargo, el problema es que, según el § 345 HGB, el § 376 HGB también es aplicable a los negocios mercantiles unilaterales. No obstante, en los contratos de compraventa entre un consumidor y un empresario, el trato menos favorable del comprador no es compatible con el art. 18 II U párrafo 2 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

⁴⁷¹ NK-BGB/Dauner-Lieb/Dubovitskaya § 323 n. m. 26b; PWW/Stürmer § 323 n. m. 31; Palandt/Grüneberg § 323 n. m. 20.

⁴⁷² Así, también, MüKoBGB/Ernst § 281 n. m. 64, § 323 n. m. 122.

⁴⁷³ Schwarze AcP207 (2007), 437 (453).

⁴⁷⁴ Parecidamente, NK-BGB/Dauner-Lieb § 281 n. m. 42.

⁴⁷⁵ Cfr. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Müller, HGB, 3. Aufl., 2015, § 376 n. m. 10.

⁴⁷⁶ Así, *Canaris HandelsR* § 29 n. m. 35; *Canaris FS Konzen*, 2006, 43 (49): «concurrentia alternativa».

⁴⁷⁷ Así, MüKoHGB/Grunewald § 376 n. m. 4; Roth en Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl., 2019, § 376 n. m. 2; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Müller, HGB, 3. Aufl., 2015, § 376 n. m. 13.

- 5 En caso de **prestación no ejecutada conforme al contrato**, la necesidad de fijar un plazo se suprime también si se dan **motivos especiales** que, ponderando los intereses de ambas partes, justifican la resolución inmediata (n. 3). De acuerdo con la versión vigente hasta el 12.6.2014, la innecesiedad de la fijación de un plazo por motivos especiales también era aplicable al caso de que el deudor no ejecutara una prestación vencida (omisión de prestación pese a ser posible). Sin embargo, al transponer la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el legislador limitó el ámbito de aplicación del § 323 II n. 3 a la prestación no conforme al contrato, porque el art. 18 II U párrafo 2 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores no prevé para el retraso de la prestación una excepción análoga de la exigencia de fijar un plazo. Sin embargo, la Directiva solo es aplicable a los contratos de compraventa entre consumidores y empresarios. Por tanto, fuera de su ámbito de aplicación sigue siendo admisible, en todo caso, apoyar en el principio general de la buena fe (§ 242) la innecesiedad de fijar un plazo cuando concurren motivos especiales en los casos de retraso de la prestación⁴⁷⁸.

Para profundizar: Dado que la Directiva sobre los derechos de los consumidores solo es aplicable a los contratos con consumidores, hubiera sido posible limitar a estos el § 323 II n. 3. Sin embargo, el legislador desechó esta alternativa porque quería evitar que un consumidor, al ejercitar su derecho de resolución, fuera peor tratado que un empresario⁴⁷⁹. Aquí se ve que el concepto de la armonización plena (→ § 5 n. m. 20) no siempre conduce a soluciones satisfactorias. De acuerdo con el Derecho vigente, solo puede evitarse que el consumidor sea peor tratado si la innecesiedad de fijar un plazo basada en motivos especiales se apoya en el § 242 también en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre los derechos de los consumidores. La admisibilidad de esta forma de proceder se deduce del hecho de que el principio de la buena fe también se reconoce en el Derecho privado de la UE⁴⁸⁰.

- 6 Si el acreedor quiere resolver por un **vicio** de la cosa comprada o de la obra conforme al § 437 n. 2 o al § 634 n. 3 en relación con el § 323, respectivamente, también deberán tenerse en cuenta los supuestos de hecho especiales regulados en los §§ 440 y 636 respecto de la innecesiedad de fijar un plazo. De nuevo se aplican los mismos principios que en la indemnización del daño en lugar de la prestación (→ § 27 n. m. 20).

⁴⁷⁸ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 59; críticamente, *Wendehorst* NJW 2014, 577 (583).

⁴⁷⁹ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 59; *Staudinger/Martinek* Eckpfeiler A. n. m. 50.

⁴⁸⁰ Cfr. *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 1242 ss.; *Schmitt* en Brönneke/Tonner, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo 7, n. m. 38.

Para profundizar: En el caso de los contratos de compraventa entre consumidores y empresarios (§ 474), hay que tener en cuenta que la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo (art. 3 V) permite la resolución por un vicio de la cosa comprada ya si el vendedor no ha puesto remedio dentro de un plazo razonable; así pues, el tenor literal de la Directiva no presupone precisamente que el comprador fije un plazo. La mayor parte de la doctrina parte de que la exigencia de fijar un plazo en estos casos es contraria a la Directiva. Esto debería remediarse considerando innecesaria, en su caso, la fijación de un plazo conforme al § 323 II n. 3 por medio de la interpretación conforme a la Directiva (→ SchuldR BT § 4 n. m. 31)⁴⁸¹. El LG Hannover planteó una cuestión prejudicial al EuGH⁴⁸². No obstante, el planteamiento se refiere a un contrato de obra. Dado que la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo no se aplica a los contratos de obra, el EuGH negó su competencia⁴⁸³.

IV. RESOLUCIÓN ANTES DEL VENCIMIENTO

- 7 De acuerdo con el § 323 IV, el acreedor puede resolver ya **antes del vencimiento** si es patente que los presupuestos de la resolución se cumplirán. La regulación tiene importancia, en especial, cuando es inminente un impedimento insubsanable de la prestación o el deudor anuncia seria y definitivamente que, al vencimiento, no ejecutará la prestación debida⁴⁸⁴. En tales casos, no se puede exigir al acreedor que aguarde a que se produzca el vencimiento para, solo entonces, desvincularse del contrato. No obstante, en opinión del BGH, la resolución conforme al § 323 IV solo puede declararse antes de que se produzca el vencimiento. Según esto, la resolución debe juzgarse conforme a las reglas generales (§ 323 I y II), con lo cual, en principio, de nuevo es necesaria la fijación de un plazo⁴⁸⁵.

Ejemplo (BGH NJW 2012, 3714): K adquirió de V un inmueble por un precio de 2.850.000 euros mediante un contrato notarial de 15.1.2008. En el contrato, V se obligaba a construir en el inmueble un parque comercial que debía estar listo para ser ocupado el 30.6.2008. El 14.5.2008, V comunicó a K que, de acuerdo con los arrendatarios, había aplazado al 1.9.2008 el momento de la entrega del parque comercial. Poco después, por escrito de 3.6.2008, K fijó a V un plazo para que terminara el parque comercial antes del 31.7.2008 y, tras transcurrir el plazo infructuosamente, resolvió el contrato el 1.8.2008.

⁴⁸¹ Cfr. MüKoBGB/*Ernst* § 323 n. m. 51; BeckOK BGB/*Faust*, 50. Ed. 1.11.2018, § 437 n. m. 20; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 495; de otra opinión, Palandt/*Grüneberg* § 323 n. m. 22.

⁴⁸² LG Hannover BauR 2016, 1522.

⁴⁸³ EuGH NJW 2017, 3215.

⁴⁸⁴ BT-Drs. 14/6040, 186.

⁴⁸⁵ BGH NJW 2012, 3714 (3715 s.); críticamente, *Gutzeit* NJW 2012, 3717.

El BGH rechazó que K tuviera un derecho de resolución conforme al § 323 IV, porque la resolución se declaró después de producirse el vencimiento. El derecho de resolución conforme al § 323 I no prosperó porque la fijación de un plazo se efectuó antes de producirse el vencimiento (→ § 33 n. m. 2). En opinión del BGH, la fijación de un plazo tampoco era innecesaria conforme al § 323 II n. 1. La mera comunicación de que el momento de la entrega había sido aplazado de acuerdo con los arrendatarios no constituye una denegación seria y definitiva de la prestación. Con ello, la innecesariedad de la fijación de un plazo adicional ya solo podría deducirse del § 323 II n. 3. Sin embargo, dado que V había anunciado la terminación para el 1.9.2008, también podía negarse este presupuesto.

No existe una regulación análoga respecto de la pretensión de **indemnización del daño en lugar de la prestación** conforme a los §§ 280 I y III y 281. Sin embargo, el § 323 IV puede aplicarse aquí *por analogía* (→ § 27 n. m. 18).

V. RESOLUCIÓN EN CASO DE PRESTACIÓN PARCIAL Y DE PRESTACIÓN DEFECTUOSA

- 4 Si el **retraso** afecta solo a una parte de la prestación, el derecho de resolución se limita en principio a la parte del contrato no ejecutado (*resolución parcial*)⁴⁸⁶. Sin embargo, al acreedor puede convenirle una resolución de *todo* el contrato. Estructuralmente, esto se corresponde con el caso en que, mediando una prestación parcial, se hace valer la indemnización del daño en lugar de *toda* la prestación (→ § 27 n. m. 27). Por ello, el § 323 V 1 soluciona el problema con el mismo criterio que el § 281 I 2: conforme a ello, la resolución de todo el contrato solo es admisible si el acreedor no tiene **ningún interés** en la prestación parcial.

La aplicación del § 323 V 1 presupone que la **prestación del deudor** sea divisible. Porque, de lo contrario, no podría ejecutarse en absoluto una prestación parcial. En cambio, no está claramente regulada la cuestión de si la contraprestación **del acreedor tiene que ser divisible**. El BGH lo ha afirmado en una reciente sentencia⁴⁸⁷.

Ejemplo (BGH NJW 2010, 146): V ha vendido a K un piso por contrato notarial. Según el contrato, K debía saldar parte del precio de compra mediante la ejecución de prestaciones de obra en la fachada y el tejado de la casa. K pagó la suma acordada y ejecutó una parte de las prestaciones de obra. En cuanto a las obras pendientes, V fijó a K un plazo razonable y tras su expiración resolvió el contrato.

⁴⁸⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 187.

⁴⁸⁷ BGH NJW 2010, 146 = JA 2010, 220 (*Looschelders*).

Si se aplica el § 323 V 1 a este caso, la resolución de todo el contrato queda excluida. Que V pudiera no tener ningún interés en el pago del dinero y en las prestaciones de obra realizadas, es poco probable. Sin embargo, lo problemático es que V solo puede ejecutar su (contra)prestación –el traspaso del piso– o por entero o de ninguna manera. La valoración de intereses del § 323 V 1 no es aplicable a este caso. Dado que no es posible una liquidación retroactiva parcial, V puede resolver todo el contrato, sin que ello dependa de su interés en las prestaciones parciales ejecutadas por K.

- 9 Una problemática comparable a la del retraso de parte de la prestación se da en el caso de la **prestación defectuosa**. Porque también aquí la prestación *conforme al contrato* se ejecuta (solo) parcialmente. Dado que, la mayoría de las veces, las prestaciones defectuosas no pueden dividirse en una parte viciosa y en una libre de vicios, en principio la resolución parcial queda excluida. No obstante, cabe pensar en limitar los derechos del acreedor a la reducción (§§ 437 n. 2, 441 o §§ 634 n. 3 y 638) y (en caso de deber de responder) a la «pequeña indemnización del daño» (→ § 27 n. m. 28). El § 323 V 2 regula la cuestión en el sentido de que tal restricción solo debe operar si la lesión del deber es **irrelevante**. Para concretar la irrelevancia se aplican los mismos principios que en el § 281, de modo que cabe remitir a las explicaciones allí dadas (→ § 27 n. m. 29).

En el **régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra** hay que tener en cuenta que la prestación insuficiente se equipara, según los §§ 434 III y 633 II 3, a la entrega o realización de una cosa viciosa. Se discute si esta equiparación tiene que ser tomada en cuenta en el § 323 V⁴⁸⁸. Lo que es seguro es que la cuestión no puede juzgarse de manera distinta a como se juzga en el § 281 I. Conforme a la opinión aquí defendida (→ § 27 n. m. 31), el problema solo surge en la **prestación insuficiente oculta**; no obstante, también en este caso la aplicación del § 323 V 1 es preferente.

VI. EXCLUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN (§ 323 VI)

1. Responsabilidad del acreedor por la causa de la resolución

- 10 Si el **acreedor es responsable** único o, al menos, corresponsable del retraso o de la prestación defectuosa, surgen cuestiones particulares.

Ejemplo: B ha encargado al sastre S la confección de un traje a medida. La finalización se retrasa porque B falta repetidamente a las pruebas.

⁴⁸⁸ En sentido afirmativo, BeckOK BGB/*Faust*, 50. Ed. 1.11.2018, § 434 n. m. 114 ss.; HK-BGB/*Schulze* § 323 n. m. 14; de otra opinión, *Canaris ZRP* 2001, 329 (335); *S. Lorenz NJW* 2003, 3097 (3099); *Heiderhoff/Skamel JZ* 2006, 383 (387 ss.).

En el marco de la **pretensión de indemnización del daño** conforme a los §§ 280 I y III y 281, este caso no tiene que regularse por separado porque la (co)responsabilidad del acreedor puede tomarse en cuenta distribuyendo el daño conforme al § 254. Esta solución flexible, sin embargo, no es posible en el caso de la resolución. Aquí rige el *principio del todo o nada*: el derecho de resolución puede, o darse, o estar excluido⁴⁸⁹.

- 11** De acuerdo con el § 323 VI, alternativa 1, la resolución se excluye si el acreedor es responsable **único** o **en gran medida** de la causa de la resolución. Así pues, la exclusión no opera si ambas partes son responsables en la misma medida⁴⁹⁰. Asimismo, tampoco basta un simple predominio de la responsabilidad del acreedor. Antes bien, la corresponsabilidad debe tener tal peso que excluiría por completo una eventual pretensión de indemnización del daño conforme al § 254 (→ § 50 n. m. 25)⁴⁹¹. De este modo, también aquí existe sincronía entre la indemnización del daño en lugar de la prestación y la resolución.
- 12** El § 323 VI, alternativa 1, no regula de qué circunstancias tiene que responder el acreedor. Los §§ 276 ss. no encajan directamente porque allí solamente se regula la responsabilidad del *deudor*. Sin embargo, dado que, por principio, deudor y acreedor han de ser tratados de la misma manera, es necesaria una **aplicación analógica de los §§ 276 ss.** Por tanto, en principio el acreedor tiene que responder de su propia culpa (§ 276), así como de la culpa de sus auxiliares para el cumplimiento (§ 278).

2. Mora en la aceptación

- 13** El § 323 VI, alternativa 2, regula el caso en que la causa de la resolución se produce encontrándose el acreedor en **mora en cuanto a la aceptación** (→ § 36 n. m. 1 ss.). Aquí la resolución solo es posible si el deudor es responsable de la causa de la resolución. El alcance de esta regulación resulta ampliado por el hecho de que, según el § 300 I, en caso de mora en la aceptación, el deudor solo es responsable por dolo y por negligencia grave. En el ámbito de aplicación de los §§ 280 I y III y 281 no es necesaria una regulación excepcional análoga porque, en cualquier caso, el deudor solo responde si es responsable de la lesión del deber⁴⁹².

⁴⁸⁹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 187; NK-BGB/*Dauner-Lieb/Dubovitskaya* § 323 n. m. 48.

⁴⁹⁰ Cfr. BGH BeckRS2015, 01272 n. m. 10 = JA 2015, 868 (*Looschelders*).

⁴⁹¹ BT-Drs. 14/6040, 187; Palandt/*Grüneberg* § 323 n. m. 29.

⁴⁹² Cfr. NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 281 n. m. 57.

VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 14** El transcurso infructuoso del plazo no conduce a la exclusión automática de la pretensión de cumplimiento. Antes bien, la pretensión de cumplimiento se extingue solo cuando el acreedor declara la resolución conforme al § 349⁴⁹³. Hasta entonces, el acreedor tiene la opción de seguir exigiendo el cumplimiento o de ejercitar el derecho de resolución⁴⁹⁴. El ejercicio del derecho de resolución no queda excluido por el hecho de que, después de transcurrir el plazo, el acreedor primero haya **seguido exigiendo el cumplimiento**. Esto es, en este caso no es necesario fijar nuevamente un plazo (→ § 27 n. m. 25)⁴⁹⁵.

Si el acreedor ejercita su derecho de resolución, el contrato se transforma en una **relación obligatoria restitutoria** conforme a los §§ 346 ss. Los detalles se tratarán en la Parte sexta (→ § 40 n. m. 1 ss.).

Bibliografía: *Canaris*, Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts auf das Recht des Handelskaufs und der Kommission, FS Konzen, 2006, 43; *Müller/Matthes*, Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Bestimmung der Leistung in § 323 V bei Teilschlechtleistung und Teilleistung, AcP 204 (2004), 732; *Schwarze*, »Steht und fällt« – Das Rätsel der relativen Fixschuld, AcP 207 (2007), 437. Cfr. además las referencias relativas al § 32.

§ 34 LA LESIÓN DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

- 1** Si el deudor lesiona un **deber de protección** en el sentido del § 241 II, la exigencia de fijación de un plazo no es adecuada. De ahí que el § 324 atienda a si aún le es **exigible** al acreedor la prestación por el deudor.

I. PRESUPUESTOS

- 2** La regulación del § 324 se corresponde con el **§ 282**. Por ello, respecto de los presupuestos cabe remitir a las explicaciones relativas a ese precepto (→ § 27 n. m. 34 ss.). Esto se aplica, en particular, respecto de los principios que hay que tomar en cuenta para enjuiciar la **inexigibilidad**.

⁴⁹³ NK-BGB/*Dauner-Lieb/Dubovitskaya* § 323 n. m. 21; Palandt/*Grüneberg* § 323 n. m. 33.

⁴⁹⁴ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 323 n. m. 33.

⁴⁹⁵ Cfr. BGH NJW 2006, 1198 = JA 2006, 562 (*Kellermann*).

A diferencia de la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a los §§ 280 I y III y 282, la resolución conforme al § 324 **no** presupone que el deudor sea **responsable** de la lesión del deber. No obstante, al contrario que en el § 323 (→ § 33 n. m. 1), el deber de responder no es, de acuerdo con la ratio del § 324, completamente irrelevante y por ello puede ser tomada en consideración al enjuiciar la *exigibilidad*⁴⁹⁶. Consiguientemente, si el deudor no es responsable de la lesión del deber, las demás razones en disputa contrarias a la exigibilidad deben ser de especial peso.

Según su tenor literal, el § 324 presupone un **contrato bilateral** eficaz. Sin embargo, de acuerdo con su sentido y finalidad, el precepto es aplicable por analogía a los contratos que obligan a una sola de las partes, como el contrato de mediación (§ 652; → SchuldR BT § 37 n. m. 2) o el mandato (§ 662)⁴⁹⁷. Además, la resolución conforme al § 324 también entra en consideración si el acreedor ha concluido un contrato desfavorable a causa de la lesión de un deber **precontractual** de información o de aclaración (→ § 8 n. m. 18).

II. CORRESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR

3 También en el ámbito de aplicación del § 324 puede darse el caso de que el **acreedor** sea **responsable** único o en gran medida de la lesión del deber.

Ejemplo: Cuando, en el caso de la pechuga de pavo (→ § 27 n. m. 40), el camarero K quiere servir el vino, el cliente G golpea por descuido la bandeja con el brazo. Por ello el vino se vierte sobre la camisa blanca de G. ¿Puede G resolver?

El Proyecto del Gobierno quiso solucionar el problema **remitiendo al § 323 VI**⁴⁹⁸. Sin embargo, la Comisión de Asuntos Jurídicos suprimió la remisión considerando que las causas de exclusión reguladas en el § 323 VI *no* podían *traspasarse sin más* al § 324. La (co)responsabilidad del acreedor se podía tomar mejor en consideración en el marco de la exigibilidad⁴⁹⁹.

Debido a la inequívoca decisión del legislador, está excluida la aplicación analógica del § 323 VI. Sin embargo, esto no es ningún inconveniente, por-

⁴⁹⁶ Cfr. NK-BGB/Dauner-Lieb § 324 n. m. 11.

⁴⁹⁷ Cfr. Erman/Westermann § 324 n. m. 3; Soergel/Gsell § 324 n. m. 2; Canaris FS Kropholler, 2008, 3 (18).

⁴⁹⁸ Cfr. § 324 S.2 RE; al respecto, BT-Drs. 14/6040, 187.

⁴⁹⁹ Exposición de Motivos de la Recomendación de resolución, BT-Drs. 14/7052, 193.

que el criterio de la **exigibilidad** hace posible soluciones **más flexibles**. Así, en la exigibilidad puede tomarse en consideración un grado de corresponsabilidad más pequeño que conforme al § 323 VI⁵⁰⁰.

Bibliografía: Cfr. las referencias relativas al § 32.

§ 35 IMPOSIBILIDAD

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 1 Para el caso de la imposibilidad, el destino del deber de contraprestación está regulado en el § 326. El precepto abarca todas las situaciones en las que el **deber de prestación** está **excluido** conforme al § 275. Así pues, es aplicable no solo a la imposibilidad «real» (§ 275 I), sino también a la imposibilidad práctica y a la personal (§ 275 II y III). No obstante, en los dos últimos casos es necesario que el deudor haya hecho valer su derecho a denegar la prestación. Porque el § 326 I 1 presupone que el deudor no *tenga que* realizar la prestación⁵⁰¹. De ahí que si el deudor ejecuta la prestación con esfuerzos que exceden de lo obligatorio, el deber de contraprestación se mantenga.

En el marco del § 326 (igual que en el § 275) no importa si el impedimento de la prestación existía ya al concluirse el contrato o se ha producido con posterioridad. Así pues, comprende tanto la imposibilidad **originaria** como la **sobrevenida**. Además, tampoco es relevante si el deudor es o no responsable del impedimento de la prestación.

II. DESAPARICIÓN DEL DEBER DE CONTRAPRESTACIÓN (§ 326 I)

1. Principio

- 2 Si el deber de prestación del deudor está excluido por imposibilidad, no tiene sentido la fijación de un plazo. En principio, ni siquiera es necesario

⁵⁰⁰ Cfr. Staudinger/Schwarze, 2015, § 324 n. m. 57; a favor de la aplicación analógica del § 323 VI, PWW/Stürmer § 324 n. m. 7; MüKoBGB/Ernst § 324 n. m. 15.

⁵⁰¹ Cfr. BGH NJW 2013, 1074 (1077); HK-BGB/Schulze § 326 n. m. 3; PWW/Stürmer § 326 n. m. 4; Canaris JZ 2001, 499 (508 s.).

que el acreedor declare la resolución. Porque, de todas maneras, a causa del § 275, el acreedor no puede insistir en el cumplimiento. De ahí que el § 326 I 1 prevea que la pretensión de contraprestación decae **por virtud de la ley**. Esta consecuencia jurídica responde a la idea de la justicia del intercambio contractual. Si en un contrato bilateral el deudor no tiene que ejecutar su prestación, tampoco puede exigir la contraprestación⁵⁰². De ahí que, en principio, tampoco sea relevante a este respecto una lesión del deber o una culpa. No obstante, de la ratio del § 326 I 1 se desprende que el deber de prestación del deudor excluido conforme al § 275 I-III debe estar en una **relación de intercambio** (sinalagma) con el deber de contraprestación⁵⁰³. En caso contrario, solo queda la resolución conforme al § 326 V (→ § 35 n. m. 29).

2. Imposibilidad parcial

- 3 En caso de imposibilidad **parcial**, la pretensión de contraprestación decae proporcionalmente («en cuanto»). Para el cálculo, el § 326 I 1, parte 2, remite a la *reducción* del régimen jurídico de la compraventa (§ 441 III). Conforme a ello, la contraprestación tiene que rebajarse en la proporción en que, al tiempo de la conclusión del contrato, estaba el valor de toda la prestación respecto del valor de la prestación parcial aún posible. Esto se corresponde con la regulación del § 323 I, parte 2, en su antigua versión. El método de cálculo relativo tiene la finalidad de mantener la proporción contractualmente acordada entre prestación y contraprestación.

Ejemplo: El valor de toda la prestación asciende a 100 euros, el valor de la prestación parcial a 50 euros. Como contraprestación se había acordado el pago de 80 euros. Conforme al § 326 I 1 en relación con el § 441 III, el deber de contraprestación se reduce a 40 euros.

- 4 La reducción automática de la contraprestación no satisface los intereses del acreedor cuando este no tiene *ningún interés* en la posible prestación parcial. No obstante, conforme al § 326 V en relación con el § 323 V 1, el acreedor puede en este caso –sin fijar un plazo, por cierto– **resolver el contrato en su totalidad** (→ § 35 n. m. 28).

⁵⁰² Más detalladamente acerca de la ratio del § 326 I 1, *Canaris FS Kropholler*, 2008, 3 (4).

⁵⁰³ Así, también, *Palandt/Grüneberg* § 326 n. m. 2; *MüKoBGB/Ernst* § 326 n. m. 7.

3. Prestación defectuosa irreparable (imposibilidad cualitativa)

- 5 Conforme al § 326 I 2, el deber de contraprestación no decae automáticamente si, en caso de prestación no conforme al contrato, el deudor, no tiene el deber de subsanar de acuerdo con el § 275 I-III. El precepto se refiere a la **prestación defectuosa irreparable** (→ 22 n. m. 17). Constructivamente, se trata de un caso de imposibilidad parcial («imposibilidad parcial cualitativa») ⁵⁰⁴. Sin embargo, una reducción automática no armonizaría con las reglas sobre saneamiento por vicios en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra. Aquí el acreedor puede elegir si resuelve el contrato o reduce la contraprestación (§§ 437 n. 2 y 634 n. 3). El § 326 I 2 asegura este derecho de elección ⁵⁰⁵. Por consiguiente, la reducción solo se produce por la correspondiente declaración del acreedor (cfr. §§ 441 y 638). Si este, en lugar de ello, quiere desvincularse del contrato, tiene que resolver conforme al § 326 V (→ § 35 n. m. 26).

4. Delimitación

- 6 En la *delimitación* entre la imposibilidad parcial del § 326 I 1, parte 2, y la prestación defectuosa irreparable del § 326 I 2, hay que tener en cuenta que la **prestación insuficiente** se equipara a la prestación defectuosa en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra (§§ 434 III y 633 II 3). Esto tiene como consecuencia que las reglas especiales sobre el saneamiento han de aplicarse a las prestaciones insuficientes ⁵⁰⁶. Sin embargo, con ello, la ratio para la exclusión de la reducción automática por el § 326 I 2 vale también para las prestaciones insuficientes. Así pues, las prestaciones insuficientes han de tratarse en este sentido como prestaciones defectuosas.

III. EXCEPCIONES A LA DESAPARICIÓN DEL DEBER DE CONTRAPRESTACIÓN (§ 326 II)

- 7 De acuerdo con el § 326 II, el deber de contraprestación se mantiene en **dos casos**, a pesar de que el deudor no tiene que ejecutar la prestación conforme al § 275. El *riesgo de la contraprestación* se desplaza así al acreedor.

⁵⁰⁴ Cfr. NK-BGB/*Dauner-Lieb* § 326 n. m. 11; críticamente, *Peukert AcP*205 (2005), 430 (437).

⁵⁰⁵ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 189; HK-BGB/*Schulze* § 326 n. m. 6.

⁵⁰⁶ Cfr. *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 326 n. m. B 75.

1. Responsabilidad del acreedor por la imposibilidad

A) EN GENERAL

- 8 De acuerdo con el § 326 II 1, alternativa 1, el deudor conserva la pretensión de contraprestación cuando el **acreedor es responsable** único o en gran medida del impedimento de la prestación. No basta, por tanto, un simple predominio de su responsabilidad. Para determinar las circunstancias de las que es responsable el acreedor, son aplicables los mismos principios que en el § 323 VI, alternativa 1 (→ § 33 n. m. 12). Por consiguiente, los §§ 276 ss. han de aplicarse por analogía.

Ejemplo: El animador A se ha hecho cargo de «animar el ambiente» en la fiesta de empresa de F, S. A., por unos honorarios de 1.500 euros. El día previo a la fiesta, A se cae probando el escenario porque los empleados de F lo han asegurado de manera inadecuada. A causa de sus lesiones, al día siguiente A no está en condiciones de realizar la actuación donde F. ¿Tiene F que pagarle igualmente los honorarios?

A podría tener una pretensión de pago de los 1.500 euros ex § 631. Entre F y A se ha llevado a cabo un contrato de obra⁵⁰⁷. Dado que la actuación de A no puede realizarse posteriormente, su deber de prestación se ha extinguido conforme al § 275 I. Según el § 326 I 1, con ello en principio también habría decaído el deber de contraprestación. Sin embargo, el accidente se debe a que los trabajadores de F han montado el escenario de manera inadecuada. Esa conducta contraria al deber y culpable es imputable a F conforme al § 278. De este modo, F es responsable único del impedimento de la prestación. Por ello, según el § 326 II 1, alternativa 1, A conserva la pretensión de pago de los honorarios⁵⁰⁸.

- 9 Parte de la doctrina aboga por ampliar la responsabilidad del acreedor a todas las circunstancias que pueden encuadrarse en su **esfera**⁵⁰⁹. Sin embargo, tal solución conduce a un trato desigual indebido entre acreedor y deudor⁵¹⁰. De ahí que en los casos de **consecución de la finalidad** y de **desaparición de la finalidad** (→ § 21 n. m. 4 s.) tampoco puede afirmarse la aplicabilidad del § 326 II, alternativa 1, con el argumento de que la existencia y la idonei-

⁵⁰⁷ Sobre la calificación de tales contratos, MüKoBGB/Müller-Glöge § 611 n. m. 136.

⁵⁰⁸ Acerca de un caso parecido, el Tribunal Superior de Arbitraje escénico de Hamburg, NJW 1995, 903 (904): «accidente laboral» (caída) de una cantante de ópera en el marco de un contrato de actuación.

⁵⁰⁹ Así, por ejemplo, Esser/Schmidt SchuldR I 2 § 23 II 2.

⁵¹⁰ Larenz SchuldR I § 25 III; contra la teoría de la esfera, también, Harke SchuldR AT n. m. 252.

dad del sustrato de la prestación son circunstancias de las que el acreedor tendría que responder en todo caso. No obstante, en el caso concreto debe examinarse detalladamente si hay que conceder al deudor una pretensión parcial de remuneración conforme al § 645 (por analogía) (→ SchuldR BT § 33 n. m. 31)⁵¹¹.

B) RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR EN CASO DE IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA

- 10** La norma del § 326 II 1, alternativa 1, está hecha a la medida de la imposibilidad sobrevenida. En caso de **imposibilidad originaria** no vale, al menos directamente. Porque, lo mismo que del lado del deudor (→ § 28 n. m. 11), en caso de imposibilidad originaria el deber de responder no puede referirse, del lado del acreedor, a la circunstancia por la cual el deber de prestación del deudor está excluido ya al concluirse el contrato según el § 275⁵¹². De hecho, antes de la conclusión del contrato, el acreedor no tiene carga alguna frente al deudor de impedir la producción del impedimento de la prestación.
- 11** En cuanto al deber de responder, del lado del acreedor tampoco puede atenderse al **desconocimiento del impedimento de la prestación**, de forma análoga a como hace el § 311a II 2. Y es que la responsabilidad conforme al § 311a II se apoya en la idea de que el deudor ha hecho una promesa de prestación pese a que conocía o debía conocer el impedimento de la prestación. Del lado del acreedor no puede darse un supuesto de hecho comparable. Por eso, al acreedor *solo* debería sujetársele al deber de contraprestación por el desconocimiento culpable del impedimento de la prestación. Sin embargo, esto no se puede legitimar. Por consiguiente, hay que partir de que la causa de exclusión del § 326 II 1, alternativa 1, **no** puede surtir **efecto** en caso de imposibilidad originaria.

Ejemplo: K compró a V por 50.000 euros una pintura que V había puesto a disposición de un museo «en préstamo». El cuadro había sido completamente destruido el día anterior por un enfermo mental, mediante un ataque con ácido. V no había sido informado del ataque. En cambio, K se había enterado de ello por casualidad, pero por negligencia había relacionado la noticia con otro cuadro. Aquí no cabe sostener el deber de pago de K con el argumento de que debía conocer el impedimento de la prestación.

⁵¹¹ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 440; *Larenz* SchuldR I § 21 Ic.

⁵¹² Sin embargo, atendiendo a la causación del impedimento de la prestación, *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 326 n. m. C 16.

C) IMPOSIBILIDAD DE LA QUE SON RESPONSABLES AMBAS PARTES

- 12** El § 326 II 1, alternativa 1, solo se refiere al caso de que el acreedor sea responsable único o en gran medida de la imposibilidad. En cambio, la **imposibilidad de la que ambas partes son responsables** no está expresamente regulada.

Ejemplo (OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 435): K ha encargado a V una prensa térmica para la producción de llaves de tubo. En el precio de compra de 500.000 euros está incluida la «prueba de la instalación» en la empresa de V. V no puede cumplir con la fecha de entrega acordada porque K no facilita el material necesario para el ensayo. V se enoja tanto por ello que, sin más dilación, vende la máquina a un tercero (D). No obstante, tiene que hacer un descuento de 70.000 euros. K exige a V por ello indemnización del daño. Cifra sus daños (costes adicionales para la adquisición de otra prensa térmica) en 80.000 euros.

Traspasando la prensa térmica a D, V, culpablemente, se ha imposibilitado cumplir con sus obligaciones contractuales frente a K. Es verdad que K lesionó sus deberes de colaboración. Pero esto no le daba a V el derecho a desvincularse del contrato sin fijar un plazo. No obstante, K es corresponsable de la imposibilidad. Al no facilitar a V el material necesario, provocó culpablemente la otra enajenación de la prensa. De ahí que ambas partes sean responsables de la imposibilidad.

- 13** Para resolver tales casos se ha desarrollado un gran número de propuestas⁵¹³. Hoy es ampliamente reconocido que las pretensiones de los implicados primero han de contemplarse por separado. Conforme a ello, el acreedor dispone de una **pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I y III y 283** que, según el § 254, ha de recortarse de acuerdo con las respectivas cuotas de responsabilidad. Del lado del deudor se plantea la cuestión del **destino de la pretensión de contraprestación**. Antes de la reforma del Derecho de obligaciones prevalecía la opinión de que, en caso de imposibilidad que fuera responsabilidad de ambas partes, el deudor tenía una pretensión de contraprestación que, de forma análoga al § 254, habría de recortarse por su cuota de responsabilidad⁵¹⁴. Parte de la doctrina aboga por mantener esto sobre la base del Derecho vigente⁵¹⁵. A esto se opone, con razón, que en el caso de la imposibilidad la pretensión de contraprestación decae *totalmente*

⁵¹³ Cfr. Staudinger/Schwarze, 2015, § 326 n. m. C 105 ss.; Brade JA 2013, 413 ss. El BGH ha dejado la solución abierta en una reciente sentencia (BGH BeckRS2015, 01272 n. m. 16 = JA 2015, 868 [Looschelders]).

⁵¹⁴ Cfr. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 435; Huber Leistungsstörungen Bd. II § 57 II; Faust JuS2001, 133 (135 ss.); Looschelders JuS1999, 949 ss. El fundamento de la pretensión fue el § 324 en su antigua versión.

⁵¹⁵ Así, Brox/Walker SchuldR AT § 22 n. m. 41; Stoppel JURA 2003, 224 (226 ss.).

conforme al § 326 I, parte 1, siempre que el acreedor no sea responsable *único* o *en gran medida* de la imposibilidad (§ 326 II 1, alternativa 1)⁵¹⁶. Sin embargo, precisamente este supuesto de hecho excepcional no se da cuando ambas partes son responsables de la imposibilidad en la misma medida, de modo que hay que estar a la regla básica del § 326 I, parte 1.

- 14 No obstante, las consideraciones anteriores no obligan a ignorar por completo la pretensión de contraprestación del deudor. Si se parte de la regla básica del § 326 I, a causa de la imposibilidad, el deudor sufre un daño que consiste en la pérdida de la pretensión de contraprestación. Dado que este daño se debe (también) a la conducta de infracción del deber del acreedor⁵¹⁷, el deudor tiene una **pretensión de indemnización del daño ex § 280 I**, que, de nuevo, ha de recortarse conforme al § 254 y, luego, ha de compensarse con la pretensión del acreedor ex §§ 280 I y III y 283⁵¹⁸.

Ejemplo: Si en el caso de la prensa térmica se atribuye el mismo peso a la responsabilidad de K y de V, se llega al resultado siguiente. De acuerdo con los §§ 280 I y III y 283, K tiene frente a V una pretensión de indemnización del daño por importe de 80.000 euros, que ha de acortarse en 40.000 euros conforme al § 254. La pretensión por el precio de compra de V frente a K ha decaído conforme al § 326 I. No obstante, por la lesión del deber de colaboración, V dispone de una pretensión de indemnización del daño ex § 280 I. El daño de V asciende a 70.000 euros (pérdida de la pretensión por el precio de compra reducida en los ingresos derivados de la enajenación). Este importe ha de acortarse conforme al § 254 en la cuota de responsabilidad de V de 35.000 euros. Si se compensan ambas pretensiones, K dispone frente a V de una pretensión de indemnización del daño por importe de 5.000 euros.

- 15 En los casos de imposibilidad de la que son responsables ambas partes, el acreedor también puede **resolver** el contrato conforme al § 326 V⁵¹⁹. De acuerdo con el § 326 V en relación con el § 323 VI, la resolución solo se excluye si el acreedor es responsable *único* o *en gran medida* de la imposibilidad⁵²⁰. Pero si, con base en la resolución, el acreedor exige el reembolso del

⁵¹⁶ Así, convincentemente, *Canaris* FS E. Lorenz, 2004, 147 (158 ss.).

⁵¹⁷ La clasificación de la lesión del deber depende del caso concreto. Con frecuencia, se da la lesión de un deber accesorio referido a la prestación (p. e., un deber de colaboración). En caso contrario, hay que argumentar con el deber del acreedor de respetar los intereses patrimoniales del deudor (§ 241 II).

⁵¹⁸ *Jauernig/Stadler* § 326 n. m. 22; *Palandt/Grüneberg* § 326 n. m. 15; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 444; *Canaris* FS E. Lorenz, 2004, 147(158 ss.); críticamente, *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 326 n. m. C123 ss.

⁵¹⁹ *Palandt/Grüneberg* § 326 n. m. 15. Sin embargo, la importancia práctica de la resolución también aquí es escasa dado que la pretensión del acreedor al reembolso resulta ya del § 326 IV en relación con el § 346 I.

⁵²⁰ BGH BeckRS2015, 01272 n. m. 10 = JA 2015, 868 (*Looschelders*); de otra opinión, *Staudinger/Schwarze*, 2015, § 326 n. m. C 152, según el cual el derecho de resolución debe excluirse ya si el acreedor es responsable en gran medida o por mitad del impedimento de la prestación.

precio de compra ya pagado, el deudor puede, en su caso, compensar con una pretensión de indemnización del daño (acortada conforme al § 254)⁵²¹.

2. Mora en la aceptación

- 16** De acuerdo con el § 326 II 1, alternativa 2, la pretensión de contraprestación también se mantiene si la imposibilidad se produce en un momento en el que el acreedor está en **mora en cuanto a la aceptación**. De todas formas, esto presupone que el deudor no sea responsable de la imposibilidad. No obstante, aquí incide de nuevo el hecho de que, según el § 300 I, si el acreedor está en mora en la aceptación, el deudor solo es responsable por dolo y negligencia grave (→ § 36 n. m. 15).

3. Consecuencias jurídicas

- 17** Si se dan los presupuestos del § 326 II 1, el deudor conserva la pretensión de contraprestación, sin tener que cumplir la prestación por su parte. No obstante, debe dejar que se le **deduzcan** las ventajas que haya obtenido a causa de la liberación de la prestación o por haber empleado de otra manera su capacidad de trabajo, o las que maliciosamente haya dejado de obtener (§ 326 II 2). La *malicia* no presupone intención de dañar. Basta que el deudor renuncie conscientemente a aprovechar una posibilidad de adquisición razonable⁵²².

4. Excurso: Otras excepciones a la desaparición del deber de contraprestación

- 18** El § 326 II no regula de manera exhaustiva las excepciones a la desaparición del deber de contraprestación. Antes bien, en el **Derecho especial de obligaciones** se encuentran otros preceptos conforme a los cuales el *riesgo de la contraprestación* ha de ser soportado por el acreedor, en contra de la regla básica del § 326 I 1.

⁵²¹ Acerca de la subsistencia de la pretensión del acreedor para la indemnización del daño ex § 280 I en relación con el § 254 en caso de resolución, *Canaris* FS E. Lorenz, 2004, 147 (161 s.); sobre un caso especial (pretensión de indemnización del daño del acreedor ex § 823 I en relación con el § 254), BGH BeckRS2015, 01272 n. m. 12 ss. = JA 2015, 868 (*Looschelders*).

⁵²² Palandt/*Grüneberg* § 326 n. m. 13.

- 19** En el **régimen jurídico de la compraventa** hay que tener en cuenta los §§ 446 y 447 (→ SchuldR BT § 10 n. m. 2 ss.). De acuerdo con el § 446, inciso 1, el riesgo de la destrucción fortuita y del deterioro fortuito se traspasa al comprador con la *entrega* de la cosa vendida. La entrega se equipara, según el § 446, inciso 3, a la *mora en la aceptación*. Para la **venta con envío**, el § 447 I anticipa el traspaso del riesgo a la entrega de la cosa al transportista. No obstante, según el § 475 II (§ 474 IV en su antigua versión), en el caso de la **compraventa de bienes de consumo** esta regulación solo se aplica si el comprador hizo el encargo al expedidor y el vendedor no se lo había designado antes (→ SchuldR BT § 14 n. m. 9). Si el expedidor fue seleccionado por el vendedor, el traspaso del riesgo solo se produce con la entrega de la cosa al comprador.

Para profundizar: La relación entre el § 326 II 1, alternativa 2, y el § 446, inciso 3, es discutida. Ambos preceptos atienden a la mora en la aceptación. En la doctrina se defiende la opinión de que el § 446, inciso 3, tiene prioridad respecto del § 326 II 1, alternativa 2, por razones de especialidad⁵²³. Pero esto se ve contradicho por el hecho de que el § 446, inciso 3, trata preferentemente de establecer el momento determinante para el traspaso de las utilidades y las cargas (§ 446, inciso 2) y para la existencia de los vicios materiales (§ 434). Por lo que respecta al traspaso del riesgo del precio, en cambio, el § 326 II 1, alternativa 2, tiene el contenido normativo más específico⁵²⁴.

- 20** En el marco de los **contratos de servicios**, según el § 615, inciso 1, el obligado puede exigir la remuneración acordada por los servicios no prestados a consecuencia de la mora en la aceptación, sin estar obligado a la prestación posterior. No obstante, debe dejar que se le deduzca lo que haya ahorrado a consecuencia de no tener lugar la prestación del servicio o lo que haya obtenido por haber empleado de otra manera sus servicios, o lo que maliciosamente haya dejado de obtener (§ 615, inciso 2). Para el Derecho del trabajo, el § 615, inciso 3, extiende estas regulaciones a todos los casos en los que el empleador soporta el riesgo de la pérdida del trabajo (→ SchuldR BT § 29 n. m. 40).
- 21** En el **régimen jurídico del contrato de obra**, en principio, el riesgo se traspasa al comitente con la *recepción* de la obra (§ 644 I 1). El § 644 I 2 anticipa el traspaso del riesgo a la mora en la aceptación del comitente. En caso de *envío* de la obra, el § 447 se aplica por analogía (§ 644 II).

⁵²³ Así, en especial, *Brox/Walker* SchuldR AT § 22 n. m. 45.

⁵²⁴ Así, también, *HK-BGB/Saenger* § 446 n. m. 2.

- 22** El § 645 I (→ SchuldR BT § 33 n. m. 30) adopta otra regulación especial respecto del § 326 I 1. Conforme a ella, el empresario puede exigir la *parte de la remuneración* correspondiente al trabajo realizado y el resarcimiento de los gastos no contenidos en ella, si la obra se ha perdido, deteriorado o ha devenido irrealizable antes de la recepción a consecuencia de un vicio del material suministrado por el comitente o a consecuencia de una orden dada por el comitente.

IV. PARTICULARIDADES DE LA RECLAMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN (§ 326 III)

- 23** Si el deudor ha obtenido por el objeto debido una indemnización o una pretensión indemnizatoria, el acreedor puede **elegir** si, conforme al § 285, exige la restitución de la indemnización o la cesión de la pretensión indemnizatoria (→ § 31 n. m. 8), o si alega la desaparición del deber de contraprestación conforme al § 326 I 1⁵²⁵. Si el acreedor se decide por el *commodum* representativo, de acuerdo con el § 326 III sigue estando obligado a la contraprestación.
- 24** Si el valor del *commodum* representativo queda por debajo del valor de la prestación debida, la pretensión de contraprestación se **reduce** por virtud de la ley conforme al § 441 III. Si el valor del *commodum* representativo sobrepasa el valor de la prestación debida (p. e., seguro a valor de reposición), el acreedor puede exigir el subrogado completo sin que la pretensión de contraprestación se *incremente*⁵²⁶. De ahí que la decisión a favor del *commodum* representativo pueda ser muy interesante económicamente para el acreedor.

Ejemplo: K ha comprado a V un automóvil por 24.000 euros (valor: 25.000 euros). Antes del traspaso, el vehículo es sustraído por unos desconocidos, sin culpa de V. V había asegurado el vehículo contra robo con la aseguradora U a valor de reposición (30.000 euros). Si U le paga a V la suma asegurada, de acuerdo con el § 285, K dispone frente a V de una pretensión de pago de los 30.000 euros. Según el § 323 III, K queda obligado (solo) al pago del precio de compra acordado⁵²⁷. Por tanto, después de la compensación dispone frente a V de una pretensión de pago de 6.000 euros.

⁵²⁵ Sobre este derecho de elección, cfr. MüKoBGB/Ernst § 326 n. m. 94.

⁵²⁶ Cfr. PWW/Schmidt-Kessel/Kramme § 285 n. m. 8; Soergel/Wiedemann § 323 n. m. 47; MüKoBGB/Ernst § 326 n. m. 97, 102; restrictivamente, Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 41.

⁵²⁷ Cfr. Staudinger/Schwarze, 2015, § 326 n. m. D 15.

V. REPETICIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN YA EJECUTADA (§ 326 IV)

- 25 Si el acreedor ya ha ejecutado la contraprestación, no se le remite a las pretensiones por enriquecimiento (§§ 812 ss.), sino que puede repetir lo prestado conforme a los preceptos de la resolución (§§ 346-348), más favorables para él (§ 326 IV). Esto parece adecuado porque la desaparición del deber de contraprestación en caso de imposibilidad tiene la función de la resolución⁵²⁸.

VI. RESOLUCIÓN

- 26 A primera vista, el § 326 V es sorprendente. De acuerdo con este precepto, en caso de imposibilidad, el acreedor tiene derecho a **resolver** el contrato *sin fijar un plazo*. Uno se pregunta qué finalidad puede tener tal derecho de resolución si la pretensión de contraprestación se extingue ya por virtud de la ley. Si se examina la situación más detenidamente, cabe encontrar tres grupos de casos en los que la automática desaparición del deber de contraprestación no opera o no satisface los intereses del acreedor.

1. Prestación defectuosa irreparable

- 27 La desaparición automática del deber de contraprestación no es aplicable, según el § 326 I 2, a las **prestaciones defectuosas irreparables** (→ § 35 n. m. 5). Aquí el acreedor tiene que resolver si quiere desvincularse del contrato. Por ello los preceptos sobre el saneamiento en el régimen jurídico de la compraventa y del contrato de obra (§§ 437 n. 2 y 634 n. 3) remiten también al § 326 V para la resolución.

Según el § 326 V parte 2, la norma del § 323 es aplicable por analogía a la resolución. Pero la **fijación de plazo**, aquí carente de sentido, es *innecesaria*.

De la remisión al § 323 deriva que la resolución está excluida si los **vicios** son **irrelevantes** (§ 323 V 2)⁵²⁹. En tal caso, sin embargo, al acreedor le

⁵²⁸ Cfr. *Canaris JZ* 2001, 499 (509).

⁵²⁹ Cfr. *NK-BGB/Dauner-Lieb* § 326 n. m. 30.

queda la reducción, a la que no es aplicable el § 323 V 2, según el § 441 I 2 o el § 638 I 2 (→ SchuldR BT § 4 n. m. 49).

2. Imposibilidad parcial

- 28** De acuerdo con el § 326 I 1, en caso de **imposibilidad parcial**, la pretensión de contraprestación del deudor solo decae respecto de la parte de la prestación que según el § 275 no tiene que ejecutarse (→ 35 n. m. 3 s.). Por ello, si el acreedor quiere desvincularse de *todo* el contrato, tiene que resolverlo. No obstante, de acuerdo con el § 326 V en relación con el § 323 V 1, la resolución presupone que el acreedor no tenga *ningún interés* en la prestación parcial (→ § 27 n. m. 28).

3. Deberes de prestación no vinculados sinalagmáticamente

- 29** La exclusión automática del deber de contraprestación conforme al § 326 I 1 solo se aplica a los deberes de prestación vinculados entre sí sinalagmáticamente (→ § 35 n. m. 2). Por ello, si, de acuerdo con el § 275 I-III, el deudor no tiene que cumplir un deber de prestación que **no** se encuentre **en una relación de reciprocidad**, el acreedor solo puede desvincularse del contrato por medio de la resolución conforme al § 326 V⁵³⁰. También en este caso la resolución queda limitada conforme a los criterios del § 323 V y VI, por el § 326 V.

Más allá de esto, parte de la doctrina menciona también el caso inverso, en que, mediante la resolución conforme al § 326 V, el **acreedor** quiere liberarse por su parte de un deber accesorio que no se encuentra en una relación de intercambio con el deber de prestación del deudor, excluido conforme al § 275 I-III⁵³¹. Sin embargo, dado que los deberes accesorios de prestación del acreedor tratan de servir al debido cumplimiento de los deberes principales de prestación, por lo general se extinguen con estos conforme al § 326 I 1, por razones de accesoriedad. De ahí que, en este caso, la resolución únicamente podría tener un significado clarificador, en el sentido de que el acreedor no tiene que cumplir el deber accesorio de prestación⁵³².

⁵³⁰ Cfr. Soergel/*Gsell* § 326 n. m. 120; *Canaris* FS Kropholler, 2008, 3 (20).

⁵³¹ Así, por ejemplo, MüKoBGB/*Ernst* § 326 n. m. 108; *Erman/Westermann* § 326 n. m. 19.

⁵³² Así, también, BeckOK BGB/*Schmidt*, 50. Ed. 1.5.2019, § 326 n. m. 36.

4. Relevancia del derecho de resolución en los demás casos

- 30 El legislador no ha limitado el derecho de resolución del acreedor conforme al § 326 V a estos tres grupos de casos. Por tanto, también existe cuando el deber de contraprestación está excluido ya por virtud de la ley de acuerdo con el § 326 I 1. Según los trabajos preparatorios, esto tiene relevancia práctica en caso de que el acreedor **no conozca** la **causa** de la omisión de la prestación⁵³³. No obstante, si el acreedor no está seguro de si se dan los presupuestos del § 275, para mayor seguridad debería proceder conforme al § 323 y resolver solo *después de fijar un plazo*⁵³⁴. La renuncia a la fijación de un plazo solo tiene relevancia si con posterioridad se comprueba que la omisión de la prestación se debe a imposibilidad. No obstante, en este caso la resolución tiene a lo sumo una función clarificadora.

Bibliografía: *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969; *Brade*, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JA 2013, 413; *Canaris*, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, FS E. Lorenz, 2004, 147; *Coester-Waltjen*, Die Gegenleistungsgefahr, JURA 2007, 110; *Faust*, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, 133; *Gruber*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2002, 1066; *Looschelders*, Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit – OLG Frankfurt aM, NJW-RR 1995, 435, JuS 1999, 949; *Peukert*, § 326 I S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, AcP 205 (2005), 430; *Rauscher*, Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, ZGS 2002, 333; *Stoppel*, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JURA 2003, 224; *Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975. Cfr. además las referencias relativas a los §§ 20, 21 y § 32.

SECCIÓN CUARTA. LOS DEMÁS CASOS DE CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN

- 1 Hay un número de contravenciones de la prestación que por distintos motivos **no** se han integrado en la **concepción de la lesión del deber**. Estos supuestos de hecho debe ser tratados ahora.

⁵³³ Cfr. la Recomendación de resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos, BT-Drs. 14/7052, 193.

⁵³⁴ Así, también, BGH NJW 2013, 1074 (1077); Palandt/*Grüneberg* § 326 n. m. 18; *Canaris* FS Kroppholler, 2008, 3 (19).

§ 36 MORA DEL ACREEDOR

I. EN GENERAL

- 2 El normal desarrollo de la relación obligatoria también puede verse alterado por el hecho de que el *acreedor* omita una actuación de colaboración, en particular, porque no acepte la prestación debidamente ofrecida. En este caso se habla de **mora del acreedor** o **mora en la aceptación**. Los preceptos correspondientes (§§ 293-304) apenas fueron modificados por la SchuldRModG. No obstante, hay que tener en cuenta que en los nuevos §§ 323 VI alternativa 2 y 326 II 1 alternativa 2 se regulan efectos centrales de la mora del acreedor.

Para profundizar: El legislador no ha integrado la mora del acreedor en los §§ 280 ss. y 323 ss. porque, en principio, en este caso no se trata de lesiones del deber sino de la contravención de simples *cargas* (→ § 1 n. m. 26). Así, por lo general, el acreedor no está obligado frente al deudor a aceptar la prestación. Por eso la mora del acreedor como tal no desencadena pretensiones de indemnización del daño o derechos de resolución del deudor, sino que únicamente da lugar a perjuicios jurídicos en los propios asuntos. No obstante, en algunos importantes tipos contractuales (contrato de compraventa, contrato de obra), la *aceptación* de la prestación correcta se configura como un auténtico *deber de prestación* (cfr. §§ 433 II y 640 I). Más allá de esto, numerosas conductas de colaboración son objeto de *deberes accesorios de prestación*. En estos casos, las pretensiones y los derechos del deudor a causa de la lesión del deber se rigen por los §§ 280 ss. y 323 ss. Al mismo tiempo, sin embargo, también recaen sobre el acreedor los perjuicios específicos de la mora en la aceptación.

II. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

- 3 Los presupuestos de la mora del acreedor pueden determinarse, siguiendo el ejemplo de la mora del deudor, con la fórmula abreviada de «la no aceptación pese a la posibilidad de cumplir la (posible) prestación y al debido ofrecimiento».

1. Posibilidad de cumplir la (posible) prestación

- 4 La mora del acreedor presupone, en primer lugar, que el deudor esté legitimado para realizar la prestación. Esto es, la prestación debe **poder cumplir-**

se conforme al § 271⁵³⁵. Lo mismo que en la mora debitoris, es necesario, además, que el deudor **pueda ejecutar** la prestación⁵³⁶. Si la pretensión de cumplimiento del acreedor está excluida conforme al § 275, no incurre en mora en la aceptación. De acuerdo con el § 297, también la imposibilidad *transitoria* (→ § 21 n. m. 16) excluye la mora del acreedor, si se da en el momento del ofrecimiento o al tiempo fijado para la actuación de colaboración (§ 296)⁵³⁷. Lo mismo se aplica si el deudor no estaba preparado para realizar la prestación en el momento decisivo⁵³⁸. En todo caso, si el deudor no estaba preparado o en condiciones de ejecutar la prestación, la lesión de la carga no debe comportarle perjuicios jurídicos al acreedor.

Ejemplo: El alumno de piano S no aparece a la hora acordada para la clase en el piso de la profesora de piano K. La clase tendría que haberse suspendido de todos modos, por haberse puesto enferma K. Según el § 297, S no ha incurrido en mora creditoris. De ahí que K no tenga una pretensión de pago de la remuneración ex § 615. Dado que, en principio, la clase de piano puede realizarse posteriormente, K está obligada a la prestación posterior⁵³⁹.

2. El debido ofrecimiento

A) NECESIDAD DEL OFRECIMIENTO

- 5 La prestación debe *ofrecérsele como es debido* al acreedor (§ 293). De acuerdo con el § 294, en principio, es necesario un **ofrecimiento real**. El deudor tiene que ofrecer la prestación tal como debe realizarse, es decir, en la forma correcta (p. e., libre de vicios materiales y jurídicos, § 433 I 2)⁵⁴⁰, en el lugar adecuado y en el momento oportuno.
- 6 Según el § 295, inciso 1, alternativa 1, *basta un ofrecimiento verbal* si el acreedor ha **denegado** la aceptación de forma clara y resuelta⁵⁴¹. Cuestión distinta es si en estos casos es *necesario*, en general, un ofrecimiento verbal. Para el caso comparable de la mora del deudor, el § 286 II n. 3 prevé que la intimación es innecesaria. Dado que en la mora del acreedor falta una regu-

⁵³⁵ Brox/Walker SchuldR AT § 26 n. m. 3; Staudinger/Feldmann, 2014, § 293 n. m. 12.

⁵³⁶ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 293 n. m. 8.

⁵³⁷ Cfr. Larenz SchuldR I § 25 Ic; MüKoBGB/Ernst § 297 n. m. 2.

⁵³⁸ Palandt/Grüneberg § 297 n. m. 2.

⁵³⁹ Sobre este ejemplo, Larenz SchuldR I § 25 Ic.

⁵⁴⁰ BGH NJW 2017, 1100 n. m. 38 = JA 2017, 306 (Looschelders); Staudinger/Feldmann, 2014, § 294 n. m. 7 s.

⁵⁴¹ Cfr. sobre este caso, BGH NJW 1997, 581.

lación correlativa, en general habrá que mantener la necesidad del ofrecimiento verbal. Pero si no hay duda alguna de que el acreedor mantendrá su negativa, el ofrecimiento verbal puede ser innecesario conforme al § 242⁵⁴².

- 7 Según el § 295, inciso 1, alternativa 2, el ofrecimiento verbal basta, además, cuando es necesaria una **actuación de colaboración** del acreedor. Como ejemplo, el legislador menciona la recogida de la cosa en el caso de la *deuda de recogida* (→ § 12 n. m. 15). Pero se incluyen también todas las demás actuaciones de colaboración (p. e., asistir a la prueba del traje a medida). De acuerdo con el § 295 inciso 2, el ofrecimiento verbal puede sustituirse en estos casos por el requerimiento al acreedor para que realice la actuación de colaboración. A diferencia del ofrecimiento real, el ofrecimiento verbal es un acto **cuasi negociado**. Por tanto, son aplicables los §§ 104 ss. por analogía⁵⁴³.

B) INNECESARIEDAD DEL OFRECIMIENTO

- 8 Según el § 296, excepcionalmente, el ofrecimiento es innecesario si para la actuación de colaboración del acreedor se ha fijado un **tiempo conforme al calendario** o si a la actuación ha de precederle un **suceso** y se ha fijado un tiempo razonable para la actuación, de modo que se pueda **calcular conforme al calendario** a partir del suceso.

Ejemplos: (1) La profesora de piano K ha acordado con el alumno S que este debe ir a clase a su piso el 12.3 a las 16:00 horas.

(2) El dueño de la obra B se ha hecho cargo, frente al constructor U, de conseguir los materiales de construcción. B y U han acordado que los materiales deben estar disponibles en la obra cuatro semanas después de la concesión de la licencia de obras.

- 9 El § 296 se corresponde con los preceptos sobre la **innecesariedad de la intimidación** conforme al § 286 II n. 1 y 2. Por ello, para los detalles, cabe remitir a las explicaciones allí dadas (→ § 26 n. m. 9 ss.).

C) LA NO ACEPTACIÓN DE LA PRESTACIÓN

- 10 Por último, es necesario que el acreedor **no** haya **aceptado la prestación** o no haya realizado la actuación de colaboración. No obstante, según el § 299,

⁵⁴² Cfr. BGH NJW 2001, 287 (288); Palandt/*Grüneberg* § 295 n. m. 4; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 n. m. 662; de otra opinión, Staudinger/*Feldmann*, 2014, § 295 n. m. 2.

⁵⁴³ Palandt/*Grüneberg* § 295 n. m. 1; Staudinger/*Feldmann*, 2014, § 295 n. m. 26.

un *impedimento transitorio de la aceptación* no tiene importancia si el tiempo de la prestación no está determinado o el deudor puede ejecutar la prestación antes del tiempo fijado. En estos casos el acreedor no puede prever en qué momento será ejecutada la prestación. Por lo tanto, tendría que estar constantemente preparado para la aceptación, lo que no es exigible⁵⁴⁴. De ahí que, si el deudor quiere provocar la mora en la aceptación, tenga que *anunciar* la prestación al acreedor.

- 11 Si el deudor tiene que ejecutar la prestación **simultáneamente** a la prestación del acreedor, según el § 298 este último incurre en mora en la aceptación si no ofrece la contraprestación. Si el acreedor está obligado a realizar primero la prestación, este precepto es aplicable con mayor motivo⁵⁴⁵.
- 12 Para la mora del acreedor es **irrelevante** si el acreedor es o no **responsable** de no aceptar la prestación. Por consiguiente, el acreedor incurre en mora en la aceptación aunque por enfermedad o por un accidente de tráfico no culpable esté impedido para aceptar la prestación⁵⁴⁶. Esta es una diferencia esencial respecto de la mora del deudor, en la que es indispensable el deber de responder del retraso (§ 286 IV).

Para profundizar: La renuncia al deber de responder se justifica aduciendo que la mora del acreedor no presupone una lesión del deber y no fundamenta ni pretensiones indemnizatorias ni derechos de resolución, sino que «solamente» trae consigo otros perjuicios jurídicos⁵⁴⁷. Dado que, desde un punto de vista económico, los otros perjuicios pueden ser más gravosos que la indemnización del daño y la resolución, esta justificación no está exenta de problemas. Sin embargo, esto solo puede remediarse limitando los efectos de la mora del acreedor conforme al § 242 en casos excepcionales⁵⁴⁸.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA MORA DEL ACREEDOR

1. Perpetuación del deber de prestación

- 13 La mora del acreedor **no afecta**, en principio, al **deber de prestación** del deudor. Por lo tanto, ni conduce a la automática desaparición del deber de prestación ni fundamenta un derecho del deudor a resolver el contrato. Si el

⁵⁴⁴ Larenz SchuldR I § 25 Id.

⁵⁴⁵ Palandt/Grüneberg § 298 n. m. 1; Staudinger/Feldmann, 2014, § 298 n. m. 3.

⁵⁴⁶ Staudinger/Feldmann, 2014, § 293 n. m. 17; Larenz SchuldR I § 25 Id.

⁵⁴⁷ Cfr., por ejemplo, Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 544; MüKoBGB/Ernst § 293 n. m. 21.

⁵⁴⁸ Cfr. Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 663; Larenz SchuldR I § 25 Id.

deudor quiere liberarse de la deuda, se le remite, si se trata de bienes muebles, a la consignación del objeto de la prestación (§ 372) o de los ingresos derivados de la subasta (§ 383) (→ 19 n. m. 1 ss.). Si se trata de bienes inmuebles, el § 303 le concede un derecho a abandonar su posesión.

- 14** En los **contratos de servicios y de obra** hay particularidades. El § 615 inciso 1 prevé aquí que, en caso de mora en la aceptación por parte del titular, el obligado puede exigir la remuneración convenida, sin quedar obligado a la prestación posterior. Esto es, el deber de prestación decae por virtud de la ley. La prestación posterior se estima no exigible porque, de lo contrario, chocaría con los demás deberes e intereses del deudor⁵⁴⁹. No obstante, si el obligado ha obtenido ventajas empleando de otra manera sus servicios o si maliciosamente no ha aprovechado otra posibilidad de adquisición razonable, esto ha de deducírsele, de acuerdo con el § 615 inciso 2.

2. Atenuación de la responsabilidad del deudor

- 15** De acuerdo con el § 300 I, durante la mora del acreedor el deudor solo responde por **dolo y negligencia grave**. Este privilegio es la contrapartida de la agravación de la responsabilidad en la mora del deudor conforme al § 287 inciso 1. El § 300 I establece una compensación por el hecho de que, a causa de la mora del acreedor, el deudor soporta durante más tiempo la carga del riesgo de la prestación⁵⁵⁰. De ahí que el precepto solo se aplique a la destrucción y al deterioro del *objeto de la prestación*, pero no a la lesión de los *deberes de protección* del § 241 II⁵⁵¹.

Ejemplo: K ha comprado al anticuario V un jarrón antiguo. K y V acuerdan que el jarrón debe entregarse al día siguiente a las 10:00 horas por un empleado de V (A) en el piso de K. Cuando A quiere entregar el jarrón en el momento convenido, no encuentra a K. A la vuelta, a consecuencia de una negligencia leve, A ocasiona un accidente de tráfico en el que el jarrón queda completamente destrozado.

El deber de prestación de V está excluido conforme al § 275 I. No obstante, K podría tener frente a V una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación ex §§ 280 I y III y 283. La culpa de A es imputable a V conforme al § 278. Sin embargo, en el momento del accidente K se encontraba en mora en cuanto a la aceptación (§§ 293 y 294). Por lo tanto, según el § 300 IV solo tiene que responder por dolo y culpa grave.

⁵⁴⁹ Jauernig/Mansel § 615 n. m. 1.

⁵⁵⁰ Staudinger/Feldmann, 2014, § 300 n. m. 3.

⁵⁵¹ Jauernig/Stadler § 300 n. m. 3; Palandt/Grüneberg § 300 n. m. 2.

3. Traspaso del riesgo de la prestación en las deudas genéricas y en las deudas pecuniarias

- 16** En las **deudas genéricas** (§ 243 I), el riesgo de adquisición del deudor finaliza, según el § 300 II, al producirse la mora del acreedor. Si posteriormente el objeto elegido se pierde, el deber de prestación del deudor decae conforme al § 275 I. El § 300 II solo se aplica al riesgo de la prestación; los efectos de la mora en la aceptación sobre el riesgo de la contraprestación se regulan en el § 326 II 1 alternativa 2 (→ § 35 n. m. 16).

La importancia práctica del § 300 II es escasa. Si se dan los presupuestos de la mora en la aceptación, generalmente ya se habrá producido la **concreción** (§ 243 II). Esto vale, en todo caso, cuando la mora en la aceptación tiene su origen en un ofrecimiento *real* del deudor conforme al § 294. Porque en este caso, tratándose de una deuda de traslación, el propio deudor ha hecho todo lo que de su parte era necesario para la prestación. El traspaso del riesgo de la prestación se realiza entonces conforme a las reglas generales del § 243 II⁵⁵².

- 17** Según la opinión dominante, en el caso de la **deuda de traslación**, el § 300 II tiene un ámbito de aplicación independiente cuando, conforme al § 295, el *ofrecimiento verbal* basta para la mora en la aceptación porque el acreedor ha denegado la aceptación de la prestación⁵⁵³. Sin embargo, conforme a la opinión aquí defendida (→ § 13 n. m. 15), el ofrecimiento verbal basta en este caso también para la concreción. Ciertamente, la concreción presupone, además, que la cosa en cuestión haya sido separada. Sin embargo, en tanto falte la separación, el riesgo de la prestación tampoco puede pasar al acreedor conforme al § 300 II. Porque para esto tiene que ser igualmente seguro a qué concreta cosa se refiere el traspaso del riesgo de la prestación⁵⁵⁴.

Ejemplo: K ha comprado a V una caja de vino de Burdeos al precio de 450 euros. Ambos han acordado que un empleado de V debe llevar el vino al piso de K. V hace ir a buscar a su bodega la caja destinada al cumplimiento y prepararla para el transporte. Poco después, K le llama y le manifiesta que no recogerá el vino porque el precio le parece demasiado alto. Cuando V objeta que la caja ya está lista para la entrega, K le cuelga. En consecuencia, V hace que un empleado (A) devuelva el vino a la bodega. A se cae escaleras abajo a consecuencia de una negligencia leve, destruyéndose todas las botellas.

K y V han acordado una deuda de traslación. En el caso de la deuda de traslación, en principio, la concreción solo se produce, conforme al § 243 II, cuando el deudor

⁵⁵² MüKoBGB/*Ernst* § 300 n. m. 4.

⁵⁵³ Palandt/*Grüneberg* § 300 n. m. 6; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 261.

⁵⁵⁴ Staudinger/*Feldmann*, 2014, § 300 n. m. 20; *Larenz* SchuldR I § 25 IIb.

le ofrece realmente la cosa al acreedor en el domicilio de este. Pero dado que K ha denegado la aceptación, según la opinión aquí defendida, basta para la concreción que V haya separado la caja y ofrecido verbalmente la entrega. La opinión dominante mantiene también en estos casos los presupuestos generales de la concreción. Sin embargo, por medio del ofrecimiento verbal, K ha incurrido en mora en la aceptación (§ 295), de modo que el riesgo de la prestación ha pasado a él de acuerdo con el § 300 II.

En la **deuda pecuniaria**, el § 243 II es desplazado por el § 270 I⁵⁵⁵, de modo que no tiene lugar ninguna concreción (→ § 13 n. m. 32). Sin embargo, dado que el § 300 II es aplicable por analogía a la deuda pecuniaria, también aquí el riesgo de la prestación en caso de mora en la aceptación pasa al acreedor⁵⁵⁶.

Ejemplo: El acreedor (G) deniega la aceptación del dinero debido, que el deudor (S) le ofrece en su domicilio. En el camino de vuelta, S es asaltado y desvalijado por unos desconocidos. Dado que, de acuerdo con el § 300 II, el riesgo de la prestación ha pasado a G, el deber de prestación de S se extingue conforme al § 275 I.

4. Traspaso del riesgo del precio y exclusión del derecho de resolución

- 18** Si el objeto de la prestación perece durante la mora del acreedor, en los contratos bilaterales se plantea la cuestión del destino del **deber de contraprestación**. El § 326 II 1 alternativa 2 prevé a este respecto que la pretensión de contraprestación solo decae si el deudor es responsable de la imposibilidad. El *deber de responder* ha de enjuiciarse conforme a los §§ 276 y 278, a cuyos efectos, no obstante, el privilegio del § 300 I favorece al deudor. Por lo tanto, dado el caso, el acreedor tiene que ejecutar la contraprestación a pesar de que la pretensión de prestación esté excluida conforme al § 275 y de que el deudor haya provocado el impedimento de la prestación por negligencia leve.

Ejemplo: En el caso de la bodega (→ § 36 n. m. 17), el deber de prestación de V está excluido conforme al § 275 I en relación con el § 243 II o § 300 II. No obstante, de acuerdo con el § 326 II 1 alternativa 2, K sigue obligado al pago del precio. Es cierto que la culpa de A es imputable a V según el § 278. Pero dado que A solo ha actuado de forma levemente negligente, el privilegio del § 300 I opera en favor de V.

⁵⁵⁵ Staudinger/Schiemann, 2015, § 243 n. m. 17.

⁵⁵⁶ Jauernig/Berger § 245 n. m. 10; Soergel/Schubel § 300 n. m. 17; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 261; a favor de la aplicación del § 243 II en estos casos, MüKoBGB/Ernst § 300 n. m. 4.

- 19 Durante la mora del acreedor puede también producirse una circunstancia que legitimaría al acreedor a **resolver** conforme al § 323. En este caso la resolución está excluida de acuerdo con el § 323 VI alternativa 2, si el deudor no es responsable de la circunstancia en cuestión (cfr. → § 33 n. m. 13). El privilegio del § 300 II debe tomarse en cuenta también aquí.

5. Otras consecuencias jurídicas

- 20 Los §§ 301-304 regulan otras consecuencias jurídicas de la mora del acreedor. Así, según el § 301, el deudor no tiene que pagar los **intereses** devengados por una deuda pecuniaria. El acreedor no debe obtener ninguna ventaja del hecho de que, al no aceptar la prestación, haya impedido al deudor extinguir el deber de pagar intereses satisfaciendo la deuda pecuniaria.

El § 302 limita el deber del deudor de restituir las **utilidades** (§ 100) del bien debido. El deber de restitución se limita en la mora en la aceptación a las utilidades *realmente* percibidas. Con ello decae el deber previsto por algunos preceptos de indemnizar las utilidades que, en contra de las reglas de una administración ordenada, no se han percibido (cfr. §§ 292, 347 I, 987 II y 990).

- 21 Si el deudor está obligado a restituir un bien **inmueble**, en la mora en la aceptación está legitimado conforme al § 303 a *abandonar la posesión* después de un previo apercibimiento (§ 856). El apercibimiento es innecesario si no es factible, p. e., si requiere un esfuerzo desmesurado. El precepto trata de librar al deudor de los costes y el esfuerzo que estarían asociados al ulterior cuidado de la cosa⁵⁵⁷. En el caso de los bienes muebles, el problema queda solucionado gracias a que el deudor puede consignar el objeto de la prestación (§ 373) o los ingresos obtenidos con la subasta (§ 383) (→ § 19 n. m. 1 ss.).

- 22 De acuerdo con el § 304, el acreedor tiene que resarcir al deudor los **gastos adicionales** que tuvieron que hacerse por el ofrecimiento sin éxito y la custodia y conservación del bien debido. El precepto contiene un fundamento autónomo de pretensión⁵⁵⁸. El deber de resarcir abarca, p. e., los costes de transporte, almacenamiento y calefacción así como las primas del seguro⁵⁵⁹, pero no la ganancia perdida. Por tanto, en el marco del § 304 el deudor no

⁵⁵⁷ Cfr. Staudinger/Feldmann, 2014, § 303 n. m. 1.

⁵⁵⁸ Cfr. MüKoBGB/Ernst § 304 n. m. 2.

⁵⁵⁹ PWW/Zöchling-Jud § 304 n. m. 1 s.

puede alegar que ha tenido que almacenar la cosa en un espacio que, de otro modo, habría podido arrendar con ganancia⁵⁶⁰. No obstante, la indemnización de tales daños puede exigirse conforme a los §§ 280 I y II y 286, cuando la falta de puntual recepción de la cosa satisface al mismo tiempo los presupuestos de la mora del deudor.

Bibliografía: *Canaris*, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, FS Prölss, 2009, 21; *Feuerborn*, Der Verzug des Gläubigers – Allgemeine Grundzüge und Besonderheiten im Arbeitsverhältnis, JR 2003, 177; *Grunewald*, Der Umfang der Haftungsmilderung für den Schuldner im Annahmeverzug des Gläubigers, FS Canaris I, 2007, 329; *Hönn*, Zur Dogmatik der Risikotragung im Gläubigerverzug bei Gattungsschulden, AcP 177 (1977), 385; *Hüffer*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976; *Kreuzer/Stehle*, Grundprobleme des Gläubigerverzugs, JA 1984, 69; *Schünemann/Schacke*, Der Annahmeverzug – Eine Einführung, JuS 1992, L 1; *Schwerdtner*, Rechtsprobleme des Annahme-(Gläubiger)verzuges, JURA 1988, 419; *Wertheimer*, Der Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen, JuS 1993, 646.

§ 37 ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO

I. INTRODUCCIÓN

- 1 El § 313 regula la **alteración de la base del negocio**. Expresado simplificada-mente, se trata aquí de los casos en los que el mantenimiento del contrato en su versión primigenia *no* le es *exigible* a una de las partes contratantes porque circunstancias esenciales han cambiado después de la conclusión del contrato o ya al concluirse el contrato no existían como se suponía.
- 2 Al concluirse los contratos, las partes generalmente no solo se ponen de acuerdo sobre el contenido contractual sino que, *al mismo tiempo*, también dan por hecho determinadas circunstancias fácticas y jurídicas. Los problemas surgen cuando esas circunstancias no existen desde el principio o cambian entre la celebración y la finalización del contrato. De acuerdo con el principio **pacta sunt servanda** (→ § 41 n. m. 22), también en este caso la parte gravada está obligada, como principio, a cumplir el contrato en las condiciones acordadas. Sin embargo, excepcionalmente, este principio puede **quebrarse** por razones de equidad. Si se dan los presupuestos del § 313, la parte perjudicada puede exigir una *adaptación* del contrato o *desvincularse* del contrato.

⁵⁶⁰ *Larenz* SchuldR I § 25 IIe.

- 4 Antes de la incorporación del § 313 por la SchuldRModG, las reglas sobre la alteración de la base del negocio se derivaban del principio de la **buena fe** (§ 242) (→ § 4 n. m. 13 y 30). La codificación *no* pretendió dar lugar a *modificaciones de contenido*, sino solo fijar la opinión dominante⁵⁶¹.

Para profundizar: El instituto jurídico de la alteración de la base del negocio se remonta a la doctrina de Derecho común de la *clausula rebus sic stantibus*⁵⁶². Conforme a ella, el destino del contrato dependía de la continuidad inalterada de las circunstancias subyacentes a su celebración. Aunque esta doctrina puede encontrarse hasta cierto punto en algunos preceptos del BGB (cfr., p. e., §§ 321, 519, 528, 775 I y 779), no fue erigida en principio general por los autores del BGB. Antes bien, se dió prioridad al principio *pacta sunt servanda*⁵⁶³. Este riguroso punto de vista no pudo mantenerse después de la I Guerra Mundial debido a la *inflación*. La devaluación monetaria llevó a graves alteraciones de la relación de equivalencia. La jurisprudencia inicialmente solucionó los casos más graves por medio del § 275 (imposibilidad económica), más tarde por medio del § 242. En la sentencia de 1922 sobre la fábrica de hilados de vicuña (→ § 37 n. m. 22), el RG retomó finalmente la doctrina de la base del negocio fundada por *Oertmann* y atendió a si el «mantenimiento de la relación de equivalencia de prestación y contraprestación» se había convertido en la base del negocio⁵⁶⁴.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 4 El ámbito de aplicación del § 313 abarca todos los **contratos obligatorios**⁵⁶⁵, concretamente desde el momento de la conclusión del contrato hasta la completa ejecución del contrato. Después, por regla general, la alteración de la base del negocio ya no puede ser tenida en cuenta⁵⁶⁶.

1. Prioridad de los acuerdos contractuales

- 5 Del principio de autonomía privada se deriva que los **acuerdos contractuales** tienen prioridad sobre el instituto jurídico de la alteración de la base del negocio. Las partes pueden tomar precauciones ya en el contrato para el caso de falta inicial o posterior desaparición de una circunstancia relevante. Así, lo primero que hay que comprobar es si, con vistas a determinadas al-

⁵⁶¹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 175; PWW/*Stürner* § 313 n. m. 1.

⁵⁶² Sobre las raíces históricas, Soergel/*Teichmann* § 242 n. m. 203 ss.; *Harke* SchuldR AT n. m. 98.

⁵⁶³ Cfr. *Larenz* SchuldR I § 21 II.

⁵⁶⁴ RGZ 103, 328 (332); a este respecto, *Eidenmüller* JURA 2001, 824 ss.

⁵⁶⁵ HK-BGB/*Schulze* § 313 n. m. 4; Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 7.

⁵⁶⁶ BGH NJW 1996, 990 (992); sobre las excepciones cfr., p. e., BGHZ 131, 209 (216 s.).

teraciones, el contrato se concluyó bajo una *condición resolutoria* (§ 158 II) o las partes han acordado un *derecho de resolución* (§ 346). Solo puede ser base del negocio lo que las partes no han establecido expresa o implícitamente como *contenido contractual*⁵⁶⁷. En cuanto exista el correspondiente acuerdo, el § 313 no puede aplicarse.

2. Prioridad de las regulaciones legales especiales

- 6 El § 313 solo es aplicable en tanto la ley no prevea una **regulación especial**. En particular, son prioritarios los *preceptos sobre resolución y denuncia*. Es de mencionar, por ejemplo, el § 321 (→ § 15 n. m. 22 s.). En el régimen jurídico del préstamo, el § 490 contiene una regulación especial respecto de los menoscabos patrimoniales sustanciales del prestatario. La alteración de la base del negocio tiene gran relevancia en el régimen jurídico del contrato de viaje⁵⁶⁸. Aquí el § 651h III contiene una disposición prioritaria (→ SchuldR BT § 36 n. m. 24). Otras regulaciones especiales se encuentran, p. e., en los §§ 519, 527, 528, 530, 593, 594e, 649, 723, 775 y 779⁵⁶⁹. Los preceptos sobre la **responsabilidad por vicios materiales** (§§ 434 ss.) tienen asimismo prioridad respecto del § 313 en su ámbito de aplicación (→ SchuldR BT § 8 n. m. 7)⁵⁷⁰.
- 7 El § 313 es desplazado por los preceptos sobre **imposibilidad** (§§ 275, 280, 285, 285, 311a y 326)⁵⁷¹. La imposibilidad conduce, según el § 275, a la automática exclusión del deber de prestación. Así, la cuestión de la adaptación contractual ya no puede plantearse. Sobre la delimitación del § 313 respecto de la imposibilidad práctica (§ 275 II) → § 21 n. m. 25.
- 8 Antes de la reforma del Derecho de obligaciones, la **impugnación** por error conforme a los §§ 119 ss. tenía asimismo prioridad como regulación legal especial respecto de las reglas sobre la alteración de la base del negocio. En cambio, de acuerdo con el Derecho vigente, hay que tener en cuenta que el § 313 II comprende también los **errores de ambas partes** y en este aspecto podría considerarse por su parte como *lex specialis*. No obstante, la problemática se ve atenuada por el hecho de que el § 313 II es

⁵⁶⁷ BGHZ 90, 60 (74); BGH NJW 1983, 2034 (2036).

⁵⁶⁸ BGH NJW 2013, 1674, con nota de *Tonner*.

⁵⁶⁹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 16.

⁵⁷⁰ BGHZ 191, 139 = NJW 2012, 373 (374); BGH NJW 2019, 145 n. m. 14 ss. = JA 2019, 382 (*Looschelders*).

⁵⁷¹ BGH NJW-RR 1995, 853 (854); Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 13.

aplicable también a los meros **errores en los motivos**, respecto de los cuales desde el principio no procede la impugnación conforme a los §§ 119 y 120⁵⁷². En este sentido, por tanto, el precepto ensancha el círculo de los errores relevantes. Ahí no se plantean problemas de concurrencia respecto de los §§ 119 y 120.

Sin embargo, pueden surgir difíciles problemas de concurrencia cuando las partes son víctimas de un **error común** sobre una **calidad** de la persona o de la cosa **esencial en el tráfico**, que legitimaría para impugnar conforme al § 119 II. La opinión dominante parte en estos casos de la prioridad del § 313 II⁵⁷³. Para justificarlo se señala que, en caso de error de ambas partes, depende del azar quién declara la impugnación. Según la opinión contraria, mediando errores en las cualidades, el § 119 II es *lex specialis* respecto del § 313 II⁵⁷⁴. Por último, una opinión conciliadora aboga por aplicar ambos institutos conjuntamente⁵⁷⁵. Esta opinión parece preferible ya que una rígida solución de prioridad no sería razonable debido a las distintas finalidades tuitivas del § 119 II y el § 313 II (→ SchuldR BT § 8 n. m. 7). De este modo, la parte perjudicada por el error puede decidir por sí misma si impugna su declaración de voluntad asumiendo el deber de indemnizar el daño ex § 122 I o si exige la adaptación del contrato conforme al § 313 I y II.

III. PRESUPUESTOS

1. Existencia de una base del negocio

- 9 Las circunstancias (§ 313 I) o representaciones (§ 313 II) en cuestión tienen que haberse convertido en **base del negocio**. El concepto de base del negocio no es definido en el § 313. Según la jurisprudencia, en primer lugar, son determinantes los criterios **subjetivos** (base subjetiva del negocio). Se atiende a las *representaciones* de una parte del contrato que han salido a la luz al concluirse el contrato, reconocibles para la otra parte en el negocio y no rechazadas por ella, o a las representaciones comunes de

⁵⁷² Cfr. MüKoBGB/*Finkenauer* § 313 n. m. 147; PWW/*Stürner* § 313 n. m. 39 ss.

⁵⁷³ Cfr. BGH NJW 2013, 1530 n. m. 18; MüKoBGB/*Armbrüster* § 119 n. m. 122.

⁵⁷⁴ Así, PWW/*Stürner* § 313 n. m. 43; *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 162.

⁵⁷⁵ MüKoBGB/*Finkenauer* § 313 n. m. 149.

ambos contratantes, sobre las que se funda la voluntad negocial⁵⁷⁶. No obstante, en el marco del § 313 I, la base del negocio también puede determinarse conforme a criterios puramente **objetivos** (base objetiva del negocio). Las circunstancias objetivas importantes pueden convertirse en base del negocio aunque las partes no se hayan hecho ninguna representación al respecto. Lo decisivo es si la existencia o la persistencia de determinadas circunstancias es necesaria para mantener el contrato conforme a la intención de las partes, como una regulación dotada de sentido⁵⁷⁷. La jurisprudencia atiende aquí a si las partes «dieron por sentado determinadas circunstancias sin ser conscientes de ello»⁵⁷⁸. Sin embargo, parece dudoso que tal conexión retroactiva a las representaciones de las partes sea necesaria.

- 10** El § 313 II opera cuando la base *subjetiva* del negocio falta **desde el principio**⁵⁷⁹. La falta originaria de la base subjetiva del negocio abarca, en particular, los casos de error *común* (→ § 37 n. m. 8). No obstante, el § 313 II también es aplicable a las falsas representaciones *unilaterales* de una parte, que la otra, sin propias representaciones, ha aceptado sin reparos⁵⁸⁰. No bastan, sin embargo, los motivos unilaterales, aun cuando fueran conocidos por la otra parte. Así, la intención de uso no se convierte en base del negocio solo por el hecho de que el comprador la haya mencionado en las negociaciones contractuales⁵⁸¹.

Ejemplo: El padre V compra para el compromiso matrimonial de su hija T un ajuar en la tienda de L. En las negociaciones contractuales, V menciona el fin de la compra. T anula el compromiso poco después. L exige a V el pago de los objetos del ajuar entregados. Como V ya no tiene interés alguno en esos objetos, los pone a disposición de L y deniega el pago⁵⁸².

L puede exigir a V el pago de los objetos entregados ex § 433 II. El uso de los objetos como ajuar es un motivo unilateral de V. Que V haya comunicado a L la finalidad de uso, en nada puede cambiar esto⁵⁸³. La posibilidad de utilizar los objetos comprados se encuentra en el exclusivo ámbito de riesgo de V. Por tanto, no se trata de una base del negocio.

⁵⁷⁶ BGHZ 128, 230 (236); 163, 42 (48); BGH NJW-RR 2006, 1037.

⁵⁷⁷ *Larenz* SchuldR I § 21 II; Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 4.

⁵⁷⁸ BGHZ 131, 209 (215).

⁵⁷⁹ Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 38.

⁵⁸⁰ BT-Drs. 14/6040, 177; *Brox/Walker* SchuldR AT § 27 n. m. 9.

⁵⁸¹ Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 37; PWW/*Stürner* § 313 n. m. 40.

⁵⁸² Sobre el planteamiento del problema cfr. ya *Lenel* AcP74 (1889), 213 (225 s.).

⁵⁸³ Cfr. *Pawłowski* BGB AT n. m. 566.

2. **Modificación sustancial de las circunstancias o error esencial**

- 11 El § 313 I presupone, además, que las circunstancias que se han convertido en base del negocio hayan **cambiado sustancialmente** después de la conclusión del contrato. La alteración de la base del negocio se debe la mayoría de las veces a la modificación o a la errónea suposición de circunstancias que son relevantes precisamente (y solo) para el respectivo contrato (*pequeña base del negocio*).

Ejemplos: (1) No se concede la autorización para poner en funcionamiento una instalación.

(2) V y K concluyen un contrato de compraventa sobre un inmueble. Ambos suponen que no se trata de terreno edificable y, por tanto, en correspondencia con ello, acuerdan un precio de compra bajo. Posteriormente se pone de manifiesto que el inmueble sí es terreno edificable y que su valor se encuentra significativamente por encima del precio de compra convenido⁵⁸⁴.

- 12 Sin embargo, las alteraciones de la base del negocio también puede derivarse de cambios radicales de las circunstancias políticas, económicas o sociales (guerra, inflación, revolución, catástrofes naturales, etc.) (la llamada **gran base del negocio**). No obstante, el acontecimiento en cuestión tiene que repercutir directamente en la relación contractual, p. e., conducir a una alteración de la relación de equivalencia o a eliminar la posibilidad de utilizar el objeto de la prestación. Por lo tanto, no basta con que cambien las condiciones marco generales económicas y sociales a causa del acontecimiento⁵⁸⁵.

Ejemplos: (1) V y K concluyen un contrato de suministro de crudo. Por acontecimientos bélicos en Próximo Oriente se produce una explosión de los precios del crudo que era imprevisible. A causa de ello, el precio de suministro acordado ya no guarda proporción con los medios que V tiene que reunir para adquirir el crudo.

(2) V y K concluyen un contrato de suministro de cerveza en Irán. Después de la revolución islámica, K no puede vender la cerveza en Irán⁵⁸⁶.

Según el § 313 II, se equipara al cambio de circunstancias el hecho de que, al concluirse el contrato, existiera un **error esencial** sobre las circunstancias que se convirtieron en base del contrato.

⁵⁸⁴ Cfr. BGH NJW 1972, 152 (153).

⁵⁸⁵ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 313 n. m. 5.

⁵⁸⁶ Cfr. BGH NJW 1984, 1746.

3. Relevancia de la circunstancia para la conclusión del contrato

- 13 La circunstancia en cuestión tiene que haber sido *relevante* para la conclusión del contrato. Por tanto, tiene que constatarse que el contrato **no** se habría concluido o se habría concluido con **otro contenido** si las partes hubieran valorado correctamente la situación o previsto el cambio de las circunstancias⁵⁸⁷.

4. Inexigibilidad del mantenimiento del contrato sin modificar

- 14 La alteración de la base del negocio solo es relevante si **no** puede **exigírsele** a una de las partes el mantenimiento del contrato sin cambios. Este presupuesto se da cuando la subsistencia del contrato sin modificar conduciría, debido al cambio de la situación, a un resultado que no es conciliable con la razón y la justicia y que presenta una dureza insoportable⁵⁸⁸. Se trata aquí de una *cuestión valorativa* que, de acuerdo con el § 313 I, ha de responderse sobre la base de todas las circunstancias del caso concreto, ponderando los intereses de ambas partes.
- 15 En la comprobación de la inexigibilidad, tiene especial importancia el **reparto contractual y legal del riesgo**⁵⁸⁹. La inexigibilidad debe negarse si la circunstancia en cuestión queda en el ámbito de riesgo de la parte perjudicada⁵⁹⁰. De ahí que lo primero a examinar es si una parte ha asumido expresa o implícitamente el riesgo de la falta o la desaparición de la circunstancia⁵⁹¹. Una asunción implícita del riesgo se da, p. e., en el acuerdo de un precio fijo, de modo que, por regla general, tampoco los aumentos considerables de los costes fundamentan una pretensión de adaptación del contrato⁵⁹². En lo demás, rige el reparto *legal* del riesgo: conforme a ello, el deudor de la prestación en especie soporta el riesgo del agravamiento de la prestación. Como acreedor de la contraprestación (prestación dineraria), a él le afecta, además, el riesgo de una devaluación

⁵⁸⁷ El llamado «elemento hipotético», cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 27 n. m. 7.

⁵⁸⁸ BGHZ 128, 230 (238); BGH NJW 2012, 1718 (1720) con nota de *Heinig*.

⁵⁸⁹ Sobre el reparto del riesgo, *Köhler* FG BGH I, 2000, 295 (301 ss.); *Soergel/Teichmann* § 242 n. m. 229 ss.

⁵⁹⁰ Cfr. BGH NJW 1992, 2690 s.; 2014, 3439 (3441 s.); *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 167.

⁵⁹¹ BGH NJW 1981, 2405 (2406).

⁵⁹² BGHZ 123, 236 (253); *Palandt/Grüneberg* § 313 n. m. 20.

monetaria. El deudor de la contraprestación tiene que responder de su solvencia (→ § 23 n. m. 33); además, como acreedor de la prestación en especie, él soporta el riesgo de poder utilizar el objeto de la prestación tal como pretendía⁵⁹³.

Ejemplos: (1) El constructor U se ha comprometido frente al dueño de la obra B a construir una casa por un precio fijo de 500.000 euros. Por problemas derivados de las condiciones del tiempo, los costes de la obra aumentan considerablemente.

El cumplimiento del precio fijo está en el ámbito de riesgo del constructor. Por eso U no tiene ninguna pretensión de adaptación del contrato conforme al § 313 I.

(2) K ha comprado a V una casa adosada. Poco después K se queda en paro por circunstancias no previsibles. A consecuencia de ello, su banco habitual le deniega la financiación.

K no puede resolver el contrato conforme al § 313 III. Porque la solvencia se encuentra en su ámbito de riesgo.

(3) K ha comprado a V suelo que se prevé será edificable. En contra de las representaciones de las partes, el concejo municipal competente resuelve no elaborar por el momento ningún plan urbanístico para la zona en cuestión.

K no tiene una pretensión de reducción del precio de compra conforme al § 313 I. K sabía al concluir el contrato que posiblemente el inmueble no pudiera utilizarse como terreno edificable. De ahí que fuera asunto suyo protegerse frente a ese riesgo⁵⁹⁴.

16 No obstante, todas estas atribuciones del riesgo solo se aplican dentro de ciertos **límites**. Si se sobrepasan esos límites, puede resultar procedente adaptar o deshacer el contrato por alteración de la base del negocio.

Ejemplo (BGH NKW-RR 1995,1117): L y E han concluido un contrato para el almacenamiento de trigo de E en el granero de L. En una tormenta, el tejado del granero resulta tan dañado que el trigo no puede seguir almacenado allí. ¿Tiene E que compartir los costes del alquiler de otro granero y de la reubicación del trigo?

El agravamiento de la prestación se debe a fuerza mayor. Por consiguiente, los costes no corresponden solo al ámbito de riesgo de L. De ahí que L pueda exigir la adaptación del contrato conforme al § 313 I.

⁵⁹³ Cfr. NK-BGB/*Krebs/Jung* § 313 n. m. 72; *Jauernig/Stadler* § 313 n. m. 22.

⁵⁹⁴ BGHZ 74, 370 (374); cfr. también OLG Rostock NJW-RR 1995, 1104. Sobre otros negocios con carácter especulativo, *Pawlowski* BGB AT n. m. 568.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. En primer lugar: «adaptación del contrato»

- 17 Si se dan los presupuestos del § 313, la parte gravada puede exigir, en primer lugar, la **adaptación del contrato**. A estos efectos el contrato ha de mantenerse en su forma primigenia lo más ampliamente posible, para seguir tomando en cuenta la voluntad de las partes subyacente al concluirse el contrato⁵⁹⁵. El objetivo de la adaptación es, por tanto, realizar una compensación de intereses razonable sobre la base del cambio de las circunstancias, teniendo en cuenta la voluntad de las partes.
- 18 Conforme al tenor literal de la ley, la parte gravada tiene una **pretensión** de adaptación del contrato. Con ello, el legislador ha resuelto la vieja controversia acerca de si existe una pretensión de realización de la adaptación o si la adaptación de la prestación se efectúa automáticamente, esto es, en virtud de la ley, en el primer sentido⁵⁹⁶. Según la Exposición de Motivos de la Ley, las mismas partes deben negociar sobre la adaptación⁵⁹⁷. Sin embargo, por motivos de economía procesal, la parte gravada puede también *demandar* inmediatamente *la prestación adaptada*; por lo tanto, no es necesario que presente primero una demanda de asentimiento a la adaptación que se considere razonable y que demande después sobre la base del contrato modificado⁵⁹⁸. En opinión del BGH, la colaboración a la adaptación del contrato representa un **auténtico deber jurídico** de la otra parte. En caso de lesión de este deber, la parte perjudicada debe disponer de una pretensión de indemnización del daño ex § 280 I⁵⁹⁹. Sin embargo, esta opinión se ve contradicha por el hecho de que la parte perjudicada puede, de manera directa, implementar judicialmente su pretensión de adaptación contractual y, por tanto, no depende de la colaboración de la otra parte. Por consiguiente, parece preferible la opinión de que la colaboración representa una simple **carga**, cuya lesión no da lugar al deber de indemnizar el daño⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ HK-BGB/Schulze § 313 n. m. 19.

⁵⁹⁶ BT-Drs. 14/6040, 176; *Medicus/Petersen* Grundwissen BürgerlR § 13 n. m. 7.

⁵⁹⁷ BT-Drs. 14/6040, 76; cfr. también *Eidenmüller* JURA 2001, 831.

⁵⁹⁸ Cfr. BGH NJW 2012, 373 = JA 2012, 704 (*Looschelders*); NK-BGB/*Krebs/Jung* § 313 n. m. 127; *Wieser* JZ 2004, 654 ss.

⁵⁹⁹ Cfr. BGH NJW 2012, 373 (376).

⁶⁰⁰ Cfr. *Jauernig/Stadler* § 313 n. m. 27; *Looschelders* JA 2012, 704 (705); *Teichmann* JZ 2012, 421 (424).

Sobre Derecho comparado: La posibilidad de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias es conocida también por la mayoría de los otros ordenamientos jurídicos europeos⁶⁰¹. De especial interés es la evolución en Francia. Aquí la doctrina de la base del negocio fue tradicionalmente rechazada en los contratos de Derecho privado⁶⁰². Sin embargo, en los últimos tiempos, se abogó de forma creciente en la doctrina francesa a favor de la admisión de una adaptación del contrato⁶⁰³. El legislador francés ha seguido estas consideraciones en la reforma del Derecho francés de obligaciones por la Ordenanza (Ordonnance) Nr. 2016-131 de 10.2.2016, aplicable a todos los contratos celebrados a partir del 1.10.2016. El nuevo art. 1195 Code civil prevé que una parte que resulte gravada en extremo por una modificación de las circunstancias no previsible al concluirse el contrato, tiene una pretensión de renegociación. Subsidiariamente, puede solicitarse la extinción o finalización del contrato por parte del juez. También prevén posibilidades de adaptación del contrato en caso de alteración de la base del negocio, p. e., los Principles of European Contract Law en el art. 6:111 (*change of circumstances*) y los UNIDROIT Principles en el art. 6.2.1-6.2.3 (*hardship*). En la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa se discute si la posibilidad de exculpación del deudor conforme al art. 79 opera también en caso de «imposibilidad económica»⁶⁰⁴. Sin embargo, hay acuerdo acerca de que, conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa, no procede una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias⁶⁰⁵.

2. Derecho de resolución o derecho de denuncia

- 19 Si la adaptación no es posible o no le es exigible a la parte perjudicada, subsidiariamente, según el § 313 III, puede **deshacerse el contrato**⁶⁰⁶. Esto requiere de una declaración de resolución de la parte gravada. En las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, la denuncia sustituye a la resolución. La liquidación retroactiva tras una resolución con éxito se rige por los §§ 346 ss.

V. GRUPOS DE CASOS

- 20 Respecto de la alteración de la base del negocio se han formado varios **grupos de casos**. El punto de partida es la diferenciación entre la *modificación*

⁶⁰¹ Cfr. NK-BGB/*Krebs/Jung* § 313 n. m. 9; en especial sobre el Derecho inglés, *Zimmermann* AcP193 (1993), 121 (134 ss.); *Pawlowski* BGB AT n. m. 569 nota 467, con más referencias.

⁶⁰² Cfr. *Hübner/Constantinesco*, Introducción, 178 s.

⁶⁰³ Cfr. *Cashin-Ritaine* JbZivRWiss 2001, 85 ss.

⁶⁰⁴ Cfr. *Staudinger/Magnus*, 2018, CISG Art.79 n. m. 24.

⁶⁰⁵ NK-BGB/*Krebs* § 313 n. m. 18.

⁶⁰⁶ Sobre la prioridad de la adaptación del contrato, BGH NJW 2012, 373 (375).

sobrevenida de las circunstancias (§ 313 I) y el *error común* de las partes sobre las circunstancias existentes (§ 313 II). Por lo demás, los grupos de casos no son exhaustivos; antes bien, la comprobación de una alteración relevante depende del resultado de una ponderación del caso concreto.

1. Modificación sobrevenida de las circunstancias

A) ALTERACIÓN DE LA RELACIÓN DE EQUIVALENCIA

- 21** La modificación sobrevenida de las circunstancias fácticas o jurídicas puede conducir a que la relación de prestación y contraprestación resulte considerablemente alterada⁶⁰⁷. Esto es contrario a la idea general de justicia de **equivalencia** de prestación y contraprestación. Sin embargo, garantizar una relación adecuada entre prestación y contraprestación incumbe en principio a la autónoma decisión de las partes (→ § 3 n. m. 4). Por tanto, la aplicación del § 313 presupone una alteración *considerable e imprevisible* de la relación de equivalencia.
- 22** El origen histórico del grupo de casos de alteración de la relación de equivalencia es la **devaluación monetaria** en épocas de inflación. No obstante, solo puede aceptarse una alteración de la base del negocio por devaluación monetaria en caso de extrema disparidad entre prestación y contraprestación, condicionada por la inflación. No basta la normal pérdida de poder adquisitivo.

Ejemplo (RHZ 103, 328): V y K habían concluido el 21.5.1919 un contrato de compraventa de una fábrica de hilados de vicuña al precio de 600.000 marcos del Reich. La fábrica de hilado debía traspasarse el 1.1.1920. El precio de compra debía pagarse en dos plazos de 300.000 marcos del Reich cada uno, el 1.1.1920 y el 1.1.1921. Entre el 21.5.1919 y el 1.1.1920 la inflación provocó una reducción del poder adquisitivo de un 80%. El 1.1.1920 K exigió, no obstante, el traspaso a cambio del pago del primer plazo. Frente a ello, V defendió la opinión de que el contrato se había «acabado» debido al cambio de las circunstancias.

En su sentencia el RG reconoció por primera vez que un cambio de las relaciones de valor de la prestación y la contraprestación puede justificar la «objección del cambio de las circunstancias». No obstante, dejó claro que, con ello, V no necesariamente tenía derecho a desvincularse de todo el contrato. Antes bien, lo primero que hay que intentar es mantener el contrato con el contenido modificado.

⁶⁰⁷ Cfr. Larenz SchuldR I § 21 II; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 161.

- 23** El grupo de casos de alteración de la relación de equivalencia por devaluación monetaria tiene especial importancia en los contratos *a largo plazo*. Son de mencionar, por ejemplo, los contratos con carácter asistencial, p. e., los contratos de alimentos⁶⁰⁸.

El riesgo de una **depreciación de la prestación en especie** recae, en principio, en el acreedor. Sin embargo, el ámbito de aplicación del § 313 está abierto cuando la depreciación se encuentra fuera del riesgo típico del contrato.

Ejemplo (BGH NJW 1960, 91): El farmacéutico A quería jubilarse y vendió a su colega B la concesión para la explotación de la farmacia. Después de concluirse el contrato de compraventa, se introdujo la libertad de establecimiento. Con ello, la concesión no tenía ningún valor.

- 24** El riesgo de **agravamiento de la prestación** lo soporta, en principio, el deudor. Sin embargo, una alteración importante de la relación de equivalencia puede derivarse de un considerable e imprevisible aumento de los costes, que supere los límites de la exigibilidad. Esto puede deberse a fuerza mayor. No obstante, también son imaginables otros casos en los que las causas del agravamiento de la prestación no se encuentran en el ámbito de riesgo del deudor.

Ejemplos: (1) Lluvias torrenciales hacen necesaria la reubicación de las mercancías almacenadas (→ § 37 n. m. 16).

(2) En la construcción de una casa por un precio fijo aumentan considerablemente los costes de construcción porque el dueño de la obra ha entregado al constructor documentación incorrecta sobre las propiedades del terreno⁶⁰⁹.

B) ALTERACIÓN DEL FIN

- 25** Se da un caso de **alteración del fin** cuando, si bien es cierto que el deudor aún puede proporcionar el resultado de la prestación, sin embargo, el acreedor ya no tiene interés alguno en la prestación debido a las nuevas circunstancias. A diferencia de lo que ocurre en los casos de *consecución del fin* y *desaparición del fin* (→ § 21, n. m. 4), aquí el ámbito de aplicación del § 313 está abierto. No obstante, de nuevo hay que tener en cuen-

⁶⁰⁸ Cfr. BGHZ 128, 320 (329).

⁶⁰⁹ BGH NJW 1969, 233.

ta que la posibilidad de utilizar la prestación, en principio, está comprendida en el ámbito de riesgo del acreedor. Así, la posibilidad de utilización solo puede ser base del negocio si la otra parte conoce o debe conocer el fin de utilización y hace suyo ese fin, de modo que la exigencia de cumplimiento del contrato contravendría la prohibición de conducta contradictoria⁶¹⁰.

Ejemplo (OLG Karlsruhe NJW 1992, 3176): La asociación carnavalesca V quería organizar eventos de carnaval en el año 1991. Por ello encargó a una banda de música que se encargara del entretenimiento musical dos noches a cambio de una retribución. Tras estallar la Guerra del Golfo, los actos tuvieron que cancelarse en consideración al estado de ánimo de la población.

El OLG Karlsruhe respondió negativamente a la pretensión de remuneración de los músicos ex §§ 631 y 648 inciso 2 (§ 649 inciso 2 en su antigua versión). Para ello se basó en que el motivo de la cancelación se encontraba en el ámbito de riesgo de ambas partes. Por lo tanto, conforme a la buena fe, los músicos tendrían que haber aceptado que el contrato solo debía valer si la opinión pública permitía celebrar los actos.

2. Falsas representaciones comunes

26 En caso de **error común** de las partes acerca de una circunstancia relevante para la formación de la voluntad, es aplicable el § 313 II. Tampoco aquí la circunstancia puede pertenecer al exclusivo ámbito de riesgo de una de las partes. Además, el mantenimiento del contrato sin cambios debe ser inexistente a una de las partes.

El § 313 II solo es aplicable a los errores sobre aquellas circunstancias que ya existían o debían existir a la conclusión del contrato. Ciertamente, una alteración de la base del negocio puede darse también si las partes se equivocan acerca de la producción o no producción de **sucesos futuros**. Sin embargo, en ese caso es aplicable el § 313 I⁶¹¹. Dado que ambos casos han de enjuiciarse conforme a los mismos criterios, generalmente la exacta delimitación puede dejarse abierta.

Ejemplo (BGH NJW 1976, 565): El club de Primera División A concluye en junio con el club de Primera División B un contrato para el traspaso de A a B del jugador federado L. En el contrato, B se obliga a pagar a A un traspaso de 400.000 euros. A

⁶¹⁰ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 565; *Larenz SchuldR I* § 21 II.

⁶¹¹ Cfr. *Palandt/Grüneberg* § 313 n. m. 38.

comienzos de agosto se comprueba que en mayo, con motivo de un partido de Primera División de A, L aceptó una cantidad de dinero para asegurar el triunfo del equipo contrario. A consecuencia de ello L es suspendido por la Federación Alemana de Fútbol (DFB). B deniega el pago de los 400.000 euros.

El BGH desestimó la pretensión de A de pago de la suma de traspaso, por la alteración de la base del negocio. Argumentó que, a causa de la manipulación, objetivamente no podía utilizarse a L en la Primera División ya en el momento de la conclusión del contrato. Desde este punto de vista, las partes erraron sobre las circunstancias *presentes* a la conclusión del contrato. Por lo tanto, se da un caso del § 313 II. No obstante, en vez de esto, también cabría atender a que las partes erraron sobre un suceso *futuro* –el derecho de L a jugar en la siguiente temporada–, de modo que sería aplicable el § 313 I. Sin embargo, conforme a ambas opiniones debe aclararse si la posibilidad de utilizar a L se encuentra en el exclusivo ámbito de riesgo de B⁶¹². Si, con el BGH, se responde a esto negativamente, B puede resolver el contrato conforme al § 313 III 1 y denegar el pago de los 400.000 euros.

Bibliografía: *Cashin-Ritaine*, Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr, Jb. J. ZivRWiss. 2001, 85; *Dörner*, »Mängelhaftung« bei Sperre des transferierten Fußballspielers? – BGH, NJW 1976, 565, JuS 1977, 225; *Eidenmüller*, Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, JURA 2001, 824; *Heinrichs*, Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage – eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB, FS Heldrich, 2005, 183; *Hirsch*, Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage im reformierten Schuldrecht, JURA 2007, 81; *Köhler*, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG der Wissenschaft, 2000, 295; *Lenel*, Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 74 (1889), 213; *Loyal*, Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 2013, 417; *Lüttringhaus*, Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage, AcP 213 (2013), 266; *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921; *Riesenhuber/Domröse*, Der Tatbestand der Geschäftsgrundlagenstörung in § 313 BGB – Dogmatik und Falllösungstechnik, JuS 2006, 208; *Rösler*, Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform, ZGS 2003, 283; *Rösler*, Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 2004, 1058; 2005, 27; 2005, 120; *Wieling*, Entwicklung und Dogmatik der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JURA 1985, 505; *Wieser*, Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, JZ 2004, 654.

⁶¹² Cfr. *Dörner* JuS1977, 225 (227 ss.); *Köhler* FG BGH, 2000, 295 (303 s.).

§ 38 LA PENA CONVENCIONAL

I. FUNCIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN

- 1 Si el deudor lesiona un deber contractual, las pretensiones previstas legalmente no siempre satisfacen los intereses del acreedor. Por eso en la práctica se acuerda no pocas veces que el deudor debe pagar al acreedor una suma de dinero o ejecutar otra prestación (§ 342) si la obligación no se cumple o no se cumple de la manera debida. Tal promesa de pena sirve, preferentemente, como **medio de presión** para incitar al deudor a una prestación como es debido e impedir futuras lesiones del deber (función preventiva). Pero, además, también da al acreedor la posibilidad de recibir una **indemnización mínima** en caso de lesión, sin probar un daño concreto (función indemnizatoria del daño)⁶¹³.

Las penas convencionales se utilizan con frecuencia para asegurar los *deberes de abstención en el Derecho de la competencia*. Pero también son comunes en el *ramo de la construcción*⁶¹⁴. En este caso, se trata de un medio de presión que debe motivar al constructor a concluir la obra en el tiempo acordado.

- 2 El BGB regula la pena convencional en los §§ 339 ss., inmediatamente después de las normas sobre las **arras** (→ § 5 n. m. 21 s.). Esto se explica por el hecho de que también las arras conforme a los §§ 336 ss. son un medio de *refuerzo del contrato*, si bien referido a su conclusión. La posición sistemática de los §§ 339 ss. no debe, sin embargo, enturbiar la vinculación funcional con el régimen jurídico de la contravención de la prestación.

II. ESTRUCTURA DE LA («AUTÉNTICA») PROMESA DE PENA DEPENDIENTE

- 3 Los §§ 339 ss. solo son directamente aplicables a la («auténtica») promesa de pena **dependiente**. Esta se caracteriza por el hecho de que la obligación de pagar la pena convencional depende de la existencia del deber principal a garantizar (la llamada *accesoriedad* de la pena convencional)⁶¹⁵. Si el deber principal no ha nacido eficazmente o se ha extinguido después, el acree-

⁶¹³ BGHZ 105, 24 (27); MüKoBGB/Gottwald, Previo al § 339 n. m. 6.

⁶¹⁴ Cfr. Jauernig/Stadler § 339 n. m. 3.

⁶¹⁵ Brox/Walker SchuldR AT § 11 n. m. 2.

dor no tiene ninguna pretensión a la pena convencional. De acuerdo con el § 344, esto se aplica aunque las partes conocieran la ineficacia del deber principal. Así, la pena convencional no puede utilizarse como medio de presión para exigir una obligación declarada ineficaz por la ley.

Ejemplo (tomado de BGHZ 97, 372): El señor M y la señora F conviven en pareja de hecho no matrimonial. Dado que no debe haber hijos fruto de la relación, F se obliga frente a M a tomar la «píldora». Para el caso de contravención se acuerda que F debe pagar una pena convencional de 10.000 euros. Después de un tiempo, F deja de tomar la «píldora» en secreto con el fin de atar a M a ella, mediante el nacimiento de un hijo. En efecto, F se queda embarazada poco después. M exige a F el pago de los 10.000 euros. ¿Con razón?

Dado que la esfera de lo personalísimo queda fuera del ámbito de la autonomía privada, los acuerdos sobre la toma de medios anticonceptivos no tienen eficacia jurídica⁶¹⁶. Por ello, la promesa de pena también es ineficaz. Porque la tutela de la libertad de decisión en cuestiones personalísimas no puede eludirse mediante el reconocimiento de una obligación indirecta de cumplimiento⁶¹⁷.

Respecto de las posibles pretensiones de indemnización del daño de M frente a F → § 49 n. m. 29.

III. DELIMITACIONES

1. Promesa («falsa») de pena independiente

- 4 De la «auténtica» promesa de pena en el sentido de los §§ 339 ss. hay que distinguir la («falsa») **promesa de pena independiente**. Esta no tiene la función de asegurar un deber principal existente. Antes bien, trata de presionar al deudor para que realice una prestación que en realidad no debe o para que omita una actividad que en realidad podría realizar⁶¹⁸.

El legislador ha presupuesto la **admisibilidad** de la promesa de pena independiente en el § 343 II. Pero de esta regulación solo cabe deducir que las penas desproporcionadamente altas también pueden rebajarse conforme al § 343 I en este caso. La medida en que los §§ 339 ss. pueden aplicarse por analogía más allá de eso, depende de si es aplicable la ratio de la norma correspondiente. A esto debe responderse afirmativamente en el caso del

⁶¹⁶ Cfr. BGHZ 97, 372 (379); *Looschelders* JURA 2000, 169 (172).

⁶¹⁷ *Flume* BGB AT II § 7 (2); *MüKoBGB/Gottwald* § 339 n. m. 17 s.

⁶¹⁸ BGHZ 105, 24 (27 s.).

§ 344. Si la ley declara ineficaz una determinada obligación, esto no puede eludirse ni mediante una promesa de pena dependiente ni mediante una promesa de pena independiente⁶¹⁹.

Ejemplo: En el caso de la píldora (→ § 38 n. m. 3), M tampoco tendría una pretensión de pago de los 10.000 euros si se tratara de una promesa de pena independiente.

2. Fijación de un importe global de las pretensiones de indemnización del daño

- 5 En términos funcionales, la promesa de pena dependiente puede coincidir en parte con un acuerdo de **fijación global de la indemnización del daño**. Pero mientras que la pena convencional es, preferentemente, un medio de presión para asegurar el cumplimiento del deber principal, con la fijación global de la indemnización del daño se trata únicamente de renunciar a una prueba concreta del daño⁶²⁰.

En **CGC**, la fijación de un importe global de las pretensiones de indemnización del daño fuera del tráfico jurídico empresarial (cfr. § 310 I) solo es eficaz si el importe global no supera el daño esperable de haberse desarrollado normalmente los acontecimientos y se permite expresamente a la otra parte contratante probar un daño inferior (§ 309 n. 5).

IV. PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN DE PAGO DE LA PENA CONVENCIONAL

1. Promesa eficaz de una pena

- 6 La pretensión de pago de la pena convencional presupone una eficaz promesa de pena. En contra del equívoco tenor literal del § 339, no se trata de una promesa unilateral del deudor; antes bien, es necesario un **acuerdo** contractual entre las partes. El acuerdo también puede adoptarse *tácitamente*, pero a estos efectos hay que evitar las meras ficciones.

Ejemplo (tomado de AG Schöneberg NJW 1974, 1823): B sustrajo en el departamento de alimentación de una filial de K, S. A., cigarrillos por un valor total de 20

⁶¹⁹ Cfr. MüKoBGB/Gottwald § 344 n. m. 10.

⁶²⁰ Cfr. BGHZ 49, 84 (89); Brox/Walker SchuldR AT § 11 n. m. 8. En detalle, acerca de la delimitación, Nodoushani ZGS2005, 330 ss.

euros. Después de que el jefe de la filial le detuviera, K, S. A., le exige el pago de una pena convencional de 40 euros. Para ello alega que en la zona de entrada de la filial hay un cartel con el texto siguiente: «Todo el que robe en la tienda será denunciado. K, S. A., cobra el doble del valor del bien robado, con un mínimo de 15 euros, como indemnización contractualmente acordada de los costes de tramitación. Todo el que entre en nuestros centros comerciales da desde el principio su conformidad a esta regulación».

El AG Schöneberg aceptó que se había acordado una pena convencional, argumentando que el cartel informativo había sido «colocado en lugares visibles». Sin embargo, la simple entrada en unos grandes almacenes no puede contemplarse como una tácita aceptación de una oferta de acuerdo de pena convencional⁶²¹. De ahí que la pretensión de indemnización de los costes de tramitación solo pueda apoyarse en los §§ 280 I, 311 II y 241 II y en los §§ 823 I y II en relación con el § 242 StGB. El BGH rechazó, no obstante, la indemnizabilidad de los costes de tramitación considerando que, en principio, el perjudicado no puede exigir un resarcimiento por los gastos asociados a las actuaciones extrajudiciales para hacer valer pretensiones indemnizatorias⁶²². Por el contrario, los costes de una «prima de captura» ofrecida antes del robo deben ser indemnizables en una medida razonable (en todo caso hasta los 25 euros)⁶²³.

- 7 Las penas convencionales también pueden pactarse en **CGC**. Sin embargo, el § 309 n. 6 declara ineficaces las cláusulas mediante las cuales el predisponente se hace prometer el pago de una pena convencional para el caso de no recepción o de recepción tardía de la prestación, de mora en el pago o para el caso de que la otra parte se desvincule del contrato. La ley prevé para estos casos pretensiones indemnizatorias del daño; no existe un interés digno de tutela en imponer una sanción que vaya más allá de lo anterior, por medio de acuerdos de penas convencionales en los clausulados generales⁶²⁴. En las relaciones entre empresarios, el § 309 n. 6 no es aplicable; no obstante, en caso de perjuicio indebido a la otra parte, el acuerdo de pena convencional en un clausulado general es ineficaz conforme al § 307. En **Derecho del trabajo**, según la jurisprudencia del BAG, el § 309 n. 6 es inaplicable en consideración al § 310 IV 2 (→ § 16 n. m. 6); sin embargo, la ineficacia de las correspondientes cláusulas puede derivarse también aquí del § 307. Esto se aplica sobre todo al caso de que la pena convencional acordada sea **indebidamente alta**⁶²⁵.

⁶²¹ *Larenz SchuldR I* § 24 IIc; *Staudinger/Rieble*, 2015, § 339 n. m. 33.

⁶²² BGHZ 75, 230 (231 ss.); *Larenz SchuldR I* § 24 IIc; de otra opinión, *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 719. Detalladamente al respecto, *Lipp NJW* 1992, 1913 ss.

⁶²³ BGHZ 75, 230 (235 ss.); *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 202 s.

⁶²⁴ *MüKoBGB/Wurmnest* § 309 Nr.6 n. m. 2.

⁶²⁵ BAG NZA 2009, 370 (374 s.) = JA 2010, 303 (*Krause*). Sobre la relación con el § 343 → § 38 n. m. 17.

2. Lesión del (existente) deber principal garantizado

- 8 El deudor tiene que haber **lesionado el deber principal** garantizado. Este, por la accesoriedad de la pena convencional, tiene que haber existido (aún) en el momento de la lesión. Por lo demás, según el § 339, hay que distinguir según se trate de un deber de actividad o de un deber de omisión.
- 9 Si un **deber de actividad** no se cumple o no se cumple de forma adecuada, de acuerdo con el § 339 inciso 1, la pena solo es exigible si el deudor incurre en mora. Como con ello se hace referencia también al § 286 IV, el deudor ha de ser **responsable** de la lesión del deber conforme a los §§ 276 y 278. Si el deber de prestación del deudor está excluido conforme al § 275, no puede producirse la mora. Sin embargo, en este caso la pena es exigible si el deudor es responsable del impedimento de la prestación⁶²⁶.
- 10 Si la prestación debida consiste en una **omisión**, según el § 339 inciso 2, se incurre en la pena convencional con su contravención. Conforme al tenor literal, no es necesario que el deudor sea responsable de la contravención. Sin embargo, no está claro por qué la lesión de los deberes de omisión ha de tratarse de forma más estricta que la lesión de los deberes de actividad⁶²⁷. Por eso la opinión dominante parte, con razón, de que también en este caso se incurre en la pena convencional solo si el deudor es responsable de la contravención conforme a los §§ 276 y 278⁶²⁸.
- 11 El requisito de la culpa es **dispositivo**. Por lo tanto, las partes pueden acordar una pena convencional sin culpa mediante un *contrato individual*. En *CGC*, la renuncia al requisito de culpa es ineficaz por regla general, de acuerdo con el § 307 II n. 1⁶²⁹.

Para profundizar: Si antes del vencimiento el deudor ha denegado la prestación seria y definitivamente, la mora no se produce por falta de vencimiento (→ § 26 n. m. 12). De ahí que, en opinión del BGH, el deudor tampoco pueda hacer valer una pena convencional acordada para el caso de mora⁶³⁰. Solo podría darse una excepción bajo los estrictos presupuestos del § 162 I. Sin embargo, parece preferible una aplicación analógica del § 323 IV⁶³¹. De acuerdo con ello, el acreedor puede exigir la pena convencional ya antes del vencimiento, si es patente que los presupuestos se van a dar.

⁶²⁶ Cfr. BGH LM Nr.2 respecto del § 339; Jauernig/Stadler § 339 n. m. 19.

⁶²⁷ Cfr. Larenz SchuldR I § 24 IIa; MüKoBGB/Gottwald § 339 n. m. 38.

⁶²⁸ BGH NJW 1985, 191; Palandt/Grüneberg § 339 n. m. 15.

⁶²⁹ Cfr. BGH NJW 1997, 135; Jauernig/Stadler § 339 n. m. 19.

⁶³⁰ Cfr. BGH NJW-RR 2008, 210; de acuerdo, MüKoBGB/Gottwald § 339 n. m. 32.

⁶³¹ Jauernig/Stadler § 339 n. m. 18; en detalle, también Gsell LMK 2007, 247919.

3. Propia lealtad contractual del acreedor

- 12 Si el mismo acreedor se ha comportado de forma contraria al contrato, hacer valer la pena convencional puede quedar excluido conforme a la **buena fe** (§ 242). Así, el acreedor actúa abusivamente si exige la pena convencional después de haber *provocado* la lesión del deber del deudor con su propio incumplimiento del contrato⁶³².

V. RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

- 13 La relación en que se encuentra la pena convencional respecto de la **pretensión de cumplimiento** depende, según los §§ 340 I y 341 I, de si la promesa de pena se refiere al incumplimiento o al cumplimiento inadecuado.

Si la promesa de pena se refiere al caso de que el deber principal **no se cumpla** (total o parcialmente), el acreedor, según el § 340 I, tiene que decidir si insiste en el cumplimiento o hace valer la pena convencional. Se *excluye* la *acumulación*. Esto se desprende de la formulación «en lugar del cumplimiento» del § 340 I 1. Se protege así al deudor de una doble reclamación. Si el acreedor exige la pena convencional, la pretensión de cumplimiento se extingue, según el § 340 I 2. A la inversa, la exigencia de cumplimiento no excluye aún la pretensión a la pena convencional⁶³³.

Si la promesa de pena trata de garantizar el debido **cumplimiento** del deber principal, el acreedor, según el § 341 I, puede hacer valer la pretensión a la pena convencional *junto con* la pretensión de cumplimiento. No obstante, al aceptar el cumplimiento tiene que reservarse el derecho a hacer valer la pena convencional (§ 341 III).

- 14 La **delimitación** entre el § 340 I y el § 341 I puede ser dudosa en el caso concreto. Entonces habrá que averiguar por medio de la *interpretación* del acuerdo entre las partes si la pena convencional ha de garantizar el interés en el cumplimiento como tal o la regularidad del cumplimiento⁶³⁴. A menudo las promesas de pena tienen el fin de garantizar el **puntual cumplimiento** del deber principal. En este caso la omisión de la prestación en el momento debido afecta al interés en la regularidad del cumplimiento. De ahí que,

⁶³² BGH NJW 1971, 1126; 1984, 919 (920); críticamente, Staudinger/Rieble, 2015, § 339 n. m. 410.

⁶³³ Jauernig/Stadler § 340 n. m. 5.

⁶³⁴ Palandt/Grüneberg § 340 n. m. 2; MüKoBGB/Gottwald § 340 n. m. 1.

según el § 341 I, la pena exigible pueda reclamarse junto con el cumplimiento.

Ejemplo: A, S. A., ha encargado al constructor U la construcción de unos grandes almacenes. Con vistas al lucrativo negocio de la Navidad, se acuerda que los trabajos deben estar concluidos para el 28.11. Por cada día de retraso, U ha de pagar una pena convencional de 50.000 euros. Si la obra no está concluida en la fecha acordada, A, S. A., puede exigir a U el pago de la pena acordada. Junto a ella subsiste la pretensión de cumplimiento.

VI. RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 15** La relación de la pena convencional con la **pretensión de indemnización del daño** está regulada de la misma manera para los dos tipos de promesa de pena en los §§ 340 II y 341 II. Si el acreedor dispone de una pretensión indemnizatoria del daño, puede reclamar la pena exigible como *importe mínimo* del daño, sin prueba. Esto no excluye la posibilidad de hacer valer otro daño (acreditable). No obstante, el acreedor debe dejar que se le deduzca de la indemnización del daño la pena convencional, en la medida en que ambas pretensiones se dirijan al mismo interés⁶³⁵. De ahí que, si la pena convencional trata de garantizar el puntual cumplimiento del deber principal, minore la pretensión de indemnización de los daños por retraso (§§ 280 I y II y 286), pero no la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación (§§ 280 I y III y 281).

Ejemplo: En el caso del negocio de Navidad (→ § 38 n. m. 14), los grandes almacenes se concluyen el 5.12. A, S. A., afirma haber sufrido por el retraso un daño por un importe de 500.000 euros.

Según los §§ 339 y 341 II, A, S. A., puede exigir la pena convencional acordada de 350.000 euros en total, sin tener que probar un daño. De acuerdo con los §§ 280 I y II y 286, A, S. A., podría disponer de una pretensión de pago de otros 150.000 euros. Pero si A, S. A., hace valer esta pretensión, tiene que probar la cuantía del daño.

Variante: El 5.12 U manifiesta a A, S. A., que la conclusión de los grandes almacenes se retrasa por tiempo indefinido. Si acto seguido A, S. A., exige la indemnización del daño en lugar de la prestación conforme a los §§ 280 I y III y 281, no tendrá que dejar que se le deduzca de la pretensión la pena convencional exigible en el tiempo intermedio.

⁶³⁵ Cfr. Staudinger/Rieble, 2015, § 340 n. m. 75 ss.; restrictivamente, BGH NJW 1963, 1197 (no imputación de la pena convencional por falta de puntual cumplimiento a los intereses moratorios por el tiempo posterior a la exigibilidad de la pena convencional).

VII. CUANTÍA DE LA PENA CONVENCIONAL Y CONTROL JUDICIAL

- 16** La cuantía de la pena se rige, en principio, por el acuerdo de las partes. Si el deudor ha contravenido **varias veces** el deber garantizado, mediante la interpretación del acuerdo hay que determinar si la pena ha de pagarse solo una vez o por cada contravención. En general hay que partir de que solo se puede incurrir en la pena una vez⁶³⁶.
- 17** De acuerdo con el § 343, si la pena convencional acordada es desproporcionadamente alta, puede, a petición del deudor, **reducirse por sentencia** a una cantidad razonable. La admisión de tal control de equidad judicial se basa en la consideración de que el deudor es especialmente digno de tutela en el caso de la pena convencional porque, por lo general, la promesa se realizará confiando en poder cumplir debidamente los deberes⁶³⁷. Por esa función tuitiva, el § 343 en principio *no es derogable*⁶³⁸. No obstante, si el deudor ya ha pagado la pena, la reducción ya no es posible (§ 343 I 3).

La aplicación del § 343 presupone un acuerdo eficaz de pena convencional. Por tanto, **no** cabe recurrir a este precepto para «**subsananar**» una promesa de pena convencional ineficaz por importe excesivo en virtud del § 138 I o del § 307⁶³⁹. Esto tiene importancia práctica sobre todo en el control de las CGC en los contratos de trabajo (→ § 38 n. m. 7). La razón determinante para que no se tenga en cuenta la posibilidad de una reducción en el marco del § 307 radica en que el § 343 solo permite una **corrección** posterior, **referida al caso concreto**, cuyo resultado no es previsible con certeza. En cambio, el control de contenido del § 307 se basa en una consideración **generalizadora** que, por lo general, proporciona a la otra parte y a la práctica jurídica la posibilidad de informarse sobre el contenido admisible de las cláusulas penales contractuales. Además, se trata de impedir al predisponente que formule sus correspondientes cláusulas sin riesgos, de forma tan amplia que abarquen tanto casos admisibles como inadmisibles⁶⁴⁰.

- 18** Si un **comerciante** ha prometido la pena convencional en el desarrollo de su actividad mercantil, queda descartada una reducción sobre la base del § 343 (§ 348 HGB). No obstante, es posible un control conforme a los §§ 138 y 242.

⁶³⁶ BGH NJW 2001, 2622 (2624); Palandt/*Grüneberg* § 339 n. m. 18.

⁶³⁷ Cfr. Staudinger/*Rieble*, 2015, § 343 n. m. 8.

⁶³⁸ BGHZ 5, 133 (136).

⁶³⁹ BAG NZA 2004, 727 (734).

⁶⁴⁰ Detalladamente, BAG NZA 2009, 370 (377) = JA 2010, 303 (*Krause*).

Bibliografía: *Beuthien*, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, FS Lorenz, 1973, 495; *Derlin*, Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle, MDR 2009, 597; *Koenig*, Erstattung der Fangprämie bei Ladendiebstählen – Richterliche Kontrolle analog § 343, MDR 1980, 637; *Köhler*, Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe, FS Gernhuber, 1993, 207; *Nodoushani*, Die »verdeckte« Vertragsstrafe – Zur Abgrenzung von Schadensersatzpauschale und Vertragsstrafe, ZGS 2005, 330; *Reinicke/Tiedtke*, Der Vorbehalt des Rechts auf die bereits erlangte Vertragsstrafe, DB 1983, 1639; *Rieble*, Das Ende des Fortsetzungszusammenhangs im Recht der Vertragsstrafe, WM 1995, 828; *Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397; *Tilp*, Das Recht der Vertragsstrafe, JURA 2001, 441; *K. Schmidt*, Unselbständige und selbständige Vertragsstrafeversprechen, FS Heinrichs, 1998, 529; *Werth*, Zivilrechtliche Probleme des Schwarzfahrens in öffentlichen Verkehrsmitteln, JuS 1998, 795.

PARTE SEXTA

EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN RETROACTIVA DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

§ 39 CONTRATO EXTINTIVO Y DENUNCIA DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS DE TRACTO SUCESIVO

I. EXTINCIÓN CONTRACTUAL DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

- 1 El Derecho de obligaciones conoce distintos supuestos de hecho que pueden conducir a la extinción negocial de las relaciones obligatorias (especialmente de los contratos). Entre ellos se encuentra, en primer lugar, el **contrato extintivo**¹. Jurisprudencia y doctrina reconocen que las partes son libres en todo momento de extinguir la relación obligatoria mediante un contrato. A diferencia de la libertad de contratación, el BGB no contiene ningún punto de partida para la **libertad de extinción**. Así, el § 311 I solo regula la constitución y la modificación de la relación jurídica, pero no su extinción. La regulación del § 397 sobre la extinción de la relación obligatoria por *condonación* o *reconocimiento negativo de deuda* (→ § 19 n. m. 7 s.) se refiere únicamente a los *particulares créditos* (relaciones obligatorias en sentido estricto)². Sin embargo, la admisibilidad de los contratos extintivos se deduce de la consideración de que la libertad de extinción es una contrapartida necesaria de la libertad contractual. Al igual que la libertad de modificación

¹ Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 7; Jauernig/*Stürmer* Vor § 362 n. m. 3; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 589.

² Palandt/*Grüneberg* § 311 n. m. 7; *PWW/Pfeiffer* § 397 n. m. 5.

(supra → 11 n. m. 2), la libertad de extinción se aplica también a las relaciones obligatorias contractuales y legales. La extinción de una relación obligatoria en principio **no es formal**, aunque la constitución requiriera una determinada forma³. La norma del § 623 sobre la finalización de los **contratos de trabajo** mediante denuncia o contrato extintivo constituye una excepción. En este caso ha de salvaguardarse la forma escrita por motivos de seguridad jurídica y para proteger al trabajador⁴.

- 2 Si el contrato extintivo extingue la relación obligatoria solo hacia el **futuro** o tiene **efecto retroactivo**, es algo que ha de enjuiciarse mediante la interpretación del acuerdo de las partes⁵. Si el contrato sirve para extinguir una **relación jurídica de tracto sucesivo** con cuya ejecución ya se había empezado, generalmente solo surte efectos para el futuro, como la denuncia (→ § 39 n. m. 15). Esto se basa en la consideración de que en estos casos la liquidación retroactiva de las prestaciones ya ejecutadas, por regla general, no satisface los intereses en juego. En cambio, si la relación obligatoria se dirige a un **único intercambio de prestaciones**, es de suponer la aceptación de una extinción retroactiva⁶. Habida cuenta la comparabilidad de la situación de los intereses en juego, la liquidación retroactiva se rige en estos casos por los §§ 346 ss. (→ § 40 n. m. 1 ss.)⁷.

II. DENUNCIA DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS DE TRACTO SUCESIVO

1. Planteamiento del problema

- 3 En la práctica, los litigios jurídicos sobre la finalización negocial surgen sobre todo en el marco de las **relaciones jurídicas de tracto sucesivo**. Se trata de relaciones jurídicas que no se dirigen a una *única prestación* (p. e., donación) o a un *único intercambio de prestaciones* (p. e., contrato de compraventa «normal»), sino que existen durante un espacio de tiempo más

³ Palandt/Ellenberger § 125 n. m. 10; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 591. Sobre las particularidades de la extinción de los contratos ya ejecutados de compraventa de inmuebles, Palandt/Grüneberg § 311b n. m. 39.

⁴ Cfr. MüKoBGB/Henssler § 623 n. m. 2; Harke SchuldR AT n. m. 108.

⁵ BGH NJW 1978, 2198; Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 7; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 592.

⁶ Sobre esta diferenciación, BGH NJW 1978, 2198; Larenz SchuldR I § 19 IIb; Harke SchuldR AT n. m. 108.

⁷ Cfr. BGH NJW-RR 1996, 336 (337); Palandt/Grüneberg § 311 n. m. 7; Harke SchuldR AT n. m. 108.

largo, surgiendo continuamente durante ese espacio de tiempo nuevos deberes de prestación y de protección⁸. El concepto de relación obligatoria de tracto sucesivo no está legalmente definido. Es verdad que de las cláusulas prohibidas del § 309 n. 9 se derivan algunos indicios; sin embargo, los casos de aplicación allí mencionados no son exhaustivos⁹.

- 4 El contenido de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo puede consistir en una **prestación duradera** o en **distintas prestaciones recurrentes**. Lo que importa es que la extensión de la prestación total no esté fijada desde el principio, sino que dependa de la duración del tiempo de ejecución¹⁰. En la primera categoría se encuentran, en particular, el arrendamiento, el comodato, el arrendamiento de uso y disfrute y el préstamo, pero también los contratos de sociedad y de trabajo, así como la mayoría de los contratos de seguro¹¹. La segunda categoría comprende los contratos de compraventa (§§ 433 ss., dado el caso en relación con el § 650) en los que la cantidad a entregar se fija conforme a las correspondientes necesidades del comprador (p. e., contratos de suministro de cerveza entre dueños de restaurantes y cervecerías, contratos de compra con empresas de suministros, contratos de proveedores en la industria)¹². **No** quedan incluidos los **contratos de entrega por partes o a plazos** ya que, en este caso, la prestación total está fijada desde el principio¹³.
- 5 Dado que las relaciones obligatorias de tracto sucesivo están diseñadas para un espacio de tiempo más largo, con frecuencia indeterminado, puede surgir la necesidad de una **extinción anticipada**. En estos casos, la conclusión de un contrato extintivo (→ § 39 n. m. 1) a menudo fracasa, porque las partes en conflicto no pueden alcanzar el acuerdo necesario para ello. Por eso en la práctica es mucho más importante la extinción mediante negocio jurídico unilateral, concretamente la **denuncia**. Hay preceptos especiales sobre la denuncia, en particular, en el régimen jurídico del arrendamiento, del contrato de servicios y del contrato de obra (cfr. §§ 542 ss.; 568 ss.; 620 II, 621 ss., 643 y 648 ss.). Dado que la renuncia a la colaboración de la otra parte representa una notable intromisión en la posición jurídica de esta¹⁴, la mayoría de

⁸ Sobre los rasgos característicos de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, BT-Drs.14/6040,176 s.; MüKoBGB/Gaier § 314 n. m. 5 ss.; Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 358 ss.; Harke SchuldR AT n. m. 125.

⁹ Cfr. Staudinger/Olzen, 2015, § 241 n. m. 360.

¹⁰ MüKoBGB/Gaier § 314 n. m. 5; Larenz SchuldR I § 2 VI.

¹¹ Cfr. Harke SchuldR AT n. m. 125; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 11.

¹² Palandt/Grüneberg, Visión general previa al §311 n. m. 28.

¹³ Cfr. BGH NJW 1981, 679 (680); PWW/Stürner § 314 n. m. 5; Brox/Walker SchuldR AT § 2 n. m. 4.

¹⁴ Cfr. Medicus/Petersen BGB AT n. m. 81: «determinación heterónoma» por encima de la contraparte de la denuncia.

las veces la denuncia se hace depender de presupuestos especiales (cumplimiento de plazos, existencia de una causa importante, etc.), que no se aplican a la conclusión de un contrato extintivo de común acuerdo¹⁵. Como punto de partida, se puede distinguir al efecto entre la denuncia ordinaria y la extraordinaria. Para la **denuncia ordinaria** (p. e., §§ 542, 620 II, 621 ss. y 648) no es necesario, por regla general, ninguna causa especial¹⁶. Cuando la otra parte es digna de tutela, la mayoría de las veces la protección se garantiza simplemente mediante la necesidad de cumplir los plazos de denuncia. No obstante, hay excepciones en los arrendamientos de vivienda así como en las relaciones laborales. Así, para la denuncia ordinaria de un contrato de arrendamiento de viviendas, según el § 573, el arrendador tiene que probar un *interés legítimo* para la finalización de la relación arrendaticia (→ SchuldR BT § 23 n. m. 32 ss.). En el caso de los contratos de trabajo, conforme al § 1 KSchG, la denuncia es ineficaz si es *socialmente injustificada* (→ SchuldR BT § 30 n. m. 5). Con ello, el legislador toma en cuenta la especial vulnerabilidad de los arrendatarios de viviendas y los trabajadores (→ § 3 n. m. 7).

- 6 Cuando una parte tiene un interés especial en la inmediata extinción de una relación obligatoria de tracto sucesivo surgen problemas particulares. Así, la parte afectada puede alegar que, conforme a la buena fe, ya **no puede exigírsele** la continuación de la relación contractual, p. e., porque la otra parte ha destruido la necesaria relación de confianza mediante una conducta contraria al deber¹⁷. Según los principios generales, en estos casos entra en consideración, a lo sumo, un derecho de resolución. Sin embargo, la liquidación retroactiva de las prestaciones recibidas asociada a ello no satisface los intereses de los implicados. Además, el especial interés en la inmediata extinción de la relación obligatoria de tracto sucesivo puede deberse también a otras causas que no sean una lesión del deber de la otra parte, de modo que ya no habría un derecho de resolución. De ahí que lo apropiado sea una extinción de la relación obligatoria **hacia el futuro** mediante **denuncia extraordinaria**, que no necesariamente exige la existencia de una lesión del deber.

Antes de la reforma del Derecho de obligaciones, el BGB contenía regulaciones especiales sobre la denuncia por causa importante únicamente para algunas relaciones obligatorias **en particular**. Son de mencionar, en especial, los §§ 543 y 569 para el contrato de arrendamiento, el § 626 para el contrato de servicios y el § 723 para el contrato de sociedad. No obstante, la

¹⁵ Sobre el planteamiento del problema, cfr. MüKoBGB/*Emmerich* § 311 n. m. 19.

¹⁶ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 656.

¹⁷ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 14.

jurisprudencia había deducido de las valoraciones de estos preceptos y del principio de buena fe (§ 242) un **derecho general** de denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo por causa importante¹⁸. Luego, la SchuldRModG estableció una base legal expresa para ello en el § 314. Desde el 1.1.2018 existe un precepto semejante en el § 648a para el contrato de obra.

2. Causa importante

- 7 De acuerdo con el § 314, la existencia de una causa importante es presupuesto del ejercicio del derecho extraordinario de denuncia. Según el § 314 I 2, existe tal causa cuando, considerando todas las circunstancias del caso concreto y ponderando los intereses de ambas partes, a la parte que denuncia **no** se le puede **exigir** la continuación de la relación contractual. La utilidad de esta descripción es limitada. Porque, en último término, se sustituye un concepto jurídico indeterminado (causa importante) por otro (inexigibilidad de la continuación del contrato). Sin embargo, no es posible una mayor concreción legal porque los presupuestos pueden ser muy variados en los distintos tipos contractuales¹⁹. Al menos queda claro que la causa de la denuncia tiene que determinarse en el caso concreto mediante una amplia *ponderación de intereses*²⁰.
- 8 Es difícil desarrollar principios generales para llevar a cabo la **ponderación de intereses**. La lesión de los deberes contractuales por el cocontratante tiene una importancia central. En un primer plano se encuentra la lesión de los deberes referidos a la prestación conforme al § 323, pero también la lesión de los deberes de protección en el sentido de los §§ 324 y 241 II puede justificar un derecho de denuncia del § 314. La culpa de la otra parte no es necesaria, pero puede ser tomada en cuenta en la ponderación de intereses²¹.

Ejemplos: (1) El dueño del restaurante G se comprometió frente a la fábrica de cervezas B a comprar cada mes una determinada cantidad de cerveza. B suministra varias veces cerveza imbebible. Dado que los requerimientos resultan infructuosos, G quiere desvincularse del contrato. De acuerdo con los principios generales, G podría resolver el contrato conforme al § 323. Sin embargo, el contrato de suminis-

¹⁸ Cfr. BGHZ 9, 157 (161 ss.); *Larenz SchuldR I* § 2 VI.

¹⁹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 177 s.

²⁰ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 314 n. m. 7.

²¹ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 178; HK-BGB/*Schulze* § 314 n. m. 3.

tro de cerveza es una relación obligatoria de tracto sucesivo. Por ello, el derecho de denuncia por causa importante del § 314 sustituye al derecho de resolución.

(2) En el marco de un contrato de suministro de cerveza, G, dueño de un restaurante, a sabiendas, difunde repetidamente frente a sus socios de negocios hechos falsos sobre la situación comercial de la fábrica de cervezas B. B sufre por ello considerables pérdidas de volumen de negocios. G ha lesionado su deber de respetar los demás intereses de B (§ 241 II). De ahí que, de acuerdo con los principios generales, B podría disponer de un derecho de resolución conforme al § 324. En este caso entra en consideración, en su lugar, un derecho de denuncia conforme al § 314.

- 9 No obstante, el ámbito de aplicación del § 314 no se refiere exclusivamente a las **lesiones del deber**. Antes bien, también pueden ser relevantes **otras circunstancias**²². Pensemos, por ejemplo, que el fin del contrato ya no se pueda alcanzar debido a cambios externos. No obstante, en principio, no procede tomar en consideración las circunstancias provenientes del propio ámbito de riesgo de la parte que denuncia²³. A este respecto valen las mismas consideraciones que en el caso de la alteración de la base del negocio (→ § 37 n. m. 15). Así, en el caso de un **contrato a largo plazo con un gimnasio**, un cambio de residencia por motivos profesionales no justifica ni un derecho de denuncia extraordinaria ni una alteración de la base del negocio²⁴.
- 10 El peso que ha de tener la circunstancia en cuestión para justificar una denuncia, depende, no en último lugar, de la configuración de la correspondiente relación contractual. Conforme a ello, cuanto más intensamente dependan las partes de una estrecha cooperación personal, más habrá que tomar en cuenta una **alteración de la relación de confianza**²⁵.

3. Fijación de un plazo para poner remedio o requerimiento

- 11 Si la causa importante consiste en la lesión de un deber, el derecho de denuncia del § 314 debe armonizarse con el derecho de resolución en el caso de otras relaciones jurídicas (§§ 323 y 324). Por ello el § 314 II prevé que la denuncia solo es admisible después del transcurso sin éxito de un **plazo** razonable para poner remedio o del **requerimiento** sin éxito. Con ello el legislador quiere asegurar también aquí la prioridad de la normal ejecución del contrato. A la otra parte deben ponerse delante de los ojos las inminen-

²² BT-Drs. 14/6040, 178; *Ramming* ZGS2003, 113 (116).

²³ Cfr. BGH NJW 1991, 1828 (1829); Palandt/*Grüneberg* § 314 n. m. 9.

²⁴ BGH NJW 2016, 3718.

²⁵ Cfr. NK-BGB/*Krebs/Jung* § 314 n. m. 36.

tes consecuencias de su conducta de infracción del deber. Al mismo tiempo, debe conservar una última oportunidad de evitar la denuncia del contrato mediante la conducta debida²⁶. Respecto de la **innecesariedad** de la fijación de un plazo o del requerimiento, son aplicables por analogía las normas del § 323 II n. 1 y 2 (→ § 33 n. m. 3 ss.), según el § 314 II 2. Además, el § 314 II 3 (como el § 323 II n. 3 en su antigua versión) prevé que la fijación de plazo o requerimiento también es innecesaria cuando la denuncia inmediata está justificada por circunstancias especiales, ponderando los intereses de ambas partes. Esto se basa en la consideración de que la limitación del § 323 II n. 3 (→ § 33 n. m. 5) al caso de la prestación no efectuada conforme al contrato, realizada en consideración a la Directiva sobre los derechos de los consumidores, no es necesaria en el § 314²⁷.

Ejemplo (BGH NJW-RR 2007, 1520): A, S. R. L., denunció extraordinariamente el contrato de trabajo con su gerente por lesiones de deberes. En opinión del BGH, la denuncia no precisa de ningún requerimiento previo porque el gerente, como representante orgánico de la S. R. L., realiza funciones de empleador. Esta asignación de funciones se contempla como causa especial en el sentido de los §§ 314 II 3.

- 12** Conforme al tenor literal del § 314, la necesidad de fijación de un plazo o de requerimiento también se aplica en los casos en que la denuncia debe basarse en la lesión de un **deber de protección** en el sentido del § 241 II. Esto se encuentra en una cierta contradicción con la decisión del legislador de renunciar a tal exigencia en caso de *resolución* por lesión de deberes de protección (§ 324). De ahí que quepa preguntarse si la necesidad de fijación de un plazo o de requerimiento se aplica a este grupo de casos o si es necesaria una reducción teleológica a este respecto.
- 13** A la **reducción teleológica** se opone el hecho de que la fijación de un plazo y el requerimiento solo son inadecuados respecto de las lesiones de los deberes de protección cuando su falta de frutos (como en el caso del § 323) produce *automáticamente* una consecuencia jurídica perjudicial. Este no es el caso en el § 314, porque la exigibilidad del mantenimiento del contrato tiene que examinarse por separado. Ciertamente, a la inversa también es posible que haya que denegar la exigibilidad pese a faltar la fijación de un plazo o un requerimiento. Sin embargo, la regulación del § 314 II 3 es lo suficientemente flexible como para justificar una denuncia inmediata en tales casos.

²⁶ Sobre la función de la fijación de un plazo y del requerimiento, cfr. MüKoBGB/*Gaier* § 314 n. m. 15.

²⁷ Cfr. *Bierekoven/Crone* MMR 2013, 687 (690).

4. Ejercicio del derecho de denuncia y consecuencias jurídicas de la denuncia

- 14 La denuncia conforme al § 314 es un **derecho de configuración** que se ejercita mediante *declaración de voluntad unilateral recepticia*. De acuerdo con el § 314 III, la denuncia solo puede declararse dentro de un plazo *razonable* desde que se tiene conocimiento de la causa de la denuncia. La regulación trata de garantizar que la otra parte no permanezca innecesariamente mucho tiempo en la incertidumbre de si el legitimado hará o no uso del derecho a denunciar. Se renunció a la fijación de un plazo determinado porque el mismo plazo no sería adecuado para todos los tipos de relaciones obligatorias de tracto sucesivo²⁸.
- 15 Si la denuncia es efectiva, la relación obligatoria de tracto sucesivo finaliza hacia el **futuro**. Esto es, la denuncia es efectiva *ex nunc*. No se prevé un plazo de preaviso, pero el principio de buena fe puede exigir en el caso concreto conceder a la otra parte un «plazo de terminación progresiva»²⁹. La denuncia no afecta a las prestaciones ejecutadas hasta entonces. Esto es, *no* procede una *liquidación retroactiva* conforme a los §§ 346 ss. o §§ 812 ss.
- 16 El § 314 IV deja claro que la denuncia no excluye las **pretensiones de indemnización del daño** existentes conforme a otros preceptos. El precepto se corresponde con la regulación de la relación de resolución e indemnización del daño en el § 325. En particular entran en consideración las pretensiones de indemnización del daño en lugar de la prestación de acuerdo con el § 280 I y III en relación con el § 281 o § 282.

5. Concurrencias

- 17 Junto con el derecho general de denuncia del § 314, sigue habiendo **reglas especiales** sobre la denuncia por causa importante para distintas relaciones obligatorias de tracto sucesivo (→ § 39 n. m. 6). Estas tienen prioridad respecto del § 314 como *leges speciales*³⁰. Sin embargo, en la medida en que los derechos especiales de denuncia contengan conceptos jurídicos indeterminados, puede recurrirse a las valoraciones del § 314 para su concreción.

²⁸ BT-Drs. 14/6040, 178; HK-BGB/Schulze § 314 n. m. 4.

²⁹ Cfr. NK-BGB/Krebs/Jung § 314 n. m. 55 s.

³⁰ Palandt/Grüneberg § 314 n. m. 4; respecto del § 626 BGH NJW 2008, 360 (364).

Esto se aplica, en particular, a la necesidad, como principio, de fijación de un plazo o de requerimiento³¹.

- 18** En el caso de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo en ejecución, la opinión dominante parte de la **prioridad del § 314 frente a los §§ 323 y 324**³². A favor de este parecer habla el hecho de que, por regla general, la resolución no satisface en estos casos los intereses de las partes (→ § 39 n. m. 2). Sin embargo, de la ley no cabe deducir una prioridad general del 314 frente a los §§ 323 y 324³³. También en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo en ejecución es imaginable que el acreedor tenga, excepcionalmente, un legítimo interés en la liquidación retroactiva de las prestaciones ya ejecutadas, aunque en este aspecto se hubiera cumplido debidamente. Sin embargo, según la valoración del § 323 V 1, en tales casos solo tiene cabida la resolución cuando, por la lesión del deber, el acreedor no tiene **ningún interés** en las prestaciones ejecutadas³⁴. Igualmente, en el caso del § 324 hay que tomar en cuenta que, en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, la liquidación retroactiva no satisface por regla general los intereses en juego. Una limitación de la resolución podría basarse en el hecho de que, según el § 324, el mantenimiento del contrato tiene que ser **inexigible** para el acreedor. Esta inexigibilidad podría decaer no pocas veces por la posibilidad de una denuncia conforme al § 314. Alternativamente, puede considerarse una aplicación analógica del § 323 V 1 en el marco del § 324.

En caso de una **alteración de la base del negocio**, la resolución en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo es sustituida, según el § 313 III 2, por la denuncia por causa importante³⁵. Por lo demás, la relación del § 313 y el § 314 es discutida. El sentido y la finalidad del § 313 III 1 hablan a favor de una prioridad de las reglas sobre la alteración de la base del negocio. Por ello, en el área de intersección entre el § 313 y el § 314, la denuncia por causa importante presupone que la causa de la denuncia no pueda allanarse mediante la *adaptación del contrato*³⁶.

³¹ NK-BGB/Krebs/Jung § 314 n. m. 22 s.

³² BT-Drs. 14/6040, 177; HK-BGB/Schulze § 314 n. m. 2; MüKoBGB/Gaier § 314 n. m. 3; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 488; de otra opinión, MüKoBGB/Ernst § 323 n. m. 36 y § 324 n. m. 3.

³³ Así también Soergel/Gsell § 323 n. m. 9; Müllert FS H. P. Westermann, 2008, 491 (512).

³⁴ MüKoBGB/Ernst § 323 n. m. 36; Grigoleit FS E. Lorenz, 2014, 795 (804 ss.).

³⁵ Cfr. Grigoleit FS E. Lorenz, 2014, 795 (807), observando que una determinada situación de intereses, que sugiera que la alteración de la base del negocio debe tenerse en cuenta con carácter retroactivo, puede tomarse en cuenta en la prioritaria adaptación del contrato

³⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 177; Palandt/Grüneberg § 314 n. m. 9; de otra opinión, Eidenmüller JURA 2001, 824 (832); HK-BGB/Schulze § 314 n. m. 2.

Bibliografía: *Grigoleit*, Dauerschuldverhältnisse und allgemeines Leistungsstörungenrecht, en FS E. Lorenz, 2014, 795; *Michalski*, Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses, JA 1979, 401; *Müllbert*, Vertragliche Dauerschuldverhältnisse im Allgemeinen Schuldrecht, FS H. P. Westermann, 2008, 491; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994; *Ramming*, Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§§ 314, 323, 324), ZGS 2003, 113; *Stürmer*, Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB, JURA 2016, 163; *Wackerbarth*, Außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und Abmahnung, en Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 159.

§ 40 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

I. EN GENERAL

1. Presupuestos de la resolución

- 1 A lo largo de lo expuesto hasta ahora se ha mostrado que la **ley** concede a las partes un derecho de resolución en distintos preceptos. Especialmente importantes son los derechos de resolución por lesiones del deber y otras contravenciones de la prestación conforme a los §§ 313 III, 323, 324 y 326 V. Pero también es de mencionar el derecho de resolución de los obligados a la prestación anticipada conforme al § 321 II (→ § 15 n. m. 23). No obstante, el derecho de resolución no tiene que derivarse necesariamente de la ley; también puede ser acordado contractualmente por las partes. Se habla entonces de una **reserva del derecho de resolución**.
- 2 Un derecho **contractual** de resolución puede acordarse expresa o tácitamente. En el tráfico jurídico son frecuentes cláusulas como «sin compromiso» o «con reserva de posibilidad de entrega»³⁷. Sin embargo, tales cláusulas no justifican un derecho ilimitado de resolución. Antes bien, la resolución solo es admisible si el vendedor no está en condiciones de proporcionar la mercancía con los esfuerzos que resulten exigibles de acuerdo con la buena fe³⁸.

Para profundizar: De acuerdo con el § 308 n. 3, fuera de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, las cláusulas de resolución *en clausulados generales* son ineficaces, si conforme a ellas el predisponente puede desvincularse del deber de prestación sin causa objetivamente justificada y especificada en el contrato. En el tráfico empresarial el § 308 n. 3 no es aplicable. Pero su idea normativa puede ser tomada en cuenta a través del § 307 II n. 1 (cfr. § 310 I 2)³⁹.

³⁷ Cfr. MüKoBGB/Gaier § 346 n. m. 6 s.; Soergel/Huber § 433Anh. II n. m. 21, 70.

³⁸ Cfr. BGH NJW 1958, 1628 (1629).

³⁹ Cfr. OLG Köln NJW-RR 1998, 926; Palandt/Grüneberg § 308 n. m. 23.

2. Ejercicio del derecho de resolución

- 2 El derecho de resolución es un **derecho de configuración** que, de acuerdo con el § 349, se ejercita mediante la emisión de una declaración de voluntad unilateral recepticia⁴⁰. Para el ejercicio del derecho *contractual* de resolución, las partes pueden prever un plazo. Si no han acordado plazo alguno, la contraparte de la resolución tiene la posibilidad, según el § 350 inciso 1, de fijar al legitimado un plazo razonable para su ejercicio. En este caso el derecho de resolución se extingue, según el § 350 inciso 2, si la resolución no se declara antes de que expire el plazo.
- 4 Dado que el § 194 I limita la posibilidad de **prescripción** a las pretensiones, el derecho de resolución, como derecho de configuración, no puede prescribir. Por otro lado, en interés de la contraparte de la resolución, debe garantizarse que los derechos *legales* de resolución no puedan hacerse valer de forma temporalmente ilimitada. El § 218 I soluciona el problema atendiendo alternativamente a la prescripción de la pretensión de prestación o de la pretensión de subsanación. Conforme a ello, la resolución por retraso de la prestación o prestación defectuosa conforme al § 323 (en su caso, en relación con el § 437 n. 2 o § 634 n. 3) es ineficaz si la pretensión de prestación o la pretensión de subsanación ha prescrito y el deudor lo alega. Esta construcción no funciona si la pretensión de prestación o de subsanación está excluida conforme al § 275, § 439 IV o § 635 III. Porque una pretensión excluida no puede prescribir. Dado que el derecho de resolución también debe limitarse en caso de imposibilidad conforme al § 326 V, el § 218 I 2 atiende en estos casos a la hipotética prescripción de la pretensión de prestación o de subsanación. Más detalles sobre todo → SchuldR BT § 6 n. m. 6.

3. Efectos de la resolución

- 5 La resolución tiene como consecuencia que los **deberes primarios de prestación** se extinguen⁴¹. Desde el punto de vista del legislador, esto es tan obvio que ha renunciado a una regulación expresa⁴². En la medida en que ya haya tenido lugar un intercambio de prestaciones, cada parte deberá, conforme al § 346 I, devolver las prestaciones recibidas y restituir las

⁴⁰ Cfr. HK-BGB/Schulze § 349 n. m. 1; Medicus/Petersen Grundwissen BürgerlR § 8 n. m. 25.

⁴¹ Larenz SchuldR I § 26a; Soergel/Gsell § 323 n. m. 162.

⁴² Cfr. BT-Drs. 14/6040, 194.

utilidades percibidas. El contrato se transforma con ello en una **relación obligatoria restitutoria**⁴³. Los deberes derivados de la resolución han de cumplirse simultáneamente, de acuerdo con el § 348 inciso 1. Según la opinión dominante, de esto no se deriva, ciertamente, un vínculo sinalagmático entre los deberes de ambas partes (→ § 15 n. m. 14 ss.)⁴⁴. Pero, según el § 348 inciso 2, los §§ 320 y 322 son aplicables por analogía. De ahí que la objeción solo haya de tomarse en cuenta si se hace valer por vía de **excepción**⁴⁵.

4. Reglas especiales

- 6 El BGB contiene **reglas especiales sobre la resolución** para algunas relaciones obligatorias. Así, el § 572 se aplica al *arrendamiento de vivienda* y el §651h al *contrato de viaje*. Pero el instituto de la resolución no solo es conocido en el Derecho de obligaciones, sino también en el **Derecho de familia** y en el de **sucesiones**. También aquí existen preceptos especiales. La resolución de la *promesa de contraer matrimonio* se rige por los §§ 1298 ss., la resolución del *contrato sucesorio* por los §§ 2293 ss.

5. Repercusiones de la reforma del Derecho de obligaciones

- 7 En la reforma del Derecho de obligaciones, los §§ 346 ss. han sido redactados nuevamente por completo. El antiguo Derecho era desafortunado desde el punto de vista de técnica legislativa y había provocado «una maraña de controversias y tesis apenas penetrable para la teoría y la práctica»⁴⁶. En la reforma el legislador se ha esforzado por suprimir las deficiencias más graves. Hay que destacar las siguientes **decisiones básicas**.
- 8 Desde la reforma del Derecho de obligaciones, los §§ 346 ss. son *directamente* aplicables, no solo al derecho **contractual** de resolución, sino también al derecho **legal** de resolución. No obstante, respecto del derecho legal de resolución también existen reglas especiales, que van dirigidas a

⁴³ Palandt/*Grüneberg* Einf. vor § 346 n. m. 3; Soerge/*Gsell* § 323 n. m. 162; *Medicus/Petersen* Grundwissen BürgerlR § 8 n. m. 11.

⁴⁴ Cfr. BGH NJW 2002, 506 (507); MüKoBGB/*Gaier* § 348 n. m. 2.

⁴⁵ BGH NJW 2010, 146 (148) = JA 2010, 220 (*Looschelders*).

⁴⁶ v. *Caemmerer* FS Larenz, 1973, 621 (625); cfr. también BT-Drs. 14/6040, 191.

dar un tratamiento privilegiado al legitimado para resolver (→ § 40 n. m. 23 ss. y 28).

- 9 Conforme al antiguo Derecho, la resolución quedaba excluida cuando el legitimado era *culpable* de la destrucción o de un deterioro sustancial del bien recibido (cfr. § 351 en su antigua versión). De acuerdo con el Derecho vigente, la **destrucción** y el **deterioro del objeto de la prestación** ya no excluyen la resolución⁴⁷. No obstante, según el § 346 II, en la medida en que la restitución sea imposible, el deudor de la restitución tiene que *resarcir el valor* siempre y cuando el deber de resarcir el valor no sea improcedente conforme al § 346 III.

II. RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES RECIBIDAS Y DEBER DE RESARCIR EL VALOR

1. Restitución in natura

- 10 De acuerdo con el § 346 I, cada parte está obligada a devolver **in natura** la prestación recibida. Se trata de deberes *obligatorios* cuyo contenido depende de lo que haya recibido el deudor de la restitución. Si ha obtenido la propiedad de una cosa, tiene que restituir la cosa conforme a los §§ 929 ss. o §§ 873 y 925. Si la prestación recibida consiste en la obtención de la posesión, al acreedor de la restitución tiene que proporcionársele nuevamente el señorío efectivo sobre la cosa.

2. Resarcimiento del valor

- 11 Si la prestación recibida no puede devolverse in natura en todo o en parte, según el § 346 II, el deudor, en principio, tiene que **resarcir el valor**. El deber de resarcir el valor se regula de forma verdaderamente casuística en el § 346 II 1. El principio básico común es que el deber de resarcir el valor debe operar si y en la medida en que el deudor no esté en condiciones de restituir in natura por *imposibilidad*⁴⁸.

⁴⁷ *Brow/Walker SchuldR AT* § 18 n.m. 13; *Wagner FS U. Huber*, 2006, 591 (611 ss.). Sobre posibles excepciones en el caso del saneamiento del régimen jurídico de la compraventa → *SchuldR BT* § 4 n. m. 44 s.

⁴⁸ Cfr. *Canaris Schuldrechtmodernisierung XXXVII*.

A) EXCLUSIÓN DE LA RESTITUCIÓN ATENDIENDO A LA NATURALEZA DE LO OBTENIDO

- 12 El § 346 II 1 n. 1 menciona en primer lugar el caso en que la restitución queda excluida atendiendo a la **naturaleza de lo obtenido**. Aquí se trata, sobre todo, de prestaciones incorpóreas de servicios o de obra, como conciertos, viajes, clases o tratamientos médicos⁴⁹.

Ejemplo (AG Passau NJW 1993, 1473): K asiste a un concierto organizado por B contra pago de una entrada de 25 euros. En carteles y en publicidad radiofónica, B ha dado a conocer que el concierto durará desde las 17 hasta las 22 horas. Por problemas con el montaje del escenario, el comienzo se retrasa considerablemente. A las 19:30 horas, K se dirige al gerente (G) de B y exige la devolución del dinero de la entrada. Sin embargo, G no acepta el reembolso. El concierto empieza finalmente a las 21:30 horas. A las 22:30 horas, K, muy cansado, abandona el concierto. Exige a B el reembolso de los 25 euros.

Debido al retraso, K tiene un derecho de resolución ex § 323 que ha ejercitado mediante declaración frente a G. La fijación de un plazo es innecesaria, de acuerdo con el § 323 II n. 3. Por tanto, B está obligado según el § 346 I a reembolsar el dinero de la entrada⁵⁰. No obstante, K ha escuchado una quinta parte del concierto. Como la prestación no puede devolverse in natura, en este aspecto K tiene que resarcir el valor conforme al § 346 II 1 n. 1.

B) CONSUMO, ENAJENACIÓN, GRAVAMEN, TRANSFORMACIÓN, MODIFICACIÓN

- 13 De acuerdo con el § 346 II 1 n. 2, también existe un deber de resarcir el valor si el deudor ha **consumido, enajenado, gravado, transformado o modificado** el bien recibido. Conforme al tenor literal del precepto, el deber de resarcir existe aunque el deudor estuviera en condiciones de dejar sin efecto la enajenación, modificación o gravamen. Dado que en este caso la pretensión de restitución in natura no está excluida por imposibilidad, el § 346 II 1 n. 2 tiene que reducirse teleológicamente. De este modo, se mantiene el deber de restitución conforme al § 346 I⁵¹.

⁴⁹ HK-BGB/Schulze § 346 n.m. 14.

⁵⁰ Sobre la aplicabilidad del § 346 I en el caso de las prestaciones dinerarias, cfr. Arnold JURA 2002, 154 (156); Palandt/Grüneberg § 346 n. m. 5. Lo que se debe no es la devolución de los billetes concretamente recibidos sino la restitución del *valor monetario*.

⁵¹ BGH NJW 2009, 63 (65) (referente al gravamen de la cosa prestada); Palandt/Grüneberg § 346 n. m. 8a; de otra opinión, MüKoBGB/Gaier § 346 n. m. 48.

C) DETERIORO O DESTRUCCIÓN

- 14** Por último, el § 346 II 1 n. 3 prevé un deber de resarcir el valor en la medida en que el bien recibido se haya **deteriorado** o se haya **destruido**. No obstante, conforme a la parte 2, no procede tomar en consideración el deterioro ocasionado por el *uso* conforme a lo previsto. De la palabra «uso» cabe deducir que la excepción se refiere exclusivamente a la disminución de valor que se debe a que ya no se trata de una cosa «nueva», sino de una cosa «usada»⁵². Esta disminución puede ser muy considerable. Así, hay que partir de que los vehículos, solo por la primera matriculación, sufren una pérdida de valor del 20%⁵³. La pérdida de valor basada en el *uso* debido no representa un deterioro en el sentido del § 346 II 1 n. 3 parte 1⁵⁴. No obstante, según el § 346 I y II, a este respecto el deudor está obligado a resarcir las *utilidades*.
- 15** El tenor literal del § 346 II 1 n. 3 no abarca todos los casos en que es imposible la restitución. Sin embargo, desde un punto de vista valorativo, no es comprensible por qué la pérdida (p. e., robo) habría de tratarse de forma distinta a la destrucción de la cosa. De ahí que el § 346 II 1 n. 3 haya de aplicarse por analogía a todos los **demás casos de imposibilidad**⁵⁵.

D) CÁLCULO DEL RESARCIMIENTO DEL VALOR

- 16** De acuerdo con el § 346 II 2 parte 1, al calcular el resarcimiento del valor hay que atender preferentemente a la **contraprestación** acordada. Con ello se trata de garantizar que se mantenga la relación acordada de prestación y contraprestación⁵⁶. A falta de una determinación contractual de la contraprestación, ha de tomarse como base el valor *objetivo* de la cosa⁵⁷.

La regulación del § 346 II 2 parte 1 se revela problemática cuando la contraparte de la resolución ha causado o incluso es **culpable** de la causa de la resolución y la contraprestación acordada está claramente por debajo del valor objetivo. Parte de la doctrina defiende para este caso una **reducción**

⁵² Cfr. *Canaris Schuldrechtsmodernisierung XXXVI*.

⁵³ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 200.

⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, 196; *Kaiser JZ* 2001, 1057 (1061).

⁵⁵ Así también Palandt/*Grüneberg* § 346 n. m. 9; *Arnold JURA* 2002, 154 (157).

⁵⁶ Cfr. *Canaris Schuldrechtsmodernisierung XXXIX*; *Witt NJW* 2009, 1070 (1071); restrictivamente, *Kohler AcP* 213 (2013), 46 ss., que atiende al valor objetivo y únicamente deduce del § 346 II 2 parte 1 que la contraprestación acordada da un indicio del valor objetivo.

⁵⁷ BT-Drs. 14/6040, 196.

teleológica del precepto para evitar que en un caso así la resolución repercuta en beneficio de la contraparte de la resolución⁵⁸. Sin embargo, el BGH no ha seguido esto. Para justificarlo, el tribunal ha señalado que la regulación no perjudica al vendedor que vende una cosa por debajo de su valor porque, con la conclusión del contrato de compraventa, ha mostrado que la cosa no tiene para él más valor que el precio de venta⁵⁹.

Ejemplo (BGH NJW 2009, 1068): En mayo de 2005, la alumna de 17 años S –representada por sus padres– concluyó un contrato con el profesor de autoescuela F. En él S se obligaba a traspasar a F su caballo (valor: 6.000 euros). En contrapartida, F debía asumir todos los gastos en que incurriera S hasta la concesión del permiso de conducir. Conforme a lo acordado, el caballo fue traspasado a F. Después de haber tomado clases de conducir con F por valor de 759 euros, S cambió a otra autoescuela de acuerdo con F. Esta le facturó 1.531 euros por sus servicios hasta pasar el examen con éxito. Cuando F no pagó el importe dentro del plazo fijado por S, esta resolvió el contrato y exigió a F, por el caballo que en el ínterin había traspasado a su hija, un resarcimiento del valor por importe de 6.000 euros. De acuerdo con el § 346 II 2 parte 1, el BGH atendió al valor de las clases de conducción y por ello concedió a S solo una cantidad de 2.290 euros.

- 17** La vinculación con la contraprestación acordada se basa en la premisa de que la prestación recibida esté libre de vicios⁶⁰. Por lo tanto, no vale cuando el comprador resuelve el contrato por un **vicio material**. En tal caso, no puede sostenerse que el comprador tenga que pagar por la cosa viciosa el precio total de compra como resarcimiento del valor. Por ello, la pretensión del vendedor tiene que ser rebajada conforme a los principios de la reducción (§ 441 III por analogía)⁶¹.

Ejemplo: K ha comprado a V un coche de segunda mano por 10.000 euros. Cuando comprueba que se trata de un coche que ha sufrido un accidente, resuelve el contrato conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 326 V. Poco después el automóvil resulta destruido en un accidente del que K es culpable.

K tiene frente a V una pretensión de reembolso de los 10.000 euros. Pero aplicando el § 346 II 2 conforme a su tenor literal, K, por su parte, tendría que resarcir el valor por importe de 10.000 euros. Sin embargo, de este forma el vicio material no sería tomado en cuenta. Por ello la pretensión de V tiene que rebajarse al valor real del automóvil por analogía con el § 441 III⁶².

⁵⁸ Así, NK-BGB/Hager § 346 n. m. 47; *Canaris* FS Wiedemann, 2002, 3 (22 s.); de otra opinión, *Staudinger/Kaiser*, 2012, § 346 n. m. 163 s.

⁵⁹ BGH NJW 2009, 1068 (1070), con nota de *Witt*; críticamente, *Gsell* LMK 2009, 276149.

⁶⁰ *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung XXXIX.

⁶¹ Cfr. NK-BGB/Hager § 346 n. m. 46; *Arnold* JURA 2002, 154 (157).

⁶² *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung XXXIX.

18 Se discute si, de acuerdo con el § 285, el acreedor de la restitución puede exigir en lugar del resarcimiento del valor la restitución del **subrogado** obtenido por el deudor⁶³. A favor de tal pretensión habla el hecho de que el § 346 II 1 n. 2 y 3 se refiere en lo esencial a la **imposibilidad de la restitución** in natura; sin embargo, el § 285 es aplicable a los casos de imposibilidad también en otro caso⁶⁴. Para el acreedor, la pretensión ex § 285 es especialmente ventajosa cuando el deudor ha enajenado ulteriormente la cosa por un precio más alto⁶⁵.

3. Exclusión de la pretensión de resarcimiento del valor

19 Si se dan los presupuestos del § 346 II, en un paso ulterior debe examinarse si la pretensión de resarcimiento del valor queda **excluida** conforme al § 346 III. En la medida en que sea este el caso, de acuerdo con el § 346 III 2, el deudor solo tiene que restituir el *enriquecimiento* restante⁶⁶. Se trata de una remisión a las consecuencias jurídicas de los §§ 818 ss.⁶⁷. De este modo, en principio, el deudor puede invocar la desaparición del enriquecimiento conforme al § 818 III⁶⁸.

A) DESCUBRIMIENTO DEL VICIO DURANTE LA TRANSFORMACIÓN O MODIFICACIÓN

20 El § 346 III 1 n. 1 excluye el deber de resarcir el valor cuando la resolución se realiza por un vicio que se manifiesta por primera vez durante (o después de) la **transformación** o **modificación** del objeto. El precepto enlaza con el deber de resarcimiento del valor ex § 346 II 1 n. 2. Si el vicio es descubierto durante el **consumo** conforme a lo previsto, el § 346 III 1 n. 1 es analógicamente aplicable⁶⁹.

⁶³ En sentido afirmativo, MüKoBGB/Gaier § 346 n. m. 56; Palandt/Grüneberg § 346 n. m. 20; de otra opinión, Staudinger/Caspers, 2014, § 285 n. m. 13; lo deja abierto el BGH, NJW 2015, 1748 n. m. 21.

⁶⁴ Cfr. S. Lorenz NJW 2015, 1725 (1726 s.).

⁶⁵ Cfr. MüKoBGB/Gaier § 346 n. m. 56; S. Lorenz NJW 2015, 1725 (1727 s.).

⁶⁶ HK-BGB/Schulze § 346 n. m. 17.

⁶⁷ BGHZ 174, 290 = NJW 2008, 911 n. m. 16; BGH NJW 2015, 1748 n. m. 16.

⁶⁸ Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 661.

⁶⁹ NK-BGB/Hager § 346 n. m. 50; Palandt/Grüneberg § 346 n. m. 11.

Ejemplo (AG Burgwedel NJW 1986, 2647, con artículo de *Jauch* JuS 1990, 706): G ha pedido para sí y su esposa E comida y bebida en el restaurante de W por un precio de 76 euros. Durante la comida se descubre en la ensalada de E un caracol. Acto seguido, G y E abandonan el restaurante sin pagar. W exige a G el pago de 43 euros por la bebida y la comida que G y E han consumido antes de descubrir el caracol.

Si se parte de que G ha resuelto eficazmente el contrato conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 323, no tiene cabida una pretensión de W ex 433 II. No obstante, W podría disponer de una pretensión de resarcimiento del valor ex § 346 II 1 n. 2. Sin embargo, dado que el vicio se ha mostrado por primera vez durante el consumo de la bebida y la comida conforme a lo previsto, esta pretensión queda excluida en virtud del § 346 III 1 n. 1 por analogía.

B) RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR POR EL DAÑO

- 21** El § 346 III 1 n. 2 enlaza con el deber de resarcir el valor conforme al § 346 II 1 n. 3. El precepto regula en primer lugar el caso de que el **acreedor** sea **responsable** de la destrucción o deterioro de la cosa. En principio, la responsabilidad del acreedor en ello ha de juzgarse conforme a los §§ 276 y 278 por analogía. No obstante, es necesaria una interpretación extensiva del deber de responder para el caso de que el deterioro o la destrucción se deba precisamente al vicio que autoriza a resolver. También en este caso sería inapropiado un deber de resarcir el valor⁷⁰.

Ejemplo: K ha comprado a V un coche de segunda mano por 12.000 euros. En un trayecto por la autovía fallan los frenos. Se produce un accidente en el que el vehículo queda completamente destruido. El perito constata que los frenos ya estaban defectuosos en el momento de la entrega del automóvil. Acto seguido, K resuelve el contrato conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 326 V.

En un caso así, K no tiene que resarcir el valor conforme al § 346 III 1 n. 2, aunque V no sea responsable del vicio conforme a los §§ 276 y 278 por analogía. Siempre que K haya observado la diligencia empleada usualmente en sus propios asuntos, opera, además, la causa de exclusión del § 346 III 1 n. 3.

- 22** El § 346 III 1 n. 2 excluye también el deber de resarcir el valor si el **daño se hubiera producido igualmente estando la cosa en poder del acreedor**. Este es el caso, p. e., si el automóvil comprado es incautado por la policía estando en poder del comprador⁷¹.

⁷⁰ Cfr. *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung XL; NK-BGB/*Hager* § 346 n. m. 52; Palandt/*Grüneberg* § 346 n. m. 12.

⁷¹ Cfr. BGH NJW 1997, 3164 (3165); NK-BGB/*Hager* § 346 n. m. 54.

C) TRATO PRIVILEGIADO DEL LEGITIMADO EN EL CASO DE LOS DERECHOS LEGALES DE RESOLUCIÓN

- 23** En el caso de los derechos legales de resolución, el § 346 III 1 n. 3 da un trato privilegiado al legitimado, mediante una limitación adicional del deber de resarcir el valor. Si el objeto de la prestación se ha destruido estando en poder del legitimado o se ha deteriorado allí, este puede exonerarse por haber observado la **diligencia** que suele emplear **en sus propios asuntos** (cfr. § 277). Con ello, el legitimado no responde por caso fortuito y, por lo general, tampoco tiene que responder por negligencia leve. El privilegio se aplica también a los accidentes de tráfico. Es cierto que, conforme a la opinión del BGH, en el caso de la participación en el tráfico rodado no hay margen, en principio, para aplicar un parámetro de diligencia individual⁷². Sin embargo, esta jurisprudencia se justifica por el hecho de que el asegurador de responsabilidad civil del causante del daño no debe resultar exonerado (→ § 23 n. m. 19); de ahí que no pueda trasladarse a la relación entre el acreedor de la restitución y el deudor de la restitución, regulada en el § 346 III 1 n. 3. Dado que las particularidades del tráfico rodado son irrelevantes para el reparto del riesgo en los casos de resolución legal, queda excluida una reducción teleológica del § 346 III 1 n. 3⁷³.

Ejemplo: K ha comprado al concesionario V un automóvil de segunda mano por 12.000 euros. Pocos días después de la entrega del vehículo, K sufre a causa de una negligencia leve un accidente en el que el automóvil resulta considerablemente dañado. Al examinar los daños ocasionados al automóvil, se constata que se trata de un coche que había sufrido ya antes un accidente. Acto seguido, K resuelve el contrato de compraventa y pone a disposición de V el vehículo dañado.

K tiene frente a V una pretensión de reembolso de los 12.000 euros ex §§ 434, 437 n. 2, 326 V y 346 I. Según el § 346 I, V puede exigir a K la restitución del automóvil dañado. Además, V podría disponer de una pretensión de resarcimiento del valor por el deterioro del automóvil ex § 346 II 1 n. 3. Sin embargo, dado que K parece haber observado la diligencia empleada usualmente en sus propios asuntos, esta pretensión queda excluida por el § 346 III 1 n. 3.

- 24** La legitimidad de semejante «rebote del riesgo» es discutida⁷⁴. El legislador se ha basado en que la resolución se debe a una **lesión del deber** de la con-

⁷² BGHZ 46, 313; 53, 352.

⁷³ Así, en detalle, también OLG Karlsruhe NJW 2008, 925 (926 s.); Jauernig/Stadler § 346 n. m. 8a; Medicus FS Deutsch, 2009, 883 (888); de otra opinión, Palandt/Grüneberg § 346 n. m. 13b.

⁷⁴ Cfr. S. Lorenz NJW 2015, 1725 ss.; críticamente, Gaier WM 2002, 1 (11); Kaiser JZ 2001, 1057 (1062).

traparte de la resolución. De ahí que este sea menos digno de protección que el legitimado, que podía confiar en el carácter definitivo de la adquisición⁷⁵. Sin embargo, el tenor literal del § 346 III 1 n. 3 comprende también el derecho legal de resolución en caso de *alteración de la base del negocio* (§ 313 III). Dado que en este caso no existe una lesión del deber, es necesaria una reducción teleológica⁷⁶.

- 25 Especialmente dudosa es la legitimidad del § 346 III 1 n. 3 si, en el momento de la destrucción o del deterioro del objeto de la prestación, el legitimado **conoce** la causa de resolución o ya ha ejercitado su derecho de resolución. En este caso ya no cabe justificar la rebaja del parámetro de diligencia con que el legitimado podía confiar en el carácter definitivo de la adquisición. De ahí que el sentido y la finalidad del § 346 III 1 n. 3 hablen a favor de hacer responder al legitimado por cualquier negligencia por medio de una reducción teleológica⁷⁷. El riesgo de la destrucción fortuita permanece, en cambio, en la contraparte de la resolución⁷⁸.

Ejemplo: K ha resuelto eficazmente el contrato por un vicio del automóvil comprado. Poco después causa por negligencia leve un accidente de tráfico en el que el vehículo queda completamente destruido.

K está obligado conforme al § 346 II 1 n. 3 a resarcir el valor del automóvil. Dado que K ya había ejercitado su derecho de resolución, el deber de resarcir no queda excluido conforme al § 346 III 1 n. 3. En cambio, K podría alegar el privilegio del § 346 III 1 n. 3 si el automóvil hubiera sido dañado por un tercero después de la resolución, sin culpa de su parte.

- 26 Conforme a su tenor literal, el § 346 III 1 n. 3 se refiere solo a la destrucción o al deterioro del objeto de la prestación. No obstante, en la medida en que la restitución devenga imposible por **otra causa** (p. e., consumo, enajenación, gravamen, modificación, robo), es necesaria una aplicación analógica del precepto⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 196; Palandt/*Grüneberg* § 346 n. m. 13b.

⁷⁶ Así también, PWW/*Stürner* § 346 n. m. 19; NK-BGB/*Hager* § 346 n. m. 57 s.

⁷⁷ Así también, NK-BGB/*Hager* § 346 n. m. 59; PWW/*Stürner* § 346 n. m. 17; *Arnold* JURA 2002, 154 (158); *Schwab* JuS2002, 631 (635); *S. Lorenz* NJW 2015, 1725 (1726); de otra opinión, Palandt/*Grüneberg* § 346 n. m. 13b; *Schneider* ZGS2007, 57 ss. Según MüKoBGB/*Gaier* § 346 n. m. 67, no es necesaria una reducción teleológica porque, de todos modos, el § 346 III 1 n. 3 ya no es aplicable a partir del momento en que se debe conocer la causa de la resolución.

⁷⁸ *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung XLVII s.; *Arnold* ZGS2003, 427 (434); de otra opinión, *Schwab* JuS2002, 631 (636).

⁷⁹ NK-BGB/*Hager* 346 n. m. 60; HK-BGB/*Schulze* § 346 n. m. 16.

III. UTILIDADES Y GASTOS

1. Restitución y resarcimiento de las utilidades

- 27** De acuerdo con el § 346 I, en caso de resolución el deudor también está obligado a **restituir** al acreedor las **utilidades** percibidas. El concepto de utilidades se rige por el § 100. Conforme a este, quedan comprendidos los frutos de la cosa o del derecho, así como las ventajas de uso. Esto último son las ventajas que se originan por la *efectiva* utilización de la cosa (p. e., conducir el automóvil). Dado que tales ventajas no pueden ser restituidas in natura, el deudor tiene que **resarcir el valor** conforme al § 346 II 1 n. 1.

Para profundizar: Para calcular el resarcimiento del valor nuevamente hay que atender en primer lugar a la contraprestación acordada (§ 346 II 2 parte 1). En el caso de los contratos de préstamo, esto puede conducir a que el prestatario tenga que pagar los intereses contractuales convenidos a pesar de no haber tenido, quizá, ninguna ventaja de uso. Por eso el § 346 II 2 parte 2 admite la prueba de que el valor de la ventaja de uso fue inferior⁸⁰.

- 28** De acuerdo con el § 347 I 1, al deudor también le incumbe un deber de resarcir el valor cuando, en contra de las reglas de una administración ordenada, no ha obtenido **ninguna utilidad**. No es necesaria la culpa, pero, a través de las *reglas de una administración ordenada*, es posible efectuar la correspondiente limitación de responsabilidad⁸¹. Esto sigue pareciendo demasiado estricto en el caso de los derechos legales de resolución. De ahí que el § 347 I 2 atienda a si el legitimado ha cumplido la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos (§ 277).

Para profundizar: A diferencia del § 347 inciso 3 en su antigua versión, el § 347 I no prevé un deber específico de *devengo de intereses de las deudas pecuniarias*. A este respecto rigen, por tanto, los principios generales. Si el deudor ha obtenido intereses, tiene que restituirlos de acuerdo con el § 346 I. En caso contrario, según el § 347 I 1, lo que importa es qué interés debería haberse obtenido conforme a las reglas de una administración ordinaria. Esta regulación flexible toma en cuenta el problema de que el deudor no siempre está en condiciones de obtener un interés en la cuantía del tipo de interés legal⁸².

⁸⁰ Cfr. BT-Drs. 14/9266, 20, con el Considerando 45; críticamente, *Meinhof* NJW 2002, 2273 (2275).

⁸¹ MüKoBGB/*Gaier* § 347 n. m. 6.

⁸² Cfr. BT-Drs. 14/6040, 197.

2. Resarcimiento de los gastos en el bien

A) GASTOS NECESARIOS EN EL BIEN

- 29** Si el deudor de la restitución devuelve el bien, el acreedor tiene que resarcirle los **gastos necesarios en el bien**, según el § 347 II 1. Lo mismo se aplica si el deudor resarce el valor o si su deber de resarcir el valor queda excluido conforme al § 346 III 1 n. 1 y 2.
- 30** El concepto de **gasto en el bien** se rige por los principios generales (→ § 14 n. m. 2). Es decir, comprende todos los gastos que benefician a la cosa. No obstante, la nota de la **necesidad** limita la pretensión resarcitoria a aquellos gastos que son precisos objetivamente para la conservación o la debida explotación de la cosa⁸³.

Ejemplo: K ha comprado a V un coche de segunda mano. Cuando el motor falla por desgaste, K hace montar un motor de repuesto. Poco después K constata que se trata de un coche que ha sufrido ya antes un accidente. Si K resuelve por ello el contrato de compraventa conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 326, según el § 347 II 1, puede exigir a V el resarcimiento de los costes del motor de repuesto. Porque el montaje del motor de repuesto es una medida que era precisa para el debido funcionamiento del automóvil.

- 31** El concepto de gastos necesarios en el bien engloba también los **costes habituales de conservación** (p. e., costes de alimentación de un animal o de la inspección periódica de un automóvil). No existe un deber de resarcir los gastos necesarios en el bien en el caso del § 346 III 1 n. 3. Aquí el deudor ya resulta *privilegiado* por la exclusión del deber de resarcir el valor; por tanto, no sería equitativo concederle además una pretensión de resarcimiento del gasto en el bien⁸⁴.

B) OTROS GASTOS

- 32** De acuerdo con el § 347 II 2, solo han de resarcirse **otros gastos** en la medida en que el acreedor se haya enriquecido con ellos. El precepto contiene una remisión a las consecuencias jurídicas del régimen jurídico del enriquecimiento (§§ 818 ss.). Esto tiene importancia, sobre todo, respecto de los

⁸³ Cfr. BGH NJW 1996, 921 (922), respecto del § 994; HK-BGB/Schulze § 347 n. m. 4.

⁸⁴ Cfr. Palandt/Grüneberg § 347 n. m. 3.

gastos en el bien que incrementan el valor de la cosa o aumentan su idoneidad para el uso (los denominados *gastos útiles en el bien*)⁸⁵.

Ejemplo: K ha hecho lacar de nuevo el coche de segunda mano comprado. Si después resuelve el contrato de compraventa a causa de un vicio, tiene frente a V una pretensión de resarcimiento de los costes de lacado ex § 347 II 2.

- 33** Parece problemático el caso en que el acreedor se ha enriquecido por un **gasto necesario en el bien**, que sin embargo no tiene que resarcir conforme al § 347 II 1, porque el deber de resarcimiento del deudor está excluido conforme al § 346 III 1 n. 3 (→ § 40 n. m. 31). Aquí es necesaria una aplicación analógica del § 347 II 2 para evitar un perjuicio injusto del deudor en el caso de gastos necesarios en el bien⁸⁶.

Es llamativo que el § 347 II 2 no habla de gastos en el bien, sino que emplea el concepto más amplio de **gastos** (→ § 14 n. m. 2). Esto puede tener importancia respecto de las medidas por las que la cosa es completamente modificada. Tales medidas no representan gastos en el bien, en opinión del BGH⁸⁷; pero pueden calificarse como gastos⁸⁸.

IV. LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

1. Planteamiento del problema

- 34** Si el deudor de la restitución no puede devolver el objeto de la prestación o solo puede devolverlo en peor estado, el **deber de resarcir el valor** ex § 346 II no siempre satisface los intereses del acreedor porque, de ese modo, no se cubren ni los daños consecuenciales ni la ganancia perdida (§ 252). En consecuencia, en este aspecto al acreedor se le remite a hacer valer las pretensiones de indemnización del daño.

El **deber** del deudor de la restitución **de indemnizar el daño** no está regulado por separado en los §§ 346 ss. Antes bien, el § 346 IV remite a las reglas generales de los §§ 280-283. Esto conduce a considerables problemas interpretativos. En particular, no está claro a qué *deberes* hay que atender y conforme a qué criterios hay que determinar la *culpa*. Para responder a estas

⁸⁵ HK-BGB/Schulze § 347 n. m. 4.

⁸⁶ Erman/Röthel § 347 n. m. 9; en detalle sobre esta problemática, Kohler JZ 2013, 171 ss.

⁸⁷ BGHZ 41, 157 (160); de otra opinión, MüKoBGB/Raff § 994 n. m. 20; Palandt/Herrler § 994 n. m. 4.

⁸⁸ Cfr. NK-BGB/Hager § 347 n. m. 10.

cuestiones hay que diferenciar según que el suceso dañoso ocurra antes o después de la declaración de resolución⁸⁹.

2. Destrucción o deterioro después de la declaración de resolución

- 35 Ningún problema particular suscita la aplicación de los §§ 280 ss. al caso en que la destrucción o el deterioro del objeto de la prestación ocurre después de la declaración de la resolución. Con la declaración de la resolución, incumbe al deudor de la restitución el deber de restituir las prestaciones recibidas. Si este deber no se cumple (puntualmente) o se cumple deficientemente, se trata de una «normal» **lesión del deber**, que provoca una responsabilidad conforme a los §§ 280 ss.⁹⁰. A estos efectos, la culpa se enjuicia conforme a los §§ 276 y 278.

3. Destrucción o deterioro antes de la declaración de resolución

- 36 Antes de la declaración de resolución hay que tener en cuenta que aún no existe un deber de *restitución* de las prestaciones recibidas. De ahí que no pueda recurrirse al deber de restitución ex § 346 I como punto de partida de una lesión del deber conforme a los §§ 280 ss. Sin embargo, podrá considerarse la lesión de un deber de **respeto** de los intereses de la otra parte conforme al § 241 II⁹¹. No obstante, aquí hay que distinguir entre derechos de resolución contractuales y legales.

A) DERECHO CONTRACTUAL DE RESOLUCIÓN

- 37 En el caso de los derechos **contractuales** de resolución, las partes tienen que contar en todo momento con que surja el deber de restitución. Por eso están obligadas a tratar con diligencia el objeto de la prestación. Si este deber es lesionado culpablemente (§§ 276 y 278), el acreedor de la restitución

⁸⁹ Sobre la necesidad de tal distinción, cfr. *Canaris Schuldrechtsmodernisierung XLV ss.*; *MüKoBGB/Gaier* 346 n. m. 70 ss.

⁹⁰ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 613.

⁹¹ Cfr. *Canaris Schuldrechtmodernisierung XLVI*.

dispone de una pretensión de indemnización del daño ex § 280 I en caso de resolución⁹².

B) DERECHO LEGAL DE RESOLUCIÓN

- 38** En el caso de los derechos **legales** de resolución, al **legitimado para resolver** debe dársele un trato privilegiado porque, para empezar, puede suponer que su adquisición es definitiva. Para él, el deber jurídico de tratar con diligencia la cosa sólo surge una vez que conoce la causa de resolución, lo que ocurre, a más tardar, al declarar la resolución⁹³. Antes de ese momento no existen deberes de protección en el sentido del § 241 II. Por ello el legitimado para resolver tampoco tiene que indemnizar ningún daño si ha destruido o dañado el bien de manera dolosa o gravemente negligente⁹⁴. En cuanto el legitimado para resolver **conoce** la causa de resolución, recaen en él los mismos deberes de respeto de los intereses de la otra parte que en los derechos contractuales de resolución. Si estos deberes son lesionados culpablemente (§§ 276 y 278), la contraparte de la resolución tiene una pretensión de indemnización del daño ex § 280 I. A estos efectos no es aplicable analógicamente el § 346 III 1 n. 3, porque el fin del trato privilegiado desaparece si se conoce la causa de resolución (→ § 40 n. m. 25).

Para profundizar: La opinión dominante parte de la base de que el legitimado para resolver puede quedar obligado a indemnizar el daño en cuanto *deba conocer* la causa de resolución⁹⁵. Sin embargo, dado que el legitimado para resolver no está obligado a investigar acerca de la existencia de una causa de resolución, tal deber de conocer solo puede afirmarse excepcionalmente⁹⁶. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que realmente la causa de resolución es obvia. Conforme a la opinión aquí defendida, en tales casos es de suponer la admisión del conocimiento. En todo caso, se trata principalmente de un problema de prueba.

- 39** La responsabilidad de la **contraparte de la resolución** se rige, según la opinión dominante, por principios más estrictos. Aquí el nacimiento de los deberes de protección del § 241 II no debe depender ni del conocimiento ni

⁹² Cfr. HG-BGB/*Schulze* §346 Rn.18; *Arnold ZGS* 2003, 427 (432).

⁹³ Cfr. Recomendación de resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos, BT-Drs. 14/7052, 194. A favor de la vinculación general a la declaración de resolución, *Rheinländer ZGS* 2004, 178 (181).

⁹⁴ Así también *Palandt/Grüneberg* §346 Rn. 18.

⁹⁵ Así, *Jauernig/Stadler* § 346 n. m. 9; *Palandt/Grüneberg* § 346 n. m. 18; *Harke SchuldR* AT n. m. 123.

⁹⁶ Cfr. *Arnold ZGS*2003, 427 (434); *Schwab JuS*2002, 631 (636).

del deber de conocer la causa de resolución⁹⁷. Sin embargo, tal agravación de la responsabilidad solo está justificada si la contraparte de la resolución es responsable de la causa de resolución⁹⁸.

Bibliografía: *Annus*, Die Folgen des Rücktritts (§§ 346 ss. BGB), JA 2006, 184; *Arnold*, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, JURA 2002, 154; v. *Caemmerer*, Mortuus redhibetur, FS Larenz, 1973, 621; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; *Faust*, Haftung bei Störungen im Rückgewährschuldverhältnis, JuS 2009, 481; *Gaier*, Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, 1; *Hager*, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, en Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 429; *Jaeger*, Die Rechtsfolgen des Rücktritts vom Vertrag nach gesetzlichem Eigentumserwerb, AcP 215 (2015), 533; *Kaiser*, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 1057; *Kemmeries*, Das Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrag, 2005; *Kohler*, Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsmöglichkeit, AcP 203 (2003), 539; *Kohler*, Rücktrittsrechtliche Ersatzansprüche für notwendige Verwendungen – Haftungsgrenzen und Systemfragen, JZ 2013, 171; *Kohler*, Rücktrittsrechtliche Wertersatzbemessung, AcP 213 (2013), 46; *S. Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Rechtsfolgen von Rücktritt und Widerruf, JuS 2011, 871; *S. Lorenz*, Das »Zurückspringen« der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen, NJW 2015, 1725; *Meyer*, Schadensersatz im Rückgewährschuldverhältnis gemäß § 346 Abs. 4 BGB, JURA 2011, 244; *Perkans*, Die Haftung des Rücktrittsberechtigten im neuen Schuldrecht, JURA 2003, 150; *Reischl*, Grundfälle zum neuen Schuldrecht: Der Rücktritt, JuS 2003, 667; *Schneider*, Keine teleologische Reduktion von § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB, ZGS 2007, 57; *Rheinländer*, Die Haftung des Zurücktretenden bei Kenntnis der Rücktrittsberechtigung, ZGS 2004, 178; *Thier*, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, FS Heldrich, 2005, 439; *Wagner*, Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?, FS U. Huber, 2006, 591; *Wiese/Hauser*, Empfangene Leistungen iSd § 346 BGB und Gefahrübergang, JuS 2011, 301.

⁹⁷ Palandt/*Grüneberg* § 346 n. m. 17.

⁹⁸ Así también, *Schwab* JuS2002, 631 (636).

PARTE SÉPTIMA

PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

§ 41 FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

I. PRINCIPIOS BÁSICOS Y SISTEMÁTICA

- 1 Como ya se expuso en relación con el principio de libertad contractual (→ § 3 n. m. 9), el Derecho privado alemán contiene numerosos preceptos para la protección de los consumidores, que en su mayor parte se basan en **Directivas europeas**. El punto de partida es la idea de que el consumidor, en *determinadas situaciones* (p. e., celebración de un contrato fuera de los establecimientos mercantiles) o en *determinados negocios* (p. e., contratos de crédito), tiene especiales dificultades para reconocer las cargas inherentes al contrato o para adoptar una decisión adecuada sobre la conclusión del contrato. Por ello se le conceden al consumidor *derechos de revocación*, que deben proporcionarle un plazo razonable de reflexión y examen (→ § 41 n. m. 23)¹.
- 2 Además, las Directivas tienen el objetivo de compensar la inferioridad estructural del consumidor mediante **deberes de información** del empresario². Tradicionalmente estos deberes de información se limitan asimismo a determinadas situaciones en las que se concluye el contrato o a determinados tipos contractuales. No obstante, al transponerse la Directiva sobre los derechos de

¹ Cfr. *Wolf/Neuner* BGB AT § 43 n. m. 1 ss.; *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 32.

² Cfr. *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 28.

los consumidores, también se introdujeron en el § 312a I y II ciertos deberes de información para todos los contratos con consumidores. La especial necesidad de protección del consumidor en las **CGC** es tomada en cuenta por la regla especial del § 310 III (al respecto → § 16 n. m. 4). Por último, el legislador europeo ha identificado riesgos específicos para el consumidor a la hora de acordar **costes adicionales**; los preceptos del Derecho alemán referentes a ello se encuentran en el § 312a III-V (→ § 41 n. m. 18 ss.).

- 3 Además de garantizar un alto estándar de protección, las nuevas Directivas europeas de protección de los consumidores tratan de fortalecer la confianza del consumidor en el Derecho de los otros Estados de la UE y de fomentar así su disposición a la utilización transfronteriza de las prestaciones. En este sentido, la protección del consumidor es un importante medio para la **realización del mercado interior**³. Esto explica por qué la Directiva sobre compraventa de bienes de consumo es aplicable a (casi) *todos los contratos de compraventa* entre un consumidor y un empresario. A estos efectos, la protección del consumidor se garantiza sobre todo mediante el **carácter imperativo unilateral** de los preceptos. El § 476 preceptúa, transponiendo la Directiva, que de la mayoría de los preceptos del régimen de la compraventa no cabe desviarse, ni siquiera mediante acuerdo individual, en perjuicio del consumidor. En el régimen jurídico de la compraventa el consumidor no dispone de un derecho general de revocación.
- 4 Los distintos puntos de partida de la protección del consumidor se reflejan en la **sistemática** del Derecho alemán de obligaciones. En la medida en que la necesidad de protección del consumidor se limita a **tipos contractuales** particulares, las correspondientes regulaciones se encuentran en el Derecho especial de obligaciones. Aquí se incluyen las regulaciones sobre la compraventa de bienes de consumo (§§ 474 ss.; → SchuldR BT § 14 n. m. 1 ss.), así como los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 ss., → SchuldR BT § 17 n. m. 1 ss.), contratos de préstamo a consumidores (§§ 491 ss.), ayudas financieras onerosas (§§ 506 ss.), contratos de entrega a plazos (§ 510; → SchuldR BT § 21 n. m. 1 ss.), así como los contratos gratuitos de préstamo y las ayudas financieras gratuitas (§§ 514 y 515; → SchuldR BT § 21 n. m. 35 ss.). En cambio, los preceptos referidos a la **celebración del contrato** fuera de los establecimientos mercantiles o a distancia, así como los contratos en el comercio electrónico, no se vinculan a un determinado tipo contractual y por ello se ubican en el Derecho general de

³ Cfr. Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl., 2016, n. m. 190 ss.

obligaciones (§§ 312b ss.). Por último, también se incluyen en el Derecho general de obligaciones las regulaciones sobre los deberes y los principios generales en los contratos con consumidores y los límites del acuerdo sobre tasas (§ 312a), así como las disposiciones generales sobre el derecho de revocación en los contratos con consumidores (§ 355 ss.).

- 5 Los preceptos del Derecho general de obligaciones sobre los contratos con consumidores (§§ 312 ss. y 355 ss.) fueron redactados de nuevo por entero al **transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores** de 25.10.2011(RL 2011/83/UE) mediante la Ley de 20.9.2013⁴, con efectos de 13.6.2014⁵. Con ocasión de ello, se han producido también cambios significativos desde un punto de vista sistemático. En la doctrina se habla, con razón, de la «más grande intervención en el Derecho de obligaciones del BGB» desde la reforma del Derecho de obligaciones⁶. Los aspectos clave son el fortalecimiento de los deberes de información del empresario, la regulación unitaria de los derechos de los consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y en el de los contratos a distancia, así como la reorganización de los preceptos sobre la liquidación retroactiva de los contratos revocados⁷.
- 6 La nueva regulación era necesaria porque la Directiva sobre los derechos de los consumidores se desvía en puntos importantes de las Directivas anteriores (Directiva sobre negocios a domicilio y Directiva de contratos a distancia), que fueron derogadas por la Directiva sobre los derechos de los consumidores. La Directiva sobre los derechos de los consumidores prevé en su ámbito de aplicación una **armonización plena** (art. 4 Directiva sobre los derechos de los consumidores)⁸. A diferencia de la situación jurídica hasta ese momento, con ello ya no es admisible ninguna divergencia en favor del consumidor (→ § 5 n. m. 20). Esto ha situado al legislador alemán ante un gran reto al transponer la Directiva sobre los derechos de los consumidores, porque tampoco puede realizarse una regulación unitaria con otros sectores de la protección del consumidor mediante el «trato más favorable» del consumidor.

⁴ BGBl.2013 I 3642.

⁵ Más detalles al respecto, Palandt/*Grüneberg* Vorb. § 312 n. m. 2; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 2; *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 51 s.; *Wendehorst* NJW 2014, 577 ss.; *Tonner* VuR 2013, 443 ss.

⁶ Así, *Tonner* VuR 2013, 443; cfr. también *Tonner* en Brönneke/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2014, Einl. n. m. 1.

⁷ Cfr. *Jauernig/Stadler*, Previo a los §§ 312–312k n. m. 2.

⁸ Cfr. Palandt/*Grüneberg*, Observación previa al § 312 n. m. 3; *Tonner* en Brönneke/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2014, Einl. n. m. 5; *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei* GPR 2013, 242 (243 ss.).

II. EL CONCEPTO DEL CONTRATO CON CONSUMIDORES

- 7 El concepto del contrato con consumidores es definido en el § 310 III. Conforme al mismo, se trata de **contratos** entre un **empresario** y un **consumidor**. Respecto del concepto de **consumidor**, el § 13 contiene una definición legal. De acuerdo con ello, es consumidor toda persona física que concluye un negocio jurídico con fines que no puedan atribuirse principalmente ni a su actividad comercial ni a su actividad profesional autónoma. Para determinar la cualidad de consumidor, la opinión dominante atiende al **fin objetivo** del negocio jurídico (→ SchuldR BT § 14 n. m. 2 ss.)⁹.
- 8 Según la jurisprudencia del BGH, de la formulación negativa del § 13 («ni... ni») se desprende que la conducta negocial de una **persona física** ha de considerarse en principio como conducta de un consumidor; cualquier duda pendiente acerca de la clasificación de un determinado negocio, debe resolverse a favor de la cualidad de consumidor¹⁰. En los contratos con **objetivo mixto** («dual use»), lo que importa es qué objetivo predomina¹¹. Esto se desprende ahora claramente de las palabras «principalmente», que fueron incorporadas al § 13 al transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores¹². El Considerando 17 de la Directiva deja claro que una persona debe considerarse ya como consumidor si «el fin comercial no predomina en el contexto general del contrato»¹³. Por tanto, en caso de distribución equilibrada de los fines (50:50), el afectado es consumidor¹⁴.
- 9 El concepto de **empresario** se define en el § 14. El empresario puede ser una persona física, una persona jurídica (p. e., S. A., S. R. L.) o una sociedad personalista con capacidad jurídica (p. e., sociedad colectiva, sociedad comanditaria, en su caso también una sociedad civil). Lo que importa es que al concluir el negocio jurídico actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional autónoma. El **ánimo de lucro no es necesario**¹⁵. Dado que el § 14 hace referencia a la actividad profesional **autónoma**, los trabajadores

⁹ Cfr. BGHZ 162, 253; BGH NJW 2008, 435; Jauernig/*Mansel* § 13 n. m. 3; PWW/*Prütting* § 13 n. m. 9; atendiendo al horizonte del cocontratante, *Wolf/Neuner* BGB AT § 15 n. m. 8; *Looschelders* JR 2005, 286s.; lo deja abierto el BGH NJW 2005, 1045 y NJW 2009, 3780.

¹⁰ BGH NJW 2009, 3780 (3781).

¹¹ Así ya, respecto de la antigua situación jurídica, *Soergel/Pfeiffer* § 13 n. m. 38; *Staudinger/Thüsing*, 2013, § 312 n. m. 16.

¹² Cfr. *Palandt/Ellenberger* § 13 n. m. 1; *Fangerow/Tonner* en *Brönneke/Tonner*, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo I n. m. 1; *Wendehorst* NJW 2014, 577.

¹³ Más detalles al respecto, *Unger* ZEuP 2012, 270 (276 s.).

¹⁴ Cfr. *Bilow/Artz* *VerbraucherprivatR* n. m. 62.

¹⁵ BGHZ 167, 40 (45) = JA 2006, 814 (*Looschelders*).

deben considerarse consumidores cuando compran cosas utilizadas con fines profesionales (p. e., ropa de trabajo)¹⁶.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS §§ 312 SS.

- 10** El ámbito de aplicación de los §§ 312 ss. se delimita en el § 312. La regulación es confusa y muy compleja¹⁷. Por ello en el caso concreto debe examinarse exactamente en qué medida son aplicables los §§ 312 ss. al contrato en cuestión¹⁸. En primer lugar, el § 312 I limita la aplicabilidad de los principios y las reglas generales de los contratos con consumidores (§ 312a) y de las disposiciones sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia (§§ 312b-312h) a los **contratos con consumidores** que tengan por objeto una **prestación onerosa** del empresario. El concepto de remuneración, de acuerdo con la finalidad tuitiva de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, ha de interpretarse ampliamente y, por ello, abarca cualquier prestación del consumidor¹⁹. En cambio, en los preceptos sobre los contratos en el comercio electrónico (§ 312i-312k) no importa ni la existencia de un contrato con un consumidor ni la onerosidad.
- 11** Además, para **algunos contratos**, el § 312 II limita la aplicabilidad de los §§ 312-312h a las disposiciones sobre los deberes generales en los contratos con consumidores, así como a los límites del acuerdo sobre tasas del § 312a. No obstante, los párrafos 2 y 5 del § 312a tampoco son aplicables a estos contratos. La amplia exclusión de algunos contratos del ámbito de aplicación de los §§ 312 ss. no puede reconducirse a un principio básico unitario. A menudo lo que ocurre es que la **protección del consumidor** ya está garantizada **por otros preceptos**²⁰. Esto afecta, p. e., a los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§ 312 II n. 6), que están regulados en los §§ 481 ss. (→ SchuldR BT § 17 n. m. 1 ss.). En los contratos de tratamiento médico (§ 312 II n. 7), la necesaria información y aclaración del paciente está asegurada mediante los §§ 630a ss. (→ SchuldR

¹⁶ Cfr. Palandt/*Ellenberger* § 13 n. m. 3; *Bülow/Artz VerbraucherprivatR* n. m. 67.

¹⁷ Cfr. *Bülow/Artz VerbraucherprivatR* n. m. 84; *Fangerow/Tonner* en Brönneke/Tonner, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo 1 n. m. 7; críticamente, *Wendehorst NJW* 2014, 577 (580 ss.).

¹⁸ Cfr. *Tonner VuR* 2013, 443 (445).

¹⁹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 3; *Wendehorst NJW* 2014, 577 (580).

²⁰ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 45; *Brox/Walker SchuldR AT* § 19 n. m. 24. 21

BT § 31 n. m. 1 ss.)²¹. Los **contratos de viaje combinado** revisten otras particularidades, conforme al § 651a y § 651c (→ SchuldR BT § 36 n. m. 1 ss.). Según el § 312 VII, en este caso solo son aplicables los §§ 312a III-VI, 312i, 312j II-V y § 312k. Estos preceptos son de aplicación aunque el viajero no sea un consumidor. Si el viajero es un consumidor, el § 312g ha de aplicarse a los contratos de viaje combinado celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, siempre que las negociaciones verbales en las que descansa la conclusión del contrato no se basaran en encargos previos del consumidor. Por tanto, bajo estos presupuestos, el viajero dispone de un **derecho de revocación**.

- 12** En otros casos, la ilimitada aplicación de los §§ 312 ss. sería **desproporcionada** o **impracticable**. Esto se aplica, por ejemplo, a los contratos mediante empleo de máquinas expendedoras y establecimientos mercantiles automatizados (§ 312 II n. 9), así como los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en los que el intercambio de prestaciones es ejecutado de inmediato y la remuneración a pagar por el consumidor no supera los 40 euros (§ 312 II n. 12). Existen otras excepciones parciales respecto de los contratos sobre prestaciones de servicios sociales, como el cuidado de niños (§ 312 III), los contratos de arrendamiento de viviendas (§ 312 IV) y los contratos de servicios financieros (§ 312 V). A los contratos de seguro solo les es aplicable el §312a III, IV y VI (§ 312 VI). En lo demás, la protección del tomador del seguro se efectúa mediante la VVG. Esta prevé, entre otros, amplios deberes de asesoramiento e información del asegurador (§§ 6 y 7 VVG) así como un extenso derecho de revocación del tomador del seguro (§§ 8 y 9 VVG).

IV. PRINCIPIOS Y DEBERES GENERALES EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

1. Deberes de información del empresario

A) TOMA DE CONTACTO TELEFÓNICA

- 13** El § 312a I regula el caso en que el empresario o una persona por él designada llama al consumidor para concluir con él un contrato. En tal **toma de**

²¹ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 47; Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 15.

contacto telefónica, el empresario o su auxiliar está obligado en general a dar a conocer al comienzo de la conversación su identidad y, en su caso, la identidad de su principal, así como el fin comercial de la llamada. Inicialmente solo se preveía una obligación así respecto de los contratos a distancia (§ 312c II en su antigua versión). Sin embargo, al transponer la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el legislador alemán la ha extendido a todos los contratos onerosos con consumidores²². No obstante, en la práctica los contratos a distancia seguirán constituyendo el principal caso de aplicación.

B) DEBERES DE INFORMACIÓN EN EL COMERCIO EN TIENDA

- 14** Tradicionalmente, al empresario solo le incumben deberes especiales de información cuando, debido a la específica situación de la conclusión del contrato o a la elevada complejidad del contrato, el consumidor depende en gran medida de la información. Frente a esto, ahora el § 312a II 1 también prevé deberes de información del empresario en los contratos que, ni han sido celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, ni han de calificarse como contratos a distancia (cfr. § 312a II 3). Formulado positivamente, se trata sobre todo de los contratos que se concluyen en el denominado «**comercio en tienda**»²³. El precepto se basa en el art. 5 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores. La excepción respecto de los contratos de servicios financieros se explica por el hecho de que en este ámbito hay deberes de información del empresario más específicos; además, el contenido de los deberes de información del art. 5 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores no parece adecuado en el caso de los servicios financieros²⁴.
- 15** Los **detalles de los deberes de información** se regulan en el art. 246 EGBGB, al que remite el § 312a II. El art. 246 I EGBGB enumera en un **catálogo** las informaciones necesarias. Aquí se incluyen, en particular, las cualidades esenciales de los bienes o servicios, el precio total, incluidos todos los impuestos y gravámenes, las condiciones de pago, entrega y prestación, la existencia de un derecho legal de saneamiento por vicios, así como,

²² Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 51; MüKoBGB/Wendehorst § 312a n. m. 2; *Bierekoven/Crone* MMR 2013, 687 (690).

²³ Palandt/*Grüneberg* § 312a n. m. 3; MüKoBGB/Wendehorst § 312a n. m. 8; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 624; *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 96 ss.

²⁴ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 51; Palandt/*Grüneberg* § 312a n. m. 3.

en su caso, la existencia y las condiciones de servicios posventa y garantías. Las informaciones tienen que ponerse a disposición del consumidor antes de la emisión de su declaración de voluntad, de manera **clara y comprensible**. Se exceptúan las informaciones que se deducen ya **de las circunstancias**. Esto se refiere, p. e., a las características externas que pueden reconocerse en los bienes que están expuestos en la tienda. En el comercio en tienda, también la identidad del empresario, a declarar conforme al art. 246 I n. 2 EGBGB, se deducirá de las circunstancias²⁵.

- 16** Según el art. 246 II EGBGB, no existe ningún deber de información en los **negocios de la vida diaria** que se **cumplen de inmediato**. La opinión dominante parte de que el concepto de negocios de la vida diaria ha de interpretarse de igual modo que en el § 105a²⁶. Esto parece dudoso, por el trasfondo jurídico comunitario del art. 246 II EGBGB y las distintas finalidades tuitivas de los preceptos en las áreas marginales²⁷. No obstante, en lo esencial hay coincidencia. Forman parte de los negocios de la vida diaria, p. e., la compra de alimentos, bebidas y tabaco, artículos de papelería, revistas y textiles, así como la utilización de servicios sencillos, como el corte de pelo en una peluquería²⁸.
- 17** Como **consecuencia jurídica de la contravención** de los deberes de información, el § 312a II 2 prevé únicamente que el empresario no puede exigir del consumidor los costes de transporte, entrega o envío ni otros costes, si no le ha informado de ellos conforme al art. 246 I n. 3 EGBGB. Por lo demás, es posible una **pretensión de indemnización del daño** del consumidor ex §§ 280 I, 241 II y 311 II²⁹.

2. Límites del acuerdo sobre tasas

- 18** El § 312a III protege al consumidor en caso de acuerdos sobre deberes de pago que excedan de la remuneración acordada, como, por ejemplo, una

²⁵ Cfr. *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 21 (respecto del art. 20 I GEKR).

²⁶ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 74; Palandt/*Grüneberg* EGBGB art. 246 n. m. 2.

²⁷ Más detalladamente a este respecto, *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 20.

²⁸ Cfr. *MüKoBGB/Schmitt* § 105a n. m. 6; *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 20.

²⁹ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 51; Palandt/*Grüneberg* EGBGB, Einf. vor art. 238 n. m. 2; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 4.

remuneración adicional por prestaciones accesorias. Aquí el legislador ve el problema de que, en el momento de concluir el contrato, el consumidor suele fijar su atención principalmente en la prestación principal del empresario, por lo que después se ve sorprendido no pocas veces por el hecho de haberse obligado a pagos adicionales por otras prestaciones accesorias³⁰. Para evitar tales sorpresas, el acuerdo sobre la remuneración adicional solo puede adoptarse **expresamente**. En caso de conclusión de contratos de comercio electrónico, **tampoco** puede llegarse a semejante acuerdo **mediante una configuración predeterminada** que el consumidor tenga que rechazar o modificar si no quiere aceptar un deber adicional de pago.

- 19** En el caso de los contratos con consumidores, a veces se acuerda que el consumidor tiene que pagar una **tasa adicional** si utiliza un **determinado medio de pago** (p. e., una tarjeta de crédito) para cumplir con su obligación contractual. Esta práctica, que antes, en principio, aún se admitía (los denominados recargos), puede perjudicar considerablemente al consumidor. La jurisprudencia alemana solucionó el problema en el marco del control de contenido de las CGC conforme al § 307³¹. En línea con esta jurisprudencia y con las normas del art. 19 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el § 312a IV prevé ahora que tal acuerdo es ineficaz si el consumidor no dispone de ningún método de pago gratuito común y razonable (n. 1), o si la tasa acordada supera los costes que se le ocasionan al empresario por la utilización del medio de pago (n. 2). A tal efecto, el consumidor no está obligado a permitir que se le remita a pagar gratuitamente con una tarjeta de pago de una empresa, porque este no es un método de pago *común*³². Según una reciente sentencia del BGH, la denominada «transferencia inmediata» como única modalidad de pago gratuita *no es razonable* en el sentido del § 312a IV n. 1, dado que exige de una parte considerable de clientes una conducta contraria al contrato³³.
- 20** El § 314a V se dirige en contra de los acuerdos conforme a los cuales el consumidor tiene que pagar una tasa por llamar al empresario por cuestiones o aclaraciones relativas al contrato (p. e., información sobre el contenido del contrato, alegación de vicios) a través de un número de teléfono que el empresario pone a disposición para ello; estos acuerdos son ineficaces si la tasa acordada excede de la tasa por la simple utilización del servicio de

³⁰ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 53.

³¹ Cfr. BGH NJW 2010, 2719 (2721).

³² Palandt /Grüneberg § 312a n. m. 5.

³³ BGH NJW 2017, 3289 = JA 2018, 223 (Förster) = JuS2018, 289 (Mäsch).

telecomunicación. Con ello, el legislador quiere impedir que el consumidor evite contactar telefónicamente con el empresario por los costes. Además, se trata de asegurar que el empresario no haga ninguna ganancia con la **línea directa de atención al cliente**³⁴.

- 21 Si un acuerdo contractual no llega a ser parte del contrato por vulnerar el § 312a III-V o es ineficaz conforme al mismo, el **contrato** sigue siendo **eficaz en lo demás** (§ 312a VI). Esto se basa, igual que en el § 306, en que la total ineficacia del contrato no sería conforme a los intereses en juego³⁵. Si el consumidor ya hubiera hecho pagos a causa de los acuerdos en cuestión, estos se habrían realizado sin causa jurídica y por ello puede exigirse su devolución conforme al § 812 I 1 alternativa 1³⁶.

V. DERECHO DE REVOCACIÓN DEL CONSUMIDOR

1. Visión general

- 22 De acuerdo con el principio «pacta sunt servanda», tras concluir el contrato las partes ya no tienen posibilidad de desvincularse unilateralmente del contrato. Esto solo varía si concurren causas especiales (p. e., §§ 314 y 323 ss.) o si una parte se ha reservado la resolución del contrato (→ § 40 n. m. 1). Sin embargo, para los contratos entre **consumidores** (§ 13) y **empresarios** (§ 14), el BGB contiene diversos preceptos conforme a los cuales el consumidor puede desvincularse del contrato mediante la revocación de su declaración de voluntad. Tal derecho de revocación existe, de un lado, en el contexto de **formas especiales de distribución** en las que el consumidor merece una mayor protección, concretamente en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia (§ 312g). De otro lado, se enlaza con **determinados tipos contractuales**, que hacen necesaria una especial protección del consumidor. Se trata en particular de los contratos sobre *derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial* (§ 485), *contratos de préstamo a consumidores y ayudas financieras onerosas* entre un empresario y un consumidor (§§ 495 y 506 I), *contratos de entrega a plazos* (§ 510 II), *contratos de préstamo*

³⁴ Sobre la finalidad tuitiva, cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 52; *Wendehorst NJW* 2014, 577 (579).

³⁵ *Palandt/Grüneberg* § 312a n. m. 7; *Brox/Walker SchuldR AT* § 19 n. m. 6. 36

³⁶ *Wendehorst NJW* 2014, 577 (579).

gratuitos y ayudas financieras gratuitas (§§ 514 II y 515), así como *contratos de obra con consumidores* (§ 650I). Si el consumidor ostenta un derecho de revocación conforme a uno de estos preceptos, las modalidades de **ejercicio** así como de **liquidación retroactiva** del contrato se rigen por los §§ 355 ss. Por lo tanto, el § 355 no establece un derecho de revocación, sino que lo presupone.

- 23 Los derechos de revocación tienen, en general, el fin de proporcionar al consumidor un **plazo de reflexión** que le proteja de *ser tomado por sorpresa* y le permita decidir de forma libre e *informada* sobre la conclusión del contrato. Por eso están flanqueados por *especiales deberes de información* del empresario (cfr. §§ 312d, 482, 491a, 492, 506 y art. 246a ss. EGBGB), que van más allá de los deberes generales de información del § 312a II en relación con el art. 246 EGBGB. Por lo demás, en el caso de los contratos a distancia se trata también de permitir al consumidor un previo **examen del bien**³⁷. Dado que tales problemas no surgen en todos los contratos con consumidores, la revocabilidad **no es un principio general** del Derecho alemán o europeo de protección del consumidor. Es decir, el consumidor solo dispone de un derecho de revocación en los casos regulados legalmente.

2. Principios comunes de la revocación

- 24 Los principios centrales del derecho de revocación en el caso de los contratos con consumidores se regulan en el § 355. El precepto, nuevamente redactado al transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores, se limita a unas pocas **reglas básicas comunes** para todos los derechos de revocación. Los demás detalles sobre el **ejercicio** del derecho de revocación se regulan en los §§ 356-356a, **separadamente** para cada derecho de revocación; los detalles sobre las **consecuencias jurídicas** de la revocación se encuentran de nuevo separadas para cada derecho de revocación en los §§ 357-357d³⁸. No era posible una mayor unificación de los preceptos sobre los derechos de revocación porque las correspondientes Directivas europeas fijan en cada caso diferentes requisitos y el principio de armonización plena deja poco margen al legislador nacional. De ahí que, desde un punto de vis-

³⁷ Cfr. MüKoBGB/Wendehorst § 312g n. m. 1; críticamente respecto de la legitimidad de un derecho de revocación imperativo en los contratos a distancia, *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann JZ 2012*, 269 (277 s.).

³⁸ Sobre la nueva sistemática de los §§ 355 ss., cfr. *Wendehorst NJW 2014*, 577 (583).

ta de política legislativa, se necesitaría con urgencia unificar los derechos de revocación a nivel europeo.

A) ENCUADRE DOGMÁTICO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

- 25** La revocación es un **derecho de configuración** que se ejercita mediante una declaración de voluntad recepticia (cfr. § 355 I 1)³⁹. Se trata, por tanto, de un negocio jurídico unilateral. De la declaración debe desprenderse **claramente** la decisión del consumidor de revocar su declaración de voluntad (§ 355 I 3); no es necesaria una **motivación** (§ 355 I 4). A diferencia del § 355 I en su antigua versión, ya tampoco se exige **ninguna forma escrita**. Del Considerando 44 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores se deduce que una llamada telefónica también es suficiente. No obstante, por razones de prueba es aconsejable que el consumidor declare la revocación en forma escrita o de texto⁴⁰. Para la revocación de contratos de timesharing conforme al § 485, el § 356a I sigue exigiendo forma escrita (→ SchuldR BT § 17 n. m. 9).
- 26** De acuerdo con el § 355 I 1 i. f., la revocación en sí solo afecta a la **declaración de voluntad** del consumidor; sin embargo, dado que un contrato presupone *dos* declaraciones de voluntad correlativas, la revocación conduce a que ambas partes ya no estén vinculadas a sus declaraciones contractuales. Esto queda claro ahora en el § 355 I 1⁴¹. De este modo, la revocación conduce a la liquidación retroactiva de todo el **contrato**. En este sentido, el § 355 I 3 habla, de manera algo inexacta pero acertada en cuanto al resultado, de «revocación del contrato».
- 27** Antes de la transposición de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, la ley preveía expresamente en algunos casos que el derecho de revocación podía ser sustituido por un **derecho de devolución** conforme al § 356 en su antigua versión. Sin embargo, esta posibilidad va en contra de la Directiva sobre los derechos de los consumidores y por ello fue suprimida en la nueva regulación. Dado que, según el § 355 I 3, la decisión de revocación del consumidor tiene que expresarse **claramente**, ya tampoco basta la **devolución sin comentarios**, que admitía el § 355 I 2 parte 1 en su antigua

³⁹ HK-BGB/Schulze § 355 n. m. 5.

⁴⁰ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 60; Palandt/Grüneberg § 355 n. m. 6.

⁴¹ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 59 s.

versión⁴². El Considerando 44 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores deja claro a este respecto que los requisitos de la revocación también pueden cumplirse «mediante la devolución de los bienes, acompañada de una declaración clara».

B) PLAZO DE REVOCACIÓN E INFORMACIÓN

- 28** El plazo de revocación es de **14 días** para todos los derechos de revocación, según el § 355 II 1. De acuerdo con la regla básica del § 355 II 2, el plazo **comienza** con la conclusión del contrato. Sin embargo, la regla básica está sujeta a la condición expresa de que no exista disposición en contrario. De ahí que en cada caso tenga que examinarse detalladamente si opera una regulación diferente. Los §§ 356 ss. contienen al respecto tantas regulaciones especiales (→ § 42 n. m. 30 ss., sobre el § 356 II y III 1), que en la práctica el § 355 II 2 constituye más bien el caso excepcional⁴³. Si se cuestiona el comienzo del plazo de revocación, la carga de la prueba recae en el empresario (§ 361 III).
- 29** En principio, el comienzo del plazo ordinario de revocación presupone que el consumidor haya sido debidamente **informado** de su derecho a revocar. Esto aún se regulaba unitariamente para todos los derechos de revocación en el § 355 III 1 en su antigua versión. Los preceptos correspondientes se encuentran ahora **por separado** para cada derecho de revocación en los §§ 356-356e. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia es pertinente el § 356 III 1 (→ § 42 n. m. 31), en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial es aplicable el § 356a III 1 (→ SchuldR BT § 17 n. m. 9), en los contratos de préstamo a consumidores el § 356b II (→ SchuldR BT § 21 n. m. 8), en los contratos de entrega a plazos el § 356c I (→ SchuldR BT § 21 n. m. 35), en los contratos de préstamo gratuitos y ayudas financieras gratuitas el § 356d inciso 1 (→ SchuldR BT § 21 n. m. 35) y en los contratos con consumidores el § 356e inciso 1 (→ SchuldR BT § 33 n. m. 4). Los respectivos requisitos de información sobre la revocación se regulan por remisión a los preceptos pertinentes de la EGBGB.

⁴² Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 60; Palandt/*Grüneberg* § 355 n. m. 5; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 27; *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 55; de otra opinión, *Hirsch* SchuldR AT n. m. 352.

⁴³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 355 n. m. 10.

- 30** Cuando la **información** sobre el derecho de revocación **falta** o es **defectuosa**, surgen problemas particulares. El § 355 IV 3 parte 1, en su antigua versión, preveía para este caso que el derecho de revocación no se extinguía en absoluto. De este modo, el consumidor ostentaba un **derecho de revocación «permanente»**⁴⁴. Esto era desafortunado por razones de seguridad jurídica. A ello se añade que los derechos «permanentes» son ajenos al Derecho alemán. Frente a esto, el art. 10 I de la Directiva sobre los derechos de los consumidores prevé que, en caso de falta de información sobre el derecho de revocación, el plazo de revocación termina, a más tardar, **doce meses después de expirar el plazo ordinario de revocación**⁴⁵. Esta norma se transpuso en el § 356 III 2 para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia. Así, si falta la debida información, el plazo de revocación es, en este caso, de doce meses y 14 días. El mismo plazo máximo ya se había aplicado hasta ahora a los **contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial** (→ SchuldR BT § 17 n. m. 9).
- 31** En el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia sobre **servicios financieros**, de acuerdo con el § 356 III 3, se mantiene el derecho de revocación permanente del consumidor en caso de falta de información (→ § 42 n. m. 32). Esto se explica por el hecho de que la Directiva sobre los derechos de los consumidores no se aplica a los contratos de servicios financieros. Aquí sigue siendo determinante la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE). La misma situación jurídica se da en el caso de los **contratos generales de préstamo a consumidores**. Tampoco aquí el § 356b II 1 prevé un plazo máximo para el ejercicio del derecho de revocación en caso de que falten las indicaciones que exige el § 356b I. En cambio, en los **contratos de préstamo inmobiliario al consumidor**, el derecho de revocación se extingue, según el § 356b II 4, a más tardar, doce meses y 14 días después de la conclusión del contrato o después de la recepción de los documentos prescritos en el § 356b I, si ese momento es posterior a la conclusión del contrato.

Los **contratos de préstamo gratuitos** entre consumidores y empresarios (§ 514) no están cubiertos por la Directiva de crédito al consumo. Por eso no se impidió al legislador alemán regular en el § 356d inciso 2 y § 356e

⁴⁴ Cfr. EuGH NJW 2002, 281 – Heining; BGH NJW 2002, 1881; *Staudinger* NJW 2002, 653 (654); restrictivamente, EuGH EuZW 2008, 278 – Hamilton.

⁴⁵ Cfr. *Heinig* MDR 2012, 323 (326); *Unger* ZEuP 2012, 270 (279).

inciso 2 que el derecho de revocación del consumidor se extingue, a más tardar, doce meses después de expirar el plazo ordinario de revocación (→ SchuldR BT § 21 n. m. 35 y § 33 n. m. 4). Las distintas soluciones al problema son altamente insatisfactorias y deberían evitarse derogando el derecho de revocación «permanente» en todas las Directivas pertinentes⁴⁶.

- 32** La información tiene como objetivo informar al consumidor acerca de la existencia, contenido y significado del derecho de revocación para permitirle el ejercicio de sus derechos. Se trata, así, de un «verdadero» deber jurídico cuya lesión también puede dar lugar, según la jurisprudencia del BGH, a una **pretensión de indemnización del daño** por culpa en la conclusión del contrato (§§ 280 I, 311 II y 241 II)⁴⁷. Esto es conforme a la exigencia del TEJ de que el Derecho nacional debe asegurar una efectiva protección del consumidor en caso de que la información falte o sea defectuosa⁴⁸.

C) CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERALES DE LA REVOCACIÓN

- 33** Mientras el consumidor no ejercite su derecho a revocar, el contrato es **plenamente eficaz**, incluso durante el plazo de revocación⁴⁹. El concepto de «eficacia suspensiva»⁵⁰ es, por ello, equívoco. La revocación conduce a la extinción de los deberes primarios de prestación y convierte al contrato ex nunc en una **relación de liquidación retroactiva**⁵¹. Esto tiene como consecuencia que, según el § 355 III 1, las partes han de devolver las prestaciones recibidas sin demora. Los detalles de la liquidación retroactiva de los contratos con consumidores que son revocados resultan del § 355 III en relación con los §§ 357-357d. Se trata de **regulaciones independientes**. Ya no se prevé el recurso a los preceptos sobre la resolución legal (§§ 346 ss.) –a diferencia de lo que ocurría antes del 13.6.2014–. Por lo tanto, en el examen de clausura hay que recurrir al § 355 III 1 como **fundamento de la pretensión** de restitución de las prestaciones.

⁴⁶ Cfr. *Looschelders* VersR 2013, 653 (656 s.).

⁴⁷ Cfr. BGHZ 169, 109 (120); BGH NJW 2008, 1585 (1586).

⁴⁸ Cfr. EuGH NJW 2005, 3551 –Schulte; NJW 2005, 3555 –Crailsheimer Volksbank; a este respecto, *Staudinger* NJW 2005, 3521 ss.

⁴⁹ BeckOK BGB/ *Müller-Christmann*, 50. Ed. 1.5.2019, § 355 n. m. 13 s.; Palandt/*Grüneberg* § 355 n. m. 3; MüKoBGB/ *Fritsche* § 355 n. m. 43; *Staudinger/Kaiser*, 2012, § 355 n. m. 24.

⁵⁰ BT-Drs. 14/2658, 47; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 21; *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 117 s.

⁵¹ Palandt/*Grüneberg* § 355 n. m. 12; MüKoBGB/*Fritsche* § 355 n. m. 43; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 35.

Para profundizar: La vinculación de las consecuencias de la revocación a los preceptos sobre la resolución legal, prevista en el § 357 I 1 en su anterior versión, era problemática en tanto que la mayoría de los derechos legales de resolución enlazan con una lesión del deber del deudor que precisamente falta en el caso de los derechos de revocación. Por ello, en los casos de revocación el empresario merece más protección que en el caso de un derecho legal de resolución. Esto tuvo como consecuencia que los preceptos sobre resolución legal conforme al Derecho anterior tuvieran que ser modificados mediante numerosas disposiciones especiales. La regulación era, por ello, muy compleja y falta de transparencia. De ahí que la nueva ordenación sistemática deba ser acogida con satisfacción por motivos de claridad jurídica⁵². No obstante, esto no pone en cuestión la proximidad sistemática de resolución y revocación⁵³.

- 34** Para el consumidor, del deber de restitución de las prestaciones recibidas se deriva que tiene que **devolver** al empresario los bienes entregados por el empresario. Los detalles de los respectivos derechos de revocación se regulan en los §§ 357 ss. Esto se aplica, en particular, a la carga sobre el consumidor de los **costes de devolución** (cfr. § 357 VI), así como a la cuestión de en qué medida el consumidor tiene que **resarcir el valor** por una pérdida de valor del bien o por las prestaciones incorporales ejecutadas por el empresario (cfr. § 357 VII y VIII). El empresario soporta, según el § 355 III 4, el **riesgo de la devolución**. De ahí que el empresario no pueda exigir al consumidor una indemnización del daño si, en la devolución, el bien se extravía o es destruido o dañado sin culpa del consumidor (p. e., en lo que respecta al embalaje)⁵⁴.

D) REVOCACIÓN DE CONTRATOS NULOS

- 35** El derecho de revocación del consumidor no queda excluido por el hecho de que el **contrato** subyacente sea **ineficaz**⁵⁵. Esto tiene relevancia práctica en el caso de que el contrato sea nulo por ser contrario a la ley o a las buenas costumbres conforme al § 134 o al § 138. En este caso, la liquidación retroactiva conforme al § 355 III en relación con los §§ 357 ss. es más favorable para el consumidor que la liquidación retroactiva conforme al régimen jurídico del enriquecimiento, porque el § 817 inci-

⁵² También positivamente a este respecto, *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei* GPR 2013, 242 (251); *Wendehorst* NJW 2014, 577 (583).

⁵³ Al respecto, *MüKoBGB/Fritsche* § 355 n. m. 59.

⁵⁴ Al respecto, *Palandt/Grüneberg* § 355 n. m. 13; *Staudinger/Martinek Eckpfeiler* A. n. m. 53.

⁵⁵ *BGH NJW* 2010, 610 (611) con nota de *Möller*; *HK-BGB/Schulze* § 355 n. m. 4; *MüKoBGB/Fritsche* § 355 n. m. 40; de otra opinión, *Staudinger/Thüsing*, 2019, § 312g n. m. 8 s.

so 2 (→ SchuldR BT § 54 n. m. 36 ss.) excluye la pretensión de enriquecimiento cuyo objeto es el reembolso del precio de compra.

Ejemplo (BGH NJW 2010, 610): El 1.7 K ha encargado a V por fax un espejo de coche con función integrada de detección de radares por un precio de 1.129,31 euros. El 9.7 se produce la entrega del aparato contra reembolso. El 19.7, K revoca el contrato y exige a V el reembolso del precio de compra.

K podría disponer de una pretensión de reembolso ex § 812 I 1 alternativa 1 y § 817 inciso 1. Según la jurisprudencia, los contratos de compra de aparatos detectores de radares son nulos conforme al § 138 I, porque se dirigen a cometer infracciones administrativas. Por tanto, K ha pagado el precio de compra sin causa jurídica. Pero, dado que ambas partes han actuado en contra de las buenas costumbres, la pretensión de reembolso queda excluida conforme al § 817 inciso 2⁵⁶. Sin embargo, K podría tener frente a V una pretensión de reembolso del precio de compra ex § 355 III. Por la existencia de un contrato a distancia (§ 312c), K tiene un derecho de revocación conforme al § 312g. El contrato fue revocado el 19.7, dentro del plazo debido. La revocación y la pretensión de reembolso derivada de ella ex § 355 III no presuponen la eficacia del contrato, por motivos de protección del consumidor. Por tanto, la pretensión existe.

E) ABUSO DE DERECHO Y RETRASO DESLEAL DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

35a Al consumidor se le puede impedir hacer valer su derecho de revocación desde la perspectiva del **abuso del derecho** o del **ejercicio inadmisibles del derecho** (→ 4 n. m. 20) conforme al § 242. Sin embargo, el ejercicio del derecho de revocación no presupone un interés legítimo del consumidor en la extinción del contrato (p. e., no le gusta el bien). Al contrario, el consumidor es libre para decidir si ejercita o no su derecho a revocar y por qué motivos. De ahí que la exclusión del derecho de revocación por abuso de derecho solo entre en consideración en caso de especial necesidad de protección del empresario –particularmente, en caso de conducta dolosa o abusiva del consumidor–⁵⁷.

35b El derecho de revocación del consumidor, como derecho de configuración, no está sujeto a prescripción; pero, de acuerdo con los principios generales, puede incurrir en **retraso desleal** conforme al § 242⁵⁸. El retraso desleal tiene relevancia práctica sobre todo en aquellos contratos en los que el con-

⁵⁶ Así ya BGH NJW 2005, 1490 (1491).

⁵⁷ BGH NJW 2016, 1951; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 24a.

⁵⁸ BGH NJW 2018, 1390 n. m. 13; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 24a.

sumidor ostenta un **derecho de revocación «permanente»** por la falta de información. Entre ellos se encuentra, en particular, el contrato general de préstamo a consumidores (→ 41 n. m. 31). De acuerdo con los principios generales, el retraso desleal presupone un elemento temporal y uno circunstancial (→ § 4 n. m. 28). Según la jurisprudencia del BGH, el plazo para el elemento temporal comienza con la conclusión del contrato de préstamo al consumidor⁵⁹. La duración necesaria se calcula atendiendo a las circunstancias del caso concreto. A falta de indicios legales, no es posible fijar un «elemento temporal mínimo»⁶⁰. Respecto del **elemento circunstancial**, el BGH atiende preferentemente a si la confianza del empresario en que no habría revocación es digna de protección. El hecho de que la información sobre la revocación no cumpliera las normas legales, no debe, en principio, excluir que la confianza del empresario merezca protección⁶¹. Por último, el retraso desleal debe tomarse en consideración incluso si el consumidor no tenía ningún conocimiento de su derecho de revocación y el empresario lo supuso o debía haberlo supuesto⁶².

VI. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL CASO DE LOS CONTRATOS VINCULADOS

- 36** En la práctica no pocas veces los contratos con consumidores para el **suministro de mercancías** o la **ejecución de otras prestaciones** se vinculan a un **contrato de préstamo** (§ 488) con el que se **financia** el negocio (→ SchuldR BT § 21 n. m. 14). A menudo, se trata de relaciones entre tres personas en las que el consumidor se enfrenta, de un lado, al vendedor o proveedor de la otra prestación y, de otro, al prestamista (p. e., un banco). Un ejemplo tradicional es la llamada compra a plazos financiada⁶³. En este caso, el *derecho de revocación* referido a un contrato (p. e., ex § 312g o § 495) solo proporciona al consumidor una tutela efectiva si la revocación «pasa» al otro contrato. Un problema parecido se da respecto de las *excepciones* derivadas del negocio financiado (p. e., los derechos derivados de vicios conforme al § 437); estas solo les son útiles al consumidor si también las puede oponer

⁵⁹ BGHZ 211, 105 = NJW 2016, 3518 n. m. 40.

⁶⁰ BGH NJW 2018, 1390 n. m. 13.

⁶¹ BGHZ 211, 105 = NJW 2016, 3518 n. m. 41.

⁶² BGH NJW 2018, 223 n. m. 19; NJW 2018, 225 n. m. 19; NJW 2018, 1390 n. m. 17; de otra opinión, Knops NJW 2018,

⁶³ Más detalles al respecto, Staudinger/Herresthal, 2017, § 358 n. m. 4 ss.

frente a las pretensiones derivadas del contrato de préstamo. De ahí que los §§ 358 ss. contengan preceptos para proteger al consumidor en los contratos vinculados. Con ello, el legislador quiere impedir que el consumidor resulte perjudicado por la disociación de los contratos.

1. Contratos vinculados

- 37** La aplicación de los §§ 358 y 359 presupone, en principio, que se trate de **contratos vinculados**. Conforme a la definición legal del § 358 III 1, la necesaria vinculación se da cuando el préstamo sirve en todo o en parte a la **financiación** del otro contrato y ambos contratos constituyen una **unidad económica**. La «unidad económica» se presume de manera irrefutable si empresario y prestamista son idénticos o si el prestamista se ha servido de la colaboración del empresario en la preparación o la conclusión del contrato de préstamo (§ 358 III 2)⁶⁴.

Ejemplo: El concesionario V ha vendido al consumidor K un automóvil de segunda mano por 7.500 euros. Para financiar el precio de compra, V proporciona a K un crédito del banco B, con quien V mantiene una relación comercial permanente. Se acuerda que la suma prestada debe ser pagada directamente a V.

El contrato de préstamo entre K y B sirve a la financiación del contrato de compra del automóvil. En la preparación del contrato de préstamo, B se ha servido de la colaboración de V. Con ello, hay contratos vinculados en el sentido del § 358 III.

- 38** En cuanto al **contrato de préstamo**, por regla general, se tratará de un contrato de préstamo a consumidores (general o inmobiliario) en el sentido del § 491. No obstante, de acuerdo con la definición del § 358 III 1, esto no es necesario⁶⁵. La amplia formulación del § 358 III 1 («contrato de préstamo») se explica por el hecho de que determinados contratos de préstamo entre un empresario y un consumidor no pueden considerarse como contratos de préstamo a consumidores según el § 491 II 2 y III 2. Sin embargo, parece apropiado extender a tales contratos la **propagación de la revocación** conforme al **§ 358 I**, en caso de que se den los otros presupuestos⁶⁶. Lo mismo es aplicable, desde la incorporación de los §§ 514 y 515 el 21.3. 2016, a los contratos de préstamo gratuitos en el sentido del § 514 I (la denominada

⁶⁴ Sobre la irrefutabilidad de la presunción, BGH NJW 2006, 1788 (1789); Palandt/*Grüneberg* § 358 n. m. 11 s

⁶⁵ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 45.

⁶⁶ Sobre la aplicabilidad del § 358 I a estos contratos, Staudinger/*Herresthal*, 2017, § 358 n. m. 69.

«financiación al cero por ciento»), que asimismo no son contratos de préstamo a consumidores (→ SchuldR BT § 21 n. m. 2)⁶⁷.

A la inversa, la **propagación de la revocación al negocio financiado** conforme al § 358 II presupone que el consumidor haya revocado eficazmente, de acuerdo con el § 495 I o el § 514 II 1, su declaración de voluntad dirigida a concluir el contrato de préstamo. La referencia al § 514 II 1 deja claro que también los contratos de préstamo gratuitos quedan incluidos. El presupuesto más importante del § 358 II es que el consumidor disponga de un **derecho de revocación** respecto del contrato de préstamo. De ahí que, a diferencia del § 358 I, el § 358 II no sea aplicable en los casos del § 491 II 2 y III 2 (y tampoco del párrafo 3 inciso 3), dado que aquí el consumidor precisamente no tiene ningún derecho de revocación, según el § 495 I (→ SchuldR BT § 21 n. m. 14)⁶⁸. Tampoco es aplicable el § 358 II si el derecho de revocación ex § 495 I queda excluido conforme al § 495 II (→ SchuldR BT § 21 n. m. 10). Por último, el § 358 II es inaplicable en los casos del § 358 V (→ § 41 n. m. 45) y del § 491 IV. En cambio, según el § 506 I o el § 515, el § 358 es aplicable a las **ayudas financieras** onerosas y gratuitas. Esto vale de igual manera para el § 358 I y II, dado que en el caso de las ayudas financieras el consumidor tiene derecho de revocación conforme a los §§ 506 I, 495 I o §§ 515 y 514 II 1.

Debido a las numerosas excepciones, la regulación es muy poco clara. Además, se aplican diferentes presupuestos al § 358 I y II. De ahí que en el caso concreto haya que examinar **por separado en cada transacción** si la propagación de la revocación procede o no. A estos efectos, el § 358 I es más amplio que el § 358 II. O sea, que dado que el § 358 I regula la revocación del negocio financiado, de acuerdo con este precepto no importa si el derecho de revocación está excluido respecto del contrato de préstamo. Las numerosas limitaciones del derecho de revocación en los contratos de préstamo solo son relevantes, por tanto, respecto del § 358 II.

- 39** La presunción del § 358 III 2 no se aplica a la adquisición financiada de inmuebles. Porque, conforme a ella, la mayor parte de los **contratos de préstamo inmobiliarios** tendrían que calificarse de negocios vinculados, sin que ello estuviera justificado por la existencia de estrechas relaciones entre la entidad de crédito y el vendedor⁶⁹. Por ello, según § 358 III, en caso

⁶⁷ Staudinger/Herresthal, 2017, § 358 n. m. 69; Schürnbrand WM 2016, 1105 (1107).

⁶⁸ Cfr. Staudinger/Herresthal, 2017, § 358 n. m. 71.

⁶⁹ BT-Drs. 14/9266, 46; *Meinhof* NJW 2002, 2273 (2274).

de adquisición financiada de inmuebles y derechos equivalentes, solo puede aceptarse una unidad económica bajo especiales presupuestos ⁷⁰.

2. Propagación de la revocación

A) EN GENERAL

- 40** En los contratos vinculados ha de garantizarse que, en caso de revocación eficaz de un contrato, el consumidor no siga vinculado al otro contrato. De ahí que la revocación deba «alcanzar» al otro contrato. Esto se consigue mediante el § 358. Hay que distinguir dos situaciones.

El § 358 I regula el caso en que el consumidor revoca eficazmente la declaración de voluntad dirigida a concluir el **negocio financiado** (p. e., conforme al § 312g). El precepto prevé que, entonces, el consumidor ya tampoco estará sujeto a su declaración de voluntad para la celebración del contrato de préstamo vinculado a aquel.

Si, a la inversa, el consumidor ha revocado eficazmente su declaración de voluntad dirigida a concluir el **contrato de préstamo** conforme al § 495 I o al § 514 II 1, según el § 358 II ya tampoco estará sujeto al negocio financiado.

- 41** Si el consumidor dispone de un derecho de revocación respecto de **ambos negocios**, puede decidir libremente qué contrato revoca. Este **derecho de elección** tiene relevancia práctica en caso de que el derecho de revocación ya no pueda ejercitarse respecto de un negocio (p. e., por expiración del plazo de revocación) ⁷¹.

Ejemplo: El consumidor K ha comprado por internet a la cadena de droguerías V un coche nuevo. Para financiar el precio de compra, V proporciona a K un crédito del banco B. En este caso, K puede revocar el contrato de compraventa del automóvil conforme al § 312g. Además, también tiene un derecho de revocación respecto del contrato de préstamo conforme al § 495 I. Si el contrato de préstamo se concluyó después del de compraventa del automóvil, el plazo de revocación del contrato de préstamo también expira más tarde. Si el contrato de préstamo es revocado eficazmente por K conforme al § 495 I dentro del plazo pertinente, según el § 358 II K ya tampoco estará sujeto al contrato de compraventa. Esto es aplicable aunque el plazo de revocación respecto del contrato de compraventa hubiera expirado en el momento de la revocación del contrato de préstamo.

⁷⁰ Cfr. Palandt/Grüneberg § 358 n. m. 13 ss.; Schmidt-Kessel ZGS2002, 313 (315 s.).

⁷¹ Palandt/Grüneberg § 358 n. m. 8; Brox/Walker SchuldR AT § 19 n. m. 46.

- 42 Si la revocación de un contrato con un consumidor pasa al contrato vinculado, la regla general del § 355 III (→ § 41 n. m. 33) se aplica a la **liquidación retroactiva** de ambos contratos. Los detalles se rigen por los §§ 357-357b (§ 358 IV 1), dependiendo del tipo de contrato vinculado. En el caso de los contratos vinculados de entrega a plazos es aplicable, junto con el § 355 III, también el § 357, si el contrato ha sido concluido fuera de establecimientos mercantiles o a distancia; si no, se aplica el § 357c (§ 358 IV 3).
- 43 Si el consumidor revoca conforme al § 358 I la declaración de voluntad dirigida a concluir el contrato financiado, según el § 358 IV 4 no queda expuesto a las pretensiones del prestamista para el pago de **intereses y costes** derivados de la liquidación retroactiva del contrato de préstamo. De este modo se garantiza que el consumidor puede desligarse del negocio vinculado sin ningún perjuicio⁷².
- 44 Si el préstamo ya ha sido **recibido** por el empresario, en la liquidación retroactiva con el consumidor el prestamista se subroga en los derechos y deberes del empresario en el negocio financiado (§ 358 IV 5)⁷³. Con ello, el legislador quiere hacer posible una **liquidación retroactiva bilateral** entre consumidor y prestamista. El consumidor no debe verse forzado a reembolsar el préstamo al prestamista y a dirigirse, a su vez, al empresario⁷⁴.
- 45 La propagación de la revocación, según el § 358 V, no se aplica a los contratos de préstamo para financiar la adquisición de **instrumentos financieros** (acciones, divisas, derivados, etc.). Con ello, el legislador quiere impedir que el consumidor pueda especular a expensas del prestamista durante el plazo de revocación, sin el riesgo inherente al tipo de cambio, revocando el contrato de préstamo en caso de evolución desfavorable de la cotización para desvincularse también del contrato de adquisición de los instrumentos financieros⁷⁵.

B) CONTRATOS RELACIONADOS

- 46 El mecanismo de la propagación de la revocación es ampliado por el § 360 a los **contratos relacionados**. Aunque no haya **ningún negocio vinculado**, la revocación eficaz de un contrato con un consumidor pasa, según el § 360 I 1,

⁷² Cfr. BGH NJW 2011, 1063 (1064).

⁷³ Cfr. BGH NJW 2009, 3572 (3574); *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 49.

⁷⁴ Cfr. MüKoBGB/*Habersack* § 358 n. m. 89; PWW/*Stürner* § 358 n. m. 19.

⁷⁵ Cfr. *Staudinger/Herresthal*, 2017, § 358 n. m. 56.

al contrato que esté relacionado con él. A la liquidación retroactiva del contrato relacionado le es aplicable por analogía el § 358 IV 1-3, según el § 360 I 2.

- 47** De acuerdo con la **definición legal** del § 360 II 1, hay un contrato relacionado cuando presenta una relación con el contrato revocado y se refiere a una prestación que es ejecutada por el empresario del contrato revocado o por un tercero sobre la base de un acuerdo entre el tercero y el empresario del contrato revocado. La necesaria referencia al contrato revocado puede derivarse de una **relación fáctica o económica**⁷⁶. En todo caso, esta relación se da cuando la prestación debida conforme al segundo contrato mejora o asegura la utilidad de la prestación principal⁷⁷. Aquí se incluyen, por ejemplo, la compraventa de **accesorios** y el acuerdo de **prestaciones adicionales** (p. e., seguro de saldo de deuda)⁷⁸.
- 48** Conforme al § 360 II 2, un **contrato de préstamo a consumidores** también es un contrato relacionado si el préstamo sirve exclusivamente a financiar el contrato revocado y la prestación del empresario derivada del contrato revocado se especifica exactamente en el contrato de préstamo al consumidor. Sin embargo, en este caso la mayoría de las veces habrá ya un negocio vinculado⁷⁹.

3. Propagación de las excepciones

- 49** El § 359 I extiende el mecanismo de la propagación al caso en que el consumidor dispone de **excepciones** derivadas del negocio financiado que le legitiman para denegar la prestación frente al empresario. De acuerdo con los principios generales, el consumidor quedaría obligado a cumplir el contrato de préstamo. Frente a ello, el § 359 garantiza, respecto de los contratos vinculados, que el consumidor puede oponer al prestamista las excepciones derivadas del negocio financiado. No obstante, esto no se aplica si el contrato de préstamo sirve para financiar la adquisición de instrumentos financieros o cuando el pago financiado asciende a menos 200 euros (§ 359 II).
- 50** Si el consumidor tiene una **pretensión de subsanación** (§§ 439 y 635), según el § 359 I 3 solo puede denegar el reembolso del préstamo si la subsa-

⁷⁶ Palandt/*Grüneberg* § 358 n. m. 10.

⁷⁷ Cfr. *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 76.

⁷⁸ Sobre el seguro de saldo de deuda, cfr. BGHZ 184, 1.

⁷⁹ Cfr. *Wendehorst* NJW 2014, 577 (583).

nación ha fracasado. Y es que, si la subsanación tiene éxito, la prestación tampoco podría denegarse frente al empresario.

Ejemplo: En el caso del coche de segunda mano (→ § 41 n. m. 37), K comprueba después de algunas semanas, que el automóvil presenta graves vicios. Tras fracasar dos intentos de subsanación de V, K resuelve el contrato de compraventa conforme a los §§ 434, 437 n. 2, 440 y 323. Dado que, por ello, K podría negarse frente a V a pagar el precio de compra, su deber de reembolsar el préstamo a B decae conforme al § 359 I 1.

- 51** Si el consumidor puede negarse a **reembolsar el préstamo**, el prestamista tiene que dirigirse, en cuanto a la suma prestada, al empresario (p. e., vendedor), a quien, de hecho, él pagó el dinero⁸⁰. En la medida en que el consumidor haya devuelto ya el préstamo antes de ejercitar el derecho de resolución, no ostenta **ninguna acción de repetición** frente al prestamista. El § 813 inciso 1 no es aplicable en estos casos porque la excepción propia ha surgido por la resolución y, por tanto, todavía no existía en el momento del reembolso del préstamo⁸¹. De ahí que la liquidación retroactiva tenga lugar entre el consumidor y el empresario (§§ 346 ss.). Es cierto que, de este modo, el consumidor soporta el riesgo de insolvencia de este. Sin embargo, este riesgo también habría recaído en él sin la disociación de los contratos⁸².

Bibliografía: *Bierekoven/Crone*, Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie. Neuerungen im deutschen Schuldrecht – Ein erster Überblick, MMR 2013, 687; *Brönneke/Tonner*, Das neue Schuldrecht, 2014; *Bülow*, Einwendungsdurchgriff und Rückforderungsdurchgriff, WM 2004, 1257; *Dassbach*, Vorvertragliche Informationspflichten, JA 2016, 325; *Eidenmüller*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67; *Förster*, Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in §§ 312 ss. BGB – Eine systematische Darstellung für Studium und Examen, JA 2014, 721 und 801; *Grundmann*, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, JZ 2013, 53; *Grunewald*, Vertragsverbindungen, JuS 2010, 93; *Hager*, Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes, JA 2011, 721; *Heinig*, Verbraucherschutz – Schwerpunkte der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, MDR 2012, 323; *Hilbig-Lugani*, Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderufsrecht, ZJS 2013, 441 (Teil 1) y ZJS 2013, 545 (Teil 2); *Hoffmann*, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156; *Knops*, Gläubigerkenntnis und Schuldnervertrauen als Verwirkungsvoraussetzungen, NJW 2018, 425; *Leier*, Die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags – Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbrau-

⁸⁰ Cfr. BGH NJW 1996, 3414 (3415).

⁸¹ Cfr. BGH NJW-RR 2011, 406 (408); Palandt/*Grüneberg* § 359 n. m. 8; MüKoBGB/*Habersack* § 359 n. m. 76; Staudinger/*Herresthal*, 2017, § 359 n. m. 93; de otra opinión, *Emmerich* SchuldR BT § 6 n. m. 37.

⁸² Cfr. Staudinger/*Herresthal*, 2017, § 359 n. m. 79.

cherrechterrichtlinie, VuR 2013, 457; *Looschelders*, Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrecht des Verbrauchers, en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, 107; *Looschelders*, *Europäisches Privatrecht und deutsches Versicherungsvertragsrecht*, VersR 2013, 653; *Petersen*, *Der Widerruf im Bürgerlichen Recht*, JURA 2009, 276; *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, *Neue Anforderungen an die Umsetzung verbraucher-schützender Richtlinien*, GPR 2013, 242; *Schürnbrand*, *Examens-Repetitorium Verbraucherschutzrecht*, 2. Aufl. 2014; *Schwab/Giesemann*, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, EuZW 2012, 253; *Schwab/Hromek*, *Alte Streitstände im neuen Verbraucherprivatrecht*, JZ 2015, 271; *Stürner*, *Grundstrukturen des Verbrauchervertrags im BGB*, JURA 2015, 30; *Tonner*, *Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick*, VuR 2013, 443; *Unger*, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung*, ZEuP 2012, 270; *Wendehorst*, *Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterrichtlinie*, NJW 2014, 577; *Wendelstein/Zander*, *Das neue Verbraucherrecht nach der Umsetzung der Verbraucherrechterrichtlinie*, JURA 2014, 1191.

§ 42 FORMAS ESPECIALES DE DISTRIBUCIÓN

I. VISIÓN GENERAL

- 1 Los preceptos sobre **formas especiales de distribución** (§§ 312 ss.) introducidos en el BGB al reformarse el Derecho de obligaciones se redactaron nuevamente casi por completo al transponerse la Directiva sobre los derechos de los consumidores en los §§ 312b-312j. Al mismo tiempo, las regulaciones respecto de los contratos celebrados **fuera de los establecimientos mercantiles** y los **contratos a distancia** se unificaron en gran medida (§§ 312b-312h). De acuerdo con la delimitación general del ámbito de aplicación del § 312, los §§ 312b-312h solo son aplicables a los **contratos con consumidores** que tienen por objeto una **prestación onerosa** del empresario (→ § 41 n. m. 10). Los preceptos se basan en la consideración de que, debido a las específicas circunstancias de la conclusión del contrato, el consumidor merece una especial protección. Esta conclusión es tomada en cuenta a través de la **ampliación de los deberes de información** (§ 312d) y la concesión de un **derecho de revocación** (§ 312g).
- 2 En el siguiente Capítulo (§§ 312i-312j) se reúnen los preceptos sobre los contratos en el **comercio electrónico**. Es cierto que, de acuerdo con el § 312 I, el ámbito de aplicación de estas disposiciones no se limita a los contratos con consumidores (→ § 41 n. m. 10). Pero también aquí se encuentran nu-

meras reglas especiales (§§ 312i II, 312j) que refuerzan la **protección del consumidor**. Los acuerdos en otro sentido en perjuicio del consumidor o cliente son, en principio, ineficaces conforme al § 312k I.

II. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES (§ 312b)

1. Concepto de establecimientos mercantiles

- 3 El concepto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles definido en el § 312b I ha sustituido al concepto de **negocios a domicilio** del § 312 en su antigua versión⁸³. La nueva versión amplía la protección del consumidor a todos los contratos que se celebran fuera de los establecimientos mercantiles. La idea básica es que el consumidor está expuesto a un mayor **peligro de ser tomado por sorpresa** si el contrato se celebra o prepara fuera de los establecimientos mercantiles; además, la presencia física simultánea de ambas partes en estos casos puede provocar una particular **situación de presión**.
- 4 El criterio decisivo para la delimitación es el concepto de **establecimientos mercantiles**. De acuerdo con la definición legal del § 312b II, este concepto engloba tanto los establecimientos comerciales **inmuebles** en los que el empresario desempeña su actividad de manera estable, como los establecimientos comerciales **móviles** en los que el empresario lleva a cabo normalmente su actividad. En el primer caso se trata, sobre todo, de la tienda del empresario; la segunda variante abarca, p. e., puestos en mercados y ferias, así como vehículos utilizados para vender⁸⁴.

2. Situación especial de la conclusión del contrato

- 5 Las situaciones determinantes de la conclusión del contrato o de la preparación del contrato son enumeradas **de manera exhaustiva** en el § 312b I 1 n. 1-4. Dado su carácter enumerativo, no cabe una ampliación general del precepto a todas las situaciones de toma por sorpresa o de presión. No obstante,

⁸³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312b n. m. 1.

⁸⁴ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312b n. m. 2; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 8; Brönneke/*Schmidt* VuR 2014, 3 (4).

la prohibición de fraude del § 312k I 2 puede justificar una interpretación extensiva de los supuestos de hecho particulares⁸⁵.

A) CONCLUSIÓN DEL CONTRATO FUERA DE ESTABLECIMIENTOS
MERCANTILES

- 6 El § 312b I 1 n. 1 se refiere al caso en que el contrato se celebra con **presencia física simultánea** del consumidor y del empresario en un lugar que **no es establecimiento mercantil** del empresario. Igual que en el § 312 I 1 n. 1 en su antigua versión, se trata sobre todo de casos en los que el contrato se concluye en el lugar de trabajo del consumidor o en el ámbito de su vivienda privada. Aquí se incluyen también las denominadas *ventas party* en el piso de un tercero⁸⁶. Sin embargo, la calificación como vivienda privada, en último término, ya no es determinante; lo que importa es que la conclusión del contrato **no** se haya producido en los establecimientos mercantiles del empresario. De ahí que el § 312 I 1 n. 1 abarque también la conclusión del contrato en **eventos de ocio**, así como en **medios de transporte** y en **espacios públicos**. A diferencia del antiguo Derecho (§ 312 III n. 1 en su antigua versión), el consumidor también es protegido cuando la visita del empresario a la vivienda privada ha sido «pedida» por el consumidor⁸⁷. En cambio, el § 312b i 1 n. 1 no es aplicable a los contratos concluidos **por teléfono**, incluso en caso de llamada por sorpresa a la vivienda privada o al lugar de trabajo del consumidor, porque falta la presencia física simultánea. No obstante, en este caso puede haber un contrato a distancia conforme al § 312c.

Para profundizar: Sobre la base del § 312 I n. 1 en su antigua versión, se discutía si el trabajador disponía de un derecho de revocación si en el lugar de trabajo concluía con el empleador un contrato para extinguir la relación laboral (→ SchuldR BT § 30 n. m. 12). La opinión dominante negaba la aplicabilidad del § 312 I 1 n. 1 en su antigua versión porque en estos casos faltaría tanto la necesaria situación de toma por sorpresa como una «forma especial de distribución»⁸⁸. Esto mismo debe observarse en el marco del § 312b I n. 1⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 7 ss.; *MüKoBGB/Wendehorst* § 312b n. m. 10.

⁸⁶ *Palandt/Grüneberg* § 312b n. m. 4; *MüKoBGB/Wendehorst* § 312b n. m. 18.

⁸⁷ Considerando 21 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores; *Palandt/Grüneberg* § 312b n. m. 4; *Brönneke/Schmidt* VuR 2014, 3 (4).

⁸⁸ BAG NJW 2004, 2401 (2404); 2006, 938 (941); *Staudinger/Thüsing*, 2019, § 312 n. m. 11; *ErfK/Müller-Glöge* § 620 n. m. 40.

⁸⁹ *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 9.

B) OFERTA DE CONTRATO DEL CONSUMIDOR FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

- 7 Conforme al § 312b I 1 n. 2, basta que el consumidor haya hecho una **oferta** en las condiciones del n. 1, es decir, con presencia física simultánea fuera de un establecimiento mercantil del empresario. La consideración subyacente es que, habida cuenta la finalidad tuitiva del § 312b, lo que importa es la situación en que se emite la **declaración de voluntad del consumidor**⁹⁰.

C) ABORDAMIENTO PERSONAL AL CONSUMIDOR FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

- 8 El § 312b I 1 n. 3 amplía la protección del consumidor a aquellos contratos concluidos en los establecimientos mercantiles del empresario o mediante medios de comunicación a distancia, en los que el consumidor fue **abordado** antes de manera personal e individual fuera de los establecimientos mercantiles del empresario, con presencia física simultánea de consumidor y empresario. En particular, el precepto considera el caso, ya regulado en el § 312 I 1 n. 3 en su antigua versión, en que el contrato es concluido en el negocio del empresario «después de haber sido abordado por sorpresa en un medio de transporte o en el ámbito de espacios de acceso público». De este modo, contrarresta la anómala situación en que los empleados del empresario abordan al consumidor en la calle, delante de la tienda, con fines publicitarios y le inducen a entrar en el establecimiento mercantil donde, después, tiene lugar la conclusión del contrato. La Exposición de Motivos oficial señala, con razón, que también en estos casos el consumidor puede estar bajo **presión** o verse expuesto a un **momento de sorpresa**⁹¹.

D) CONCLUSIÓN DEL CONTRATO EN UNA EXCURSIÓN ORGANIZADA POR EL EMPRESARIO

- 9 Por último, según el § 312b I 1 n. 4, también hay un contrato celebrado fuera de los establecimientos mercantiles cuando el contrato se concluye en una **excursión** que ha sido organizada por el empresario o con su ayuda, para pu-

⁹⁰ Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 49; *Brox/Walker SchuldR AT* § 19 n. m. 10

⁹¹ Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 49.

blicitar la venta de mercancías o la prestación de servicios al consumidor y concluir con él los correspondientes contratos. Los casos más importantes de aplicación del § 312b I 1 n. 4 son las llamadas **excursiones de café y mantequilla***. El § 312b I 1 n. 1 no es de utilidad en estos casos, si la celebración del contrato tiene lugar en los establecimientos mercantiles del empresario⁹².

3. Actuación del tercero en nombre o por cuenta del empresario

- 10** Cuando el empresario no ha intervenido por sí mismo, le son imputables las circunstancias situacionales existentes al tiempo de la conclusión o de la preparación del contrato por parte de su **representante** o **intermediario** (§ 312b I 2). A estos efectos no puede invocar el desconocimiento de las negociaciones llevadas a cabo por su representante o intermediario en la situación de que se trate⁹³. La imputación no queda excluida por el hecho de que el representante o intermediario sea un vecino, un amigo o un pariente del consumidor⁹⁴. No obstante, de acuerdo con el § 312b I 2, es precisa una actuación **en nombre** o **por cuenta** del empresario. Por tanto, la situación no es imputable al empresario si el intermediario se encuentra «en el campo» del consumidor⁹⁵.

4. Prestación onerosa y aplicabilidad a la fianza

- 11** De la delimitación general del ámbito de aplicación de los §§ 312-312h en el § 312 I se desprende que el § 312b solo es aplicable a los contratos con consumidores que tienen por objeto una **prestación onerosa** del empresario. De ahí que el precepto se aplique sobre todo a los *contratos obligatorios*

* **Nota de la traductora:** Las llamadas «excursiones de café» (*Kaffeefahrten*) son viajes de un día en los que se invita a los participantes a café y tarta (de ahí su denominación) o a una comida, y que incluyen una presentación publicitaria para vender algún producto. Las «excursiones de mantequilla» (*Butterfahrten*) fueron inicialmente viajes en barco, durante los cuales podían comprarse productos baratos y exentos de derechos más allá de la frontera aduanera de Alemania; en un principio, el principal objeto de compra (aunque no el único) fue la mantequilla (de ahí el nombre), que era mucho más barata en Dinamarca; con el tiempo, este tipo de viaje fue ampliándose a otros destinos y a otros medios de transporte.

⁹² Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 49; Palandt/*Grüneberg* § 312b n. m. 7; *Brönneke/Schmidt* VuR 2014, 3(4).

⁹³ EuGH NJW 2005, 3555 – Crailsheimer Volksbank; BGH NJW 2006, 497 (498); 2008, 3423 (3424); NJW-RR 2009, 836; en otro sentido, todavía, BGH NJW 2003, 424 (425): § 123 II por analogía.

⁹⁴ MüKoBGB/*Wendehorst* § 312b n. m. 37; Palandt/*Grüneberg* § 312b n. m. 9.

⁹⁵ Cfr. BGH NJW 2008, 3423 (3425); NJW-RR 2009, 836 (837); Palandt/*Grüneberg* § 312b n. m. 9.

bilaterales (p. e., contratos de compraventa)⁹⁶. Sin embargo, el concepto de prestación onerosa ha de entenderse ampliamente en el § 312 I. Basta que el consumidor realice cualquier prestación al empresario o a un tercero⁹⁷. La contraprestación también puede consistir en la prestación de una garantía⁹⁸. No obstante, la asunción de una **fianza** por el consumidor (§ 765) suscita particulares problemas en este contexto.

Ejemplo (EuGH NJW 1998, 1295; BGHZ 139, 21; 165, 363): Mediante declaración escrita frente al banco K, B, de 19 años, asumió una fianza por las deudas de los negocios de su padre (V). La declaración de fianza fue emitida por B en la casa de sus padres, que un empleado del banco K visitó tras un acuerdo telefónico con los padres. A B no se le informó del derecho de revocación. Cuando K reclama a B el cumplimiento de la fianza, él deniega el pago. Alega que ha revocado eficazmente la declaración de fianza.

- 12** Antes de la transposición de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, la opinión dominante partía de que la fianza debía considerarse como un **contrato oneroso** en el sentido del § 312 I en su antigua versión⁹⁹. Se discute si esto mismo puede mantenerse sobre la base del § 312 I en su nueva versión. A favor de la ulterior aplicabilidad del § 312 I a la fianza habla el hecho de que la Directiva sobre los derechos de los consumidores no prevé ninguna limitación general a los contratos onerosos¹⁰⁰. Conforme a ello, la prestación del empresario (del banco) consiste en conceder o mantener el crédito al deudor principal; el «precio» del consumidor es aceptar la fianza.
- 13** Sin embargo, parece dudoso si, en el caso del ejemplo, la aplicabilidad del § 312b I 1 n. 1 queda excluida por el hecho de que la fianza sirve a la protección de una **obligación negocial del deudor principal**. El EuGH se ha ocupado de esta problemática sobre la base de la Directiva sobre negocios a domicilio. En opinión del EuGH, solo hay derecho de revocación conforme a la Directiva sobre negocios a domicilio si la fianza asumida por el consumidor en una operación a domicilio, garantiza la obligación de un consumidor que este ha contraído en el marco de un negocio a domicilio¹⁰¹. Para justificarlo se atiende a la estrecha relación entre la deuda del fiador y la deuda principal (la denominada **accesoriedad**).

⁹⁶ Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 4.

⁹⁷ Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 3; MüKoBGB/*Wendehorst* § 312 n. m. 37.

⁹⁸ *Brönneke/Schmidt* VuR 2014, 3.

⁹⁹ Cfr. BGH NJW 1993, 1594 (1595); 1998, 2356 (2357).

¹⁰⁰ A favor de la aplicabilidad de los nuevos §§ 312 ss. a la fianza, Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 5; MüKoBGB/*Wendehorst* § 312 n. m. 34; *Medicus/Lorenz* SchuldR BT § 50 n. m. 6; *Petersen* ExamensRep SchuldR AT n. m. 203; *Schürnbrand* WM 2014, 1157 (1060 s.); *Hilbig-Lugani* ZJS2013, 441 (446); de otra opinión, *Bülow/Artz* VerbraucherprivatR n. m. 224.

¹⁰¹ Cfr. EuGH NJW 1998, 1295.

- 14** La opinión del EuGH no es convincente. Si el derecho de revocación sirve a la protección de aquel que ha emitido su declaración de voluntad en una determinada situación, en el caso de la fianza debe bastar con que el **fiador** sea un consumidor y la fianza haya sido asumida a resultas de un negocio a domicilio. La naturaleza que tenga la deuda principal garantizada es irrelevante. Porque, en todo caso, el deudor principal no está protegido por el derecho de revocación del fiador. También el BGH se adhirió finalmente a esta interpretación respecto del § 312 I en su antigua versión ¹⁰². En opinión del BGH, la ampliación de la protección del consumidor frente al parecer del EuGH era admisible porque la Directiva sobre negocios a domicilio solo trata de asegurar un **estándar mínimo** ¹⁰³. Sin embargo, en rigor, esto no es lo importante, porque, en opinión del EuGH ¹⁰⁴, las fianzas para el aseguramiento de una obligación negocial no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre negocios a domicilio ¹⁰⁵.
- 15** De acuerdo con el Derecho vigente, hay que tener en cuenta que la **Directiva sobre los derechos de los consumidores** prevé una **armonización plena** y, por tanto, tampoco permite regulaciones más favorables para el consumidor (→ § 41 n. m. 6) ¹⁰⁶. No obstante, el principio de la armonización plena solo rige en el **ámbito de aplicación de la Directiva**. Por consiguiente, al Derecho alemán no le está prohibido extender el derecho de revocación del § 312b en relación con el § 312g a casos en los que, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, no existe en absoluto un contrato con consumidores. Esto es aplicable a las fianzas para el aseguramiento de una obligación negocial ¹⁰⁷. La jurisprudencia del BGH puede, por tanto, mantenerse. Sin embargo, solo el EuGH puede proporcionar claridad definitiva ¹⁰⁸.

III. CONTRATOS A DISTANCIA (§ 312c)

- 16** El concepto de los **contratos a distancia** es definido en el § 312c I. Abarca todos los contratos en los que el empresario o una persona que actúa en su

¹⁰² BGHZ 165, 363; BGH NJW 2007, 2106; de otra opinión, BGHZ 139, 21.

¹⁰³ BGHZ 165, 363 (368 s.).

¹⁰⁴ EuGH NJW 1998, 1295 (1296).

¹⁰⁵ Staudinger/*Gsell* Eckpfeiler L. n. m. 43.

¹⁰⁶ En general sobre la armonización plena, *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl., 2016, n. m. 22 ss.

¹⁰⁷ Así también Staudinger/*Gsell* Eckpfeiler L. n. m. 43; *Bülow/Artz* *VerbraucherprivatR* n. m. 86, 224; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl., 2016, n. m. 330.

¹⁰⁸ A favor de una nueva apelación al EuGH, Palandt/*Grüneberg* § 312 n. m. 5; PWW/*Stürmer* § 312 n. m. 7.

nombre o por su cuenta y el consumidor emplean exclusivamente medios de comunicación a distancia para las negociaciones contractuales y la conclusión del contrato. La diferencia decisiva respecto del § 312b consiste en que falta la presencia física simultánea de las partes. Los contactos personales de las partes en la preparación del contrato o en las negociaciones contractuales excluyen la aplicación del § 312c porque entonces falta el uso **exclusivo** de medios de comunicación a distancia. De ahí que no quede incluida la reserva telefónica de una cita, p. e., en la peluquería ¹⁰⁹. Sin embargo, no se opone a la aplicación del § 312c el hecho de que el empresario emplee en la preparación del contrato un **mensajero** que no pueda dar más información sobre el contenido del contrato y las cualidades de la prestación contractual del empresario ¹¹⁰.

- 17** De acuerdo con el § 312c parte 2, **no hay contrato a distancia** si la conclusión del contrato no se produce en el marco de un sistema negocial organizado para la comercialización a distancia. De este modo, el legislador quiere excluir del ámbito de aplicación del precepto las celebraciones casuales u ocasionales de contratos mediante comunicación a distancia (p. e., teléfono). La carga de la prueba de este supuesto de hecho excepcional la soporta el empresario ¹¹¹.
- 18** Lo que ha de entenderse por **medio de comunicación a distancia** se deduce del § 312c II. Es preciso un medio de comunicación que posibilite la preparación o la conclusión de un contrato *sin presencia física simultánea* de las partes. Según la enumeración no exhaustiva de la ley, se trata, en particular, de cartas, catálogos, llamadas telefónicas, faxes, e-mails, SMS así como radiodifusión y telemedia. La mención de formas tradicionales como cartas y catálogos muestra que el ámbito de aplicación del § 312c no se limita al comercio electrónico.

IV. DEBERES DE INFORMACIÓN DEL EMPRESARIO (§ 312d)

- 19** El § 312d contiene una **regulación unitaria** de los deberes de información del empresario en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia. Por lo que respecta a los contratos que **no** se refieren a **servicios financieros**, el § 312d I remite al art. 246a

¹⁰⁹ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 50.

¹¹⁰ Cfr. BGH NJW 2004, 3699 (3700); *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 15.

¹¹¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312c n. m. 6.

EGBGB para los detalles. El precepto regula en el § 1 una **pluralidad de deberes de información**. En el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles para *trabajos de reparación y mantenimiento* existen, según el art. 246a § 2 EGBGB, deberes mitigados de información, siempre que las prestaciones recíprocas se cumplan de inmediato y la remuneración a pagar por el consumidor no supere los 200 euros. En el caso de los *contratos a distancia*, de acuerdo con el art. 246a § 3 EGBGB, los deberes de información se mitigan si el medio de comunicación empleado ofrece solo un espacio o un tiempo limitados para las informaciones.

Para profundizar: La regla especial del art. 246a § 2 EGBGB se basa en la idea de que el cumplimiento de todos los deberes de información puede conducir a cargas irrazonables para los operarios. Sin embargo, en la doctrina se advierte, con razón, que la atenuación de los deberes de información en consideración a ese fin normativo tiene un «ámbito de aplicación ridículamente estrecho» y, además, en lo sustancial, es poco útil¹¹². Al margen de eso, por razones fiscales, para un consumidor no es posible satisfacer inmediatamente en efectivo las facturas de los operarios. Porque la deducción fiscal de los servicios de los operarios presupone, según el § 35a V 3 EStG, que el pago se realice en la cuenta del prestador del servicio (es decir, sin dinero en efectivo). Con ello, en Alemania, la atenuación de los deberes de información podría quedar en nada en la práctica. Otras reglas especiales aplicables a los operarios consisten en la *exclusión del derecho de revocación* en los trabajos urgentes de reparación o mantenimiento, conforme al § 312g II n. 11 (→ § 42 n. m. 27), y en el *deber* del consumidor *de resarcir el valor* de los servicios prestados pese a la revocación, de acuerdo con el § 357 VIII (→ § 42 n. m. 46).

- 20** Las informaciones especificadas en el art. 246a §§ 1-3 EGBGB tienen que ponerse a disposición del consumidor, según el art. 246a § 4 EGBGB, **antes de la emisión** de su declaración de voluntad **de forma clara y comprensible**. De este modo, el legislador quiere garantizar que el consumidor pueda tomar su decisión sobre la conclusión del contrato conociendo todas las circunstancias relevantes.
- 21** Los detalles relativos a los deberes de información del empresario en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia sobre **servicios financieros** resultan del § 312d II en relación con el art. 246b EGBGB. El legislador transpone así las normas pertinentes de la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE). Respecto de la forma, rigen las mismas exigencias que conforme al art. 246a § 4 EGBGB.

¹¹² Así, *Wendehorst* NJW 2014, 577 (581).

- 22 Si el empresario lesiona sus deberes de información respecto del derecho de revocación del § 312g, esto puede impedir el **comienzo del plazo de revocación** (→ § 42 n. m. 31). El § 312e prevé, además, que el empresario no tiene pretensión de pago de los **costes de transporte, entrega o envío** ni de **otros costes** si ha lesionado los deberes de informar sobre ellos conforme al § 312d I en relación con el art. 246a § 1 1 n. 4 EGBGB. Para los contratos con consumidores que no entren dentro de los §§ 312b y 312c, el § 312a II 2 contiene una regulación análoga (→ § 41 n. m. 17). De acuerdo con las reglas generales, también es posible una **pretensión de indemnización del daño** ex §§ 280 I, 311 II y 241 II¹¹³.

V. DERECHO DE REVOCACIÓN DEL CONSUMIDOR

- 23 El § 312g I concede al consumidor un **derecho de revocación en el sentido del § 355** en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia. En el § 312g I se agrupan los derechos de revocación que hasta ahora se regulaban por separado en los negocios a domicilio y los contratos a distancia (§§ 312 y 312d en su antigua versión)¹¹⁴. Las modalidades y efectos generales del derecho de revocación resultan del § 355 (→ § 41 n. m. 28 ss.). Adicionalmente se aplican, respecto de las modalidades, el § 356 y, respecto de las consecuencias jurídicas, los §§ 357 y 357a. Sobre la estructura del examen en la resolución de casos → Anexo II n. m. 1.

1. Excepciones al derecho de revocación

- 24 El § 312g II menciona algunos contratos en los que, por distintos motivos, el consumidor **no** dispone de un **derecho de revocación**. Se trata, entre otros, de mercancías que están hechas tan a la medida de las *necesidades personales* del cliente que el empresario difícilmente puede venderlas de otro modo (n. 1)¹¹⁵. Tampoco hay derecho de revocación en los contratos para el suministro de *mercancías precintadas* que, por razones de *protec-*

¹¹³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312d n. m. 4; HK-BGB/*Schulte-Nölke* § 312d n. m. 9.

¹¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 56.

¹¹⁵ Sobre la compra de un ordenador portátil por el procedimiento de hecho a la medida, cfr. BGHZ 154, 239 ss.

ción de la salud o de *higiene*, no sean adecuadas para la devolución si el precinto se ha retirado después del suministro (n. 3). En esencia, se trata, sobre todo, de medicamentos que pueden venderse libremente, así como de artículos cosméticos y de higiene¹¹⁶. En este caso el empresario se encuentra con el problema de que, una vez retirado el precinto, los artículos ya no pueden venderse de otro modo. Por otra parte, según el § 357 VII n. 1, el consumidor no tendría que resarcir el valor si la retirada del precinto era necesaria para examinar la mercancía.

- 25 Otros casos excepcionales** son, por ejemplo, los contratos sobre mercancías (p. e., gasóleo de calefacción) que, por sus cualidades, se mezclan de manera inseparable con otros bienes después del suministro (n. 4)¹¹⁷, los contratos especulativos de suministro de *bebidas alcohólicas* cuyo valor actual depende de las fluctuaciones del mercado (n. 5)¹¹⁸, los contratos para el suministro de *grabaciones de sonido o de vídeo* o de *software informático* en un paquete precintado que ha sido *abierto* por el consumidor (n. 6), así como los contratos de suministro de *periódicos y revistas* (n. 7). En el último caso, la exclusión del derecho de revocación se basa en que los periódicos, etc., «envejecen» de forma particularmente rápida¹¹⁹. Existe una excepción a la excepción respecto de los **contratos de suscripción**, en los que el derecho de revocación del § 312g I se mantiene también respecto de periódicos y revistas. Si un contrato de suscripción no se ha celebrado ni a distancia ni fuera de establecimientos mercantiles, el consumidor puede disponer de un derecho de revocación conforme a las reglas sobre los contratos de entrega a plazos (§ 510 II). Pero aquí se aplica un umbral de mínimos de 200 euros (§ 510 III en relación con el § 491 II n. 1).
- 26** La excepción regulada en el § 312g II n. 10 para las **subastas** abiertas al público tiene particular importancia. En relación con la norma precedente del § 312d IV n. 5 en su antigua versión, el BGH decidió que la exclusión del derecho de revocación solo se aplica a las «verdaderas» subastas, en las que, de acuerdo con el § 156, el contrato se concluye por el **remate del subastador**¹²⁰. El § 312g II n. 10 atiende también al hecho de que las mercan-

¹¹⁶ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312g n. m. 6.

¹¹⁷ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 56; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 23.

¹¹⁸ El ejemplo más importante es la venta de «vin en primeur» durante el proceso de elaboración (cfr. el Considerando 49, inciso 3, de la Directiva sobre los derechos de los consumidores; *Looschelders* en *Remien/Herrler/Limmer*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 49).

¹¹⁹ *PWW/Stürmer* § 312g n. m. 12.

¹²⁰ Cfr. BGH NJW 2005, 53.

cías o servicios sean ofertados en un procedimiento de licitación pública dirigido por el subastador, en el que el postor que haya obtenido el remate está obligado a adquirir las mercancías o servicios. Además, al consumidor debe concedérsele la posibilidad de **asistir en persona**. Estos presupuestos no se dan en la mayoría de las **subastas por internet** (p. e., ebay). Por el contrario, las CGC pertinentes prevén generalmente que la conclusión del contrato se produce por oferta y aceptación¹²¹. Por tanto, siempre que haya que calificar al vendedor como empresario (§ 14), el consumidor dispone de un derecho de revocación¹²².

- 27** Conforme al § 312g II n. 11, el derecho de revocación también queda excluido si el consumidor ha pedido expresamente al empresario que le visite para efectuar **trabajos urgentes de reparación o mantenimiento**; no obstante, la exclusión del derecho de revocación no se aplica a los contratos sobre prestaciones adicionales¹²³. En los **contratos documentados notarialmente**, en principio, el derecho de revocación está asimismo excluido conforme al § 312g II n. 13, porque, por lo general, el consumidor queda suficientemente protegido por la documentación notarial. No obstante, los §§ 312b ss. no son aplicables a la mayoría de los contratos documentados notarialmente, por el § 312 II n. 1¹²⁴.
- 28** Según el § 312g III, tampoco hay derecho de revocación en los contratos en que el consumidor ostenta tal derecho conforme a los §§ 495 y 506-513. Los derechos de revocación allí establecidos tienen prioridad. Lo mismo se aplica a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en relación con el derecho de revocación del § 305 I-VI KAGB.

2. Ejercicio del derecho de revocación

- 29** Las modalidades de ejercicio del derecho de revocación del § 312g se deducen del § 355 I y II y el § 356. Según esto, la revocación se realiza, en principio, mediante una **declaración no formal** frente al empresario (→ § 41 n. m. 25 ss.). No obstante, de acuerdo con el § 356, el empresario puede permitir al consumidor cumplimentar y enviar en su página web el

¹²¹ Cfr. BGHZ 149, 129 (133); MüKoBGB/Wendehorst § 312g n. m. 47.

¹²² Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 57; Palandt/Grüneberg § 312g n. m. 13.

¹²³ Cfr. MüKoBGB/Wendehorst § 312g n. m. 51; *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 53.

¹²⁴ Cfr. *Wendehorst* NJW 2014, 577 (582).

formulario de revocación conforme al anexo 2 del art. 246a § 1 II 1 n. 1 EGBGB u otra declaración inequívoca de revocación. El empresario puede, por este medio, racionalizar la tramitación de las revocaciones. Ciertamente, el consumidor no está obligado a hacer uso de ello. Pero, para él, cumplir un formulario también puede conducir a una simplificación. Además, en caso de utilización del formulario, el empresario está obligado a confirmar sin demora al consumidor, en un soporte duradero, la recepción de la revocación ¹²⁵.

- 30** El § 356 II contiene una regulación especial respecto del **comienzo del plazo de revocación de 14 días** del § 355 II (→ § 41 n. m. 28). En una compraventa de bienes de consumo, esto es, un contrato entre un consumidor y un empresario sobre la compra de una cosa mueble (§ 474 I), el plazo de revocación comienza, según el § 356 II n. 1 a, no en el momento de la conclusión del contrato, sino solo en el momento en que el consumidor o un tercero designado por él, haya **recibido** las **mercancías**. La consideración subyacente es que, antes de recibir la mercancía, el consumidor aún no ha tenido ninguna posibilidad de examen ¹²⁶. En caso de suministro por separado de varias mercancías en el marco de un pedido unitario, se atiende a la **recepción de la última mercancía** (§ 356 II n. 1 b). En cambio, en el caso de un contrato de suministro de una cantidad de **agua, gas, electricidad o calefacción** no determinada de antemano, o de suministro de **contenidos digitales** que no se encuentran en un soporte material (§ 312f III), el momento de la conclusión del contrato sigue siendo decisivo (§ 356 II n. 2).
- 31** Aparte de eso, según el § 356 III, el plazo de revocación no comienza sino cuando el empresario haya cumplido determinados **deberes de información** frente al consumidor. Se trata aquí, en general, del deber de **informar al consumidor del derecho de revocación** con arreglo al art. 246a § 1 II 1 n. 1 EGBGB. Para el cumplimiento de este deber de información, la ley pone a disposición del empresario en el anexo 1 un **modelo oficial** para informar sobre la revocación, que ha de enviarse al consumidor en forma escrita. No obstante, según el § 356 III 2, si el empresario lesiona su deber de informar sobre el derecho a revocar, este expirará, a más tardar, doce meses y 14 días después del comienzo normal del plazo de revocación.
- 32** En el caso de los contratos de **servicios financieros**, la situación jurídica es diferente. Conforme a ello, el plazo de revocación no comienza sino cuando

¹²⁵ Respecto de las ventajas del formulario para ambas partes, Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 60.

¹²⁶ Cfr. *Bülow/Artz VerbraucherprivatR* n. m. 290.

el empresario haya cumplido con **todos los deberes de información** ex art. 246b § 2 I EGBGB. El plazo máximo del § 356 III 2 no es aplicable en este ámbito (§ 356 III 3). Esto es, el consumidor dispone de un derecho de revocación «permanente» a este respecto (→ § 41 n. m. 31).

3. Consecuencias jurídicas de la revocación (salvo en los contratos de servicios financieros)

- 33** De acuerdo con la norma general del § 355 III 1, en caso de una revocación eficaz, las partes están obligadas a **restituirse** las prestaciones recibidas (→ § 41 n. m. 33 s.). Las demás consecuencias jurídicas de la revocación para los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y contratos a distancia, **con la excepción de los contratos de servicios financieros**, se derivan del § 357.

A) PLAZO PARA LA RESTITUCIÓN

- 34** De acuerdo con la regla general del § 355 III 1, el deber de restituir debe cumplirse **sin demora**. El § 357 I prevé, además, que la restitución tiene que efectuarse **en un plazo máximo de 14 días**. Según el § 355 III 2, el plazo comienza, para el empresario, con la recepción y, para el consumidor, con la emisión de la declaración de revocación. El § 355 III 3 deja claro que el consumidor cumple con este plazo mediante el puntual envío de las mercancías. Por tanto, los retrasos posteriores al envío (p. e., durante el transporte) no le perjudican. La inobservancia del plazo de restitución no tiene como consecuencia que el consumidor pierda su derecho de revocación. Pero hasta la restitución, el empresario dispone de un **derecho de retención** respecto del reembolso del precio de compra en virtud del § 357 IV 1 (→ § 42 n. m. 38).

B) MODALIDADES DE LA LIQUIDACIÓN RETROACTIVA

- 35** Con arreglo al § 355 III 1, el **consumidor** está obligado a devolver las mercancías recibidas. Sin embargo, según el § 357 V, este deber decae si el empresario se ha ofrecido a recoger las mercancías.

- 36** Por su parte, el **empresario** tiene que devolver al consumidor sus pagos, en virtud del § 355 III 1. El § 357 II 1 deja claro que aquí también se incluyen los pagos que eventualmente haya hecho el consumidor para el suministro de las mercancías. Ya antes de la entrada en vigor de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, el EuGH había resuelto, sobre la base de una cuestión planteada por el BGH¹²⁷, que al consumidor no podían imponérsele los **costes de envío** porque, en otro caso, el consumidor podía verse disuadido de ejercitar su derecho de revocación¹²⁸. El deber de restitución del empresario no se extiende, sin embargo, a los costes adicionales debidos al hecho de que el consumidor haya optado por una forma de entrega distinta de la entrega estándar, más económica, ofrecida por el empresario (p. e., una entrega exprés) (§ 357 II 2).
- 37** En principio, el empresario tiene que emplear para el reembolso **el mismo medio de pago** que el consumidor haya empleado al pagar (§ 357 III). Por tanto, si el consumidor ha pagado las mercancías en efectivo, el reembolso por el empresario también tiene que efectuarse en efectivo. Si se pagó por transferencia, el empresario tiene que devolver el importe por transferencia¹²⁹. Por consiguiente, en principio, el consumidor no tiene que conformarse con un vale¹³⁰. Los acuerdos en otro sentido son eficaces, según el § 357 III 2, si se toman de forma expresa y al consumidor no se le ocasionan gastos por ello.
- 38** En el caso de una compraventa de bienes de consumo, de acuerdo con el § 357 IV 1, el empresario dispone de un **derecho de retención** hasta que haya recuperado las mercancías o el consumidor le haya aportado prueba de haber enviado las mercancías. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en caso de resolución (§ 348), el consumidor está **obligado a una prestación anticipada**¹³¹. No obstante, hay una excepción si el empresario se ha ofrecido a recoger las mercancías (§ 357 III 2). No está regulado expresamente qué consecuencias jurídicas se producen en este caso. Según las reglas generales, la liquidación retroactiva ha de efectuarse **simultáneamente**¹³².

¹²⁷ BGH NJW 2009, 66.

¹²⁸ EuGH NJW 2010, 1941 = JA 2010, 825 (*Looschelders*) – Heinrich-Heine, S. R. L.; enlazando con esto, BGH NJW 2010, 2651.

¹²⁹ Más detalles al respecto, Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 63; *Leier* VuR 2013, 457 (459).

¹³⁰ Cfr. Considerando 46 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores; PWW/*Stürmer* § 357 n. m. 9; Brönneke/Tonner/*Leier*, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo 5 n. m. 8.

¹³¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 357 n. m. 5; MüKoBGB/*Fritsche* § 357 n. m. 15; *Looschelders* en *Remien/Herrler/Limmer*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 70.

¹³² Así también, Palandt/*Grüneberg* § 357 n. m. 5.

C) COSTES DE LA DEVOLUCIÓN

- 39 El § 357 VI prevé que el **consumidor** asume los costes directos de la devolución, siempre que el empresario le haya **informado** de ello conforme al art. 246a § 1 II 1 n. 2. Para el consumidor esto significa un empeoramiento respecto de la situación jurídica anterior (§ 357 II 3 en su antigua versión), conforme a la cual los costes ordinarios de la devolución solo podían imponérsele al consumidor si el precio de la cosa a devolver no superaba los 40 euros o el consumidor, al tiempo de la revocación, aún no había realizado la contraprestación o un pago parcial¹³³. Como la Directiva sobre los derechos de los consumidores prevé una armonización plena, esta regulación no podía mantenerse¹³⁴. Conforme al § 357 IV 4, se exceptiona el caso en que el **empresario** se haya mostrado dispuesto (p. e., en las CGC) a asumir los costes de la devolución, lo que a menudo será el caso en la práctica¹³⁵.
- 40 En el caso de los contratos celebrados **fuera de los establecimientos mercantiles** en los que, en el momento de la conclusión del contrato, las mercancías han sido entregadas en la vivienda del consumidor, el empresario debe recoger las mercancías a su costa si por sus cualidades no pueden ser devueltas por correo. Un ejemplo de esto es la venta de un aspirador en el piso del consumidor.

D) DEBER DEL CONSUMIDOR DE RESARCIR LA PÉRDIDA DE VALOR DE LAS MERCANCÍAS

- 41 En la liquidación retroactiva de los contratos con consumidores sobre **mercancías**, a menudo se da el problema de que, por el mero hecho de haberse utilizado, la cosa sufre ya una pérdida de valor considerable o resulta invendible. Así, por ejemplo, la **primera matriculación** de un coche nuevo (comprado, p. e., a distancia) va unida a una depreciación de un 20%¹³⁶. Una pérdida de valor análoga puede derivarse del uso de prendas de vestir o del montaje de muebles. A este respecto es instructiva la sentencia del BGH sobre una cama de agua.

¹³³ Cfr. MüKoBGB/*Fritsche* § 357 n. m. 19.

¹³⁴ Cfr. *Leier* VUR 2013, 457 (459); *Looschelders* en Remien/Herrler/Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 71.

¹³⁵ *Palandt/Griineberg* § 357 n. m. 7; *Bülow/Artz* *VerbraucherprivatR* n. m. 190; *Leier* en Brönneke/Tonner, *Das neue Schuldrecht*, 2014, Capítulo 5 n. m. 10.

¹³⁶ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 200; *PWW/Stürmer* § 357 n. m. 19, con otros ejemplos.

Ejemplo (BGHZ 187, 268): El comprador K compra a distancia al empresario V una cama de agua para uso privado por 1.265 euros. Monta la cama entregada, llena de agua el colchón y utiliza la cama durante tres días. Acto seguido ejercita su derecho de revocación y exige el reembolso del precio de compra. V reembolsa únicamente 258 euros. En lo demás, compensa con la pretensión de resarcimiento del valor porque la cama ya no puede venderse a consecuencia del llenado del colchón con agua.

- 42 Al ejercitar un derecho legal de resolución, de acuerdo con el § 346 II 1 n. 3 parte 2, el comprador no tendría que resarcir en casos así la pérdida de valor, porque esta se debe al **uso conforme a lo previsto** de la cosa entregada (→ § 40 n. m. 14). En cambio, en caso de revocación, una exclusión general del deber de resarcir el valor no sería equitativa porque la causa de la liquidación retroactiva no se encuentra en el ámbito de responsabilidad del empresario¹³⁷. Sin embargo, por otra parte, el consumidor debe tener la posibilidad de examinar las mercancías suministradas sin que su derecho de revocación quede invalidado por un elevado deber de resarcir el valor. De ahí que el EuGH haya dejado claro en sentencia de 3.9.2009 que la entonces Directiva de contratos a distancia se opone a una regulación nacional conforme a la cual el consumidor, en caso de ejercitar dentro de plazo su derecho de revocación, deba generalmente resarcir el valor por utilizar la mercancía. No obstante, el deber de resarcir el valor no quedaría excluido si el consumidor «hubiera utilizado [la mercancía] de una manera incompatible con los principios del Derecho civil, como el de la buena fe o el del enriquecimiento injusto»¹³⁸.
- 43 El § 357 VII resuelve ahora el conflicto de intereses transponiendo el art. 14 II de la Directiva sobre los derechos de los consumidores de forma que, en principio, el consumidor tiene que **resarcir** al empresario por la pérdida de valor de la mercancía. Para el empresario, se trata de un **fundamento** independiente **de pretensión**¹³⁹. Conforme a ello, el deber de resarcir el valor presupone, no obstante, que la pérdida de valor se deba a una manipulación de la cosa que **no fuera necesaria para examinar** las cualidades, características y funcionamiento de las mercancías (n. 1). Además, el consumidor tiene que haber sido **informado** por el empresario conforme al art. 246a § 1 II 1 n. 1 EGBGB acerca de las condiciones, los plazos y el procedimiento para ejercitar el derecho de revocación (n. 2). Esto incluye también una ad-

¹³⁷ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 199.

¹³⁸ EuGH NJW 2009, 3015 – Messner; detalladamente a este respecto, *Tilkorn*, Der Nutzungsersatz im Kaufrecht, 2013, 254 ss.

¹³⁹ Cfr. Staudinger/*Martinek* Eckpfeiler A. n. m. 58c.

vertencia sobre el deber de resarcir en caso de pérdida de valor de las mercancías ¹⁴⁰.

- 44** En el caso concreto puede resultar dudoso qué medidas puede adoptar el consumidor en el examen de la mercancía sin dar lugar al deber de resarcir el valor. La comparación con las posibilidades de examen del cliente al comprar en una **tienda** ofrece algún indicio ¹⁴¹; no obstante, las posibilidades de examen conforme al § 357 VIII n. 1 van más lejos ¹⁴². Así, el consumidor tiene que poder desembalar, montar y probar la cosa comprada, aunque esto no estuviera permitido en la tienda. En cambio, en la tienda generalmente hay piezas de muestra que el cliente puede examinar más de cerca ¹⁴³. En la compra de coches nuevos, la opinión dominante parte de la base de que la matriculación del vehículo ya no está cubierta por el derecho de examen. Por eso se aconseja al comprador conducir en prueba el vehículo durante un trayecto corto en un área de tráfico no pública ¹⁴⁴ (lo que en la práctica, sin embargo apenas se toma en consideración) o hacerse con una placa de matrícula roja para una prueba ¹⁴⁵. El consumidor puede desenvolver y probar las prendas de ropa, pero no usarlas ¹⁴⁶. El **montaje de muebles** no da lugar a ningún deber de resarcir el valor si las cualidades o el funcionamiento de la mercancía no pueden examinarse de otro modo. En cambio, la **instalación** en el automóvil del consumidor de un **catalizador** comprado a distancia, seguida de una breve prueba de conducción, sobrepasan el examen de las características y del funcionamiento de la cosa comprada ¹⁴⁷. La diferencia respecto del montaje de muebles radica en que, por regla general, en la tienda el consumidor puede ver y probar una muestra. En cambio, la instalación de una pieza de repuesto en el propio automóvil, por lo general, tampoco es posible en el comercio en tienda ¹⁴⁸.

Ejemplo: En la sentencia de la cama de agua, el BGH negó el deber de K de resarcir el valor, sobre la base del § 357 III en su antigua versión. A estos efectos, el tribunal

¹⁴⁰ Cfr. BT-Drs. 17/12637, 63; cfr. también el modelo de información sobre la revocación del Anexo 1 del art. 246a EGBGB.

¹⁴¹ Cfr. el Considerando 47 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores; BGH NJW 2017, 878 n. m. 22; MüKoBGB/*Frische* § 357 n. m. 29; Jauernig/*Stadler* § 357 n. m. 10; Brox/*Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 41; *Föhlisch* NJW 2011, 30 (31); crítico, *Rätze* MMR 2017, 112 s.

¹⁴² Cfr. BT-Drs. 17/5097, 15; Palandt/*Grüneberg* § 357 n. m. 9.

¹⁴³ BGHZ 187, 268 (274 s.); BGH NJW 2017, 878 n. m. 23.

¹⁴⁴ Cfr. BT-Drs. 14/6040, 200; críticamente, Erman/*Koch* § 357 n. m. 15: «poco realista».

¹⁴⁵ Staudinger/*Kaiser*, 2012, § 357 n. m. 47; críticamente, *Faust* JuS2009, 1049 (1052).

¹⁴⁶ Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 63; Considerando 47 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

¹⁴⁷ BGH NJW 2017, 878 n. m. 24 ss.; de acuerdo, *Mörsdorf* LMK 2017, 385441.

¹⁴⁸ BGH NJW 2017, 878 n. m. 26.

atendió a que llenar el colchón con agua era preciso para examinar la cama. Dado que la depreciación se había producido ya enteramente al rellenar el colchón, el BGH no tuvo que entrar en la cuestión (que seguramente habría que haber respondido negativamente) de si también la utilización de la cama durante tres días estaba amparada por el derecho de examen de K. Con arreglo al Derecho vigente, una pretensión de resarcimiento del valor de V frente a K ex § 357 VII tendría que rechazarse por los mismos motivos¹⁴⁹. Este amplio derecho de examen se puede justificar por el hecho de que al consumidor que compra una cama de agua, por regla general, le sería posible mirar y probar brevemente en la tienda una cama de agua llena de agua de muestra. Por consiguiente, K puede exigir el reembolso de todo el precio de compra.

- 45 A diferencia de lo que ocurría conforme al Derecho anterior, el deber del consumidor de resarcir el valor solo depende de la **pérdida de valor** de la cosa. Ya no existe un deber separado de resarcir el valor de las **utilidades** percibidas por el consumidor (§ 312e I en su antigua versión)¹⁵⁰. Esto parece apropiado. Dado que, por regla general, las utilidades van unidas a una pérdida de valor de la cosa, la coexistencia de ambos deberes de resarcimiento a menudo tendría como consecuencia que la misma partida fuera computada dos veces en perjuicio del consumidor¹⁵¹.

E) CASOS ESPECIALES DEL DEBER DEL CONSUMIDOR DE RESARCIR EL VALOR

- 46 Conforme al § 357 VIII, para la revocación de los contratos de **servicios** o de suministro de **agua, gas, energía o calefacción urbana** hay una regla especial. Dado que no es posible una restitución material, el consumidor debe **resarcir el valor** por la prestación ejecutada hasta la revocación, siempre que el comienzo de la prestación antes de expirar el plazo de revocación se deba a una **petición expresa del consumidor**. Con ello, el legislador quiere garantizar que el empresario obtenga una remuneración adecuada por su prestación, incluso en caso de revocación¹⁵². En el caso de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, según el § 357 VIII 3, la pretensión de resarcimiento del valor solo se da si el consumidor ha transmitido la petición en un soporte duradero (§ 126b inciso 2). Una petición

¹⁴⁹ Así también *Bülow/Artz VerbraucherprivatR* n. m. 191.

¹⁵⁰ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 63; *Leier* VuR 2013, 457 (459); *Heinig* MDR 2012, 323 (326).

¹⁵¹ Acerca de esta problemática conforme al Derecho anterior, *Staudinger/Kaiser*, 2012, § 357 n. m. 69 ss.

¹⁵² Cfr. Considerando 50 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

oral no basta –al contrario que cuando se trata de contratos a distancia–, porque el legislador ve una mayor necesidad de proteger al consumidor frente a los ataques por sorpresa en el caso de los contratos fuera de los establecimientos mercantiles¹⁵³. En algunos casos –p. e., en la conclusión del contrato con los operarios en la vivienda del consumidor– esto puede causar grandes dificultades, ya que hasta ahora tales acuerdos normalmente se han adoptado de forma oral.

La pretensión del empresario de resarcimiento del valor presupone, además, según el § 357 VIII 2, que el empresario haya **informado** al consumidor conforme al art. 246a § 1 II 1 n. 1 y 3 EGBGB, del derecho a revocar y del deber de resarcir el valor de las prestaciones ejecutadas hasta la revocación. En principio, la cuantía de la pretensión no se rige por el valor de mercado de la prestación, sino por el **precio total acordado**, siempre que este no sea desproporcionadamente alto (§ 357 VIII 4 y 5)¹⁵⁴.

- 47 En los contratos de suministro de **contenidos digitales** que **no** se encuentran **en un soporte material** (p. e., la descarga de programas informáticos, aplicaciones, vídeos o juegos¹⁵⁵), el problema radica en que no es posible la restitución material de la prestación y el deber de resarcir el valor debería dirigirse al valor total de los contenidos digitales, porque el consumidor puede seguir utilizándolos también después de la revocación. Dado que, con ello, el derecho de revocación quedaría prácticamente invalidado, el § 357 IX prevé que el consumidor no tiene que resarcir el valor cuando se trata de estos contratos. Por otro lado, el empresario está protegido por el § 356 V¹⁵⁶. En efecto, en el caso de un contrato de suministro de contenidos digitales que no se encuentran en un soporte material, el **derecho de revocación se extingue** si el empresario ha comenzado a ejecutar el contrato después de que el consumidor haya **asentido expresamente** al comienzo de la ejecución del contrato antes de expirar el plazo de revocación (n. 1) y haya **confirmado** que conoce la pérdida del derecho de revocación vinculada a ello (n. 2). Por consiguiente, el derecho de revocación solo subsiste si falta el asentimiento o la confirmación del consumidor. En estos casos, sin embargo, es apropiada la exclusión del deber de resarcir el valor porque el empresario ha empezado con la ejecución del contrato por su propia cuenta y riesgo.

¹⁵³ Cfr. PWW/Stürner § 357 n. m. 27.

¹⁵⁴ Más detalles al respecto, PWW/Stürner § 357 n. m. 29; Bülow/Artz VerbraucherprivatR n. m. 194.

¹⁵⁵ BT-Drs. 17/12637, 55; Schmidt/Brönneke en Brönneke/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2014, Capítulo 3 n. m. 6.

¹⁵⁶ Sobre esta relación, cfr. Leier VuR 2013, 457 (460).

4. Consecuencias jurídicas de la revocación en el caso de los contratos de servicios financieros

- 48** Las consecuencias jurídicas de la revocación de los contratos de servicios financieros se regulan en el § 355 III en relación con el § 357a. El § 357a I dispone, en primer lugar, que las prestaciones recibidas han de restituirse, a más tardar, dentro de los 30 días siguientes. El comienzo del plazo se juzga, de nuevo, con arreglo al § 355 III 2 (→ § 41 n. m. 28).
- 49** En el caso de los contratos a distancia de servicios financieros ya se venía reconociendo que el consumidor solo tenía que **resarcir el valor** por los servicios ejecutados por el empresario hasta la revocación, si antes de emitir su declaración contractual había sido **advertido** de esta consecuencia jurídica y había **asentido expresamente** a que el empresario comenzara a ejecutar el servicio antes de terminar el plazo de revocación (cfr. § 312e II en su antigua versión). El § 357a II 1 toma esta regulación y la amplía a los contratos de servicios financieros celebrados fuera de los establecimientos mercantiles¹⁵⁷.
- 50** En el § 357a II 2-4 hay reglas especiales sobre las consecuencias jurídicas de la revocación de los contratos de **ayuda financiera onerosa** (por ejemplo, un aplazamiento de pago a título oneroso o un negocio a plazos) que están comprendidos en la **excepción del § 506 IV**. Se incluyen aquí, por ejemplo, las ayudas financieras para contratos con un precio al contado de menos de 200 euros (§ 506 IV en relación con el § 491 II n. 1; → SchuldR BT § 21 n. m. 26). Ciertamente, en estos casos, el consumidor no dispone de ningún derecho de revocación conforme al § 495 I. Pero el derecho de revocación puede derivarse de otros preceptos, en especial del § 312g. Una particularidad en cuanto al contenido de las ayudas financieras onerosas radica en que también es precisa una liquidación retroactiva respecto de las **prestaciones financieras** del empresario. Para esto, el § 357a II 2 remite al § 357 V-VIII. En cuanto a las ayudas financieras onerosas que no están comprendidas en el § 506 IV, según el § 506 I, el consumidor dispone de un derecho de revocación conforme al § 495 I. De acuerdo con el § 357a III 4, el § 357a II es analógicamente aplicable, con una ligera modificación, de modo que el § 357 V-VIII vuelve a ser aplicable a través del § 357a II¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 64 s.; *Bülow/Artz VerbraucherprivatR* n. m. 197; *Leier VuR* 2013, 457 (461).

¹⁵⁸ Cfr. *MüKoBGB/Fritsche* § 357a n. m. 14; *Palandt/Grüneberg* § 357a n. m. 5.

Para los contratos de ayuda financiera onerosa cuyo objeto es el suministro de **contenidos digitales que no se encuentran en un soporte material** (§ 312f III), el § 357a II 3 contiene una regulación especial respecto del § 357 IX. Conforme a la misma, al consumidor le incumbe el deber de resarcir el valor si fue advertido de esta consecuencia jurídica antes de emitir su declaración contractual y asintió expresamente al comienzo de la ejecución del contrato antes de la expiración del plazo de revocación. De acuerdo con el § 357a III 4, esto también se aplica, de nuevo, a los contratos que no están comprendidos en el § 506 IV.

Para profundizar: La regulación especial del § 357a II 3 ha de contemplarse teniendo en cuenta que el derecho de revocación del consumidor en el caso de los contratos de ejecución de servicios financieros, según el § 356 IV 2, no se extingue hasta que el contrato haya sido cumplido *en su totalidad* a petición expresa del consumidor. Por tanto, en el caso de una ayuda financiera onerosa, el derecho de revocación tampoco se extingue conforme al § 356 V con el *comienzo de la ejecución del contrato*, aun cuando la ayuda financiera se refiera al suministro de contenidos digitales no materiales. En cambio, sin una ayuda financiera, el derecho de revocación en un contrato así se extingue conforme al § 356 V (→ § 42 n. m. 47), de modo que la pretensión de contraprestación ya no puede decaer tras comenzar la ejecución del contrato. El deber del consumidor de resarcir el valor conforme al § 357a II 3 trata de garantizar que el empresario obtenga una compensación por su prestación también en el caso de una asistencia financiera onerosa¹⁵⁹. El tratamiento diferenciado de ambos casos se debe a que la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros no permite la extinción anticipada del derecho de revocación.

- 51** Respecto de las consecuencias jurídicas de la revocación de los **contratos de préstamo a consumidores** reguladas en el § 357a III, véase SchuldR BT § 21 n. m. 8.

5. Exclusión de otras pretensiones y de acuerdos divergentes

- 52** Los §§ 355 ss. regulan **de manera exhaustiva** las pretensiones del empresario frente al consumidor a consecuencia de la revocación. En virtud del § 361 I, quedan excluidas otras pretensiones frente al consumidor (p. e., ex §§ 280 ss. y 812 ss.). No obstante, la exclusión solo se aplica a aquellas pretensiones que surjan «a consecuencia de la revocación»; otras preten-

¹⁵⁹ Recomendación de resolución e Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, BT-Drs. 17/13951, 66; *Leier* VuR 2013, 457 (461).

siones del empresario frente al consumidor (p. e., por la lesión de deberes de protección o mora en la restitución) no resultan afectadas ¹⁶⁰. Lo mismo se aplica a las pretensiones de indemnización del daño del consumidor frente al empresario (p. e., ex §§ 280 ss. y 823 ss.) ¹⁶¹. El § 361 II deja claro que los §§ 355 ss. no pueden ser **derogados** en perjuicio del consumidor.

VI. DENUNCIA DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS DE TRACTO SUCESIVO EN CASO DE CAMBIO DE PROVEEDOR

- 53** El § 312h regula el caso en que una relación obligatoria de tracto sucesivo existente entre un consumidor y un empresario es sustituida, en virtud de un acuerdo adoptado fuera de los establecimientos mercantiles o a distancia, por una relación de tracto sucesivo del mismo tipo (p. e., de suministro de energía) con otro empresario. En un caso así de **cambio de proveedor**, el consumidor se encuentra con el problema de que, al **revocar el nuevo contrato**, queda vinculado por la denuncia del antiguo contrato, de modo que, finalmente, se encuentra sin el correspondiente contrato. A menudo, esto disuadirá al consumidor de revocar el nuevo contrato. No obstante, el alcance de la denuncia no siempre está claro para el consumidor desde el principio. Son problemáticos, sobre todo, los casos en que el consumidor prácticamente confía la denuncia al nuevo proveedor. Esto se produce, en concreto, por el hecho de que el consumidor encarga al nuevo proveedor transmitir la denuncia a su hasta entonces proveedor o por que apodera al nuevo proveedor para denunciar el contrato anterior.
- 54** El § 312h dispone que la denuncia del consumidor (n. 1) o el apoderamiento para la denuncia (n. 2) requieren **forma escrita** (§ 126a). Con ello, el legislador quiere garantizar que el consumidor no deshaga la relación contractual previa de manera irreflexiva (**función de advertencia**). Además, se trata de impedir que el nuevo proveedor pueda deshacer de facto el antiguo contrato sin la voluntad del consumidor, alegando una supuesta declaración verbal del consumidor relativa a la denuncia ¹⁶².

¹⁶⁰ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 17/12637, 64.

¹⁶¹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 361 n. m. 1; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 44.

¹⁶² Sobre la finalidad tuitiva del § 312h, cfr. BT-Drs. 16/10734, 12; *Brox/Walker* SchuldR AT § 19 n. m. 57.

VII. DEBERES DEL EMPRESARIO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Deberes generales

- 55** El § 312i regula los deberes generales del empresario en el comercio electrónico. El concepto de comercio electrónico se define en el § 312i I por el hecho de que el empresario se sirve de **medios telemáticos** a fin de concluir un contrato de suministro de mercancías o de ejecución de servicios. El ejemplo más importante es el pedido de mercancías o de servicios por internet¹⁶³. Por el contrario, las formas clásicas de comunicación a distancia (p. e., carta o teléfono) no están comprendidas¹⁶⁴. De este modo, el § 312i tiene un ámbito de aplicación mucho más limitado que el § 312c.
- 56** En los contratos de comercio electrónico, se imponen al empresario numerosos **deberes** adicionales que toman en cuenta la especial necesidad de protección del cliente en el caso de la contratación por medios telemáticos. Así, de acuerdo con el § 312i I n. 1, deben ponerse a disposición del cliente medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles para poder detectar y corregir los **errores en los datos introducidos** antes de realizar el pedido. El § 312i I n. 2 en relación con el art. 246c EGBGB prevé, además, **especiales deberes de información** del empresario. Esto se refiere, en particular, a los pasos técnicos que conducen a la conclusión del contrato y a cómo el cliente puede detectar y corregir puntualmente los errores en los datos introducidos, con los medios técnicos puestos a disposición conforme al § 312i I n. 1.
- 57** Los deberes del empresario ex § 312i I se basan en la **Directiva de comercio electrónico**¹⁶⁵ y, por eso, no solo protegen al consumidor, sino a **todo cliente**. No obstante, si las partes no son consumidores, pueden adoptarse acuerdos que difieran parcialmente, con arreglo al § 312i II 2.

2. Deberes especiales frente a los consumidores

- 58** Para los contratos con un **consumidor**, el § 312j contiene deberes más amplios. Así, además de los datos del § 312i I, el empresario tiene que indicar al consumidor de forma clara e inequívoca, a más tardar al inicio del pro-

¹⁶³ Cfr. PWW/Stürner § 312i n. m. 4; HK-BGB/Schulte-Nölke § 312i n. m. 2.

¹⁶⁴ Palandt/Grüneberg § 312i n. m. 2.

¹⁶⁵ RL 2000/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva relativa al comercio electrónico») de 8.6.2000, ABl. 2000 L 178, 1.

ceso de pedido, si existen **restricciones de entrega** y qué **medios de pago** se aceptan (§ 312j I). Si un contrato con consumidores en el comercio electrónico tiene por objeto una **prestación onerosa** del empresario, según el § 312j II, el empresario está obligado, además, a poner a disposición del consumidor las «informaciones básicas» del art. 246a § 1 I 1 n. 1, 4, 5, 11 y 12 EGBGB, *de manera clara, comprensible y destacada, inmediatamente* antes de hacer el pedido. Por consiguiente, las informaciones en cuestión tienen que figurar cerca del botón con el que se hace el pedido¹⁶⁶. Respecto de las otras informaciones del art. 246a EGBGB (en relación con el § 312d I), se mantienen las exigencias generales del art. 246a § 4 EGBGB (→ § 42 n. m. 20). Por lo tanto, estas informaciones no necesariamente tienen que facilitarse, p. e., *inmediatamente* antes de la realización del pedido.

- 59** En el comercio electrónico la conclusión del contrato a menudo se efectúa cuando el cliente emite una declaración contractual **haciendo clic en un botón**. Dado que los botones no siempre están rotulados de manera clara e inequívoca, en ocasiones no le queda claro al cliente que al hacer clic acepta una obligación de pago. De ahí que para proteger frente a las «trampas para asumir costes» en internet, el § 312j III ordene al empresario, en los contratos con consumidores, configurar la situación de pedido de tal modo que el consumidor **confirme expresamente** con su pedido que acepta una obligación de pago. Si el pedido se efectúa a través de un botón, este debe estar rotulado de manera bien legible nada más que con las palabras «pedir con obligación de pago» o con otra fórmula inequívoca análoga (la así denominada «**solución del botón**»)¹⁶⁷.
- 60** La contravención de la obligación del § 312j III tiene como consecuencia que el contrato no se concluye (§ 312j IV). Esto resulta problemático si el consumidor quiere mantener el pedido pese a la equívoca rotulación del botón. La finalidad tuitiva del § 312j III y IV sugiere **limitar la consecuencia de la ineficacia** en este caso. Esto es tanto más cierto cuanto que el art. 8 II 3 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores habla de que *el consumidor* «no [está] vinculado por el contrato o el pedido» si no se cumplen las exigencias formales¹⁶⁸. Es decir, que precisamente la vinculación del empresario no queda excluida por la Directiva. A este respecto es posi-

¹⁶⁶ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 312j n. m. 7; *Bergt* NJW 2012, 3541.

¹⁶⁷ Cfr. *PWW/Stürner* § 312j n. m. 3; *Heinig* MDR 2012, 323 (325); *Weiss* JuS 2013, 590.

¹⁶⁸ Cfr. *Unger* ZEuP 2012, 270 (302); *Looschelders* en *Remien/Herrler/Limmer*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, n. m. 30; de otra opinión, Palandt/*Grüneberg* § 312j n. m. 8: sin derecho de elección del consumidor.

ble una interpretación de conformidad con la Directiva. En todo caso, e independientemente de esto, el empresario por lo general no podrá alegar la no conclusión del contrato, atendiendo a la buena fe (§ 242)¹⁶⁹.

- 61** El § 312j no prevé un **derecho independiente de revocación** del consumidor en los contratos de comercio electrónico. Sin embargo, en los contratos con consumidores para el suministro de mercancías o la ejecución de servicios en el comercio electrónico se dan los presupuestos del § 312c, de modo que hay un derecho de revocación conforme al § 312g. Además, puede haber un derecho de revocación conforme al § 495 I o los §§ 506 y 510 II que, según el § 312g III, tendría prioridad respecto del derecho de revocación del § 312g.

VIII. INADMISIBILIDAD DE ACUERDOS DIVERGENTES

- 62** El § 312k I deja claro que los preceptos de todo el Subtítulo (§§ 312-312j) en principio **no** pueden ser **derogados** en perjuicio del consumidor o cliente, ni **eludidos** por medio de otras configuraciones. Más allá de eso, el § 312k II dispone que el empresario soporta frente al consumidor la **carga de probar** el cumplimiento de sus deberes de información.

Bibliografía: *Alexander*, Neuregelungen zum Schutz der Verbraucher bei unerlaubter Telefonwerbung, JuS 2009, 1070; *Bergt*, Praktische Probleme bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Vorgaben im Webshop, NJW 2010, 3541; *Borges*, Gesetz gegen Internet-Kostenfallen – ein Button als Allheilmittel gegen »Abzocke«?, BB 2011, 2369; *Braun*, Fehlentwicklung bei der rechtlichen Behandlung von Internetauktionen, JZ 2008, 330; *Brönneke/Schmidt*, Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2014, 3; *Dethloff*, Vertragsschluss, Widerrufs- und Rückgaberecht im E-Commerce, JURA 2003, 730; *Dethloff*, Anbieterpflichten im Internet, JURA 2003, 798; *Franz*, Aufhebungs- und Änderungsverträge als Verträge über eine entgeltliche Leistung iSd § 312 BGB, JuS 2007, 14; *Hoeren/Müller*, Widerrufsrecht bei e-Bay-Versteigerungen, NJW 2005, 948; *Kirschbaum*, Die gesetzliche Neuregelung der sog. »Internetfalle« – Zur dogmatischen Einordnung des § 312g Abs. 3 und 4 BGB nF, MMR 2012, 8; *Lettl*, Haustürgeschäfte (§ 312 I 1 BGB) und Fernabsatzvertrag (§ 312d I 1 BGB), JA 2010, 694; *Schärtl*, Der verbraucherschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, JuS 2014, 577; *Schmidt/Brönneke*, Das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften – Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2013, 448; *Weiss*, Die Untiefen der »Button«-Lösung, JuS 2013, 590. Cfr. también las referencias relativas al § 41.

¹⁶⁹ PWW/Stürmer § 312j n. m. 5; *Heinig* MDR 2012, 323 (325).



Resumen 4: Derechos de revocación.

PARTE OCTAVA
DERECHO DE DAÑOS

§ 43 PRINCIPIOS BÁSICOS Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

- 1 La ley regula en los §§ 249-255 el **contenido** de las pretensiones de indemnización del daño. Los presupuestos para el *nacimiento* de tales pretensiones se establecen en otros preceptos. Del Derecho general de obligaciones hay que destacar los §§ 280 ss. y 311a II. En principio, los §§ 249 ss. también son aplicables a la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación¹. No obstante, la sistemática de las pretensiones **contractuales** de indemnización del daño puede requerir modificaciones. Así, la restitución in natura, fundamental para el Derecho general de daños (§ 249 párrafo 1), no es posible en el caso de indemnización del daño en lugar de la prestación (→ § 44 n. m. 9). Los §§ 249 ss. son de especial importancia para la **responsabilidad extracontractual** conforme a los §§ 823 ss. No obstante, aquí también se aplican las normas complementarias de los §§ 842 ss. (→ SchuldR BT § 71 n. m. 1 ss.).

I. LA FUNCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 2 La indemnización del daño tiene, ante todo, el fin de compensar la pérdida sufrida (**función compensatoria**). Muchos le atribuyen, además, la función de influir en los potenciales causantes de daños de manera que, a ser posible, no se produzcan sucesos dañinos (**función preventiva**). Es cierto que, en amplios

¹ Cfr. BGH NJW 2013, 370 (371) = JA 2013, 628 (*Looschelders*).

sectores, la función de prevención está limitada por la existencia de seguros de responsabilidad civil. Sin embargo, también en este caso hay distintos mecanismos (p. e., franquicia, bonificación por no siniestralidad) que conservan un cierto efecto de control conductual. La idea de la prevención ha alcanzado en los últimos tiempos una importancia considerable en relación con las pretensiones indemnizatorias por *lesiones al derecho a la personalidad a través de los medios de comunicación*. Esto se justifica por el hecho de que la necesaria tutela constitucional del derecho general de la personalidad (arts. 1 I y 2 I GG) solo se garantiza en este ámbito si el importe de la indemnización pecuniaria tiene un verdadero efecto impeditivo de la comercialización de la personalidad².

- 3 La pretensión de **indemnización por daño moral** (§ 253 II) se rige por principios particulares. Esta pretensión ha de tener, además de la *función compensatoria*, también una *función satisfactiva*³. No obstante, según la opinión preponderante, también en este caso prevalece la función de compensación (→ § 48 n. m. 7).

II. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN ÍNTEGRA

- 4 La importancia clave de la función compensatoria tiene efectos concretos en la configuración del Derecho de daños. Aquí se encuentra la razón interna del **principio de reparación íntegra**, conforme al cual el causante del daño tiene que indemnizar la totalidad del daño que haya causado de manera imputable. Por tanto, el importe de la indemnización del daño se basa solo en la pérdida sufrida por el perjudicado y no también en su grado de culpa⁴. En principio, la pretensión indemnizatoria tampoco depende de si el causante del daño pudo prever el daño y su alcance (cfr., sin embargo, → § 50 n. m. 20)⁵.

Para profundizar: Según una opinión minoritaria defendida en la doctrina, el deber de indemnizar la totalidad del daño contraviene el principio constitucional de proporcionalidad cuando el causante del daño tiene que soportar la carga de un deber de indemnizar ruinoso mientras que el perjudicado puede prescindir de la prestación sustitutoria⁶. Esto es particularmente problemático en el caso de la responsabilidad

² Cfr. BGHZ 128, 1 (16); BGH NJW 1996, 984 (985); PWW/Luckey § 253 n. m. 25 ss.

³ En profundidad, BGHZ 18, 149 (155).

⁴ Cfr. Harke SchuldR AT n. m. 301, con referencias a concepciones diferentes.

⁵ Cfr. Brand SchadensersatzR § 3 n. m. 32 ss.

⁶ En este sentido, Canaris JZ 1987, 993 (1001 s.); Soergel/Mertens¹² previo al § 249 n. m. 40; en contra, Soergel/Ekkenga/Kuntz previo al § 249 n. m. 38 ss.; Deutsch Allg. HaftungsR n. m. 633; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 666.

extracontractual de los *menores de edad* (→ § 23 n. m. 12 s.). Aquí es posible una «analogía inversa» respecto al § 829. Si un menor de edad es responsable del daño conforme al § 828 II, la pretensión indemnizatoria puede rebajarse en la medida en que la equidad, de acuerdo con las circunstancias, especialmente las relaciones entre los implicados, *exija* una limitación del deber indemnizatorio. Esta solución debe descartarse si el perjudicado depende de la indemnización para asegurar su adecuado sustento o el cumplimiento de sus deberes legales de alimentos⁷.

- 5 De la función de compensación se deriva también que la extensión de la indemnización del daño se limita, en principio, a la pérdida sufrida por el perjudicado (la llamada **prohibición de enriquecimiento** del Derecho de daños)⁸. Con la indemnización del daño no se trata de poner al perjudicado en mejor situación de la que tendría sin el suceso dañoso. Esto tiene especial importancia en el caso de compensación de beneficios (→ § 45 n. m. 41 ss.) y respecto de la problemática del «nuevo por viejo» (→ § 47 n. m. 2).

Para profundizar: La importancia clave de la función compensatoria también tiene repercusiones en los casos con elemento extranjero. Así, las pretensiones sujetas al Derecho de otro Estado no pueden hacerse valer en Alemania en cuanto vayan mucho más allá de lo necesario para compensar adecuadamente al perjudicado o sirvan de forma evidente a fines distintos de una compensación adecuada al perjudicado (art. 40 III n. 1 y 2 EGBGB o art. 26 del Reglamento Roma II⁹). Conforme a los §§ 328 I n. 4 y 722 ZPO, las sentencias extranjeras sobre indemnización de daños concedida globalmente más allá de la compensación de los daños materiales e inmateriales sufridos, no pueden ser reconocidas ni declaradas ejecutables en Alemania. Esto tiene relevancia práctica en relación con el Derecho estadounidense de la responsabilidad, que prevé *punitive damages* cuando al autor le es imputable una conducta incorrecta intencionada o especialmente desconsiderada¹⁰.

III. LA IMPORTANCIA DE LA COMPENSACIÓN COLECTIVA DEL DAÑO

- 6 En la práctica moderna, múltiples mecanismos de **aseguramiento colectivo** y de **compensación colectiva del daño** se superponen al Derecho de

⁷ *Looschelders* VersR 1999, 141 (149 ss.); a favor de la aplicación del § 242, LG Bremen NJW-RR 1991, 1432 (1434); Palandt/*Sprau* § 828 n. m. 8; *Rolfs* JZ 1999, 233 (237 ss.).

⁸ Cfr. *Stoll*, *Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht*, 1993, 181 ss.; *Brand* *SchadensersatzR* § 2 n. m. 37.

⁹ Respecto del tratamiento de la indemnización no compensatoria del daño conforme al art. 26 del Reglamento Roma II, VO Palandt/*Thorn* Rom II-VO Art.26 n. m. 2 s.

¹⁰ Cfr. BGHZ 118, 312 (334); *Looschelders*, *Internationales Privatrecht*, 2004, EGBGB Art.40 n. m. 64 ss.

daños del BGB¹¹. Son de mencionar, en especial, el seguro legal de enfermedad y de accidentes, el seguro privado de responsabilidad civil y el seguro de responsabilidad civil de vehículos de motor, así como el seguro privado de enfermedad y de bienes. En la medida en que el daño sea compensado por un seguro, la pretensión del perjudicado frente al causante del daño pasa al seguro (§§ 86 VVG y 116 SGB X). Especialmente en el caso de los accidentes de tráfico, el seguro en cuestión a menudo hace responsable en primer término al asegurador de responsabilidad civil del causante del daño¹². Por ello, en los tribunales a menudo no se enfrentan el causante del daño y el perjudicado, sino los respectivos seguros. No obstante, el fundamento de las pretensiones que se hacen valer es el Derecho de la responsabilidad civil y de daños. Por lo tanto, este sigue teniendo una gran importancia práctica.

Para profundizar: En la doctrina se ha discutido si el vigente Derecho de responsabilidad y daños debería ser sustituido por un sistema de seguro de accidentes organizado por el Estado¹³. Sin embargo, con razón, las propuestas al respecto no pudieron prosperar. Que el individuo se sienta responsable de las consecuencias previsibles y evitables de la conducta, es, también en el mundo moderno, una realidad de la vida humana¹⁴ con la que el Derecho debe enlazar si quiere garantizar un adecuado reparto de los riesgos.

Bibliografía: *Armbrüster*, Grundfälle zum Schadensrecht, JuS 2007, 411 (508 und 605); *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot?, 2004; *Brand*, Schadensersatzrecht, 2.^a ed. 2015; *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensrecht, JZ 1987, 993; *Däubler*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2.^a ed. 1996; *Honsell/Harrer*, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441; *Homann*, Typische Probleme des Schadensrechts und ihre systematische Einordnung, JuS 2002, 554; *C. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 1993; *C. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3.^a ed. 2003; *Looschelders*, Verfassungsrechtliche Grenzen der deliktischen Haftung Minderjähriger – Grundsatz der Totalreparation und Übermaßverbot, VersR 1999, 141; *Looschelders*, Die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Schadensrecht, en *Wolter/Riedel/Taupitz*, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, 93; *Medicus*, Schadensersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593; *Medicus*, Allgemeines Schadensrecht – Insbesondere zur Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden, en 50 Jahre

¹¹ Más extensamente al respecto, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 762 ss.

¹² Cfr. § 115 I n. 1 VVG.

¹³ Cfr. *Deutsch* Allg. HaftungsR n. m. 751 ss.

¹⁴ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, § 2 IIc.

Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 201; *Medicus*, Neue Perspektiven des Schadensersatzrechts – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, JZ 2006, 805; *Mohr*, Grundlagen des Schadensersatzrechts, JURA 2010, 168; *Mohr*, Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese, JURA 2010, 327; *Pöschke*, Art und Umfang des Schadensersatzes – die Systematik der §§ 249 ss. BGB, JA 2010, 257; *Rauscher*, Die Schadensrechtsreform, JURA 2002, 577; *Spancken/Schneidenbach*, Die Berechnung des zu ersetzenden Schadens anhand der §§ 249 ss. BGB – Ein Leitfaden, JuS 2012, 298; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993; *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001; *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *Wagner*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049.

§ 44 CONCEPTO Y TIPOS DE DAÑO

I. CONCEPTO

- 1 El concepto de daño no está definido en el BGB. La opinión dominante parte de un **concepto natural del daño**. Conforme a él, daño es toda pérdida *involuntaria* de bienes e intereses materiales o inmateriales. De ello hay que distinguir los gastos, como sacrificios patrimoniales *voluntarios* (→ § 14 n. m. 2). No obstante, el concepto de daño abarca también gastos que el perjudicado efectúa para impedir un daño inminente, así como para evitar o minimizar un daño producido. Tales gastos se deben a la producción (inminente) de un daño y por ello no pueden considerarse voluntarios¹⁵. Sin embargo, es necesario que los gastos en cuestión parezcan necesarios desde la perspectiva de una persona sensata que se encuentre en la situación del perjudicado¹⁶.
- 2 El concepto natural del daño es solo el punto de partida de las consideraciones; puede estar sujeto a **correcciones normativas**. Así, determinadas pérdidas pueden no ser vistas como daños susceptibles de ser indemnizados, por razones normativas. En este contexto, es muy discutida, por ejemplo, la cuestión de si el *mantenimiento* de un hijo «no deseado» puede representar un daño (→ § 49 n. m. 23 ss.). A la inversa, determinados incrementos patrimoniales a los que da lugar el suceso dañoso (p. e., la obtención de prestaciones de un seguro) pueden no tenerse en cuenta al cuantificar el daño, por razones normativas. Aquí se incluye, en especial, el problema de la *compen-*

¹⁵ Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 44.

¹⁶ Cfr. BGHZ 66, 182 (192); 111, 168 (175); *Brand* SchadensersatzR § 2 n. m. 4.

sación de beneficios (→ § 45 n. m. 41 ss.). La eventual necesidad de tales correcciones no obliga, sin embargo, a abandonar el tradicional y acreditado concepto natural del daño como punto de partida y a pasar a un *concepto normativo del daño* amplio y sin contornos¹⁷.

II. DAÑOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES

- 3 El concepto de daño comprende, según la definición mencionada (→ § 44 n. m. 1), tanto las pérdidas materiales como las inmateriales. Tratándose de **daños patrimoniales**, la comprobación y el cálculo del daño se llevan a cabo, como punto de partida, conforme a la **teoría de la diferencia**. Lo decisivo es comparar la situación actual de los bienes y la situación que habría sin el suceso dañoso¹⁸. Si la comparación conduce a un saldo negativo, ha habido un daño. El punto de referencia normativo de este método es el § 249 I. Conforme a ello, la pretensión indemnizatoria del daño está dirigida en primer término a reponer la situación que existiría sin el suceso dañoso (principio de la **restitución in natura**). Al efecto ha de tenerse en cuenta también la ganancia perdida (§ 252). De este modo, en caso de destrucción o deterioro de una cosa, el daño indemnizable puede superar ampliamente el valor de la cosa. Este es el caso, en particular, cuando el perjudicado habría podido emplear la cosa de forma rentable, por ejemplo, como «medio de producción» o vendiéndola.
- 4 En el caso de los **daños inmateriales**, la tesis de la diferencia no sirve. Y es que los daños inmateriales se caracterizan precisamente por el hecho de que, al comparar la situación patrimonial real del perjudicado y la situación patrimonial que habría sin el suceso dañoso, no se puede constatar ninguna pérdida mensurable en dinero. Ejemplos clásicos de daños inmateriales son los dolores físicos debidos a una lesión corporal o el agravio psíquico por una ofensa¹⁹. No obstante, hay muchos casos en los que el encuadre no es tan poco problemático (→ § 49 n. m. 1 ss.).
- 5 En la medida en que, según el § 249 I, de lo que se trata es de la **efectiva reposición** de la situación que existiría sin el suceso dañoso, la distinción entre daños patrimoniales y daños inmateriales carece de importancia. Por-

¹⁷ Cfr. MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 23; Larenz SchuldR I § 27 IIa.

¹⁸ Cfr. Palandt/Griineberg Vorbem. § 249 n. m. 10; Brand SchadensersatzR § 2 n. m. 8.

¹⁹ Cfr. MüKoBGB/Oetker § 253 n. m. 9.

que la restitución in natura tiene que prestarse de forma igualmente ilimitada en el caso de los daños materiales que en el de los inmateriales.

Ejemplo: Ciertamente, las ofensas solo provocan daños inmateriales. Sin embargo, con arreglo al § 249 I (en relación con el § 823 I o §§ 823 II y 185 ss. StGB), el causante del daño debe retirar las afirmaciones que lesionan el honor.

- 6 Si se exige una **indemnización en dinero**, la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales adquiere una importancia fundamental. Conforme al § 253 I, en el caso de los daños no patrimoniales solo puede exigirse una indemnización pecuniaria si ello está expresamente previsto en la ley. Los daños patrimoniales, en cambio, siempre son indemnizables en dinero.

Ejemplo: Los costes de tratamiento ocasionados por una lesión física constituyen un daño patrimonial que, según el § 249 II, ha de indemnizarse en dinero. En cambio, los dolores vinculados a la lesión son daños inmateriales que, no obstante, son susceptibles de ser indemnizados excepcionalmente en virtud del § 253 II.

Del § 253 I se deriva también que el denominado **interés de afección no es** susceptible de ser indemnizado. Esto se refiere a casos en los que la cosa dañada o destruida tiene un valor inmaterial especialmente alto para el perjudicado²⁰.

Ejemplos: Muerte de un animal de compañía; destrucción de objetos con un elevado valor de recuerdo. Solo es indemnizable el valor del animal de compañía o de los objetos. Sobre la *lesión* de animales → § 47 n. m. 15.

- 7 La **delimitación** entre los daños patrimoniales y los daños inmateriales es muy controvertida en los detalles. El punto de partida de la delimitación debe ser la cuestión de si la pérdida sufrida es *mensurable en dinero* (→ § 44 n. m. 6)²¹. Si hay un mercado para las cosas dañadas, puede recurrirse al precio de mercado. Pero también cuando falta el correspondiente mercado puede haber un daño patrimonial. Lo decisivo es, entonces, si en la concepción del tráfico se atribuye a la cosa un valor pecuniario.

Ejemplo (BGHZ 92, 85): En varios años de trabajo durante su tiempo de ocio, G había reproducido a escala de 1:20 el torpedero «Dachs». El modelo era capaz de flotar y estaba equipado electrónicamente, lo que permitía realizar las más diversas funciones. Durante una visita al piso de G, S sacó la embarcación de su soporte. Por negligencia se le cayó de las manos y se rompió al golpear con el suelo.

²⁰ Cfr. Staudinger/Schiemann, 2017 Vor §§ 249 ss. n. m. 47.

²¹ Cfr. Lange/Schiemann Schadensersatz § 2 I 2.

El fundamento de la pretensión es el § 823 I (lesión de la propiedad). Dado que la embarcación resultó completamente destruida, no era posible una restitución in natura (§ 249). Sin embargo, el BGH admitió una pretensión de resarcimiento del valor en dinero (§ 251 I). Al efecto señaló que el valor patrimonial a indemnizar no podía calcularse en función del gasto inútil de material y tiempo de trabajo. Antes bien, era decisiva una comparación con objetos parecidos que tuvieran un precio de mercado. Sin embargo, el interés de afección del perjudicado no debía tomarse en cuenta²².

III. INTERÉS POSITIVO Y NEGATIVO

- 8 En el caso de las **relaciones obligatorias contractuales** puede plantearse la cuestión de si hay que poner al perjudicado en la situación en que se encontraría si el contrato no se hubiera concluido (**interés negativo** o interés de confianza) o como estaría si el contrato se hubiera ejecutado debidamente (**interés positivo** o interés de cumplimiento)²³.

Ejemplo: V vende a K una pintura por 50.000 euros. Se comprueba que, ya antes de la conclusión del contrato, la pintura había quedado destruida en un incendio. K exige la indemnización del daño. Alega que habría podido vender el cuadro a un tercero por 60.000 euros. Además, V debería indemnizarle los costes del contrato (teléfono, gastos de envío, etc.) de 12 euros.

El interés positivo de K se eleva a 10.000 euros. Su interés negativo asciende a 12 euros. Conforme al § 311a II, la pretensión indemnizatoria del daño del acreedor en caso de imposibilidad originaria se refiere al interés positivo (indemnización del daño en lugar de la prestación). Por tanto, K puede exigir el pago de los 10.000 euros. Los costes de 12 euros del contrato no son indemnizables al mismo tiempo, porque se habrían producido también si el contrato se hubiera ejecutado debidamente. Es cierto que el acreedor puede exigir la indemnización de los gastos inútiles en lugar de la indemnización del daño (§ 284). Sin embargo, esto no tiene sentido para K, porque entonces su pretensión se limitaría a los 12 euros.

- 9 En la **indemnización del daño en lugar de la prestación**, se trata del *interés positivo*. Sin embargo, ambos conceptos no pueden equipararse sin más. Y es que la indemnización del daño en lugar de la prestación solo comprende la parte de interés positivo que sustituye a la prestación. Así, en caso de prestación defectuosa, el daño por la pérdida de utilidad hasta la subsanación forma parte del interés positivo; sin embargo, se trata de una partida

²² Cfr. al respecto *Larenz SchuldR I* § 29 IIa.

²³ Sobre esta distinción, *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 194 ss.

que puede hacerse valer junto con la pretensión de prestación y que, por ello, no está incluida en la indemnización del daño en lugar de la prestación (→ § 24 n. m. 14). Además, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación se dirige por lo general a una **prestación en dinero**²⁴. Por tanto, aquí no se aplica el principio de la **restitución in natura** (§ 249 párrafo 1). Esto se explica por el hecho de que, de acuerdo con el § 275, la pretensión a la prestación primaria queda excluida en los casos de imposibilidad; en los otros casos, según el § 281 IV, el acreedor ya no puede hacer valer la pretensión de prestación primaria en cuanto haya exigido la indemnización del daño en lugar de la prestación. La exclusión legal de la pretensión de cumplimiento, sin embargo, no puede eludirse mediante la restitución in natura.

- 10** El § 284 contiene una regulación expresa de la indemnizabilidad del *interés negativo*. No obstante, el precepto no considera todo el interés negativo, sino solo los **gastos inútiles** (→ § 30 n. m. 8). Así, el acreedor no puede liquidar la ganancia perdida resultante de un negocio alternativo con un tercero, a cuya realización hubiera renunciado en consideración al contrato con el deudor²⁵.
- 11** El BGB garantiza en algunos otros casos una pretensión indemnizatoria del **interés negativo**. Son de mencionar, en especial, los §§ 122 y 179 II. El problema radica en que el interés negativo puede ser significativamente más alto que el interés positivo. Para evitar un favorecimiento injusto del acreedor, los preceptos en cuestión disponen que el interés negativo no es indemnizable más allá del importe del interés positivo. Asimismo, en caso de lesión de los **deberes precontractuales de protección**, la pretensión indemnizatoria del daño conforme a los §§ 280 I, 311 II y 241 II se dirige al interés negativo (→ § 8 n. m. 12). Sin embargo, no está prevista una limitación al interés positivo. Se discute si la pretensión indemnizatoria del daño puede dirigirse a la liquidación retroactiva de un contrato que se ha concluido por la lesión del deber (→ § 8 n. m. 15 ss.).

Bibliografía: *Busl*, Der Begriff des Vermögensschadens im BGB, JuS 1987, 108; *Medicus*, Normativer Schaden, JuS 1979, 233; *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967; *Schlechtriem*, Schadensersatz und Schadensbegriff, ZEuP 1997, 232. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

²⁴ Cfr. BGH NJW 2013, 370 (371); Palandt/*Grüneberg* § 281 n. m. 17; *Medicus/Lorenz* SchuldR BT § 37 n. m. 36; *Brand* SchadensersatzR § 2 n. m. 16; *Looschelders* JA 2013, 628 (629).

²⁵ Cfr. *Canaris* JZ 2001, 499 (517).

§ 45 CAUSACIÓN E IMPUTACIÓN DEL DAÑO

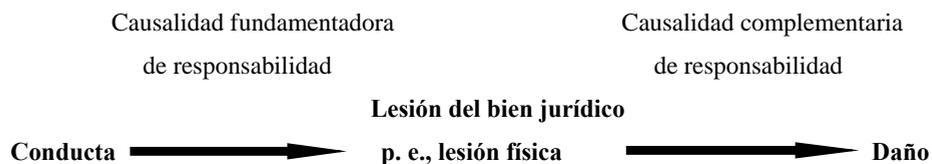
I. FUNDAMENTOS

1. Causalidad como presupuesto mínimo de la imputación del daño

- 1 Los autores del BGB han dado por supuesto que solo son indemnizables aquellos daños que se encuentran en una relación **causal** con la conducta del causante del daño que da lugar a la responsabilidad. Sin embargo, más recientemente, se ha reconocido que la causalidad en el sentido de una relación *conforme a las ciencias naturales* es solo el presupuesto mínimo para la imputación del daño. Hacen falta otros criterios (*normativos*) de imputación para evitar una ilimitada responsabilidad del causante del daño.

2. Causalidad fundamentadora y causalidad complementaria de la responsabilidad

- 2 En el marco de algunas normas de responsabilidad hay que distinguir dos fases de la causalidad: la causalidad fundamentadora y la causalidad complementaria de la responsabilidad²⁶. La causalidad **fundamentadora** de la responsabilidad se refiere a la relación entre la conducta del causante del daño y un determinado resultado, especialmente la producción de una lesión de un bien jurídico. Frente a ella se encuentra la causalidad **complementaria** de la responsabilidad, que presupone una relación entre el resultado y el daño. De ahí que sea necesario un *doble examen de la causalidad*.
- 3 La norma contenida en el § 823 I (→ SchuldR BT § 59 n. m. 1 ss.) es representativo. En este caso, existe una causalidad fundamentadora de la responsabilidad entre la conducta y la lesión del derecho. La lesión del derecho y el daño se conectan entre sí mediante la causalidad complementaria de la responsabilidad.



Esquema: Causalidad.

²⁶ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 27 IIIa; *Brox/Walker SchuldR AT* § 30 n. m. 4 ss.

Ejemplo: Por haber sido cargado de forma inadecuada, el camión de S ha perdido la carga. El conductor que le sigue, G, intenta evitar los objetos caídos y choca con el quitamiedos. Al hacerlo, su automóvil resulta dañado. Los costes de la reparación ascienden a 2.500 euros.

Por haberse cargado el camión de forma inadecuada, S causó el accidente en el que el automóvil de G resultó dañado (causalidad fundamentadora de la responsabilidad). Esta lesión de la propiedad ha ocasionado a G un daño de 2.500 euros (costes de reparación) (causalidad complementaria de la responsabilidad).

- 4 La distinción entre causalidad fundamentadora y complementaria de la responsabilidad también ha de tenerse en cuenta al examinar la **culpa**. Esto se debe a que, en el marco del § 823 I, el dolo y la negligencia solo deben referirse a la causalidad fundamentadora de la responsabilidad.

Ejemplo: S ha herido a G en un accidente de tráfico. A causa de la hemofilia de G, el proceso de curación se retrasa. Esto hace que los costes de tratamiento sean más altos. Dado que la culpa del causante del daño no tiene que referirse a la relación causal complementaria de la responsabilidad, S no puede exonerarse por no haber podido prever la especial vulnerabilidad de G. Sin embargo, en el plano objetivo sí es posible una limitación de la responsabilidad.

- 5 La distinción entre causalidad fundamentadora y complementaria de la responsabilidad no tiene relevancia respecto de la responsabilidad por **daño doloso contrario a las buenas costumbres** del § 826. Dado que no se presupone ninguna lesión de un bien jurídico, solo ha de examinarse la relación causal entre la *conducta* dolosa contraria a las buenas costumbres y el *daño*.

II. EL CONCEPTO DE CAUSACIÓN DE LAS CIENCIAS NATURALES

- 6 El punto de partida de todas las consideraciones sobre imputación es la causación en el sentido de **las ciencias naturales**. Sin cualquier valoración normativa, lo primero que debe determinarse es qué circunstancias son causales respecto del resultado.

1. Teoría de la equivalencia

A) PRINCIPIO

- 7 La existencia de la necesaria relación causal se juzga, tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal, conforme a la **teoría de la equivalencia**²⁷.

²⁷ Cfr. BGHZ 2, 138 (140 s.); 96, 157 (172); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 679.

Para establecer la causalidad equivalente, se emplea la *fórmula de la condicio sine qua non*. Conforme a ella, es causa del resultado toda *conducta* que no se puede suprimir mentalmente sin que el resultado deje de producirse. En el caso de las *omisiones*, en cambio, hay que atender a si la conducta omitida puede añadirse mentalmente sin que el resultado deje de producirse.

Ejemplo: A debe cuidar de las flores de sus vecinos N y O mientras estos están de vacaciones. A olvida regar las flores de N, de modo que, después de una semana, las flores se han secado. Para evitar este error en el caso de O, A riega sus flores con tanta frecuencia que estas mueren debido al exceso de humedad. En el caso de N, la lesión de la propiedad se debe a una omisión de A (falta de riego). En cambio, en el caso de O, la causa de la lesión de la propiedad es un acto positivo (el riego excesivo).

B) DEBILIDADES DE LA FÓRMULA DE LA *CONDICIO SINE QUA NON*

- 8 Al emplear la fórmula de la *condicio sine qua non*, hay que tener en cuenta que se trata de una mera «**regla general**», que no en todos los casos conduce a resultados adecuados²⁸.

Ejemplos: (1) El municipio S vierte aguas residuales sin tratar en un arroyo que abastece de agua a la piscifactoría de G. En el estanque piscícola de G los peces mueren. En la investigación se constata una causa más de la muerte de los peces: el suministro de pienso seco inadecuado por parte de V. Cualquiera de las dos causas hubiera bastado para provocar la muerte de los peces²⁹.

(2) Durante los trabajos de mantenimiento del montacargas del transportista U, el contratista S daña las cuerdas de carga de tal modo que el elevador solo puede soportar la mitad de la carga máxima permitida. U transporta con el elevador una máquina de G, cuyo peso es el doble de la carga máxima permitida. Al caer el elevador, la máquina queda destrozada. Dado que se sobrepasó la carga máxima permitida, el elevador se habría caído también si las cuerdas de carga hubieran estado intactas³⁰.

- 9 En el *caso de la piscicultura* se plantea el problema de la **causalidad concurrente** (doble causalidad)³¹. Existen dos contribuciones a la producción del mismo resultado y cada una de ellas hubiera sido suficiente por sí sola. Sobre la base de la fórmula de la *condicio sine qua non*, en este caso se al-

²⁸ Cfr. *Deutsch Allg. HaftungsR* Rn.121; *Larenz SchuldR* I § 27 IIIa.

²⁹ Cfr. BGH VersR 1983, 731.

³⁰ Ejemplo de *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, Rn.7/83 a.

³¹ Sobre el planteamiento del problema, cfr. *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 153; *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 3 XII 2; *Larenz SchuldR* I § 27 IIIa.

canza la absurda conclusión de que ninguna de las contribuciones es causal porque mentalmente podría prescindirse de cualquiera de ellas por separado sin que el resultado dejara de producirse. La opinión dominante se defiende en tales casos modificando la fórmula de la condicio sine qua non. Cuando varias condiciones pueden suprimirse mentalmente de forma alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado deje de producirse, cada una de ellas debe considerarse causal³².

- 10 En el *caso del elevador*, según la fórmula de la *condicio sine qua non*, solo es causal la conducta de U. Porque mientras que el daño de las cuerdas de carga por parte de S puede suprimirse mentalmente sin que el resultado producido deje de suceder, esto no es posible respecto de la carga del elevador por parte de U. Sin embargo, frente a tal solución surgen dudas si se recurre a la idea de la **conducta alternativa conforme a Derecho** (→ § 45 n. m. 27): si U hubiera respetado la carga máxima permitida, el daño se hubiera producido igualmente. La superación de la carga máxima autorizada no parece, por tanto, haber contribuido en absoluto al daño concreto. Por este motivo, la responsabilidad de U por el daño es dudosa. Sin embargo, tampoco puede ser que en este caso nadie sea responsable del daño.

2. Doctrina de la condición ajustada a una ley (de la naturaleza)

- 11 Para resolver los problemas de causalidad comentados, la doctrina de la **condición ajustada a una ley (de la naturaleza)** desarrollada por *Engisch* atiende a si la concreta acción ha sido realmente eficaz en el concreto resultado sobre la base de una relación ajustada a una ley (de la naturaleza), o a si la acción omitida hubiera evitado realmente la producción del concreto resultado³³. Según esto, en el *caso de la piscicultura*, se constata fácilmente que tanto el vertido de aguas residuales por parte de S como el suministro de pienso seco inadecuado por parte de V, fueron causantes del daño porque ambas actuaciones contribuyeron a la muerte de los peces de una manera demostrable conforme a las ciencias naturales. De igual modo, en el *caso*

³² Cfr. BGH VersR 1983, 731 (732); NJW-RR 2012, 738 (740); NJW 2013, 2018 (2019); Erman/Ebert previo al § 249 n. m. 40.

³³ En profundidad, *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21 ss. La doctrina de la condición ajustada a una ley (de la naturaleza) está extendida en el Derecho penal (cfr. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.^a ed., 1993, n. m. 7/12; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 11 n. m. 14), pero también es defendida en el Derecho civil (cfr. *Deutsch* Allg. HaftungsR n. m. 115 ss).

del montacargas, las contribuciones de ambos implicados realmente tuvieron efecto en el suceso dañoso, como condiciones de la caída ajustadas a una ley (de la naturaleza).

Nota: En la resolución de casos prácticos se puede mantener la fórmula de la *condicio sine qua non* como punto de partida. Pero se ha de ser consciente de que, en algunos casos especiales, esta fórmula no es adecuada para determinar acertadamente la causalidad en el sentido de las ciencias naturales. En este caso, el autor debería, o bien emplear las modificaciones aceptadas de la fórmula de la *condicio sine qua non*, o bien recurrir a la doctrina de la condición ajustada a una ley (de la naturaleza).

III. NECESIDAD DE UNA LIMITACIÓN NORMATIVA

- 12** Ciertamente, la doctrina de la condición ajustada a una ley (de la naturaleza) modifica la teoría de la equivalencia pero, en último término, de lo que trata es de determinar la causalidad en el sentido de las **ciencias naturales**. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina reconocen que no puede mantenerse tal enfoque «libre de valores» porque, conforme a él, también el progenitor del causante del daño y el fabricante del automóvil que causó el daño han aportado una contribución causal al suceso dañoso (p. e., un accidente de tráfico). De ahí que la «ilimitada extensión» de la teoría de la equivalencia deba limitarse por medio de **criterios normativos de imputación**.

Para profundizar: La necesidad de una limitación normativa de la imputación objetiva reviste especial importancia en el marco de la causalidad *complementaria de la responsabilidad*. Como la culpa no tiene que referirse a la causalidad complementaria de la responsabilidad, en este ámbito la responsabilidad del causante del daño ya no puede limitarse en el plano subjetivo. Por contra, en la causalidad *fundamentadora de la responsabilidad*, la culpa ofrece por lo general un eficaz correctivo. No obstante, también aquí la imputación objetiva proporciona a menudo criterios convincentes para limitar la responsabilidad del causante del daño.

IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Adecuación

- 13** Un importante enfoque para una limitación normativa de la imputabilidad objetiva en el Derecho civil sigue siendo la **teoría de la adecuación**. Conforme a ella, deben considerarse irrelevantes todas las causas que solo en

circunstancias altamente improbables, imprevisibles hasta para un observador ideal, sean adecuadas para provocar el daño³⁴. Contrariamente a un generalizado malentendido, no se trata de una doctrina de la causalidad en sentido propio. Se trata más bien de limitar la imputación de las consecuencias del daño sobre la base de una consideración *valorativa*³⁵.

A) EL JUICIO DEL JUZGADOR IDEAL

- 14** Al aplicar la teoría de la adecuación hay que tener en cuenta que la previsibilidad o probabilidad de un determinado curso causal no depende ni de la previsión subjetiva del *causante del daño* ni de la opinión de una persona *media* perteneciente a su sector del tráfico. Todas estas son cuestiones que han de debatirse en el plano de la culpa en el § 276. Frente a ello, la teoría de la adecuación hace depender la imputabilidad *objetiva* de la previsión de un **juzgador ideal**³⁶.

Con ello, la teoría de la adecuación solo tiene relevancia autónoma en el ámbito de la causalidad **complementaria de la responsabilidad**. Porque, en la causalidad **fundamentadora de la responsabilidad**, en todo caso ha de examinarse en el plano de la culpa si el resultado era previsible para una persona media perteneciente al correspondiente sector del tráfico. Aquí no tiene sentido un «examen preliminar» basado en el parámetro del juzgador objetivo³⁷.

B) CRÍTICA

- 15** Al margen de esto, sin embargo, la teoría de la adecuación se encuentra también con **reparos fundamentales**³⁸. El problema radica en que es difícil determinar lo que en el caso concreto habría previsto un observador ideal. En la mayoría de los casos esto depende únicamente de qué cualidades y conocimientos se atribuyan al juzgador ideal. Al definir al juzgador ideal, el aplicador del Derecho tiene la posibilidad de prejuzgar el resultado casi a

³⁴ Cfr. RGZ 133, 126 (127); BGH NJW 2002, 2232 (2233).

³⁵ Cfr. BGHZ 18, 286 (288); Brox/Walker SchuldR AT § 30 n. m. 7 ss.; Musielak JA 2013, 241

³⁶ Cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 30 n. m. 9; Brand SchadensersatzR § 3 n. m. 21.

³⁷ Así, por ejemplo, Deutsch Allg. HaftungsR n. m. 126; de otra opinión, Lange/Schiemann Schadensersatz § 3 VII 1; BGH NJW 1993, 2234 lo deja abierto.

³⁸ En general acerca de la crítica a la teoría de la adecuación, HKK/Jansen §§ 249–253, 255 n. m. 66.

voluntad. Además, existe el peligro de que se oculten las valoraciones determinantes.

Ejemplo: A ha lesionado a B en un accidente de tráfico. Por ello B tiene que someterse a una operación en el hospital. En el hospital, B se infecta de gripe, por lo que su estancia allí se prolonga. ¿Tiene que responder A de los daños derivados de ello?

Variante: A B le roban la cartera en el hospital. ¿Tiene A que responder también de ese daño?

16 Sobre la base de la **teoría de la adecuación**, podría afirmarse la imputabilidad de los daños derivados de la infección de gripe considerando que un juzgador ideal habría contado con que B puede contraer una infección en el hospital. En cambio, un juzgador ideal no habría pensado que a B podrían robarle en el hospital. De ahí que, en la variante, la adecuación debería negarse³⁹. Sin embargo, una argumentación así es fácilmente atacable. En concreto podría hacerse valer que de ningún modo queda fuera de toda experiencia vital que se robe a los pacientes en el hospital. Más exacto es considerar que en el hospital existe un *mayor* riesgo de infección —especialmente para las personas heridas—. De ahí que lesionar a otro sea también reprobable desde este punto de vista. Frente a ello, el riesgo de llegar a ser víctima de un robo no aumenta de forma significativa en el hospital. Por ello, lesionar a otro no es reprobable desde este punto de vista. No obstante, todo esto son consideraciones que se hacen mejor en relación con el **fin de protección de la norma**.

17 En contra de la teoría de la adecuación habla, además, que no puede dar ninguna **justificación normativa** a la exclusión de las consecuencias improbables del daño. Desde un punto de vista normativo, lo único que importa es de qué daños trata de proteger la norma infringida. Ciertamente, es verdad que, por lo general, las normas no tienen por objeto proteger frente a daños que únicamente se producen por el encadenamiento de circunstancias improbables. Sin embargo, el grado de probabilidad necesaria dependerá siempre de la norma en cuestión. Así, en último término, la adecuación es solo un *criterio dependiente* al determinar el *fin de protección de la norma*⁴⁰. Por eso no es apta para excluir consecuencias del daño que queden cubiertas por el fin de protección de la norma. Esto es especialmente importante en el ámbito de la **responsabilidad por riesgo** (→ § 10 n. m. 9). Dado

³⁹ En este sentido, por ejemplo, *Brox/Walker SchuldR AT* § 30 n. m. 11.

⁴⁰ Cfr. *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 145; *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 118 s.

que los correspondientes supuestos de hecho tratan de proteger de todos los daños que se presentan como específicas consecuencias del riesgo en cuestión, la adecuación es irrelevante⁴¹. No obstante, también en la **responsabilidad por culpa** el fin de protección de la norma puede exigir la inclusión de daños cuya probabilidad sea escasa en una consideración ex ante.

Ejemplo: S ha atropellado y herido a G con la bicicleta. Como G es hemofílico, el proceso de curación se retrasa considerablemente.

G dispone frente a S de una pretensión de indemnización de los costes del tratamiento ex § 823 I y §§ 823 II y 229 StGb. Que S tenga que responder también de los costes mayores del tratamiento a consecuencia de la hemofilia de G, depende solo de la cuestión *normativa* de en qué medida nuestro Derecho de la responsabilidad y de daños ha de proteger constitucionalmente a las personas vulnerables (→ § 45 n. m. 20). Si, conforme a esto, se llega a la conclusión de que el daño se encuentra en el ámbito de protección de la norma infringida, no puede negarse la imputabilidad con el argumento de que el daño era imprevisible para un observador ideal⁴². De ahí que en el caso del ejemplo haya que partir de que S tiene que indemnizar los costes adicionales derivados de la hemofilia de G⁴³.

2. Fin de protección de la norma

- 18** El criterio del **fin de protección de la norma** permite la limitación más importante de la imputabilidad⁴⁴. El punto de partida es considerar si el deber lesionado tiene por objeto proteger frente a lesiones de bienes jurídicos o daños del tipo en cuestión. En el ámbito **contractual**, lo que importa sobre todo a estos efectos es el acuerdo de las partes. Del sentido y finalidad de la norma, así como del principio de la buena fe (§§ 157 y 242), se derivan criterios adicionales.

Ejemplo (tomado de OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2011, 14474): E quiere celebrar su boda a lo grande y por ello alquila al hostelero G un salón de bodas para 600 invitados. Dos días antes de la boda, G comunica a E que se ha equivocado respecto del tamaño de la sala; lamentablemente esta solo es adecuada para 400 invitados. Como en el poco tiempo de que dispone, E no puede arrendar una sala más grande, tiene que anular la invitación a 200 invitados. Reclama a G indemnización del daño por ganancia perdida por un importe de 8.000 euros. Para justificarlo, señala que cada uno de los

⁴¹ BGHZ 79, 259 (262 s.); *Brand* SchadensersatzR § 3 n. m. 24.

⁴² Así, sin embargo, *Brox/Walker* SchuldR AT § 30 n. m. 15.

⁴³ Cfr. OLG Koblenz VersR 1987, 1225; Palandt/*Grüneberg* Vorbem § 249 n. m. 35.

⁴⁴ Cfr. *Larenz* SchuldR I § 27 IIIb (2); MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 120 ss.

convidados a los que canceló la invitación hubiera traído regalos cuyo valor habría estado, por término medio, 40 euros por encima del coste del servicio.

Procede considerar una pretensión indemnizatoria del daño ex § 31 I a II. Dado que ya al concluir el contrato, G no disponía de ninguna sala para 600 invitados, se trata de un caso de imposibilidad originaria. G no conocía el impedimento de la prestación al concluir el contrato; pero debería haberlo conocido. Sin embargo, el deber de prestación asumido por G no tenía el fin de permitir a E la obtención de ganancias en forma de regalos. Por ello, con razón, el tribunal rechazó la pretensión de pago de 8.000 euros. Respecto de otro ejemplo → § 48 n. m. 5.

- 19** En el **ámbito extracontractual**, hay que atender al sentido y finalidad del deber del tráfico lesionado (§ 823 I) o de la ley de protección infringida (§ 823 II). La idea subyacente es que las normas no pueden ni deben ofrecer una protección general frente a los sucesos dañosos; antes bien, siempre se trata de proteger de *determinadas* lesiones de bienes jurídicos y de *determinados* daños⁴⁵. Qué lesiones de bienes jurídicos y daños quedan cubiertos por el fin de protección, debe determinarse mediante la interpretación de la norma de que se trate. En caso de duda, es precisa una **ponderación** entre el interés de protección del perjudicado y el interés del causante del daño en una adecuada limitación de sus riesgos de responsabilidad. Considerar si la norma en cuestión es un medio apropiado, necesario y razonable para proteger frente a las lesiones de bienes o los daños producidos puede servir a efectos de control.

Ejemplo: En la oscuridad, G chocó con su automóvil contra el camión aparcado de S, que lo había dejado contrariando una prohibición limitada de estacionamiento. G exige a S indemnización por los daños en su automóvil.

Procede considerar las pretensiones ex § 823 I y § 823 II en relación con el § 41 I y Anexo 2 n. 63 (señal 286) StVO. Al aparcar el camión en una prohibición limitada de estacionamiento, S estableció una causa del accidente. No obstante, es cuestionable si la lesión del bien jurídico y el daño pueden imputarse a S. Esto depende del fin de protección de la prohibición de estacionamiento. Si la señal de prohibición ha sido situada en un lugar de visibilidad reducida para proteger el tráfico en circulación de accidentes, ha de afirmarse la imputabilidad. Por el contrario, la imputabilidad ha de negarse si la prohibición de estacionamiento delante de la salida de un inmueble tiene el fin de permitir a los vehículos que salgan incorporarse al flujo del tráfico. Porque en este caso no se ha materializado en el accidente el riesgo del que la norma infringida trata de proteger.

- 20** Especiales problemas suscita la cuestión de en qué medida el causante del daño tiene que responder de los daños que se han producido a causa de la

⁴⁵ Cfr. BGH NZV 2004, 136 = JuS2004, 545 (*Emmerich*).

vulnerabilidad del perjudicado, determinada por su constitución. En principio hay que partir de que el causante del daño no puede exonerarse por razón de la especial vulnerabilidad del perjudicado⁴⁶. Porque, de acuerdo con las valoraciones de nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho de la responsabilidad y de daños también tiene que proteger a las personas enfermas, frágiles o vulnerables de otra manera. No obstante, es necesario que el causante del daño haya creado un riesgo reprobable precisamente con respecto al concreto daño. Por lo tanto, la actuación dañosa no puede presentarse simplemente como un desencadenante más o menos intercambiable de la materialización de un *riesgo general de la vida*⁴⁷.

Ejemplo (OLG Karlsruhe VersR 1966, 741): Por descuido, S ha pisado a G en el pie en unos grandes almacenes. Dado que G padece graves trastornos circulatorios arteriales, ha de amputársele la pierna derecha a consecuencia del pisotón.

El OLG Karlsruhe rechazó la imputabilidad por falta de adecuación. Más preciso es el argumento de que se trata de un suceso dañoso muy leve, que no ha creado ningún riesgo específico para consecuencias tan graves como la amputación de una pierna. Como el mismo suceso también podría haber ocurrido en otra ocasión (en aglomeraciones de gente, en medios de transporte público, etc.), el pisotón solo es un desencadenante casual del riesgo general de la vida, que está relacionado con los trastornos circulatorios.

- 21** Cuando se argumenta con el fin de protección de la norma hay que poner de relieve exactamente en qué consiste la infracción del deber. Si al causante del daño le son imputables **varias** lesiones de deberes, ha de examinarse en cada una si se da la necesaria relación con el fin de protección.

Ejemplo (BGHZ 107, 359): Por ignorar una preferencia de paso, S ha provocado culpablemente un accidente de tráfico, en el que resulta dañado el vehículo de G, que sufre de hipertensión. Al llegar la policía, S intenta presentar a G como culpable, acusándole injustamente de exceso de velocidad y afirmando que G se encuentra bajo la influencia del alcohol. G se altera tanto por ello que sufre un derrame cerebral que provoca un ictus. Desde entonces, G está incapacitado para trabajar. ¿Tiene S que indemnizar el daño por pérdida de ganancias?

G podría tener frente a S una pretensión de indemnización de la pérdida de ganancias ex § 823 I. Como punto de partida, hay que considerar, en primer lugar, la causación del accidente. El accidente es causa de la lesión del bien jurídico (daño a la salud) y del daño. Sin embargo, hay que negar la imputabilidad. En efecto, la norma de tráfico infringida no tiene el fin de proteger al perjudicado de los daños a

⁴⁶ RGZ 169, 117 (120); BGHZ 20, 137 (139); 107, 359 (363); BGH NJW 1993, 2234; Lange/Schiemann Schadensersatz § 3 X 1.

⁴⁷ Cfr. MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 194 ss.; Staudinger/Schiemann, 2017, § 249 n. m. 32.

la salud que sufra a resultas del nerviosismo provocado por un accidente. Otro posible punto de conexión es la falsa sospecha. Aquí es defendible afirmar la relación de imputación⁴⁸. No obstante, es más convincente la opinión de que en el icтус únicamente se ha hecho realidad un riesgo general de la vida de G.

V. CAUSALIDAD HIPOTÉTICA

1. Planteamiento del problema

- 22 Si el causante del daño ha ocasionado un daño de manera imputable, en algunos casos se plantea la ulterior cuestión de si cabe oponer al perjudicado que el mismo daño se habría producido en un momento posterior por otro motivo (la llamada **causa de reserva**). Dado que la otra causa realmente no ha llegado a ser efectiva, de lo que aquí se trata es de la posible consideración de un curso causal *hipotético*.

Ejemplos: (1) El padre de familia G muere en un accidente de tráfico del que S es culpable. La esposa y los hijos de G exigen a S la indemnización de los alimentos perdidos. S opone que, por una grave enfermedad, G solo habría vivido unos pocos meses. ¿Hay que tener en cuenta la objeción?

(2) Jugando al fútbol, S, de doce años, ha destrozado el cristal de una ventana de la casa de G. Antes de que el vidrio pueda ser sustituido, la casa de G se calcina totalmente. El incendio se debe a un defecto de los cables eléctricos que el electricista E ha instalado de manera inadecuada. G exige a S la indemnización de los costes de un cristal nuevo. S opone que de todos modos el vidrio habría quedado destruido en el incendio.

La posibilidad de tomar en cuenta las causas de reserva es muy discutida en jurisprudencia y doctrina⁴⁹. No es posible una solución única. Antes bien, hay que distinguir conforme al **sentido y finalidad** del deber de indemnizar⁵⁰. Al efecto cabe distinguir los siguientes grupos de casos.

2. Predisposición al daño

- 23 Jurisprudencia y doctrina admiten que las causas de reserva han de tomarse en cuenta cuando fueran *inherentes* a la persona lesionada o fallecida o a la

⁴⁸ Cfr. *Lipp* JuS1991, 809 ss.

⁴⁹ Sobre el estado de la controversia, cfr. *Lange/Schiemann* Schadenersatz § 4 I 1.

⁵⁰ Cfr. *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 94; *Musielak* JA 2013, 241 (246 s.).

cosa destruida o dañada en el momento de producirse el daño (la llamada predisposición al daño) y hubieran provocado el mismo daño al poco tiempo⁵¹. En último término, se trata de una cuantificación consecuente del daño conforme a la **teoría de la diferencia** (→ § 44 n. m. 3). Esto es especialmente claro en el caso de los daños materiales. Porque, en caso de predisposición al daño, el valor de la cosa dañada o destruida ya se encuentra correlativamente reducido al tiempo del suceso dañoso. En el caso de los daños personales no es conveniente hacer una valoración distinta.

Ejemplo: En el caso del padre de familia (→ § 45 n. m. 22), la esposa y los hijos de G tienen frente a S una pretensión de indemnización del daño por alimentos ex § 844 II. Pero el deber de indemnizar solo existe en la medida en que «el fallecido hubiera estado obligado a prestar alimentos mientras presumiblemente durara su vida». Por lo tanto, la objeción de S ha de tomarse en consideración.

3. Deber de indemnizar de un tercero

- 24** También hay acuerdo en que la causa de reserva no puede exonerar al causante del daño si hubiera dado lugar al **deber de indemnizar de un tercero**⁵². De lo contrario, dado que el tercero solo responde de los daños de los que él es *realmente* responsable, el perjudicado se iría con las manos vacías. Con ello, quedaría en peor posición que en ausencia del primer suceso dañoso. Porque en este caso podría hacer valer una pretensión de indemnización del daño frente al tercero.

Ejemplo: En el caso del incendio de la casa (→ § 45 n. m. 22), S no puede alegar la inadecuada instalación de los cables eléctricos por parte de E. Dado que, a falta de una causalidad real, a E no puede considerársele responsable del vidrio, si se tomara en cuenta la causa de reserva, G quedaría en peor posición que si no existiera la conducta dañosa de S.

4. Los demás casos

- 25** La valoración de los demás casos es controvertida. Parte de la doctrina defiende la opinión de que las causas de reserva siempre han de ser tomadas en

⁵¹ BGHZ 125, 56 (62); BGH NJW-RR 1995, 936; MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 209.

⁵² Cfr. BGH NJW 1958, 705; 1967, 551 (552); *Medicus/Lorenz SchuldR* AT n. m. 687; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 95.

cuenta⁵³. Sin embargo, la opinión dominante defiende una solución diferenciada. Conforme a ello, hay que distinguir entre **daños al objeto** y **daños secuenciales**⁵⁴.

Ejemplo: En un accidente de tráfico del que S es culpable, el automóvil de G resulta siniestro total. G exige a S indemnización por los daños al vehículo, así como por las utilidades perdidas. S alega que, de cualquier manera, el vehículo hubiera quedado totalmente destruido tres días más tarde, en un incendio en el garaje.

- 26 Respecto de la pretensión de indemnización del **daño al objeto** (valor del automóvil), la causa de reserva es irrelevante. Esto se justifica por el hecho de que, a este respecto, el desarrollo del daño ha concluido. Una vez que la pretensión indemnizatoria del daño ha nacido, no puede extinguirse por un hipotético suceso posterior. La situación es distinta respecto de los **daños secuenciales** (pérdida de utilidad)⁵⁵. Como en este aspecto el desarrollo del daño no ha concluido, ha de tomarse en cuenta la evolución posterior, incluidos los sucesos hipotéticos.

VI. LA OBJECCIÓN DE CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO

- 27 Un caso particular de causalidad hipotética es la objeción de **conducta alternativa conforme a Derecho**⁵⁶. La cuestión aquí es si la imputabilidad queda excluida si, de haberse cumplido la norma infringida, el daño también se hubiera producido por otro curso de los acontecimientos.

Ejemplo (BAG NJW 1981, 2430; 1984, 2846): El trabajador S denuncia sin previo aviso su contrato con el empleador G sin mediar causa importante. En consecuencia, G tiene que buscar otro empleado a través de un anuncio de prensa. Reclama a S el resarcimiento de los costes publicitarios. S alega que los gastos se hubieran producido igualmente si se hubiera observado el plazo de denuncia.

La opinión dominante parte de que, en principio, la objeción de conducta alternativa conforme a Derecho ha de tomarse en cuenta⁵⁷. Esta opinión se

⁵³ Así, por ejemplo, Jauernig/*Teichmann* Vorbem. §§ 249–253 n. m. 44; MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 213 ss.

⁵⁴ Cfr. Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 60 ss.

⁵⁵ Cfr. BGHZ 29, 207 (215 s.).

⁵⁶ MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 218 ss.

⁵⁷ Cfr. BGH NJW 2000, 661 (663); Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 102 ss.

justifica por el hecho de que los daños que se hubieran producido también si la conducta hubiera sido conforme a Derecho, por lo general no quedan cubiertos por el **fin de protección de la norma**. Por tanto, en el caso de la denuncia, S puede alegar que los costes publicitarios se habrían producido igualmente si se hubiera denunciado con arreglo a los términos del contrato.

- 28** Del fin de protección de la norma infringida puede deducirse que la alegación de una *conducta alternativa conforme a Derecho* queda excluida⁵⁸. Así, según una extendida opinión, en caso de **lesión del deber de informar**, el médico no debe poder aducir que el paciente también habría asentido a la operación si hubiera sido debidamente informado. Porque el deber de informar sirve precisamente al fin de permitir al paciente decidir de forma independiente sobre la operación⁵⁹. Por el contrario, según la jurisprudencia del BGH, la objeción de conducta alternativa conforme a Derecho tampoco se excluye en este caso. El derecho de información del paciente debe protegerse imponiendo estrictos requisitos a la prueba que ha de aportar el médico del hipotético asentimiento del paciente⁶⁰. Si el paciente hace valer que, si se le hubiera informado debidamente, se habría encontrado en un «verdadero conflicto para decidir», el médico soporta plenamente la carga de probar que el paciente habría dado su asentimiento de todos modos. El legislador siguió esta jurisprudencia en la Ley de derechos del paciente de 20.2.2013⁶¹. El § 630h II 2, recientemente incorporado al BGB, dispone expresamente que, si la información es insuficiente, quien aplica el tratamiento puede alegar que el paciente habría dado su asentimiento a las medidas incluso en el caso de que se le hubiera dado la debida información (→ SchuldR BT § 31 n. m. 19). Es cierto que los requisitos de prueba para presentar la objeción no se regulan. Sin embargo, de la Exposición de Motivos de la Ley se desprende que no debe hacerse cambio alguno a este respecto⁶².

VII. PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN EN CASO DE CAUSALIDAD INDIRECTA

- 29** La imputación objetiva suscita especiales problemas cuando la lesión del bien jurídico o el daño no son ocasionados directamente por el causante del

⁵⁸ Cfr. BGHZ 96, 157 (173); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 688.

⁵⁹ Cfr. *Lange/Schiemann* Schadensersatz § 4 XII 6.

⁶⁰ BGHZ 90, 103 (111); *Olzen/Metzmacher* JR 2012, 271 (276 s.); cfr. también MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 222.

⁶¹ BGBI. 2013 I 277. La Ley entró en vigor el 26.2.2013.

⁶² *Katzenmeier* NJW 2013, 817 (821); cfr. también *Olzen/Metzmacher* JR 2012, 271 (276 s.).

daño, sino que se materializan únicamente por otras circunstancias que el causante del daño no puede controlar (la llamada **causalidad indirecta**). Cabe distinguir los siguientes grupos de casos.

1. Daños por conmoción

- 30** La cuestión de la imputabilidad de los «**daños por conmoción**» se plantea sobre todo en el § 823 I. En este contexto es especialmente importante el caso en que el perjudicado presencia el accidente mortal de un pariente próximo o es informado de dicho suceso y sufre por ello un grave shock psíquico, que provoca mermas en su estado de salud⁶³. Respecto de los fallecidos, en este caso existe una lesión *directa* del bien jurídico; en cambio, la salud del pariente «dañado por la conmoción» solo resulta lesionada *indirectamente*. Se trata, por tanto, de un problema que ha de residenciarse en el marco de la causalidad *fundamentadora de la responsabilidad*⁶⁴. Dado que la lesión de la salud se debe a una reacción psicológica del perjudicado, se habla también de «causalidad psicológica».

Ejemplo (BGHZ 56, 163): El esposo (E) de G ha fallecido en un accidente de tráfico culpa de S. Cuando G se entera de ello, sufre un grave shock psíquico, con cambios de carácter en forma de depresiones, insomnio y ataques de llanto. G ha de someterse por ello a tratamiento médico. Exige a S el resarcimiento de los costes de tratamiento y el pago de la indemnización del daño moral.

- 31** En tales casos hay que examinar, en primer lugar, si a causa del shock se ha producido una **lesión de la salud**. Según la jurisprudencia, para ello no basta que el shock tenga «efectos médicos concretos»; antes bien, estos deben ir más allá del deterioro de la salud que, conforme a la experiencia, va asociado a un duelo⁶⁵. En esencia, se trata de consideraciones de fin tuitivo. Esto es, la interpretación restrictiva del requisito «lesión de la salud» se basa en la consideración de que el deterioro de la salud asociado regularmente a los duelos forma parte del *riesgo general de la vida* y, por ello, no queda comprendido en el ámbito de aplicación del § 823 I⁶⁶. No obstante, esto no excluye la pretensión de **indemnización a favor de los**

⁶³ Cfr. BGHZ 56, 163; *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 914.

⁶⁴ Cfr. *Larenz SchuldR* I § 27 IVa; *Brand SchadensersatzR* § 3 n. m. 37.

⁶⁵ BGHZ 56, 163 (166); Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 40; críticamente, MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 151; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 46.

⁶⁶ Cfr. BGH VersR 1986, 240.

parientes supervivientes con arreglo al § 844 III en su nueva versión (→ § 48 n. m. 6).

- 32** Cuando existe una lesión de la salud, se plantea la cuestión de la **imputabilidad**. La comprobación de la *causalidad* no suscita ningún problema. Porque no se puede prescindir mentalmente de la lesión de E sin que desaparezca la lesión de la salud de G. También la *adecuación* puede afirmarse sin más. Que alguien sufra un «shock» por la noticia de la muerte de un pariente próximo, responde, efectivamente, a la experiencia general de la vida. Sin embargo, es dudoso si el daño a la salud de un pariente próximo queda cubierto por el *fin de protección* de la norma infringida (p. e., una norma de tráfico). También aquí la jurisprudencia es muy restrictiva. Conforme a ella, es necesario que la víctima directa sea un **pariente próximo** del perjudicado secundario⁶⁷. Solo se admite una excepción en el caso de que el mismo perjudicado secundario esté *directamente implicado* en el accidente⁶⁸. Por el contrario, *presenciar* simplemente *las consecuencias del accidente* como espectador o prestando ayuda (p. e., un agente de policía) no debe desencadenar responsabilidad alguna, porque los daños psíquicos derivados de ello forman parte del riesgo general de la vida⁶⁹.

Ejemplo (BGH VersR1986, 240): Por una conducta imprudente como peatón, S es atropellado y muerto por el camión de G. A causa del accidente, G sufre un grave shock y nunca más es capaz de trabajar. Exige a los herederos de S la indemnización de sus daños materiales e inmateriales.

El BGH aceptó la pretensión de indemnización del daño, a pesar de que S no era un pariente próximo de G. Fue determinante la consideración de que G no había sido un testigo casual del accidente, como un tercero ajeno, sino que había intervenido en él directamente. De ahí que debiera protegerse del menoscabo psíquico del mismo modo que frente a las influencias «externas».

- 33** Por último, es necesario que el menoscabo de la salud del perjudicado constituya una **reacción lógica** al suceso dañoso. Este presupuesto ha de negarse cuando la conmoción psíquica del perjudicado se encuentre en gran desproporción con el motivo de que se trate (p. e., la rotura de brazo de un pariente)⁷⁰. Aún menos puede un daño material traer consigo una pretensión de indemnización del «daño por conmoción». Esto también se aplica al caso de muerte de una mascota⁷¹.

⁶⁷ BGHZ 56, 163 (166); Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 40; críticamente, MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 153; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 45.

⁶⁸ Cfr. BGHZ 172, 263 (265 ss.); *Dunz* VersR 1986, 448.

⁶⁹ Cfr. BGHZ 172, 263 (265 ss.); sobre todo esto, *E. Lorenz* FS G. Müller, 2009, 147 ss.

⁷⁰ Cfr. MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 155.

⁷¹ BGHZ 193, 34; Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 40.

- 34 Si el «daño por conmoción» es imputable al causante del daño, al perjudicado le es oponible la **conculpa** del pariente muerto o lesionado⁷². La opinión dominante lo justifica por la analogía con los §§ 254 y 242⁷³. Sin embargo, es preferible aplicar analógicamente el § 846⁷⁴.

2. Conducta autolesiva (los casos de provocación)

- 35 El problema de la causalidad indirecta se plantea también en el caso de las lesiones que solo pudieron producirse porque el perjudicado se expuso a un peligro o se dañó a sí mismo conscientemente (de forma deliberada). Particularmente controvertidos son en este contexto los llamados **casos de provocación**. Estos casos se caracterizan por el hecho de que la producción del daño es facilitada por una decisión propia del perjudicado, que ha sido provocada por la conducta del causante del daño⁷⁵.

Ejemplo (tomado de BGHZ 63, 189; BGH JZ 1996, 1178 con anotación de *Teichmann*): El jefe de policía P debe detener a S, de 17 años, que tiene que cumplir un arresto juvenil por conducir sin permiso de conducción. Con este fin, P se presenta en torno a las 7 horas de la mañana en el piso de los padres de S, situado en una planta baja. Tras haberse vestido, S va al aseo con permiso de P. Desde allí, salta al patio por la ventana, para lo cual tiene que salvar una zanja de 2 m. de profundidad. Cuando P, no familiarizado con el lugar, advierte el intento de fuga, empuja la puerta del baño y salta detrás de S. Al hacerlo, se rompe el hueso del talón. S es detenido poco después por otro agente. P queda incapacitado para el servicio durante varios meses. Además, se le ocasionan considerables costes médicos y de tratamiento, que son soportados por su empleador (el Estado de Renania del Norte Westfalia). Este exige a S la indemnización del daño. ¿Con razón?

- 36 Al juzgar estos casos hay que partir de que, por lo general, no está prohibido incitar a personas que actúan *de manera libremente responsable*, a exponerse a un peligro o a dañarse a sí mismas de manera consciente⁷⁶. Por lo tanto, la lesión del bien jurídico solo es imputable al causante del daño si su conducta antijurídica ha dado lugar a una situación en la que la propia exposi-

⁷² Cfr., por ejemplo, BGHZ 56, 163 (168 ss.); *Larenz SchuldR I* § 31 Id; *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 10 XI 51; de otra opinión, *Jauernig/Teichmann* § 846 n. m. 1.

⁷³ Cfr. BGHZ 56, 163 (168 ss.); OLG Düsseldorf r+s 2012, 562; *Palandt/Grüneberg* § 254 n. m. 56.

⁷⁴ Así, todavía, RGZ 157, 11 (13). Detalladamente, *Looschelders Mitverantwortlichkeit* 538 ss.

⁷⁵ Cfr. *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 157 s.; *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 3 X 2; *Larenz SchuldR I* § 27 IIIb (4); *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 653; *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 48 ss.

⁷⁶ Cfr. BGHZ 101, 215 (220); *RGRK/Steffen* § 823 n. m. 93.

ción a un peligro era necesaria o al menos «deseable»⁷⁷. Esto es exactamente lo que se entiende cuando la jurisprudencia se refiere a que el perjudicado pudiera sentirse «**provocado**» a una conducta de autoexposición a un peligro o de autolesión.

- 37 Que el perjudicado *pueda* o no sentirse «provocado» a autoexponerse a un peligro o a autolesionarse, es una cuestión normativa a la que hay que responder en base a una ponderación de los intereses del causante del daño y del perjudicado. Conforme a ello, la imputabilidad presupone que la conducta del perjudicado parezca «**razonable**» porque el riesgo que se corra se encuentre en una relación adecuada respecto del fin perseguido⁷⁸. Sobre esta base, el BGH ha afirmado la imputabilidad incluso en un caso en que el conductor de un coche de policía había provocado **deliberadamente** una colisión de su vehículo con el automóvil del causante del daño que huía, con el fin de forzar a este último a detenerse⁷⁹. Así, el fugitivo estaba obligado a indemnizar el daño del coche de policía conforme al § 823 I y § 7 StVG.

Ejemplo: En el caso del salto por la ventana, cabría pensar en negar la imputación, desde el punto de vista de la proporcionalidad. Dado que los datos personales de S eran conocidos, aunque la huida hubiera tenido éxito, el procesamiento penal simplemente se habría pospuesto. Además, la falta de S que condujo a la imposición del arresto juvenil era relativamente leve. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que P no conocía el lugar. Por tanto, desde su punto de vista, el riesgo de la persecución era relativamente bajo. S no tenía un interés digno de tutela en huir. De ahí que el BGH aceptara la imputabilidad.

- 38 Si el perjudicado estaba obligado por un deber oficial a asumir el riesgo, parte de la doctrina niega la imputabilidad al ámbito de responsabilidad del causante del daño argumentando que en la lesión se materializa el **riesgo profesional** del titular del cargo, que no queda cubierto por el fin tuitivo del § 823 I⁸⁰. Sin embargo, el riesgo profesional solo exonera de responsabilidad al causante del daño por aquellas lesiones de bienes jurídicos que estén asociadas al «normal» ejercicio de la profesión en cuestión. Por tanto, no permite al causante del daño crear riesgos *excesivos* para la integridad física del titular del cargo. Porque, de lo contrario, el deber de indemnizar del causante del daño tendría que negarse también en el caso de ataques directos

⁷⁷ Cfr. BGHZ 101, 215 (220).

⁷⁸ *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 653; *Larenz* SchuldR I § 27 IIIb (5); *Musielak* JA 2013, 241 (245 s.).

⁷⁹ 2012, 1951 = JR 2013, 140 con nota de *Looschelders*; críticamente, *Mäsch* JuS2012, 1029 ss.

⁸⁰ Así, por ejemplo, *RGRK/Steffen* § 823 n. m. 94.

al titular del cargo⁸¹. Por lo tanto, únicamente no son imputables las lesiones que no sean atribuibles a un riesgo excesivo creado por el causante del daño.

Ejemplo (BGH NJW 1993, 2234): S ocasionó por negligencia un incendio que fue extinguido por los bomberos. Tras la extinción del fuego, el bombero F se tuerce el pie izquierdo mientras enrolla la manguera utilizada, produciéndose así una lesión en la articulación del tobillo.

El BGH negó la imputabilidad porque el daño no se debe al riesgo incrementado de lesión creado por S. Aquí solamente se ha materializado el riesgo «normal» de la operación o el riesgo general de la vida de F.

- 39** Los principios anteriores son aplicables a todos los casos en que la lesión del bien jurídico se produce por la conducta del perjudicado. Además de los casos de persecución, los **casos de ayuda de emergencia y salvamento** son los más importantes en este contexto⁸². Aquí la lesión se produce por el hecho de que el perjudicado ayuda a otro, que está en una situación de peligro que ha sido creada por el causante del daño de manera imputable.

Ejemplo (BGHZ 101, 215): Tras un accidente, el cirujano Dr. C extirpó culpablemente el único riñón a T, de 13 años. Acto seguido, la madre de T (M) se declara dispuesta a donar un riñón.

M tiene frente al Dr. C una pretensión de indemnización de los daños derivados de la donación del riñón ex § 823 I. Porque la negligencia profesional al tratar a T ha «provocado» la donación del riñón por M.

3. Causalidad mediando terceros (provocación a terceros)

- 40** Problemas similares de imputación pueden surgir cuando la lesión del bien jurídico se debe a una decisión libremente responsable de un **tercero**. En este caso, la imputación depende decisivamente de si la norma infringida por el causante del daño tiene (también) el fin de proteger del daño en cuestión por parte de terceros. Son representativos los llamados *casos de las áreas verdes*⁸³.

Ejemplo (BGHZ 58, 162): El conductor de camión S es culpable de un accidente de tráfico. Dado que, por el accidente, la carretera está cerrada a los vehículos siguien-

⁸¹ Así también MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 171, nota 780; Brand SchadensersatzR § 3 n. m. 40.

⁸² Al respecto, Staudinger/Schiemann, 2017, § 249 n. m. 53 ss.

⁸³ Cfr. Larenz SchuldR I § 27 IIIb (5); MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 160.

tes, varios conductores se desvían por el camino de bicicletas y peatones situado junto a la carretera y le causan daños considerables. La propietaria del camino reclama a S la indemnización del daño.

El BGH negó la imputabilidad con el argumento de que los automovilistas habían conducido por el camino de bicicletas y peatones por propia voluntad. En opinión del BGH, el cierre de la carretera solo constituye la «circunstancia externa que simplemente motiva la conducta de los automovilistas, que ya no está determinada por consideraciones de seguridad vial»⁸⁴. Sin embargo, a esto cabe oponer que los propietarios de los inmuebles colindantes están incluidos en el ámbito de protección de las normas de tráfico⁸⁵.

VIII. COMPENSACIÓN DE BENEFICIOS

- 41** En relación con el suceso dañoso, el perjudicado puede también obtener **beneficios**. Se plantea la cuestión de en qué medida han de tomarse en cuenta tales beneficios al cuantificar el daño.

Ejemplo: G ha sido lesionado por S en un accidente de tráfico. Frente a la pretensión de G para la indemnización del daño, S opone que (a) los gastos médicos son soportados por el seguro legal de enfermedad de G; (b) el empleador ha seguido pagando a G el salario; (c) G ha recibido prestaciones de un seguro privado de accidentes. ¿Tiene G que permitir que se le tengan en cuenta estos beneficios?

Si se parte de los principios fundamentales del Derecho de daños, por regla general tendría que admitirse el cómputo de los beneficios. Porque, de acuerdo con la **prohibición de enriquecimiento** del Derecho de daños (→ § 43 n. m. 5), el suceso dañoso no puede mejorar la situación patrimonial del perjudicado. No obstante, la opinión dominante parte, con razón, de que, desde una perspectiva valorativa, no sería convincente computarle al perjudicado todos los beneficios asociados al suceso dañoso.

- 42** Se discute conforme a qué criterios ha de juzgarse el **cómputo**⁸⁶. La jurisprudencia trata la cuestión como un *problema de imputación*. Conforme a ello, solo han de tomarse en cuenta aquellos beneficios que **causalmente** se deban al suceso dañoso. El BGH emplea también aquí la teoría de la adecuación. Por tanto, el suceso dañoso tiene que ser adecuado, en general, para

⁸⁴ De acuerdo, MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 160; Palandt/Grüneberg Vorbem. § 249 n. m. 49; Brand SchadensersatzR § 3 n. m. 41.

⁸⁵ Así, en la instancia previa de OLG Bremen VersR 1970, 424.

⁸⁶ Sobre el estado de la controversia, cfr. Lange/Schiemann Schadensersatz § 9 II 4; respecto de la indemnización por daño moral, cfr. Erm, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 2013, 201 ss.

traer consigo el beneficio producido⁸⁷. Los beneficios que solo por casualidad están vinculados al suceso dañoso, no deben tenerse en cuenta.

- 43 Además, la consideración del beneficio tiene que responder a la **finalidad** del deber de indemnizar el daño⁸⁸. Por tanto, el beneficio no debe tenerse en cuenta si de las valoraciones de nuestro ordenamiento jurídico cabe deducir que el causante del daño no debe resultar favorecido. Un importante indicio en contra del cómputo de los beneficios es la existencia de preceptos que prevén un *traspaso legal* de la pretensión indemnizatoria del daño en favor de los terceros que indemnizan al perjudicado. Porque de estos preceptos se desprende que el daño debe ser soportado en último término por el causante del daño.

Ejemplo: En el caso inicial (→ § 45 n. m. 41), S no debe quedar eximido por el hecho de que el *seguro legal de enfermedad* haya costado los gastos médicos (a). Esto se desprende del § 116 SGB X, conforme al cual la pretensión de G frente a S se transfiere al asegurador. Por tanto, este beneficio no puede computársele a G⁸⁹. Tampoco el salario que G ha seguido percibiendo de su empleador (b) ha de computarse en la pretensión de indemnización del daño. Antes bien, en este aspecto la pretensión de G frente a S se transmite al empleador, de acuerdo con el § 6 EFZG. Las *pretensiones* del trabajador frente al empleador *de continuidad en el pago del salario* no tratan de proteger al causante del daño, sino al trabajador. Si el perjudicado ha recibido *prestaciones de un seguro privado de vida o de accidentes* (c), hay que distinguir según quién haya concluido el seguro. Si el perjudicado es el tomador del seguro, las prestaciones del seguro de vida o de accidentes no son computables. Porque el perjudicado no ha pagado las primas del seguro porque quisiera liberar del deber de responder a un eventual causante del daño. En cambio, si el causante del daño es el tomador del seguro (p. e., un seguro de accidentes para ocupantes), el perjudicado tiene que admitir que se computen las cantidades recibidas del seguro.

- 44 Según el § 843 IV, la víctima de una lesión física conserva frente al causante del daño su pretensión indemnizatoria aun cuando otra persona esté **obligada a prestarle alimentos**. En este punto se expresa la idea general de que las prestaciones que, por su naturaleza, no deben beneficiar al causante del daño, no han de computarse en la pretensión indemnizatoria del perjudicado⁹⁰. Si el perjudicado recibe **prestaciones voluntarias** de un tercero, lo que importa es si, de acuerdo con la voluntad del tercero, estas deben favorecer al perjudicado o (también) eximir al causante del daño (§ 267).

⁸⁷ Cfr. BGHZ 49, 56 (61 s.). Sin embargo, la cuestión de si la adecuación tiene un significado autónomo, es aquí tan dudosa como cuando se trata de la imputación del daño (→ § 45 n. m. 15 ss.).

⁸⁸ BGHZ 91, 206 (210); *Brox/Walker* SchuldR AT § 31 n. m. 22.

⁸⁹ Lo mismo vale respecto de un seguro *privado* de enfermedad. En este caso, la pretensión indemnizatoria del perjudicado pasa al asegurador conforme al § 86 VVG.

⁹⁰ Palandt/*Sprau* § 843 n. m. 20.

- 45 El perjudicado también puede obtener beneficios derivados de su **propia actividad**. Estos solo minoran la pretensión indemnizatoria del daño si el perjudicado estaba obligado a mitigar el daño mediante la actividad en cuestión (→ § 50 n. m. 18 ss.). Si los esfuerzos del perjudicado exceden de la medida exigida conforme al § 254 II 1, no tiene que admitir que se le computen los beneficios que resulten de ello. Porque en este caso no hay ningún fundamento para dejar que los frutos de una actividad del perjudicado beneficien a otro –el causante del daño–⁹¹.

Ejemplo (BGHZ 55, 329): El profesor de conducir F no puede utilizar su automóvil durante nueve días, por un accidente culpa de S. A pesar de que normalmente da clase entre las 6:30 y las 20:00 horas, consigue recuperar las clases de conducir que no tuvieron lugar.

Si, en contra del BGH, se parte de que la recuperación de las clases de conducir es una medida que va *más allá de lo obligatorio*⁹², F no tiene que dejar que se le compute la ganancia generada con ello. De ahí que pueda exigir a S la indemnización de la ganancia perdida los nueve días de trabajo que no tuvieron lugar⁹³.

Bibliografía: *Coester-Waltjen*, Die Probleme der Zurechenbarkeit bei Eigenschädigung und Fehlverhalten Dritter, JURA 2001, 412; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz) rechts, 2013; *U. Huber*, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 677; *Lange*, Die Vorteilsausgleichung, JuS 1978, 649; *Larenz*, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373; *Lipp*, Krankheitsbedingte Schadensdisposition und »psychisch« vermittelter Gesundheitsschaden – BGHZ 107, 359, JuS 1991, 809; *E. Lorenz*, Grundsatz und Grenzen der Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, FS Deutsch, 1999, 251; *E. Lorenz*, Einige Bemerkungen zur Struktur des Anspruchs auf Ersatz von Schockschäden, FS G. Müller, 2009, 147; *Medicus*, Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht, JuS 2005, 289; *Michalski*, Haftungsbeschränkung durch den Schutzzweck der Norm, JURA 1996, 393; *Müller-Laube*, Auswirkungen vorteilhafter Geschäfte des Geschädigten auf die Schadensabrechnung mit dem Schädiger, JZ 1991, 162; *Musielak*, Kausalität und Schadenszurechnung im Zivilrecht, JA 2013, 241; *Rönnau/Faust/Fehling*, Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113; *Schünemann*, Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie?, JuS 1979, 19; *Spickhoff*, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen, en *Karlsruher Forum* 2007, 2008, 7–87; *Stoll*, Deliktsrechtliche Verantwortung für bewusste Selbstgefährdung des Verletzten, FS Deutsch, 2009, 943; *Strauch*, Die Haftung des Verfolgtten für Schäden des Verfolgers aus § 823 I BGB, VersR 1992, 932; *Weitnauer*, Noch einmal: Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie?, JuS 1979, 697. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

⁹¹ Cfr. BGHZ 4, 170 (177); *Larenz* SchuldR I § 30 Iib.

⁹² Así, acertadamente, *Lieb* JR 1971, 371 (373); *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 859.

⁹³ Cfr. *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 501; de otra opinión, *Lieb* JR 1971, 371 (373).

§ 46 PERSONAS CON DERECHO A INDEMNIZACIÓN

I. PRINCIPIO

- 1 La pretensión indemnizatoria del daño presupone, en principio, que el perjudicado resulte lesionado en sus **propios** bienes jurídicos o derechos. Los terceros que sufren un daño patrimonial por la lesión del directo perjudicado tienen que soportarlo, en principio, por sí mismos.

Ejemplo: S lesiona en un accidente de tráfico a G, que está empleado como jefe de producción en A, S. A. G es incapaz de trabajar durante varias semanas. Esto provoca una pérdida de ganancias de 5.000 euros. Por la incapacidad laboral de G, en A hay una pérdida de producción de 50.000 euros. ¿Qué pretensiones tienen G y A frente a S?

G, como perjudicado directo, dispone de una pretensión indemnizatoria por pérdida de ganancias ex § 823 I. En cambio, A, como perjudicado indirecto, no puede exigir indemnización alguna de los daños por pérdida de producción. Si A ha seguido pagando a G el salario, tampoco a este respecto dispone de una pretensión propia para la indemnización del daño frente a S⁹⁴. No obstante, según el § 6 EFZG, la pretensión de indemnización del daño de G frente a S se trasfiere en este caso a A, mediante el traspaso legal del crédito (→ § 45 n. m. 43).

II. EXCEPCIONES

- 2 El principio de que el perjudicado indirecto no dispone de pretensiones propias para la indemnización del daño, quiebra en el *Derecho de daños* en algunos puntos.

1. Indemnización de los costes de entierro (§ 844 I)

- 3 En caso de muerte de una persona, ha de tomarse en cuenta el § 844 I. El precepto dispone que aquel que ha de soportar los **costes de entierro** tiene una pretensión indemnizatoria propia frente al causante del daño por esos costes. Según el § 1968, la persona con derecho a indemnización es el heredero, por regla general.

⁹⁴ Cfr. BGHZ 7, 30 (36).

2. Indemnización del daño por alimentos (§ 844 II)

- 4 Si el causante del daño es responsable de la muerte de una persona obligada a prestar alimentos, de acuerdo con el § 844 II, tiene que indemnizar a los parientes el **daño por alimentos**. Hay deberes de alimentos, p. e., respecto del cónyuge (§ 1360), la pareja de hecho (§ 5 LPartG), así como parientes en línea recta (§§ 1601 ss.), en especial los hijos. El importe y la duración de la indemnización debida dependen del alcance de las pretensiones alimenticias que los legitimados para percibir alimentos hubieran tenido *por virtud de la ley* frente al fallecido durante la presumible duración de su vida⁹⁵. Las prestaciones voluntarias de alimentos no han de tomarse en cuenta. En cuanto a la pretensión de **indemnización a favor de los parientes supérstites** por parte de personas especialmente próximas → § 48 n. m. 6.

3. Indemnización del daño por pérdida de servicios (§ 845)

- 5 El § 845 concede una pretensión indemnizatoria propia por pérdida de servicios al tercero frente al que el fallecido o lesionado estuviera obligado en virtud de la ley a la **prestación de servicios** en su hogar o empresa.

El principal ejemplo era antes el de la **esposa**, que estaba obligada frente al esposo a gestionar el hogar. Sin embargo, habida cuenta del principio de igualdad (art. 3 II GG), el BGH ha abandonado la idea de que el esposo sufre un daño por pérdida de servicios cuando falta el trabajo de su esposa⁹⁶. El cónyuge que gestiona el hogar o que está activo en el trabajo o negocio del otro cónyuge, cumple así su deber de alimentos. Por ello, si la gestión del hogar resulta perjudicada por una lesión, aquel dispone de una pretensión indemnizatoria propia (§ 842). De ahí que las pretensiones indemnizatorias del cónyuge indirectamente perjudicado solo tengan cabida en caso de muerte. No obstante, en este caso el fundamento de la pretensión es el § 844 II. Por tanto, en el § 845 solo se incluyen los **hijos** que, conviviendo en la casa, deben servicios a sus padres en virtud del § 1619 (→ SchuldR BT § 71 n. m. 13 ss.). Así pues, la norma tiene ya poco significado.

⁹⁵ En detalle al respecto, *Medicus* ZGS2006, 103 (104 ss.).

⁹⁶ BGHZ 38, 55 (56 ss.); 51, 109 (110 ss.).

III. DELIMITACIONES

- 6 La delimitación entre perjudicados directos e indirectos depende únicamente de si el afectado ha sido lesionado o dañado en sus propios bienes jurídicos o derechos. Por tanto, no importa si la lesión se ha ocasionado de forma directa o solo indirectamente. De ahí que, en el caso de los **daños por conmoción** (→ § 45 n. m. 30 ss.), el pariente afectado sea perjudicado directo. Lo decisivo es que un bien jurídico propio –la salud– resulte lesionado. Es irrelevante que el daño a la salud se produzca por la lesión o la muerte de otro.
- 7 Si alguien lesiona al **trabajador de un competidor** para dañar su negocio, el titular del negocio dispone de una pretensión indemnizatoria propia ex § 823 I. A diferencia del «caso normal» de lesión a los trabajadores (→ § 45 n. m. 41), en un caso así la conducta del causante del daño se dirige *directamente* contra el negocio del empleador. Por tanto, el empleador no sufre un simple daño patrimonial; antes bien, resulta lesionado en su propio derecho a establecer y ejercer una actividad empresarial, que es reconocido como otro derecho en el sentido del § 823 I⁹⁷.

IV. LIQUIDACIÓN DE DAÑOS A TERCEROS

1. En general

- 8 El principio de que los perjudicados indirectos no pueden exigir ninguna indemnización del daño no puede verse minado por el hecho de que se permita al lesionado hacer valer los daños que ha sufrido un tercero a consecuencia del suceso dañoso. De ahí que se admita que, por lo general, el lesionado solo puede alegar su *propio* daño.

Ejemplo: En el caso del jefe de producción (→ § 46 n. m. 1), G solo puede hacer valer el daño propio por pérdida de ganancias. Por contra, no puede reclamar la indemnización del daño que ha sufrido A por pérdida de producción.

- 9 En el Derecho contractual hay algunos casos en los que un daño que en sí habría afectado al cocontratante, se **desplaza** a otro por circunstancias especiales, no reconocibles para el causante del daño. Es decir, el daño no le

⁹⁷ Cfr., por ejemplo, HK-BGB/Staudinger § 823 n. m. 115 ss.

ocurre al posible acreedor de la pretensión indemnizatoria, sino a un tercero que por sí mismo no tiene derecho a ella. Si en tales casos quisiera mantenerse que solo se puede hacer valer el propio daño, su causante resultaría injustamente liberado por el (desde su punto de vista) **casual** desplazamiento del daño. Por ello, la opinión dominante reconoce a quien tiene derecho a la indemnización el derecho a hacer valer el daño del tercero frente a quien lo causó (la llamada liquidación de daños a terceros)⁹⁸.

Para profundizar: En la liquidación de daños a terceros, el daño se añade a la (en este aspecto no completa) pretensión. Esta es una diferencia esencial respecto del *contrato con efecto protector para terceros* (→ § 9 n. m. 2 ss.), en el que el perjudicado dispone de una pretensión (pre)contractual propia para la indemnización del daño⁹⁹. Desde un punto de vista material, ambas figuras jurídicas se diferencian por el hecho de que la liquidación de daños a terceros trata de superar un simple desplazamiento (casual) del daño, mientras que el contrato con efecto protector para terceros amplía el círculo de las personas con derecho a la pretensión y, con ello, quiebra la relatividad de la relación obligatoria (→ § 1 n. m. 30). Por tanto, mientras que el contrato con efecto protector para terceros *aumenta* el riesgo de responsabilidad del causante del daño, la liquidación de daños a terceros solo tiene el fin de evitar una injustificada *exoneración* del causante del daño¹⁰⁰.

- 10** La liquidación de daños a terceros presupone que el perjudicado no disponga de **ninguna pretensión indemnizatoria propia** frente al causante del daño. Si se supone un contrato con efecto protector para terceros, esa pretensión propia existe. De ahí que deba excluirse la liquidación de daños a terceros. Esto significa que, para estructurar el examen de clausura, hay que considerar prioritariamente las pretensiones indemnizatorias del daño derivadas de un contrato con efecto protector para terceros¹⁰¹.

Dado que el acreedor no debe enriquecerse con la liquidación de daños a terceros, tiene que **transmitir** al tercero la prestación indemnizatoria obtenida¹⁰². En los casos de imposibilidad, esta obligación se deduce ya del § 285 (→ § 46 n. m. 10). La transmisión de la indemnización al tercero es asunto de la persona con derecho a indemnización. El causante del daño solo puede

⁹⁸ BGHZ 40, 91 (107); 95, 128 (136 s.); BGH NJW 2016, 1089 = JuS2016, 462 (*Riehm*) = JA 2016, 948 (*Looschelders*); *Brox/Walker* SchuldR AT § 29 n. m. 14 ss.; *Larenz* SchuldR I § 27 IVb; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* Vor § 249 n. m. 330 ss.

⁹⁹ Respecto de la delimitación, cfr. *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 840 s.; *Staudinger/Schiemann*, 2017, Vor § 249 n. m. 64; *Hübner/Sagan* JA 2013, 741 ss.

¹⁰⁰ Cfr. *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 292; *Brand* SchadensersatzR § 4 n. m. 11.

¹⁰¹ Sobre la prioridad del contrato con efecto protector para terceros, *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 293; *Palandt/Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 109; *Staudinger/Schiemann*, 2017, Vor § 249 n. m. 66.

¹⁰² *Staudinger/Schiemann*, 2017, Vor § 249 n. m. 67; *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 295.

denegar la prestación indemnizatoria si es seguro que el tercero no recibirá realmente la prestación. Porque, en este caso, conceder la pretensión conduciría a un enriquecimiento injusto de la persona con derecho a indemnización. No obstante, el causante del daño tiene que exponer y probar que no se efectuará transmisión alguna de la indemnización al tercero ¹⁰³.

2. Grupos de casos

- 11 Dado que la liquidación de daños a terceros quiebra los principios generales del Derecho de daños, es necesaria una aplicación restrictiva. Jurisprudencia y doctrina han formado cinco **grupos principales de casos** ¹⁰⁴ que, sin embargo, **no son exhaustivos** ¹⁰⁵.

A) LIBERACIÓN OBLIGATORIA DEL RIESGO

- 12 El ejemplo más importante de liquidación de daños a terceros es el caso en que el daño es desplazado por un **acuerdo contractual** particular ¹⁰⁶ o una **disposición legal** especial acerca de la atribución contractual del riesgo (la denominada liberación obligatoria del riesgo) ¹⁰⁷. En este contexto tiene especial importancia la regulación de la atribución del riesgo en la **venta con envío** en el § 447 (→ SchuldR BT § 10 n. m. 5 ss.) ¹⁰⁸.

Ejemplo (tomado de OLG Köln NJW-RR 1989, 1457): El abogado R, residente en Düsseldorf, encarga para las salas de su bufete dos collages por un precio total de 1.200 euros al marchante de arte V, establecido en Essen. V pide a su cuñado S que lleve en el coche los collages al bufete de R. Durante el viaje hacia R, S ocasiona culpablemente un accidente en el que los collages quedan destruidos. ¿Qué pretensiones tienen V y R frente a S?

¹⁰³ BGH NJW 2016, 1089 n. m. 32.

¹⁰⁴ Cfr. BGHZ 40, 91 (100 s.); Staudinger/Schiemann, 2017, Vor § 249 n. m. 68 ss.; MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 296 ss.; Larenz SchuldR I § 27 IVb; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 651 ss.; Brand SchadensersatzR § 4 n. m. 14 ss.

¹⁰⁵ MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 290; Weiss NJW 2016, 1091 s., con referencia a BGH NJW 2016, 1089; restrictivamente, Staudinger/Schiemann, 2017, Vor § 249 n. m. 76 ss.; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 656.

¹⁰⁶ Cfr., respecto de un ejemplo actual, BGH NJW 2016, 1089; la viciosa prestación de un arquitecto conduce a costes de saneamiento que, por un acuerdo contractual, no ha de soportar el comitente sino la arrendataria del recinto en cuestión.

¹⁰⁷ Cfr. Larenz SchuldR I § 27 IVb (1); Brox/Walker SchuldR AT § 29 n. m. 18 ss.

¹⁰⁸ Sobre esto, en detalle Wertenbruch JuS2003, 625 ss.

Dada la importancia económica del negocio, hay que suponer que entre V y S se ha concluido un contrato para llevar a cabo el transporte de forma gratuita (mandato). De ahí que V disponga por sí de una pretensión indemnizatoria del daño frente a S derivada del § 280 I. Además, entra en consideración una pretensión indemnizatoria del daño por lesión de la propiedad ex § 823 I. Sin embargo, ambas pretensiones quedan excluidas porque V no ha sufrido ningún daño. Puesto que, en virtud del § 447, R sigue estando obligado a pagar el precio. Por tanto, el daño recae en R. Sin embargo, este no tiene pretensiones ni contractuales (no hay contrato) ni extracontractuales (no hay lesión de la propiedad). Para evitar una injusta liberación de S, a V debe permitírsele hacer valer el daño de R. R tiene, entonces, una pretensión de restitución de la indemnización frente a V ex § 285.

- 13** En el caso más importante en la práctica, en que el envío es llevado a cabo por un **transportista profesional**, la figura de la liquidación de daños a terceros ha perdido su importancia por la reforma del Derecho de transportes de 1998. Porque los §§ 421 I 2 y 425 I HGB disponen expresamente que el destinatario puede hacer valer en su propio nombre las pretensiones derivadas del contrato de transporte frente al transportista. Lo mismo se aplica, según el § 458 I 2 HGB, respecto de un **expedidor** que ejecute por sí mismo el transporte (la denominada auto entrada). No hay ningún motivo para, además, reconocer al vendedor una pretensión indemnizatoria del daño por la vía de la liquidación de daños a terceros ¹⁰⁹.

Para profundizar: También en los restantes casos de liberación obligatoria del riesgo es dudoso que el recurso a la liquidación de daños a terceros sea verdaderamente necesario. Y es que, en lo sustancial, se trata de un problema parecido al de la compensación de beneficios (→ § 45 n. m. 41 ss.). Dado que el § 447 no pretende eximir al causante del daño, al cuantificar el daño del vendedor tiene sentido no tomar en consideración la obligación del comprador de pagar el precio. El vendedor hace valer entonces un daño propio ¹¹⁰.

B) REPRESENTACIÓN INDIRECTA

- 14** Otro grupo reconocido de casos de liquidación de daños a terceros es la **representación indirecta**. Lo característico de la representación indirecta es que alguien concluye por cuenta ajena un contrato en nombre propio (p. e., *comisión*). Si el cocontratante incumple el contrato, por lo general el daño no se causa al representante indirecto sino al dueño del negocio. No obstan-

¹⁰⁹ Cfr. *Brox/Walker SchuldR AT* § 29 n. m. 19; *Homann JA* 1999, 978 ss.; *Oetker JuS*2001, 833 ss.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, *Larenz SchuldR I* § 27 IVb (1); *Büdenbender NJW* 2000, 986 ss.

te, se permite al representante indirecto hacer valer el daño frente a su contratante¹¹¹. En opinión del BGH, en este grupo de casos la liquidación de daños a terceros se reconoce ya incluso como *Derecho consuetudinario*¹¹².

Ejemplo: El comisionista K compra al marchante de arte H en nombre propio y por cuenta de D una pintura por un precio de 25.000 euros. En las negociaciones contractuales, H asegura expresamente que se trata de un «Macke» auténtico. Más tarde se comprueba que el cuadro es una falsificación. K exige indemnización del daño a H. Hace valer que D habría podido revender la pintura con una ganancia de 5.000 euros. K podría tener frente a H de una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 434, 437 n. 3, 311a II y 276 I 1 (garantía). Lo único problemático es el daño. Jurisprudencia y doctrina reconocen que el comisionista puede hacer valer el daño de su principal. Sin embargo, es cuestionable que esto se aplique también a la ganancia perdida (§ 252). Parte de la doctrina defiende la opinión de que esas partidas dañosas individuales del dueño del negocio no son susceptibles de ser indemnizadas porque el causante del daño no puede preverlas¹¹³. Sin embargo, a ello se opondría que la imputación de un daño tampoco depende de que se pueda reconocer su cuantía¹¹⁴.

C) RELACIONES FIDUCIARIAS

- 15 Estrechamente emparentada con el grupo de casos de representación indirecta está la liquidación de daños a terceros en el caso de las **relaciones fiduciarias**. Se trata aquí de casos en los que el fiduciante transmite al fiduciario un derecho que este ha de ejercitar en interés del fiduciante. Si un tercero lesiona el derecho transmitido, puede llegarse nuevamente a un desplazamiento «casual» del daño, de modo que el daño se causa al fiduciante pero solo el fiduciario dispone de una pretensión. El fiduciario puede en este caso hacer valer el daño del fiduciante a través del instituto de la liquidación de daños a terceros. Sin embargo, esto presupone que el fiduciante no tenga frente al causante del daño ninguna pretensión propia para su indemnización (p. e., ex § 823 I, por lesión de la posesión inmediata de la cosa transmitida en garantía conforme al § 930 o del derecho expectante a la retransmisión de la cosa)¹¹⁵.

¹¹¹ Cfr. BGHZ 25, 250 (258); 40, 91 (100 s.); *Brand SchadensersatzR* § 4 n. m. 18; *Brox/Walker SchuldR AT* § 29 n. m. 22

¹¹² BGHZ 133, 36 (41).

¹¹³ Así, por ejemplo, *Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor* § 249 n. m. 349.

¹¹⁴ *Larenz SchuldR I* § 27 IVb (3); *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 298.

¹¹⁵ *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 306; *Staudinger/Schiemann*, 2017, *Previo* al § 249 n. m. 71; *Brand SchadensersatzR* § 4 n. m. 20.

D) CUSTODIA DE COSAS AJENAS

- 16** La opinión dominante también admite la liquidación de daños a terceros en el caso en que el contratante con derecho a indemnización ejerce la custodia de una cosa ajena. Si esta cosa es dañada o destruida por el otro contratante, quien tiene derecho a indemnización ha de poder alegar el daño del propietario¹¹⁶. Según la opinión contraria, en estos casos la liquidación de daños a terceros sería innecesaria por regla general, porque el propietario de la cosa dañada o destruida está dentro del ámbito de protección del contrato entre el poseedor de la cosa y el causante del daño¹¹⁷. Independientemente de esto, el propietario dispone, en todo caso, de una pretensión extracontractual para la indemnización del daño por lesión de la propiedad ex § 823 I o § 831 I¹¹⁸. Sin embargo, esta pretensión no tiene el mismo valor.

Ejemplo: B ha encargado al maestro pintor M pintar de nuevo su garaje. Durante la ejecución de los trabajos, al oficial G, que trabaja en la empresa de M desde hace diez años sin quejas, se le cae un cubo con pintura de la pared. El cubo cae sobre una moto Harley Davidson, que B guarda gratuitamente en el garaje para el propietario E junto con su propia moto durante el invierno. La pintura se cuele por el motor de la máquina y lo daña.

Si E reclama a M la indemnización de los costes de reparación, las pretensiones contractuales indirectas no prosperan por faltar un contrato entre E y M. La pretensión extracontractual ex § 831 I fracasa por la posibilidad de exculpación de M. En cambio, B tendría por sí una pretensión indemnizatoria del daño ex §§ 280 I y 278 frente a M. Sin embargo, es cuestionable que B haya sufrido un daño. Ese daño habría existido si, por su parte, B estuviera obligado a indemnizar a E en virtud del § 280 I (p. e., por haber dejado la moto en el garaje durante los trabajos). No obstante, si B también dejó su propia moto en el garaje durante los trabajos de pintura, podría operar el privilegio del § 690. Entonces B no tendría ningún daño propio. Sin embargo, según la opinión dominante, podría liquidar el daño de E conforme a los §§ 280 I y 278. Según la opinión contraria, E dispone frente a M de una pretensión propia para la indemnización del daño ex §§ 280 I y 278 en relación con los principios sobre el contrato con efecto protector para terceros.

¹¹⁶ BGHZ 15, 224 (228); 135, 152 (156); Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 109; *Brand* SchadensatzR § 4 n. m. 28.

¹¹⁷ Cfr. MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 305; BeckOK BGB/*Flume*, 50. Ed. 1.8.2018, § 249 n. m. 380

¹¹⁸ Cfr. *Brox/Walker* SchuldR AT § 29 n. m. 24.

E) ACUERDO CONTRACTUAL

- 17 Por último, la admisibilidad de la liquidación de daños a terceros puede derivar de un acuerdo de las partes (también implícito), conforme al cual uno de los contratantes tenga derecho a hacer valer el daño causado por el otro contratante a un tercero ¹¹⁹. Sin embargo, en tales casos, si las partes no han adoptado ningún acuerdo expreso, la situación de los intereses en juego hablará en la mayoría de los casos a favor de que el tercero debe estar dentro del **ámbito de protección del contrato**. Entonces, en caso de daño, el tercero dispone de una pretensión contractual propia para la indemnización del daño frente a su causante, de modo que queda excluida la liquidación de daños a terceros por la otra parte ¹²⁰.

Bibliografía: *Bredemeyer*, Das Prinzip »Drittschadensliquidation«, JA 2012, 102; *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1995; *Büdenbender*, Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung – eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?, NJW 2000, 986; *Homann*, Die Drittschadensliquidation beim Versendungskauf und das neue Transportrecht, JA 1999, 978; *Hübner/Sagan*, Die Abgrenzung von Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, JA 2013, 741; *Medicus*, Der Tod als Schaden, ZGS 2006, 103; *Oetker*, Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, 833; *Pfeifer*, Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten, AcP 205 (2005), 795; *Scheffen*, Erwerbsausfallschaden bei verletzten und getöteten Personen (§§ 842–844 BGB), VersR 1990, 926; *von Schroeter*, Die Haftung für Drittschäden, JURA 1997, 343; *Steding*, Die Drittschadensliquidation, JuS 1983, 29; *Verweyen*, Gegenläufige Entwicklungstendenzen bei der Drittschadensliquidation?, JURA 2006, 571; *Weiss*, Die Drittschadensliquidation – alte und neue Herausforderungen, JuS 2015, 8; *Wertenbruch*, Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht, JuS 2003, 625. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

¹¹⁹ Cfr. MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 307; *Staudinger/Schiemann*, 2017, Vor § 249 n. m. 68; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* Vor § 249 n. m. 335; *Brand* SchadensersatzR § 4 n. m. 17.

¹²⁰ *Staudinger/Schiemann*, 2017, Vor § 249 n. m. 68; *Brand* SchadensersatzR § 4 n. m. 17. El grupo de casos del acuerdo contractual tenía mayor importancia en la jurisprudencia más antigua, dado que, conforme a ella, el contrato con efecto protector para terceros estaba limitada en todo caso por la «fórmula del bienestar y del sufrimiento» (→ § 9 n. m. 10).

§ 47 TIPO Y EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

I. EL PRINCIPIO DE LA RESTITUCIÓN IN NATURA

1. En general

- 1 De acuerdo con la regla fundamental del § 249 I, el deudor tiene que reponer la situación que existiría si el suceso dañoso no se hubiera producido. El precepto establece, junto con el principio de la reparación íntegra (→ § 43 n. m. 4 ss.), el principio de la **restitución in natura** (principio de reposición). Esta persigue proteger el *interés de conservación o de integridad* del perjudicado. El interés de conservación puede superar el *interés del valor*. Este es el caso cuando el gasto preciso para la reposición supera el valor de la cosa dañada. El perjudicado no tiene que conformarse en este caso con la indemnización del interés del valor; no obstante, la situación es diferente si la reposición solo es posible con gastos desproporcionados (§ 251 II; → § 47 n. m. 13).
- 2 En la medida en que la restitución in natura *no sea suficiente*, según el § 251 I alternativa 2, el perjudicado tiene una pretensión de indemnización en dinero. A la inversa, debido a la prohibición de enriquecimiento del Derecho de daños, el perjudicado ha de tolerar un **descuento «nuevo por viejo»**, si el valor de la cosa dañada se ve incrementado por la restitución in natura ¹²¹.

Ejemplo: El mecánico de coches M ha realizado el cambio de aceite en el automóvil de G de forma tan inadecuada que da lugar a un «agarrotamiento del pistón», quedando el motor completamente destruido. Si el daño se repara instalando un motor de repuesto nuevo, hay que efectuar un descuento «nuevo por viejo».

2. Indemnización del daño en dinero en lugar de restitución in natura por el causante del daño

- 3 En los casos, importantes en la práctica, de *lesión de una persona o daño de una cosa*, el acreedor no tiene que admitir que sea el propio deudor quien reponga la situación que existiría si no se hubiera producido el su-

¹²¹ Cfr. HK-BGB/Schulze § 249 n. m. 9; MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 348 ss.; Brand SchadensersatzR § 5 n. m. 29 ss.

ceso dañoso. Antes bien, de acuerdo con el § 249 II, puede exigir la **suma de dinero** necesaria para ello. Aunque la indemnización del daño se efectúe mediante un pago en dinero, de lo que se trata también aquí es de salvaguardar el interés de conservación y no solo el interés del valor. Esto se evidencia por el hecho de que la cuantificación de la pretensión no depende del valor de la *cosa*, sino de lo que es necesario para la reposición. En el caso de los *daños personales* se trata, sobre todo, de indemnizar los costes de tratamiento así como la pérdida de ganancias (→ SchuldR BT § 71 n. m. 2 ss.).

- 4 En todos los demás casos, según el § 250, el perjudicado solo puede exigir la cantidad necesaria para la reposición¹²² si ha fijado al causante del daño un **plazo** razonable para la reposición con apercibimiento de rechazo y este plazo ha expirado sin éxito. El precepto no tiene gran relevancia. Solo opera cuando no se da ni una lesión personal ni un daño material (p. e., en caso de pretensiones de liberación¹²³). En otro caso, se aplica el § 249 II.
- 5 La pretensión de pago de la suma de dinero necesaria para la reposición presupone que la restitución in natura sea **posible**; en otro caso, solo entra en consideración una pretensión de indemnización del valor (§ 251 I alternativa 1). El ejemplo más importante de imposibilidad de la reposición es la total destrucción de una cosa. No obstante, si se destruye una cosa *fungible*, la restitución in natura también puede hacerse procurando un objeto de reemplazo equivalente¹²⁴. La opinión dominante considera también la sustitución de un automóvil *de segunda mano* como forma de restitución in natura¹²⁵. Es cierto que los coches de segunda mano regularmente no constituyen ni una cosa fungible ni una cosa genérica; sin embargo, la opinión dominante se corresponde con la finalidad de la restitución in natura de, en lo posible, poner al perjudicado en la situación en que estaría sin el suceso dañoso. Por lo tanto, si se prescinde del caso del ejemplar único, extraño tratándose de automóviles (p. e., un oldtimer), la restitución in natura siempre es posible en este ámbito, al menos en forma de sustitución. El ámbito de aplicación del § 251 I alternativa 1 resulta, así, significativamente reducido.

¹²² Sobre la orientación de la indemnización en dinero conforme al § 250 a los costes de reposición, cfr. BGHZ 11, 156 (163); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 676; Palandt/*Grüneberg* § 250 n. m. 3; de otra opinión, Jauernig/*Teichmann* § 250 n. m. 1; *Larenz* SchuldR I § 28 I (resarcimiento del valor).

¹²³ Cfr. BGH NJW 1999, 1542 (1544); Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 250 n. m. 1.

¹²⁴ Cfr. BGHZ 154, 395 (397); HK-BGB/*Schulze* § 249 n. m. 10.

¹²⁵ BGHZ 115, 364; 143, 189 (193); 163, 180 (184); BGH NJW 2004, 1943 (1944); 2009, 3713; VersR 2013, 471 (472); Palandt/*Grüneberg* § 249 n. m. 21 s.; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 184 s.; críticamente, MüKoBGB/*Oetker* § 251 n. m. 11; *Roth* JZ 1994, 1091 (1092).

La concepción de la opinión dominante tiene como consecuencia que el límite de la desproporción del § 251 II 1 no sea aplicable, al menos directamente, en la relación entre ambas formas de restitución in natura (reparación o sustitución). En su lugar, la opinión dominante limita el derecho de elección del perjudicado deduciendo del criterio de la necesidad del § 249 II 1 un, así llamado, **imperativo económico**¹²⁶. Si la reparación es antieconómica, al perjudicado se le remite a la sustitución. En el caso de un automóvil, por lo general, se afirma la ineficiencia de la reparación cuando los costes son de más de un 30% por encima del valor de reemplazo (→ § 47 n. m. 14). Este llamado **complemento de integridad** se justifica, en lo sustancial, por el hecho de que la reparación está más cerca de la situación perseguida con la restitución in natura que la sustitución¹²⁷. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, sería preferible una aplicación analógica del § 251 II 1, porque el criterio de la necesidad del § 249 II 1, al menos de acuerdo con la voluntad del legislador histórico, no tiene el fin de limitar la pretensión indemnizatoria del perjudicado por los costes de reposición efectivamente producidos¹²⁸.

Que la ampliación de la restitución in natura al caso de **destrucción** de una cosa no responde a la concepción del legislador histórico, se desprende también del hecho de que el § 249 II 1, de acuerdo con su tenor literal, solo es aplicable al daño de una cosa. De ahí que, en realidad, según el § 249 I, la sustitución debería realizarse por el causante del daño, lo que, sin embargo, tendría poco sentido. No obstante, el problema se puede solucionar mediante la aplicación analógica del § 249 II 1 a la destrucción de una cosa¹²⁹.

3. La libertad de disposición del perjudicado

- 6 Parece dudoso si el perjudicado tiene que utilizar efectivamente la suma de dinero obtenida para la reposición (p. e., reparación o sustitución). Según la opinión dominante, hay que distinguir entre los daños corporales y los materiales:

¹²⁶ Cfr. BGHZ 154, 395 (397 s.); 162, 161 (164 s.); BGH NJW 2009, 3713; VersR 2013, 471 (472); entre la doctrina, *Brand SchadensersatzR* § 5 n. m. 19; *Wellner* NJW 2012, 7.

¹²⁷ Parecidamente, *Harke SchuldR* AT n. m. 295; críticamente, *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 234.

¹²⁸ Más detalles al respecto, *Looschelders Mitverantwortlichkeit* 490 ss.

¹²⁹ Cfr. *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 184; *Harke SchuldR* AT n. m. 297.

A) DAÑOS MATERIALES

- 7 En el caso de los daños materiales, según constante jurisprudencia, el perjudicado puede decidir libremente si lleva o no a cabo la reposición¹³⁰. La **libertad de disposición** del perjudicado tiene una importancia práctica particularmente grande cuando se trata de daños a automóviles. En principio, la cantidad necesaria para la reparación profesional en un taller se debe aunque el propio perjudicado repare el daño provisionalmente o siga utilizando el vehículo sin reparar. El cálculo se realiza entonces sobre la base de los **costes ficticios de la reparación**. Esto se justifica por el hecho de que el patrimonio del acreedor resulta ya minorado simplemente por los daños ocasionados al vehículo¹³¹. Esta pérdida ha sido imputada al acreedor por el causante del daño. De ahí que parezca razonable permitir al acreedor que, al menos, decida cómo utilizar la indemnización¹³².
- 8 La jurisprudencia ha sido criticada desde la perspectiva de la *prohibición de enriquecimiento*. Porque, conforme a ella, el perjudicado puede hacer valer partidas dañosas que realmente no se han producido¹³³. Sin embargo, la liquidación basada en los costes ficticios de la reparación ha resultado ser muy practicable precisamente en el caso de los daños a automóviles. Por ello, el § 249 II 2, introducido por la segunda SchadRÄndG de 17.7.2002, resuelve el problema en el sentido de un compromiso: de un lado, se mantiene la posibilidad de una liquidación basada en los costes ficticios de la reparación. Pero, de otro lado, el **impuesto sobre el valor añadido** solo es indemnizable en la medida en que haya sido efectivamente satisfecho¹³⁴. El BGH considera la norma del § 249 II 2 como un **supuesto de hecho excepcional contrario al sistema**, que no es susceptible de analogía¹³⁵. De ahí que la exclusión no pueda trasladarse a otras partidas dañosas, como los costes laborales no salariales o las contribuciones a la seguridad social. Esto parece consecuente si se reconoce como principio la libertad de elección del perjudicado.

¹³⁰ BGHZ 61, 56 (58); 66, 239 (241); 76, 216 (221); 81, 385 (391); MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 377; Wellner NJW 2012, 7; críticamente, Larenz SchuldR I § 28 I. Sobre los límites de la libertad de disposición en el caso de siniestro total económico → § 47 n. m. 14.

¹³¹ Weiler SchuldR AT n. m. 46 n. m. 5; Brand SchadensersatzR § 5 n. m. 9.

¹³² Parecidamente, HKK-BGB/Jansen §§ 249–253, 255 n. m. 99

¹³³ Sobre el planteamiento del problema, NK-BGB/Magnus § 249 n. m. 17.

¹³⁴ Al respecto, BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943 (1944 ss.); BGH NJW 2004, 2086; 2005, 2220 (2221); 2009, 3713; VersR 2013, 471 (472); MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 457 ss.

¹³⁵ BGH VersR 2013, 637 (638).

B) DAÑOS CORPORALES

- 9 En el caso de los **daños corporales**, ha de llevarse a cabo efectivamente la reparación. El perjudicado no tiene libertad de disposición alguna. Lo decisivo es que se trata de eliminar un *daño no patrimonial*. En virtud del § 253 I, se prohíbe al perjudicado obtener ventajas económicas de los daños morales. Esta decisión valorativa sería burlada si el perjudicado pudiera hacer valer costes médicos u hospitalarios ficticios¹³⁶.

Ejemplo (BGHZ 97, 14): G ha sido gravemente herida en un accidente de tráfico del que S es culpable. Exige al asegurador de responsabilidad civil de S (H) el pago de los costes de corrección de las cicatrices que le han quedado en la parte baja del vientre a resultas de una operación del intestino delgado debida al accidente. En el proceso, G tiene que admitir que, por lo incierto del resultado, aún no ha podido decidir sobre la operación.

El BGH denegó la pretensión de indemnización de los costes ficticios de la operación porque, en principio, el perjudicado no dispone de libertad de disposición alguna en el caso de los daños personales. De ahí que la demanda careciera de fundamento en ese momento.

II. LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN EN DINERO
(INDEMNIZACIÓN DEL VALOR)

- 10 La pretensión de indemnización en dinero está regulada en el § 251. Aquí no se trata, como en los casos del § 249 II, de los costes de la restitución in natura, sino de la indemnización del **interés del valor o de suma**. Este se deduce de la diferencia entre el valor que habría tenido el patrimonio del perjudicado sin el suceso dañoso y el valor que tiene realmente a consecuencia del suceso dañoso¹³⁷. Si una cosa no fungible ha sido destruida, la pretensión indemnizatoria se calcula conforme al *valor de reemplazo*, teniendo en cuenta cosas similares¹³⁸. Tratándose de cosas de segunda mano para las que, por falta de demanda, no pueda calcularse el precio de mercado, hay que tomar como base el valor comercial calculado a partir del *precio original menos una depreciación*¹³⁹.

Los dos párrafos del § 251 tienen un **objetivo de protección** diferente. El párrafo I regula dos casos en los que el *perjudicado* está legitimado para

¹³⁶ BGHZ 97, 14 (17); OLG Köln VersR 2000, 1021 (1022); Larenz SchuldR I § 28 I.

¹³⁷ BGH NJW 1984, 2569 (2570); 1985, 2413 (2415).

¹³⁸ BGHZ 92, 85 (90); 117, 29 (31); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 707.

¹³⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 181; Palandt/Grüneberg § 251 n. m. 10.

exigir la indemnización en dinero en lugar de o junto con la restitución in natura. Frente a ello, en el párrafo 2 se trata de la cuestión de bajo qué presupuestos el *causante del daño* tiene derecho a aplicar al perjudicado una indemnización en dinero en lugar de la restitución in natura¹⁴⁰.

1. Imposibilidad de la reposición (§ 251 I alternativa 1)

- 11 Si no es posible restaurar la situación libre de daños, p. e., porque una cosa no fungible ha sido completamente destruida, el principio de la restitución in natura ya no le es útil al perjudicado. Sin embargo, como la imposibilidad no debe liberar al causante del daño, el § 251 párrafo 1 dispone que en estos casos tiene que **indemnizar en dinero**.

Lo que se indemniza es únicamente el interés de suma o del valor del perjudicado. Los **daños no patrimoniales** no quedan incluidos en el § 251 I. Antes bien, esos daños solo pueden hacerse valer dentro de los límites del § 253. Así, tampoco es susceptible de ser indemnizado el *interés de afección* (→ § 44 n. m. 6). No obstante, en la medida en que se haya desarrollado un mercado de objetos para aficionados (p. e., sellos u oldtimer), también puede tomarse en cuenta la estimación existente en el correspondiente círculo de aficionados¹⁴¹.

Ejemplo: El oldtimer de G ha sido dañado en el accidente causado por S de tal manera que técnicamente no es posible una reparación (el llamado *sinistro total técnico*).

G tiene frente a S una pretensión de indemnización en dinero ex § 823 I en relación con el § 251 I alternativa 1. Al calcular la indemnización es posible guiarse por el precio que podría alcanzarse en el mercado de los oldtimers.

2. Reposición insuficiente (§ 251 I alternativa 2)

- 12 Si la reposición no basta para indemnizar, el § 251 I alternativa 2 dispone que el causante del daño ha de indemnizar al acreedor con dinero. Esta pretensión indemnizatoria en dinero puede sustituir o complementar la pretensión de reposición. Quedan aquí incluidos, sobre todo, los casos en que por el alcance del daño no le es exigible al perjudicado la reparación, cuando

¹⁴⁰ Respecto de la sistemática del § 251, cfr. MüKoBGB/Oetker § 251 n. m. 1 ss.

¹⁴¹ Palandt/Grüneberg § 251 n. m. 10; Staudinger/Schiemann, 2017, § 253 n. m. 14.

subsiste una **depreciación** técnica o mercantil aun después de la reparación o cuando la reposición duraría un tiempo irrazonablemente largo.

Ejemplo: El Ferrari de G, de dos años de antigüedad, resulta dañado en un accidente. G lo hace reparar por 7.500 euros. Dado que el Ferrari se considera un coche que ya ha sufrido un accidente, subsiste una *depreciación mercantil* de 5.000 euros.

Los 7.500 euros han de indemnizarse como costes de la restitución in natura conforme al § 249 II. Sin embargo, en atención a la depreciación mercantil, la reposición no es suficiente para indemnizar a G. De ahí que G pueda exigir, además, el pago de los 5.000 euros en virtud del § 251 I alternativa 2.

Los casos del § 251 I alternativa 2 a menudo apenas pueden **diferenciarse** de la imposibilidad de la reposición (§ 251 I alternativa 1). Así, en el caso del Ferrari también podría atenderse a que la reposición no sería posible respecto de la depreciación subsistente. No obstante, como ambas alternativas conducen a los mismos resultados, la delimitación puede dejarse abierta en caso de duda.

3. Reposición solo con un gasto desproporcionado (§ 251 II)

- 13** El § 251 II restringe en interés del causante del daño la pretensión del perjudicado a la restitución in natura del § 249 I y II. Si la restitución in natura requiere **gastos desproporcionados**, el causante del daño, excepcionalmente, es libre de denegar la restitución in natura y, en su lugar, indemnizar con dinero. Con ello no se indemniza el interés de reposición del perjudicado, sino únicamente su interés del valor.
- 14** El ejemplo más importante de la desproporción es el llamado **siniestro total económico**. Si en un accidente resultan muy dañados automóviles antiguos, los costes de reparación superan no pocas veces el valor del vehículo. Dado que el perjudicado tiene un interés digno de tutela en conservar su viejo vehículo, es verdad que ha de concedérsele un denominado *complemento de integridad*. Sin embargo, si los costes de reparación superan en más de un 30% el valor del automóvil antes del accidente, hay que admitir un siniestro total económico¹⁴². Al perjudicado se le remite en este caso a la indemnización de los costes de reemplazo por un vehículo análogo. Ciertamente, como la jurisprudencia considera la sustitución como una forma de restitución in natura, no puede aplicarse aquí directamente el § 251 II. Sin embargo, llega a

¹⁴² Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 251 n. m. 6.

los mismos resultados en el marco del § 249 II. Así, del criterio de «necesidad» del § 249 II 1 se deduce que, entre varias posibilidades de restitución in natura, el perjudicado tiene que escoger aquella que pueda materializarse con el menor esfuerzo ¹⁴³.

Para profundizar: Durante mucho tiempo se discutió si el valor de reemplazo tenía que reducirse al valor residual caso de constatarse un siniestro total económico. El BGH lo negó en la sentencia del maestro constructor de carrocerías de 29.4.2003 ¹⁴⁴, para el caso de que el perjudicado efectivamente haga *reparar* el vehículo y lo siga utilizando. Es determinante la consideración de que el valor residual representa entonces un mero asiento contable que el perjudicado, precisamente, no hace realidad. Por lo tanto, si los costes de reparación están por debajo del límite del 130%, el perjudicado puede hacerlos valer en toda su extensión ¹⁴⁵.

El perjudicado también puede hacer las cuentas sobre la base de los *costes ficticios de reparación*, sin que se le descuente el valor residual. Pero esto presupone que siga utilizando el vehículo al menos seis meses después del accidente y el daño no supere el valor de reemplazo ¹⁴⁶. El complemento de integridad, por tanto, no se concede en este caso. Según la jurisprudencia, si el perjudicado no restaura la situación que existiría sin el suceso dañoso, en realidad no está justificado elevar el «límite de sacrificio» para el causante del daño ¹⁴⁷. Si el perjudicado realiza la restitución in natura en forma de *sustitución*, puede hacer valer los costes asociados a ello hasta el importe del valor de reemplazo del automóvil dañado. Pero tiene que admitir que se le deduzca el valor residual. Por lo demás, la pretensión se limita a los costes de sustitución. Por tanto, en este caso, el perjudicado no puede exigir costes ficticios de reparación más elevados ¹⁴⁸. Si el perjudicado sigue utilizando su automóvil dañado pero apto para circular después de un siniestro total económico, el daño ha de calcularse en base a los *costes ficticios de reemplazo*. También en este caso se deduce el valor residual, pese a que efectivamente no se hace realidad ¹⁴⁹. Esto se basa en la consideración de que el dañado no debe enriquecerse por el caso dañoso.

- 15** La determinación de la desproporción suscita problemas particulares cuando se trata de la lesión de **animales**. En este caso, el límite de la proporcionalidad es ampliado por el § 251 II 2.

¹⁴³ BGHZ 115, 364 (368); 163, 180 (184).

¹⁴⁴ BGHZ 154, 395 (400) = NJW 2003, 2085.

¹⁴⁵ BGH NJW 2007, 588 (589); MüKoBGB/Oetker § 251 n. m. 43.

¹⁴⁶ BGH NJW 2006, 2179 (2180); Wellner NJW 2012, 7 (8).

¹⁴⁷ Más detalles al respecto, Wellner NJW 2012, 7 (8).

¹⁴⁸ Cfr. BGHZ 162, 270 (274); 163, 180 (184 ss.); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 709.

¹⁴⁹ BGH NJW 2007, 1674, con artículo de C. Huber NJW 2007, 1625 ss.; BGH NJW 2007, 2918 (2919).

Ejemplo (BGH VersR 2016, 60): El perro lobo de S, sin correa, atacó e hirió gravemente al perro mestizo de G. Conforme al § 833 inciso 1 y § 823 I, G exige a S el resarcimiento de los costes del tratamiento médico del perro por un importe de 4.200 euros. S opina que los costes de tratamiento son desproporcionados a la vista del poco valor del perro.

Conforme al § 251 II 1, G no tendría una pretensión resarcitoria de los costes de tratamiento, dado que son desproporcionados en comparación con el valor del perro. Pero el § 251 II 2 prevé una regulación especial para la **curación de animales heridos**, que toma en cuenta la especial importancia de la protección de los animales (art. 20a GG, § 1 TierSchG)¹⁵⁰. De acuerdo con ello, los gastos asociados al tratamiento pueden ser indemnizables aun cuando superen significativamente el valor del animal. Esto no significa que los costes de tratamiento hayan de indemnizarse ilimitadamente. Por el contrario, es necesaria una ponderación en el caso concreto, tomando en consideración, en particular, el grado de culpa del causante del daño, la relación individual entre el perjudicado y el animal, así como las perspectivas de éxito del tratamiento y la edad del animal. De acuerdo con ello, incluso en el caso de animales sin un valor de mercado apreciable (p. e., perros mestizos, gatos) pueden ser proporcionados unos costes de tratamiento de más de 1.000 euros¹⁵¹. Si los costes de tratamiento ya tampoco son proporcionados conforme a estos criterios, pese a todo, el perjudicado no está obligado a admitir que, en contra del § 251 II 1, se le aplique la indemnización del valor en metálico, sino que al menos puede exigir el resarcimiento de los costes que hayan de considerarse proporcionados¹⁵².

Ejemplo: En el caso del perro lobo, el tribunal de apelación había considerado proporcionados los costes del veterinario hasta 3.000 euros. El BGH rechazó las objeciones de S a este respecto y concedió a G indemnización del daño por este importe ex §§ 833 inciso 1 y § 823 I en relación con los §§ 249 II, 251 II 2.

- 16** En el caso de los **daños personales** no es aplicable el § 251 II porque el interés en restablecer la integridad física no puede medirse, en principio, con el parámetro de la rentabilidad¹⁵³. Por lo tanto, al perjudicado no se le puede decir, por ejemplo, que la operación precisa para la total curación (p. e., operación de cadera) implicaría gastos desproporcionados debido a su edad.

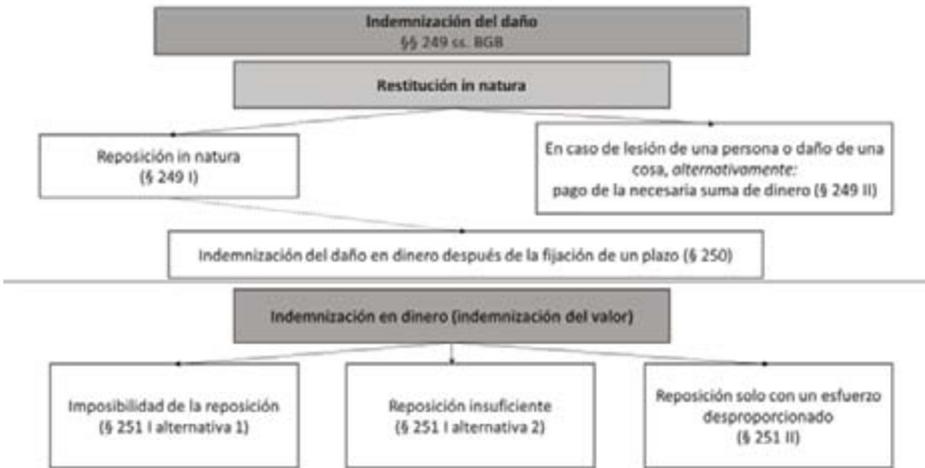
¹⁵⁰ Cfr. BGH VersR 2016, 60 n. m. 12.

¹⁵¹ Cfr. OLG München VersR 2011, 1412; LG Essen NJW 2004, 527 (528); LG Baden-Baden NJWRR 1999, 609; Palandt/Grüneberg § 251 n. m. 7.

¹⁵² BGH VersR 2016, 60 n. m. 21.

¹⁵³ BGHZ 63, 295 (300); MüKoBGB/Oetker § 251 n. m. 49.

Para profundizar: Según la jurisprudencia, en casos excepcionales, teniendo en cuenta la buena fe (§ 242), el perjudicado puede verse impedido de exigir la eliminación de un daño corporal nimio (cicatriz de un accidente) si para ello fueran necesarios gastos desproporcionados (p. e., elevados costes de operación). En todo caso, esto debería aplicarse cuando el interés del perjudicado pueda tenerse en cuenta mediante una indemnización más alta del daño moral¹⁵⁴. Sin embargo, a ello hay que oponer que, de acuerdo con el sistema de valores de la Ley Fundamental (arts. 1 y 2 I GG), debe dejarse a la decisión individual del perjudicado si quiere dejar que un daño corporal sea tratado o quiere darse por satisfecho con la indemnización del daño moral¹⁵⁵. No obstante, la decisión correspondiente se refiere a un caso en que el perjudicado hizo valer costes ficticios de curación. En este caso puede estar justificada una limitación por medio del § 242 para impedir abusos. Conforme a la jurisprudencia más reciente, este problema desaparece porque, en todo caso, el perjudicado no puede reclamar los costes ficticios de curación (→ § 47 n. m. 9)¹⁵⁶.



Resumen 5: Restitución in natura e indemnización del valor.

III. GANANCIA PERDIDA (§ 252)

- 17** El § 252 inciso 1 deja claro que la **ganancia perdida** constituye una partida patrimonial susceptible de ser indemnizada. Por tanto, al determinar la situación que existiría sin el suceso dañoso también hay que tomar en cuenta

¹⁵⁴ Cfr. BGHZ 63, 295 (300 ss.); HK-BGB/Schulze § 251 n. m. 4.

¹⁵⁵ Crítico también, Esser/Schmidt SchuldR I 2 § 32 II 2b.

¹⁵⁶ Cfr. Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 589.

si el perjudicado no obtuvo un posible incremento patrimonial debido al suceso dañoso. En cambio, la pérdida de meras oportunidades de ganancia no constituye un daño patrimonial indemnizable¹⁵⁷.

- 18 El inciso 2 le facilita al perjudicado la prueba de la ganancia perdida. Conforme a él, el perjudicado solo tiene que exponer y probar las circunstancias de las que se deriva la **verosimilitud** de una ganancia¹⁵⁸. Al acreedor le incumbe entonces probar que, a pesar de todo, en el caso concreto la ganancia no se habría producido por determinadas circunstancias.

Bibliografía: *Coester-Waltjen*, Die Naturalrestitution im Deliktsrecht, JURA 1996, 270; *Förster*, Schadensrecht – Systematik und neueste Rechtsprechung, JA 2015, 801; *Hirsch*, Schadensersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?, JuS 2009, 299; *C. Huber*, Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung, NJW 2007, 1625; *Medicus*, Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 1969, 449; *A. Roth*, Das Integritätsinteresse des Geschädigten und das Postulat der Wirtschaftlichkeit der Schadensbehebung, JZ 1994, 1091; *Wellner*, Typische Fallgestaltungen bei der Abrechnung von Kfz-Schäden, NJW 2012, 7. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

§ 48 LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

- 1 El BGB ha sido tradicionalmente muy reacio a conceder pretensiones de indemnización de daños morales en dinero. De acuerdo con el principio del § 253 I, solo puede exigirse una indemnización en dinero por un daño no patrimonial (§ 251) si la ley así lo prevé. Hasta el 31.7.2002, la quiebra más importante de este principio fue la **pretensión de indemnización por daño moral** ex § 847 en su antigua versión¹⁵⁹. Conforme al mismo, la indemnización del daño moral en principio solo era posible en la *responsabilidad extracontractual por culpa*, por lesionar el cuerpo, la salud y la libertad. En el caso de la *responsabilidad por riesgo* había solo tres excepciones, a saber,

¹⁵⁷ Cfr. *Brand* SchadensersatzR § 5 n. m. 43 ss.

¹⁵⁸ BGH NJW 1964, 661 (662).

¹⁵⁹ El único otro precepto excepcional en el BGB de 1896 –la pretensión de indemnización por la corona ex § 1300– fue derogado por la ley de 4.5.1998 (BGBl. 1998 I 833).

[**Nota de la traductora:** El citado § 1300 permitía a la mujer «respetable» que hubiera mantenido relaciones sexuales con su prometido, exigir una indemnización por el daño no patrimonial si luego la promesa de contraer matrimonio se resolvía conforme a lo previsto en los §§ 1298 y 1299. Esa indemnización se conocía con el término «Kranzgeld», que he traducido como «indemnización por la corona».]

la responsabilidad del poseedor de un animal conforme al § 833 inciso 1, el deber de responder por las aeronaves militares con arreglo al § 53 II LuftVG y la responsabilidad por los daños causados por radiación de la energía nuclear de acuerdo con el § 29 II AtG. En el *Derecho de contratos* no estaba prevista indemnización alguna de los daños morales, con la excepción del §§ 651n II (§ 651f II en su antigua versión; → § 49 n. m. 19 s.).

- 2 La segunda SchadRÄndG modificó de manera fundamental esta situación jurídica, Si el causante del daño tiene que indemnizar por la lesión de un determinado bien jurídico (cuerpo, salud, libertad, autodeterminación sexual), según el § 253 II, al perjudicado también tiene que pagarle en dinero una indemnización equitativa por el daño moral, **independientemente del fundamento de responsabilidad** subyacente. En consecuencia, se derogó la regulación especial del § 847 en su antigua versión. En el caso de las discriminaciones prohibidas, la *Ley general de igualdad de trato* (→ § 6 n. m. 12) prevé ahora también pretensiones indemnizatorias por daño moral (§§ 15 II y 21 II 1 AGG).

II. PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DEL DAÑO MORAL CONFORME AL § 253 II

1. **Materialización de un supuesto de hecho generador de responsabilidad**

- 3 De su posición sistemática se desprende que el § 253 II –a diferencia del § 847 en su antigua versión– no constituye un fundamento autónomo de pretensión. Antes bien, el precepto presupone que el causante del daño esté obligado a indemnizar el daño con base en un **supuesto de hecho generador de responsabilidad** regulado en otro lugar y amplía esta obligación a la indemnización del daño moral. Más allá del ámbito clásico de la pretensión de indemnización del daño moral –la responsabilidad extracontractual por culpa–, el § 253 II tiene importancia sobre todo en la *responsabilidad contractual* (→ §25 n. m. 19), así como en la *responsabilidad por riesgo*¹⁶⁰. No obstante, el precepto también puede resultar relevante en el caso de las pretensiones derivadas de la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss.) (→ SchuldR BT § 43 n. m. 31).

¹⁶⁰ Cfr. BAG NZA 2007, 262 (264 s.); BGH NJW 2009, 3025 (3026).

2. Lesión de un bien jurídico

- 4 Para la pretensión de indemnización del daño moral no basta que haya sido lesionado *cualquier* bien jurídico o interés del perjudicado. Por el contrario, la lesión tiene que afectar a uno de los bienes jurídicos mencionados en el § 253 II –cuerpo, salud, libertad, autodeterminación sexual–. De ahí que la pérdida moral ocasionada por la muerte de un animal no sea susceptible de ser indemnizada¹⁶¹. Salvo el § 651n II (→ § 49 n. m. 19 s.), el **incumplimiento de un contrato** no justifica una pretensión de indemnización del daño moral, aun cuando el contrato sirva a intereses inmateriales¹⁶².

Ejemplo: M y F han encargado a la banda X que se ocupen del entretenimiento musical en su celebración de boda. Pocas horas antes de la celebración, la banda cancela la actuación porque repentinamente ha recibido un encargo más lucrativo. Por ello, la fiesta tiene que celebrarse sin música en directo.

M y F tienen frente a la banda X una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación ex §§ 280 I y III y 283. Sin embargo, dado que no ha sido lesionado ninguno de los bienes jurídicos mencionados en el § 253 II, esta pretensión no se extiende al daño moral que se ha producido por «echar a perder» la celebración de la boda. En cuanto a la importante pretensión de indemnización de los gastos inútiles en estos casos (§ 284), cfr. el caso de la estancia de la chimenea (→ § 30 n. m. 3).

- 5 Los bienes jurídicos cuerpo, salud y libertad tienen el mismo significado que en el § 823 I (→ SchuldR BT § 60 n. m. 1 ss.). En particular, se trata de la lesión de la **integridad física** por injerencias externas (cuerpo), del menoscabo de las **funciones internas** del cuerpo (salud), así como de la violación de la libertad en el sentido de **libertad de movimientos** física (no libertad de actuación). La lesión de estos bienes jurídicos también puede justificar una pretensión indemnizatoria del daño moral en el *ámbito contractual*. Pero para ello hay que examinar exactamente si el deber contractual lesionado persigue la protección del bien jurídico afectado. Esto es lo que regularmente ocurre en las lesiones de los deberes de protección (§ 241 II). Por contra, la *relación con el fin de protección* no se da en el caso de la lesión de los deberes de prestación, que solo se dirigen a la realización de intereses patrimoniales.

Ejemplo (BGH NJW 2009, 3025): El mandante M exige a su abogado R indemnización por daño moral conforme a los §§ 280 I y 253 II. M se basa para ello en que, debido a un mal asesoramiento de R, esperaba tener que pagar unas indemnizaciones de daños ruinosas; esto le había provocado un trastorno de estrés postraumático.

¹⁶¹ BGHZ 193, 34 n. m. 9; MüKoBGB/Oetker § 251 n. m. 55.

¹⁶² Cfr. NK-BGB/Huber § 253 n. m. 8.

El BGH partió de la base de que la lesión del deber de R había llevado a un menoscabo de la salud de M. Sin embargo, el daño moral de M no está comprendido en el fin de protección del deber de asesoramiento que había sido lesionado. Los deberes de R se habrían limitado a la defensa de los intereses patrimoniales de M.

Una valoración diferente estaría justificada si, por ejemplo, en el marco de un procedimiento penal, el mandante hubiera sido puesto en prisión preventiva por un error del abogado. En este caso el contrato con el abogado ha de proteger también la libertad del mandante. De ahí que este pueda exigir indemnización del daño moral por la lesión de su libertad.

- 6 El § 253 II menciona el bien jurídico «**vida**». De ahí que, en caso de muerte, los parientes no dispongan de ninguna pretensión de indemnización del daño moral. Los casos de daño por conmoción (→ § 45 n. m. 30 ss.) no constituyen una verdadera excepción al respecto, porque de lo que allí se trata es del daño moral de los parientes por lesión de su propia **salud**. La ausencia de indemnización por daño moral en caso de muerte se justifica formalmente por el hecho de que las funciones de la indemnización por daño moral desaparecen con la muerte del afectado. Sin embargo, desde la supresión del § 847 I 2 en su antigua versión el año 1990, la pretensión indemnizatoria del daño moral se puede heredar sin restricciones. Desde el punto de vista de política legislativa, la ausencia de una indemnización del daño moral a favor de los parientes se ha criticado desde hace tiempo. Simultáneamente, también se llamaba la atención sobre la distinta situación jurídica en la mayoría de los demás Estados europeos ¹⁶³.

Para solucionar el problema, la Ley para la introducción de una pretensión de **indemnización a favor de los parientes supervivientes** de 17.7.2017 ¹⁶⁴, introdujo un nuevo párrafo 3 en el § 844 (→ SchuldR BT § 71 n. m. 12). Conforme a él, el obligado a indemnizar tiene que prestar una adecuada indemnización en dinero al pariente superviviente que, al tiempo de la lesión, se encontrara en una **especial relación personal de proximidad** con el fallecido, por la aflicción emocional ocasionada al superviviente. La especial relación personal de proximidad se presume si el superviviente era el esposo, la pareja de hecho, un progenitor o un hijo del muerto. La posición sistemática en el marco de las pretensiones indemnizatorias de terceros en caso de muerte demuestra que *no* se trata de una *indemnización por daño moral* en el verdadero sentido ¹⁶⁵. Más bien, la indemnización tiene el fin de mitigar la aflicción emocio-

¹⁶³ Respecto de la discusión de política legislativa, cfr. *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 913; *C. Huber NZV* 2012, 5 ss.

¹⁶⁴ BGBl.2017 I 2421.

¹⁶⁵ Respecto de la sistemática, cfr. *G. Müller VersR* 2017, 321 (322 s.).

nal de los parientes supérstites, ocasionada por la pérdida de una persona especialmente cercana ¹⁶⁶. Desde un punto de vista temporal, según el art. 229 § 43 EGBGB, el § 844 III solo es aplicable a los casos en que la **lesión** conducente a la muerte se haya producido **después del 22.7.2017**. La pretensión de indemnización a favor de los parientes supérstites no excluye una ulterior pretensión indemnizatoria del **daño por conmoción**. No obstante, la indemnización a favor de los parientes supérstites debe incluirse, en su caso, en la pretensión de indemnización del daño por conmoción ¹⁶⁷.

Más allá de los bienes jurídicos tutelados por el § 823 I, el § 253 II menciona la **autodeterminación sexual**. En este aspecto, son posibles fundamentos de pretensión el § 823 II en relación con los delitos sexuales (§§ 174 ss. StGB), así como la inducción a actos sexuales (§ 825).

III. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. La función de la pretensión indemnizatoria del daño moral

- 7 Para calcular la «indemnización equitativa en dinero» hay que guiarse por la **función** de la pretensión indemnizatoria del daño moral. Sin embargo, esta es discutida. En las sentencias más antiguas, el BGH aún subrayaba los paralelismos con la indemnización del daño patrimonial y situaba el centro de gravedad de la indemnización por daño moral en la *compensación* del daño moral ¹⁶⁸. Sin embargo, en una sentencia fundamental de 6.7.1955, la Gran Sala para Asuntos Civiles desarrolló la idea de que la pretensión indemnizatoria del daño moral es una pretensión de tipo especial. La diferencia esencial respecto de una «verdadera» pretensión de indemnización del daño radica en que la indemnización por daño moral tiene, además de la **función de compensación**, también una **función de satisfacción** (denominada *doble función* de la indemnización del daño moral). Por este motivo, al calcular la indemnización del daño moral tendrían que tomarse en cuenta «todas las circunstancias consideradas en el caso». Entre ellas se contaban también el grado de culpa, así como las circunstancias económicas de las partes ¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno BT-Drs. 18/11397, 8.

¹⁶⁷ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno BT-Drs. 18/11397, 12 *G. Müller VersR* 2017, 321 (324); *G. Wagner NJW* 2017, 2641 (2645).

¹⁶⁸ BGHZ 7, 223 (226).

¹⁶⁹ BGHZ 18, 149 (157 ss.).

- 8 Según una extendida opinión doctrinal, la **función de satisfacción** solo tiene un significado autónomo en caso de *dolo* o *grave falta de consideración*¹⁷⁰. Esto se ajusta también en gran medida a la práctica jurídica habitual. Así, la función de satisfacción por lo general no juega ningún papel en los accidentes de tráfico, especialmente porque estos se gestionan generalmente a través del asegurador de responsabilidad civil del causante del daño¹⁷¹. En el caso de las pretensiones derivadas de la *responsabilidad por riesgo*, no hay, en todo caso, ningún punto de conexión razonable para la función de satisfacción¹⁷². En cambio, en los delitos dolosos graves (lesión corporal, delitos sexuales) parece irrenunciable la consideración de la idea de satisfacción¹⁷³.

2. Indemnización del daño moral en caso de total destrucción de la personalidad

- 9 El cálculo de la indemnización del daño moral conforme a la concepción de la jurisprudencia suscita especiales problemas cuando la **personalidad** del perjudicado ha quedado **totalmente destruida** por el suceso dañoso.

Ejemplo: El conductor de coche A ha atropellado por negligencia al ciclista R, de diez años. Este sufre en el accidente lesiones cerebrales tan graves que sus capacidades de percibir y sentir quedan anuladas casi por completo. R reclama a A el pago de una adecuada indemnización del daño moral, por un importe de 25.000 euros. A alega que no se dan los presupuestos para conceder indemnización del daño moral porque R no sufre por sus lesiones y tampoco puede sentir satisfacción alguna por la indemnización del daño moral.

- 10 Inicialmente, en estos casos, el BGH solo concedía al perjudicado una *reparación simbólica*. El factor decisivo era que la función de compensación y de satisfacción era obsoleta si el lesionado no sufría por el menoscabo ni podía sentir satisfacción por la indemnización del daño moral¹⁷⁴. Sin embargo, el BGH abandonó esta jurisprudencia. Al efecto, el Tribunal se guió por la consideración de que, habida cuenta el elevado **valor** constitucional **de la personalidad** (arts. 1 y 2 I GG), es inaceptable que «la destrucción en gran

¹⁷⁰ Cfr. NK-BGB/Huber § 253 n. m. 30; Staudinger/Schiemann, 2017, § 253 n. m. 31; Jaeger FS E. Lorenz, 2004, 377 (379); Erm, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 2013, 141 ss.

¹⁷¹ Cfr. PWW/Luckey § 253 n. m. 13.

¹⁷² Cfr. Staudinger/Schiemann, 2017, § 253 n. m. 31; Brox/Walker SchuldR BT § 52 n. m. 14.

¹⁷³ Staudinger/Schiemann, 2017, § 253 n. m. 32; Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 6. Aufl., 2011, n. m. 990 ss.

¹⁷⁴ BGH NJW 1976, 1147; 1982, 2123.

medida de las bases de la capacidad de percibir y sentir, de la que es responsable el causante del daño, deba considerarse como circunstancia que debe reducir la indemnización del daño moral»¹⁷⁵.

3. Orientación basada en el grado de objetivo deterioro de la vida

- 11 El problema de la total destrucción de la personalidad da ocasión para reconsiderar a fondo los criterios para calcular la indemnización del daño moral. Las dificultades para hacer frente a este grupo de casos se deben, en último término, a que, en el marco de la función compensatoria, la opinión dominante atiende a la (subjética) *pérdida de bienestar*¹⁷⁶. Frente a ello, en la doctrina se exige, con razón, que el objetivo principal sea compensar el **objetivo deterioro de la vida**¹⁷⁷. Si se sigue esta opinión, la capacidad de sentir del perjudicado pasa a un segundo plano en el cálculo de la «indemnización equitativa». El daño emocional subjetivo puede justificar, a lo sumo, el aumento de la pretensión indemnizatoria del daño moral calculada en función del grado de deterioro de la vida¹⁷⁸. Lo mismo se aplica al interés de satisfacción del perjudicado, siempre que este se tenga en cuenta en absoluto en el caso de los daños por negligencia.

IV. INDEMNIZACIÓN EN DINERO EN CASO DE LESIONES DE LA PERSONALIDAD

1. Fundamentos

- 12 Se aplican principios especiales a la pretensión de compensación del daño moral en caso de **lesiones de la personalidad**. Esta pretensión no se deriva del § 253 II (§ 847 en su antigua versión), sino que la jurisprudencia lo ha deducido directamente de la Constitución (arts. 1 y 2 I GG)¹⁷⁹.

¹⁷⁵ BGHZ 120, 1 (5); en el mismo sentido, BGH NJW 1993, 1531 (1532). Acerca del tratamiento del problema en otros ordenamientos jurídicos europeos, cfr. *Looschelders* RabelsZ 64 (2000), 183 (192 s.).

¹⁷⁶ Cfr., por ejemplo, *Brox/Walker* SchuldR BT § 52 n. m. 9.

¹⁷⁷ Cfr. *E. Lorenz*, *Immaterieller Schaden*, 56; *E. Lorenz* FS Wiese, 1998, 261 ss.; *Brand* SchadensersatzR § 7 n. m. 28; *Erm*, *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld*, 2013, 156 ss; a favor de una objetivación más intensa, también *Giesen* JZ 1993, 519 ss.

¹⁷⁸ Cfr. *Looschelders* RabelsZ 64 (2000), 183 (193); con dudas, *Teichmann* LM Nr.90, respecto del § 847 BGB.

¹⁷⁹ Sobre la evolución, cfr. *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 80 I.

Para profundizar: El legislador del BGB de 1896, conscientemente, no previó ninguna indemnización del daño moral para las lesiones del honor y de la personalidad. Tras entrar en vigor la Ley Fundamental, se impuso la idea de que la tutela civil de la personalidad no era suficiente para las pretensiones basadas en derechos fundamentales del perjudicado cuyo objeto era el respeto de su dignidad (art. 1 I GG) y el libre desarrollo de su personalidad (art. 2 I GG). Por ello el BGH, en la sentencia de la carta al director, de 25.5.1954¹⁸⁰, reconoció el *derecho general de la personalidad* como otro derecho en el sentido del § 823 I. Desde la sentencia del jinete de doma de 14.2.1958¹⁸¹, en caso de lesión del derecho general de la personalidad se concede también una pretensión de *indemnización del daño moral*. La ruptura del § 253 en su antigua versión (§ 253 I en la nueva versión) se justifica por el mandato de protección de los arts. 1 y 2 I GG¹⁸². A la vista de estos fundamentos constitucionales, al reformar el Derecho de daños el legislador se abstuvo de incluir el derecho general de la personalidad en el círculo de bienes jurídicos protegidos por el § 253 II¹⁸³.

- 13 La pretensión de indemnización en dinero no se concede en todo caso de lesión del derecho general de la personalidad, sino solo si se trata de **injerencias graves**. Además, es necesario que el menoscabo **no pueda compensarse** satisfactoriamente de otra manera¹⁸⁴.

2. La función preventiva de la indemnización

- 14 Al calcular la indemnización en dinero por lesión del derecho general de la personalidad, la jurisprudencia es considerablemente más generosa que en el ámbito de aplicación del § 253 II. Esto es especialmente cierto en el caso de las lesiones llevadas a cabo por los *medios de comunicación social* con intención de obtener una ganancia. Resulta decisiva la consideración de que, en estos casos, la indemnización en dinero tiene, además de la función de compensación y la de satisfacción, una **función preventiva** (→ § 43 n. m. 2)¹⁸⁵. En el caso de las lesiones de la personalidad a través de publicaciones de prensa, el desleal ánimo de lucro solo puede combatirse eficazmente si el empresario está expuesto al riesgo de una pérdida económica perceptible.

¹⁸⁰ Cfr. BGHZ 13, 334 (338).

¹⁸¹ BGHZ 26, 349. Sobre la evolución posterior, cfr. BGHZ 30, 7 – Catarina Valente; BGHZ 35, 363 – Ginseng, BVerfGE 34, 269 – Soraya.

¹⁸² Cfr. BGHZ 128, 1 (15); Palandt/*Grüneberg* § 253 n. m. 10.

¹⁸³ Cfr. BT-Drs. 14/7752, 14 s., 25.

¹⁸⁴ Cfr. BGHZ 128, 1 (12) – Carolina de Mónaco.

¹⁸⁵ Cfr. BGHZ 128, 1 (15 s.); BGH NJW 1996, 984 (987); críticamente, *Lange VersR* 1999, 274.

Ejemplo (BGHZ 128, 1): El editor S publicó en la revista B una «entrevista psicológica» con la princesa monegasca C, así como distintas fotos de su «álbum familiar». C exige a S una indemnización de al menos 50.000 euros. Alega que no ha concedido una entrevista ni a S ni a ninguna otra persona. Las fotos no provenían de su álbum familiar, sino que son las llamadas «fotos de paparazzi», que habían sido tomadas con teleobjetivo vulnerando su esfera íntima. El tribunal de apelación concedió a C solamente 15.000 euros. El BGH estimó el recurso de casación de C porque el tribunal de apelación no había tenido suficientemente en cuenta la función preventiva de la indemnización por lesión de la personalidad.

- 15** La doctrina critica el **trato desigual** de la indemnización en dinero por lesión del derecho general de la personalidad frente a la pretensión de indemnización por daño moral conforme al § 253 II. Se señala al efecto que las sumas concedidas en casos de lesión de la personalidad por los medios de comunicación social a menudo superan ampliamente las que se conceden al perjudicado en el caso de los más graves daños a su salud, psíquicos o físicos¹⁸⁶. Sin embargo, en opinión del BVerfG, este trato desigual no vulnera el art. 3 I GG porque entre ambas situaciones existen diferencias materiales. Así, al calcular la indemnización por lesión de la personalidad, también tendrían efectos los aspectos preventivos, que son irrelevantes en las otras situaciones¹⁸⁷.

Bibliografía: *Ady*, Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen, 2004; *Coester-Waltjen*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Deliktsrecht, JURA 2001, 133; *Däubler*, Sachen und Menschen im Schadensrecht, NJW 1999, 1611; *Deutsch*, Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 1969, 197; *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts, 2013; *C. Huber*, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5; *Jaeger*, Verlagerung der Schmerzensgeldregelung vom Deliktsrecht in das allgemeine Schuldrecht, ZGS 2002, 54; *Jaeger*, Schmerzensgeld – Die Genugtuungsfunktion hat ausgedient, FS E. Lorenz, 2004, 377; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 9.^a ed. 2018; *Katzenmeier*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ 2002, 1029; *Kern*, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgelds – ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP 191 (1991), 247 ss.; *Lange*, Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtliche Prävention?, VersR 1999, 274; *Lepa*, Die Wandlungen des Schmerzensgeldanspruchs und ihre Folgen, FS G. Müller, 2009, 113; *E. Lorenz*, Immaterieller Schaden und »billige Entschädigung in Geld«, 1981; *E. Lorenz*, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten?, FS Wiese, 1998, 261; *G. Müller*, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld, VersR 2017, 321; *Nehlsen-von Stryk*, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, 119; *Neuner*, Das Schmerzensgeld, JuS

¹⁸⁶ Cfr. *Däubler* NJW 1999, 1611 s.; *G. Wagner* VersR 2000, 1305 ss.

¹⁸⁷ BVerfG NJW 2000, 2187.

2013, 577; v. *Sachsen-Gessaphe*, Verbesserter Opferschutz im Straßenverkehr und beim Schmerzensgeld, JURA 2007, 481; *Schubert*, Schmerzensgeld, en E. Lorenz, *Karlsruher Forum 2016: Schmerzensgeld*, 2017, 3; *Thüsing*, Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, *VersR* 2001, 285; *G. Wagner*, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, *VersR* 2000, 1305; *G. Wagner*, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, *JZ* 2004, 319; *G. Wagner*, Schadensersatz in Todesfällen – Das neue Hinterbliebenengeld, *NJW* 2017, 2641. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

§ 49 CASOS FRONTERIZOS

- 1 Hay algunos **grupos especiales de casos** en los que la delimitación de daños patrimoniales y no patrimoniales es discutida o en los que la susceptibilidad de un daño de ser indemnizado parece dudosa por otros motivos. A continuación se examinarán los ejemplos más importantes.

I. PÉRDIDA DE VENTAJAS DE USO

1. Planteamiento del problema

- 2 En caso de daño o destrucción de una cosa, el perjudicado pierde la posibilidad de utilización durante el tiempo que transcurra hasta la reparación o la sustitución. Si la cosa se utilizaba **con fines comerciales**, la pérdida de posibilidad de uso se plasma regularmente en una ganancia perdida que es susceptible de ser indemnizada conforme al § 252.

Ejemplo: S dañado en un accidente de tráfico el camión de la empresa de transportes G. La reparación dura una semana. Durante este tiempo, G no puede ejecutar varios encargos. Con ello pierde una ganancia de 5.000 euros.

- 3 En cambio, surgen problemas cuando la cosa dañada se utilizaba para **fines privados**. El ejemplo más importante es el del **automóvil privado**. En general, se admite que también en este caso el perjudicado tiene una pretensión de restitución in natura. Por tanto, puede alquilar un coche de reemplazo equivalente mientras dure la reparación y reclamar al causante del daño el resarcimiento de los costes conforme al § 249 II 1 (en relación con el § 823 I)¹⁸⁸. Sin embargo, es posible que el perjudicado no alquile ningún

¹⁸⁸ En detalle al respecto, *MüKoBGB/Oetker* § 249 n. m. 427 ss.

coche de reemplazo, sino que se las arregle de otra manera. En este caso se plantea la cuestión de si la posibilidad perdida de uso representa como tal un daño patrimonial susceptible de ser indemnizado.

Ejemplo: S ha dañado el automóvil privado de G en un accidente de tráfico. Mientras dura la reparación, G no alquila coche alguno, sino que cubre las rutas necesarias en bicicleta. De ahí que no pueda establecerse una pérdida económica concreta. Sin embargo, según la jurisprudencia, en estos casos el causante del daño tiene que indemnizar al perjudicado las ventajas de uso perdidas¹⁸⁹. Respecto del cálculo → § 49 n. m. 8.

- 4 La cuestión de si las ventajas de uso perdidas son indemnizables no se plantea solo cuando se trata de automóviles privados, sino también respecto de todas las **demás** cosas que no se utilizan con fines comerciales.

Ejemplo (BGHZ 98, 212; 117, 260): E es propietaria de una casa confortablemente equipada, que habita ella misma. Por debajo de ella, T edificó unos adosados sobre un terreno en acusada pendiente. Al hacerlo, parte de la pendiente fue excavada incorrectamente, por lo que la estabilidad de la propiedad de E se vio afectada. La autoridad competente prohibió a E utilizar la casa mientras se restablecía la estabilidad. Durante el tiempo de restauración, E vivió en una caravana. Además de los costes de restauración, exigió a T una compensación por un importe de 3.000 euros por la pérdida de la posibilidad de utilizar su casa. ¿Con razón?

- 5 En contra de la susceptibilidad de las ventajas de uso perdidas de ser indemnizadas cabe aducir que, en último término, el perjuicio del dañado radica en asumir molestias. Sin embargo, este es un **daño moral** que, en principio, no es indemnizable de acuerdo con el § 253 I¹⁹⁰. Por otra parte, sin embargo, el perjudicado habría podido alquilar un objeto de reemplazo a costa del causante del daño. Si ello no obstante se ha arreglado por sí, esto no debería liberar solo al causante del daño. Antes bien, está justificado recompensar el ahorro del perjudicado¹⁹¹.

2. La diferenciación entre bienes fundamentales y demás bienes

- 6 Para solucionar el conflicto de intereses, el BGH ha seguido un camino intermedio. Admite que las ventajas de uso perdidas son indemnizables cuando se trata de objetos utilizados de forma privada. Sin embargo, esta construcción

¹⁸⁹ BGHZ 40, 345; 45, 312; BGH NJW 2005, 277; VersR 2013, 515 (517); PWW/Luckey § 249 n. m. 41.

¹⁹⁰ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 29 IIc.

¹⁹¹ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 714 s.; *Medicus FG BGH I*, 2000, 201 (213 ss.).

jurídica debe limitarse a cosas «de cuya *permanente disponibilidad depende típicamente* un nivel de vida autosuficiente»¹⁹². Esto solo comprende «bienes económicos de **importancia general, fundamental**, para el **nivel de vida**»¹⁹³. La jurisprudencia incluye entre ellos, además del automóvil (→ § 49 n. m. 3), la vivienda, así como determinados objetos de una casa (equipamiento para la cocina¹⁹⁴, televisor¹⁹⁵). Lo mismo ocurre con una motocicleta que sea el único vehículo a disposición del perjudicado y que no sirva a meros fines de ocio¹⁹⁶. En cambio, **bienes de lujo** como la piscina privada¹⁹⁷, el abrigo de piel¹⁹⁸, el oldtimer que no se usa como normal medio de transporte¹⁹⁹, el barco deportivo a motor²⁰⁰ o el caballo que se tiene por hobby²⁰¹, no se toman en consideración. Según la jurisprudencia, las terrazas y los jardines, así como los garajes, tampoco se incluyen entre los bienes económicos protegidos, por regla general²⁰². Sin embargo, conforme a los criterios generales del BGH, también podría defenderse la opinión contraria. Esto demuestra que estos criterios **no siempre** permiten **delimitaciones claras**²⁰³. Cabe incluso preguntarse si la diferencia entre bienes económicos fundamentales y demás objetos es en absoluto *justificable*²⁰⁴. Porque el perjudicado también merece protección cuando lleva una vida «atípica».

3. Perceptibilidad y merma de utilidad

- 7 La pretensión de indemnización por las ventajas de uso perdidas presupone, además, que la merma de utilidad sea **perceptible** para el perjudicado. Conforme a ello, son precisas la *intención de uso* y la hipotética *posibilidad de uso*²⁰⁵. Por tanto, si, en todo caso, el propietario del automóvil dañado en un accidente de tráfico no hubiera podido utilizar el vehículo durante el período de inactividad, p. e., porque estaba en el hospital debido a las lesiones sufri-

¹⁹² BGHZ 98, 212 (222) (el subrayado es nuestro).

¹⁹³ BGHZ 98, 212 (223).

¹⁹⁴ LG Kiel NJW-RR 1996, 559.

¹⁹⁵ AG Frankfurt a. M. NJW 1993, 137; Palandt/*Grüneberg* § 249 n. m. 49.

¹⁹⁶ BGH NJW 2018, 1393.

¹⁹⁷ BGHZ 76, 179; PWW/*Luckey* § 249 n. m. 47.

¹⁹⁸ BGHZ 63, 393.

¹⁹⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 2012, 545; OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 548.

²⁰⁰ BGHZ 89, 60.

²⁰¹ OLG Hamburg VersR 1984, 242; LG Karlsruhe NJW-RR 1997, 468.

²⁰² BGH NJW 1993, 1793 (1794); en otro sentido respecto del garaje, aún, BGHZ 96, 124.

²⁰³ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 267; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 251 n. m. 102.

²⁰⁴ Críticamente, *Honsell/Harrer* JuS1991, 441 (448).

²⁰⁵ BGHZ 45, 212 (219).

das, la pretensión tendría que ser rechazada por ello²⁰⁶. No obstante, la situación es distinta si el vehículo hubiera sido utilizado por un pariente²⁰⁷. La perceptibilidad también ha de negarse si al perjudicado le era posible y exigible recurrir a un *segundo coche*²⁰⁸. Si una motocicleta solo es utilizada, como único vehículo de motor disponible, cuando las condiciones meteorológicas son buenas, el perjudicado tiene que exponer y probar su intención de uso en el caso concreto²⁰⁹. Si el perjudicado realmente ha tenido gastos por un coche de alquiler, pese a vulnerar el alquiler del vehículo de reemplazo el imperativo económico, al menos puede reclamar subsidiariamente la indemnización global por pérdida de utilidad²¹⁰.

4. Cuantía de la pretensión

- 8 Respecto de la cuantía de la pretensión, se pueden tomar como referencia los **costes medios de alquiler** de un objeto análogo. A ello debe deducirse el beneficio del arrendador²¹¹. Alternativamente, sin embargo, también pueden considerarse los **costes proporcionales de mantenimiento**. No obstante, en este caso está justificado un «recargo moderado», que tome en cuenta las repercusiones de la inactividad en el conjunto del patrimonio del perjudicado²¹². Respecto de la pérdida de utilidad de los *vehículos de motor*, existen numerosas tablas que enlazan con los costes medios de alquiler de vehículos análogos²¹³. Si el vehículo dañado presenta una antigüedad claramente mayor, esto se toma en cuenta mediante un descuento global²¹⁴.

II. GASTOS FALLIDOS

- 9 Estrechamente vinculada al problema de la pérdida de las ventajas de uso está la cuestión de si el perjudicado puede exigir la indemnización de los **gastos** que resulten fallidos a consecuencia del suceso dañoso.

²⁰⁶ Cfr. BGH NJW 1968, 1778; Staudinger/Schiemann, 2017, § 251 n. m. 77.

²⁰⁷ MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 70.

²⁰⁸ Palandt/Grüneberg § 249 n. m. 42.

²⁰⁹ BGH NJW 2018, 1393 n. m. 10 ss.

²¹⁰ BGH VersR 2013, 515 (516 s.).

²¹¹ MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 79.

²¹² BGHZ 98, 212 (225 s.).

²¹³ Cfr. Palandt/Grüneberg § 249 n. m. 43 s.; PWW/Luckey § 249 n. m. 44.

²¹⁴ Cfr. BGH NJW 2005, 277 (278).

Ejemplo (BGHZ 55, 146): G ha arrendado un derecho de caza durante diez años. Poco después es lesionado en un accidente de tráfico del que S es culpable y no puede ejercitar el derecho de caza durante un año. G exige a S la indemnización de los gastos de 7.000 euros en que incurrió por el arrendamiento en el año siguiente al accidente.

- 10** A diferencia de lo que ocurre en los casos tratados arriba (→ § 49 n. m. 2 ss.), la pérdida de la posibilidad de uso no se debe al daño o a la destrucción del *objeto* a utilizar. Antes bien, de lo que se trata es de las consecuencias perjudiciales de las *lesiones corporales* y los *daños a la salud* sobre las posibilidades de uso. En tales casos solo podría admitirse una pretensión indemnizatoria si los gastos fallidos pudieran calificarse, en general, como daños patrimoniales. Sin embargo, la doctrina dominante, con razón, rechaza esta «**doctrina de la frustración**», porque, de otro modo, existiría la amenaza de una ampliación incalculable del deber de indemnizar²¹⁵. Esto se aplica con independencia de si los gastos frustrados se refieren a un bien de lujo (p. e., arrendamiento de caza) o a un bien económico de importancia fundamental para el nivel general de vida (p. e., un vehículo de motor). Además, aun cuando se quisiera admitir un daño patrimonial, la pretensión indemnizatoria tendría que quedar excluida por el hecho de que la pérdida de posibilidades de uso en caso de lesiones corporales y daños a la salud no se encuentra en el *ámbito de protección* de la norma infringida²¹⁶.
- 11** Tratándose de **pretensiones indemnizatorias contractuales**, los gastos fallidos en el ámbito comercial pueden calificarse como daños desde el punto de vista de la «*presunción de rentabilidad*». En el ámbito privado, esta presunción ya no sirve. Sin embargo, en este caso el § 284 proporciona un remedio.

III. SUSCEPTIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN DE LOS GASTOS DE PREVENCIÓN

- 12** Particulares problemas suscita valorar la cuestión de si los *gastos* que hace el perjudicado *antes de que ocurra el suceso dañoso* para evitar o minimizar un posible daño (llamados **gastos de prevención**) son también daños patrimoniales indemnizables. De acuerdo con los principios generales, la susceptibilidad de tales gastos de ser indemnizados debería quedar excluida por el hecho de que los costes producidos no podrían imputarse al causante del daño

²¹⁵ Cfr. BGHZ 55, 146 (151); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 712.

²¹⁶ Cfr. *Esser/Schmidt* SchuldR I 1 § 31 III.

porque no han sido ocasionados por el concreto suceso generador de responsabilidad²¹⁷. De ahí que jurisprudencia y doctrina admitan, con razón, que los costes de las *medidas de seguridad* para evitar robos (p. e., sistemas de alarma, uso de guardias de seguridad) no constituyen un daño indemnizable²¹⁸.

- 13** No obstante, según la jurisprudencia, se da una excepción en el caso en que el perjudicado utiliza después de un accidente de tráfico un **vehículo de reemplazo** que ha mantenido en reserva específicamente para cuando el coche falla por culpa ajena. En este caso, el causante del daño debe estar obligado a pagar al perjudicado los costes proporcionales de mantener preparado preventivamente el vehículo de reemplazo²¹⁹. No obstante, la pretensión queda limitada por el daño que el perjudicado habría sufrido de no haber utilizado el vehículo de reemplazo²²⁰.

Ejemplo (BGHZ 32, 280): En un accidente de tráfico del que S es culpable, un vagón del tranvía de G resulta gravemente dañado. Durante los tres meses que dura la reparación, G utiliza un vagón con motor de sus fondos de reserva. G exige a S indemnización de los costes proporcionales de mantener preparado el vehículo de reserva como medida de precaución.

- 14** A favor de la jurisprudencia cabe aducir que la disponibilidad de vehículos de reemplazo conduce a una reducción de la carga del causante del daño porque, de otro modo, el daño a indemnizar sería, a menudo, mucho más elevado²²¹. Sin embargo, por otra parte, también hay que tener en cuenta que mantener preparados vehículos de reemplazo sirve preferentemente al **propio interés** de la compañía de transporte, de evitar siempre que sea posible la suspensión del servicio. Si con ello se reduce la *vulnerabilidad* del perjudicado, esto debería beneficiar al causante del daño del mismo modo que tendría que soportar la carga de una vulnerabilidad particularmente elevada del perjudicado (→ § 45 n. m. 20)²²². Por ello, el causante del daño solo debe indemnizar los costes que se deban a la *concreta utilización* del vehículo de reemplazo.

²¹⁷ Cfr. Staudinger/Schiemann, 2017, § 249 n. m. 117.

²¹⁸ Cfr. BGHZ 75, 230 (237); MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 200. Respecto de la susceptibilidad de los costes de tramitación y las primas de captura de ser indemnizados → § 38 n. m. 6.

²¹⁹ Cfr. BGHZ 30, 280; BGH VersR 1986, 1125 (1127). Según BGHZ 70, 199 (201), para la pretensión indemnizatoria basta incluso que el perjudicado «haya aumentado de forma apreciable la reserva en general, en consideración a los fallos por culpa ajena».

²²⁰ Cfr. Palandt/Grüneberg § 249 n. m. 62.

²²¹ Así, Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 717; de acuerdo, también, Brox/Walker SchuldR AT § 31 n. m. 34.

²²² Lange/Schiemann Schadensersatz § 6 VIII 4a; Larenz SchuldR I § 29 II f.

IV. PÉRDIDA O REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE TRABAJO

- 15 Es muy controvertido si la pérdida o la reducción de la capacidad de trabajo constituye un daño patrimonial. Si la merma de la capacidad de trabajo conduce a pérdidas patrimoniales concretas (pérdida de ingresos, ganancias perdidas), no hay ningún problema. Sin embargo, no es este el caso cuando se trata de una actividad no remunerada o a título honorífico.

Ejemplo (OLG Celle NJW 1988, 2618): S ha lesionado al fraile O en un accidente de tráfico. O vive en un monasterio y allí tiene confiadas tareas dentro de la comunidad (tocar el órgano en los servicios religiosos, recitales de piano en determinadas ocasiones, colaborar en la jardinería). No recibe ninguna remuneración por su actividad; sin embargo, la Orden le proporciona alojamiento y manutención. Debido a las lesiones, O no puede cumplir con sus tareas en la comunidad durante un año. Exige a S indemnización del daño por pérdida de ganancias. ¿Con razón?

- 16 En este tipo de casos se plantea la cuestión de si la **capacidad de trabajo como tal** tiene valor patrimonial. La opinión dominante lo rechaza considerando que la capacidad de trabajo y la capacidad de tener ingresos son cualidades de la *persona* que no pueden medirse en dinero²²³. Por ello, en el caso del fraile, el OLG Celle denegó la pretensión indemnizatoria de O²²⁴. En cambio, el LG Karlsruhe defendió la opinión de que la pérdida de una **actividad caritativa** no remunerada es un daño patrimonial indemnizable cuando la actividad es comparable a un trabajo remunerado y, por eso, tiene un *valor de mercado*²²⁵. A favor de ello habla el que, de otro modo, las actividades no remuneradas, en especial las caritativas, serían discriminadas. No obstante, si para la actividad en cuestión no hay oferta en el mercado (p. e., actividad de misiones), la pretensión indemnizatoria también quedaría excluida de acuerdo con esta opinión²²⁶. Por lo demás, la pretensión indemnizatoria presupone que se haya frustrado la *asignación concreta de un trabajo*. Si el perjudicado no quería ejercer una actividad, tampoco puede hacer valer una pérdida ficticia de ganancias²²⁷.

²²³ BGHZ 54, 45; Palandt/*Grüneberg* § 249 n. m. 65; *Larenz SchuldR I* § 29 IIe.

²²⁴ De acuerdo, *Gotthardt JuS*1995, 12 ss; críticamente, *Würthwein JZ* 2000, 337 (345).

²²⁵ OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1239 (1241). Atendiendo también al valor de mercado de la actividad, *Dunz FS Steffen*, 1995, 135 (138 ss.).

²²⁶ *C. Huber VersR* 2007, 1330 (1335).

²²⁷ BGHZ 90, 334 (336); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 731.

Para profundizar: En el ámbito de la actividad no remunerada también se incluye el trabajo del ama o amo de casa. El BGH admite aquí el daño por pérdida de ingresos argumentando que el cónyuge cumple con su deber de alimentos mediante el trabajo doméstico (→ § 46 n. m. 5). La pretensión indemnizatoria no debe depender a estos efectos de si el cónyuge perjudicado incurre en gastos para remunerar a un sustituto²²⁸. Con la misma justificación podría argumentarse, en el caso del fraile, que, con su actividad, O cumplía con sus deberes frente a la Orden²²⁹. De ahí que hubiera podido incurrir en gastos de sustitución. Si se renuncia a ello de acuerdo con la Orden, esto no puede eximir al causante del daño.

V. VACACIONES Y TIEMPO LIBRE

1. Planteamiento del problema

- 17** En jurisprudencia y doctrina todavía no hay acuerdo acerca de hasta qué punto el menoscabo de las **vacaciones** y del **tiempo libre** pueden constituir un daño patrimonial indemnizable.

Ejemplo (BGH NJW 1956, 1234): El matrimonio M y F reservó un crucero de dos semanas desde Rotterdam a las Islas Canarias con el organizador de viajes V. Por culpa del funcionario de aduanas alemán Z, se retrasa el transporte del equipaje, de modo que no llega a tiempo a Rotterdam. De ahí que M y F tuvieran que arreglárselas durante un largo período de tiempo, con las ropas que llevaban al inicio del viaje. Exigen a la República Federal de Alemania indemnización del daño por tiempo de vacaciones gastado inútilmente. ¿Con razón?

2. La idea de la comercialización

- 18** El BGH admitió la pretensión indemnizatoria del daño de M y F contra la República Federal de Alemania por responsabilidad civil de la Administración (§ 839 en relación con el art. 34 GG) y calificó como daño patrimonial indemnizable la pérdida del disfrute de vacaciones. A estos efectos fue decisiva la consideración de que, por regla general, el disfrute de las vacaciones se adquiere mediante los correspondientes gastos patrimoniales y, por tanto, está **comercializado** en cierta manera²³⁰. La doctrina ha opuesto a

²²⁸ BGHZ 38, 55 (58 ss.); 50, 304 (306). No obstante, para calcular la pretensión cabe tomar como referencia la cuantía de tales gastos.

²²⁹ Cfr. *Wirthwein* JZ 2000, 337 (345).

²³⁰ BGH NJW 1956, 1234 (1235).

ello que los placeres, no importa de qué tipo sean, no pueden desvincularse de la persona y, por ello, no son bienes patrimoniales²³¹. Se trataría así de un daño moral, que solo sería susceptible de ser indemnizado si hubiera una regulación legal especial (§ 253 I).

3. La regulación del § 651n II (§ 651f II en su anterior versión)

- 19 El problema de la indemnización por vacaciones malgastadas se plantea sobre todo en el **régimen jurídico del contrato de viaje**. Para ese ámbito hay desde 1979 una regulación especial, conforme a la cual, en caso de frustración o de menoscabo significativo del viaje, el viajero puede exigir una indemnización razonable en dinero, también por el tiempo de vacaciones gastado inútilmente (§ 651f en la antigua versión = § 651n II). Durante mucho tiempo se discutió el encuadre dogmático del precepto. Inicialmente, el BGH siguió calificando las vacaciones malgastadas como daño patrimonial²³². Sin embargo, más tarde el Tribunal aclaró que el § 651f en su antigua versión concede una indemnización por daño *moral*²³³. Este encuadre también es acertado respecto del § 651n II (→ SchuldR BT § 36 n. m. 44). El precepto quiebra así el principio del § 253 I. Dado que el § 651n II no se aplica en el **Derecho de la responsabilidad extracontractual**, aquí no son indemnizables las vacaciones malgastadas.

Ejemplo (BGHZ 86, 212): G ha sido herido en un accidente de tráfico del que S es culpable y por ello no puede continuar sus vacaciones, iniciadas el día del accidente. En consecuencia, pierde 21 días de vacaciones. G opina que S tendría que indemnizarle por las vacaciones perdidas. ¿Con razón?

Procede considerar una pretensión indemnizatoria del daño ex § 823 I. El BGH negó la existencia de un daño patrimonial indemnizable. A tal efecto, se atuvo a que, en el caso de las lesiones personales, los daños secuenciales económicos a indemnizar en el Derecho de la responsabilidad extracontractual se limitan esencialmente a los perjuicios a las ganancias y la carrera (§ 842). La pérdida de disfrute vacacional solo podría tomarse en cuenta al calcular la indemnización del daño moral.

- 20 En el ámbito **contractual**, antes de la nueva regulación del régimen jurídico del contrato de viaje, la opinión dominante partía de que el § 651f II podía aplicarse por analogía a otros tipos contractuales, siempre y cuando el disfru-

²³¹ Larenz SchuldR I § 29 II d; parecidamente, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 830.

²³² BGHZ 76, 179 (185); 77, 116 (120).

²³³ BGH NJW 2005, 1047 (1050); cfr. también MüKoBGB/*Oetker* § 249 n. m. 95.

te vacacional fuera el objeto de la prestación contractual, al menos indirectamente²³⁴. El ejemplo más importante sería el alquiler de pisos y casas vacacionales. Conforme al Derecho vigente, el § 651a II 1 deja claro que un viaje combinado es «un conjunto de al menos dos prestaciones de viaje de distinto tipo». El legislador ha optado conscientemente por no trasladar al nuevo Derecho la jurisprudencia anterior sobre la aplicabilidad del régimen jurídico del contrato de viaje a las prestaciones individuales de viaje²³⁵. De ahí que la opinión dominante parta de la base de que, para la aplicación analógica del § 651n II, falta la necesaria laguna de regulación no prevista²³⁶.

Ejemplo (BGH NJW 1985, 906): R ha reservado una casa de vacaciones en Dinamarca con el organizador de viajes V. Al llegar al lugar de vacaciones, constata numerosos vicios en la casa y, por ello, emprende el viaje de regreso. ¿Tiene V que pagar a R una indemnización por el tiempo de vacaciones gastado inútilmente?

En la sentencia, el BGH aplicó por analogía la norma del § 651f II. Fue decisiva la consideración de que el alquiler de la casa vacacional tenía, igual que un contrato de viaje, el fin de facilitar al cocontratante el disfrute de sus vacaciones. De acuerdo con el Derecho vigente, entra en consideración una pretensión ex § 651n II. Sin embargo, dado que el contrato entre R y V no se dirige a un *conjunto* de al menos dos prestaciones de viaje, no concurren los presupuestos del § 651a I. Según la opinión dominante, también queda excluida una aplicación analógica del § 651n II, porque el legislador limitó conscientemente el ámbito de aplicación de los §§ 651a ss. a los contratos con un conjunto de al menos dos diferentes prestaciones de viaje.

4. Tiempo libre malgastado inútilmente

- 21** De las reflexiones precedentes se desprende, con mayor motivo, que el **tiempo libre** gastado inútilmente no puede contemplarse como un daño indemnizable en el ámbito *extracontractual*²³⁷. La pretensión indemnizatoria solo merece ser discutida en el caso de los *contratos* que tratan de facilitar al perjudicado una determinada actividad de ocio.

²³⁴ BGHZ 86, 212 (216); Staudinger/Schiemann, 2017, § 251 n. m. 110; de otra opinión, Erman/Schmid § 651f n. m. 20.

²³⁵ Cfr. la Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno, BT-Drs. 18/10822, 66.

²³⁶ BeckOK BGB/Geib, 50. Ed. 1.5.2019, § 651n n. m. 5; Führich NJW 20917, 2945 (2946); Tonner MDR 2018, 305 (307); Sonnentag VersR 2018, 967 (977); sobre la crítica → Schuldrecht BT § 36 n. m. 5.

²³⁷ MüKoBGB/Oetker § 249 n. m. 95.

Ejemplo (AG Herne-Wanne NJW 1998, 3651): G compró al organizador V una entrada de asiento para un concierto del grupo musical «Backstreet Boys». El concierto tiene lugar en un estadio. Por dificultades organizativas, no puede proporcionársele a G ningún asiento. Dado que G, preocupada por su seguridad, no se conforma con un lugar de pie, abandona el estadio durante la actuación del grupo telonero y exige a V indemnización por tiempo de ocio gastado inútilmente.

- 22 El AG Herne-Wanne admitió la pretensión indemnizatoria argumentando que el tiempo libre tiene para el individuo el mismo valor de recuperación que las vacaciones. Dado que G había hecho gastos financieros por el evento, la actividad de ocio perdida no tenía un valor puramente moral. Estas consideraciones enlazan con la **idea de comercialización** (→ § 49 n. m. 18). Sin embargo, la comercialización no puede bastar para calificar un determinado disfrute como bien patrimonial. De otro modo, hoy casi todos los placeres de la vida tendrían que considerarse bienes patrimoniales. De este modo, el juicio de valor del § 253 I sería obsoleto. Por lo tanto, el tiempo libre echado a perder es un daño moral que, en principio, no es susceptible de ser indemnizado²³⁸. Dado que los intereses en juego en las actividades de ocio y en los viajes vacacionales es diferente, también debe descartarse una aplicación analógica del § 651n II²³⁹.

VI. LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS COMO DAÑO

- 23 Por último, hemos de ocuparnos de la cuestión de si los **alimentos de un hijo** pueden ser considerados un daño patrimonial indemnizable. A diferencia de los casos debatidos hasta ahora, aquí la cuestión no es de delimitación de daños patrimoniales y no patrimoniales, sino de posible limitación de la susceptibilidad de los *daños patrimoniales* de ser indemnizados.

1. Nacimiento de un hijo no deseado (*wrongful birth*)

- 24 El problema de los alimentos de los hijos como daño se plantea sobre todo en el caso de los errores médicos de asesoramiento o de tratamiento que hacen posible el nacimiento de un **hijo no deseado**. La cuestión es si los padres pueden reclamar al médico la indemnización de los gastos por alimentos para el hijo.

²³⁸ Así también, *Larenz SchuldR I* § 29 II d; *Palandt/Grüneberg* § 249 n. m. 68, 70 s.

²³⁹ Acertado en este aspecto, AG Herne-Wanne NJW 1998, 3651 (3652) (respecto del § 651f II en su antigua versión).

Ejemplo (BVerfGE 88, 203; 96, 375; BGHZ 124, 128; 129, 178; BGH NJW 2000, 1782): Tras el nacimiento de su quinto hijo, el matrimonio de E y F quieren evitar tener más niños. De ahí que, tras asesorarse previamente, E se haga esterilizar por el urólogo Dr. U. El Dr. U olvida advertir a E que los conductos seminales cortados pueden unirse de nuevo, por lo que debe efectuar una revisión de control algunos meses después de la intervención. Dado que, efectivamente, esa evolución se produjo, E siguió siendo capaz de engendrar a pesar de la intervención. Un año después de la intervención nace la hija T. E y F reclaman al Dr. U indemnización de los gastos necesarios para los alimentos de T. ¿Con razón?

- 25** En casos así entra en consideración una pretensión contractual de indemnización de daños ex § 280. Existe un contrato de tratamiento (§ 630a) entre E y el Dr. U. Es cierto que la misma F no es parte contratante. Pero está incorporada al ámbito de protección del contrato de tratamiento²⁴⁰. El Dr. U también ha lesionado culpablemente un deber derivado del contrato de tratamiento. Sin embargo, lo problemático es si los padres han sufrido un **daño patrimonial** susceptible de ser indemnizado. Conforme a la *hipótesis de la diferencia*, ello no puede ponerse en duda. Si el médico hubiera cumplido con sus deberes contractuales, el hijo no habría nacido. Por tanto, los padres tampoco tendrían que soportar la carga del deber de alimentos previsto en el § 1601. Sin embargo, hay que preguntarse si este resultado debe ser corregido por motivos *normativos*.
- 26** Procede considerar una vulneración de la **dignidad humana** (art. 1 I GG). Tal contravención se daría, sin duda, si la existencia de un niño como tal se valorara como un daño. Sin embargo, este no es el caso. El daño consiste únicamente en tener que cargar con las pretensiones de alimentos. No obstante, hay que tener en cuenta que el deber de alimentos está ligado a la existencia del hijo²⁴¹. Por ello la Sala segunda del BVerfG ha defendido la opinión de que, constitucionalmente, la existencia de un hijo tampoco podría calificarse como *f fuente de daños*²⁴². Sin embargo, a ello hay que oponer que la carga material asociada al deber de alimentos es una realidad que no solo es aplicable a los hijos no deseados. El art. 1 I GG no exige cerrar los ojos ante esa realidad; lo decisivo es que la existencia del hijo no se reduzca a ese aspecto, sino que se reconozca como valor *moral*.

²⁴⁰ Respecto del caso inverso de un contrato dirigido a la prevención de embarazos entre médico y madre, cfr. BGH NJW 2007, 989, según la cual no solo el cónyuge, sino también una pareja no matrimonial, está dentro del ámbito de protección; críticamente, *Mörsdorf-Schulte* NJW 2007, 964 ss.

²⁴¹ Cfr. *Laufs* NJW 1998, 796 (797); *Picker* AcP195 (1995), 483 (485 ss.); *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 2013, 421 s.

²⁴² BVerfGE 88, 203 (296).

- 27 La calificación de los alimentos del hijo como daño tampoco vulnera, en general, el **derecho a la vida** del hijo (art. 2 II GG). Porque la perspectiva de un alivio financiero antes refuerza que debilita la disposición de la madre a decidir tener el niño²⁴³. De ahí que, en constante jurisprudencia, el BGH parta de la base de que los alimentos de los hijos pueden constituir un daño patrimonial susceptible de ser indemnizado²⁴⁴. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la Sala primera del BVerfG²⁴⁵.
- 28 En caso de **interrupción fallida del embarazo**, la indemnización del daño por alimentos solo entra en consideración si la intervención hubiera sido conforme a Derecho. Dado que, en caso de interrupción del embarazo contraria a Derecho (aun exenta de pena), el contrato se dirige a un resultado jurídicamente reprobable, no es admisible, desde la perspectiva del art. 2 II GG, que se incite al médico a materializar este resultado, por el deber de indemnizar el daño²⁴⁶.
- 29 Hay que hacer otra excepción en el caso en que el padre de un niño no deseado unilateralmente reclama a la **madre** indemnización del gasto por alimentos, por engaño sobre el empleo de métodos anticonceptivos. En este caso, conceder pretensiones indemnizatorias es incompatible con los derechos fundamentales del niño porque ello debilitaría peligrosamente la disposición de la madre a tener el hijo. De ahí que, por motivos constitucionales, los gastos de alimentos del padre no puedan considerarse daños patrimoniales susceptibles de ser indemnizados²⁴⁷.

Ejemplo: En el caso de la píldora (→ § 38 n. m. 3), queda descartada una pretensión contractual de indemnización del daño de M frente a F por falta de eficacia del acuerdo. Sin embargo, entra en consideración una pretensión ex § 826. Cabe preguntarse ya si la conducta de F puede calificarse de daño doloso contrario a las buenas costumbres. En todo caso, si se respondiera afirmativamente, la pretensión no prosperaría por faltar un daño susceptible de ser indemnizado.

2. Nacimiento de un hijo discapacitado (*wrongful life*)

- 30 La situación jurídica es aún más difícil cuando, indebidamente, el médico que trata omite informar a los padres del riesgo de un daño en el hijo no nacido o

²⁴³ BVerfGE 96, 375 (403); críticamente, *Stürmer* JZ 1998, 317 (325).

²⁴⁴ BGHZ 124, 128; 129, 178; BGH NJW 2000, 1782; 2007, 989 (990); de acuerdo, *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 80 II 6d; *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 n. m. 204 ss.; respecto de la situación jurídica análoga en Austria, OGH ZEuP 2010, 147 con nota de *Mörsdorf-Schulte*.

²⁴⁵ BVerfGE 96, 375.

²⁴⁶ Cfr. BGHZ 129, 178 (185); Palandt/*Grüneberg* § 249 n. m. 75.

²⁴⁷ Cfr. *Looschelders* JURA 2000, 169 (174).

aún no concebido (p. e., como consecuencia de una rubeola de la madre o de una enfermedad hereditaria). Si después nace un *niño discapacitado* que, si se hubiera informado debidamente, no habría sido concebido o tenido, según la opinión dominante, la **pretensión indemnizatoria de los padres** no se limita a los costes adicionales debidos a la enfermedad, sino que comprende todos los alimentos que necesite el hijo²⁴⁸. No obstante, es necesario que la evitación de los gastos por alimentos derivados del nacimiento del hijo esté cubierta por el fin de protección del contrato de tratamiento. Esto debe negarse, p. e., si la embarazada consulta a su médico de cabecera por una erupción cutánea y este no se da cuenta de la existencia de la rubeola²⁴⁹.

- 31** Generalmente al **niño** no se le concede **ninguna pretensión indemnizatoria propia** en estos casos. Es determinante la consideración de que tal pretensión tendría que vincularse con no haber impedido el propio nacimiento. Sin embargo, el ser humano no tiene pretensión alguna a no existir, sino que tiene que aceptar su vida tal como la naturaleza la haya creado²⁵⁰. Esta solución parece ineludible a la vista del art. 1 I GG. Ciertamente, no es satisfactorio que, al morir los padres, el hijo pierda su seguridad financiera porque con el deber de alimentos de los padres se extingue también el deber de alimentos del médico. Sin embargo, este es un *problema de política social* que no puede resolverse por medio del Derecho de daños. Porque la cuestión de la seguridad financiera de los hijos discapacitados en caso de muerte de sus padres se plantea independientemente de si existe o no un tercero obligado a indemnizar.

Sobre Derecho comparado: Que el hijo no dispone frente al médico de ninguna pretensión propia para la indemnización del daño por no haber impedido su nacimiento, es admitido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos²⁵¹. En Inglaterra, la sección 1 (5) de la Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 regula expresamente: «The defendant is not answerable to the child, for anything he did or omitted to do when responsible in a professional capacity for treating or advising the parents». En Francia, el Pleno del más alto tribunal civil (Cour de cassation) concedió inicialmente al hijo dañado una pretensión propia de indemnización del daño frente al médico que no había diagnosticado correctamente el daño prenatal²⁵². La sentencia fue objeto de una viva crítica. En consecuencia, el legislador promulgó una regulación conforme a la cual nadie puede hacer valer pretensiones indemnizatorias del daño por el solo hecho de su nacimiento²⁵³.

²⁴⁸ BGHZ 89, 95 (104 ss.); 124, 128 (145 s.); críticamente, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 745.

²⁴⁹ BGH NJW 2005, 891 (892); BGHZ 89, 95 (104 ss.); 124, 128 (145 s.); críticamente, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 746.

²⁵⁰ BGHZ 86, 240 (254); Palandt/*Grüneberg* Vorbem. § 249 n. m. 31.

²⁵¹ Cfr. v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* I, 1996, n. m. 581.

²⁵² Impresa en ZEuP 2004, 794.

²⁵³ En detalle respecto de todo esto, *Arnold* VersR 2004, 309 ss.; *Rebhahn* ZEuP 2004, 794 ss.

Bibliografía: *Arnold*, »Kind als Schaden« in Frankreich, *VersR* 2004, 309; *Benecke/Pils*, Der Ersatz des Nutzungsinteresses – Nutzungersatz für eigenwirtschaftlich genutzte Gegenstände als Schwäche der Differenzmethode, *JA* 2007, 241; *Dunz*, Vereitelung von Gruppen- bzw. fremdnütziger Arbeitsleistung als Deliktsschaden des Verletzten, *FS Steffen*, 1995, 135; *Escher-Weingart*, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, 1993; *Flessner*, Geldersatz für Gebrauchsentsgang, *JZ* 1987, 271; *Flessner/Kadner*, Neue Widersprüche zum Gebrauchsentsgang – BGHZ 99, 182 y 101, 325, en *JuS* 1989, 879; *Gotthardt*, Schadensersatz bei Ausfall einer Tätigkeit außerhalb des Erwerbslebens – OLG Celle *NJW* 1988, 2618; LG Zweibrücken *NJW* 1993, 3207, en *JuS* 1995, 12; *Honsell*, Die misslungene Urlaubsreise – BGHZ 63, 98, en *JuS* 1976, 222; *C. Huber*, Verletzungsbedingte Vereitelung unbezahlter Arbeit – niemals Ersatz?, *VersR* 2007, 1330; *Laufs*, Schädliche Geburten und kein Ende, *NJW* 1998, 796; *Looschelders*, Schadensersatz bei »einseitiger« Durchkreuzung der Familienplanung durch den kinderwilligen (Ehe-) Partner?, *JURA* 2000, 169; *Martens*, Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden, *AcP* 209 (2009), 445; *Medicus*, Nutzungsentgang als Vermögensschaden, *JURA* 1987, 240; *MörsdorfSchulte*, Vermögensschutz beim One-Night-Stand?, *NJW* 2007, 964; *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, 1995; *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte Kind, *AcP* 195 (1995), 483; *Rebhahn*, Entwicklungen zum Schadensersatz wegen »unerwünschter Geburt« in Frankreich, *ZEuP* 2004, 794; *A. Roth*, Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden?, *NJW* 1994, 2402; *Schiemann*, Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum – BGHZ (GS) 98, 212, in *JuS* 1988, 20; *Schulze*, Nutzungsausfallentschädigung, *NJW* 1997, 337; *Stathopoulos*, Schadensersatz und Persönlichkeitsschutz des behinderten Kindes, *FS Canaris I*, 2007, 1213; *Stürner*, Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur, *JZ* 1998, 317; *Würthwein*, Beeinträchtigung der Arbeitskraft und Schaden, *JZ* 2000, 337; *Zimmermann*, »Wrongful life« und »wrongful birth«, *JZ* 1997, 131; *Zwirlein*, Die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit des abstrakten Nutzungsausfallschadens, *JuS* 2013, 481. Cfr. además las referencias relativas al § 43.

§ 50 LA CORRESPONSABILIDAD DEL PERJUDICADO

I. EN GENERAL

1. Las decisiones básicas del § 254

- 1 En la aplicación del Derecho a menudo se da el caso de que el perjudicado **contribuye a la causación** del daño. En tal caso, la cuestión es bajo qué *presupuestos* es relevante la causación conjunta y qué *consecuencias jurídicas* han de vincularse a ello. El § 254 adopta al respecto dos decisiones básicas.

A) PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

- 2 El § 254 deja claro, en primer lugar, que debe existir **culpa** por parte del perjudicado. Esto es, la mera causación conjunta no basta²⁵⁴. Con ello, el legislador optó por la *igualdad de trato* del causante del daño y del perjudicado²⁵⁵. Porque con arreglo al BGB el principio de culpa también se aplica a la responsabilidad del causante del daño.

No obstante, tras entrar en vigor el BGB, se han introducido del lado del causante del daño numerosos supuestos de hecho conforme a los cuales el causante del daño responde de determinados riesgos con independencia de la culpa (→ § 10 n. m. 9). Tal **responsabilidad por riesgo** aparece, p. e., para el tráfico rodado (§ 7 I StVG). En consecuencia, la jurisprudencia y la doctrina dominante también admiten del lado del perjudicado *deberes de responsabilizarse sin culpa*. En coherencia con la idea de igualdad de trato, los supuestos de hecho de responsabilidad por riesgo referentes al causante del daño se aplican por analogía al perjudicado²⁵⁶. Así, en el caso de los accidentes de tráfico, el **poseedor** perjudicado debe responder del **riesgo de explotación** de su vehículo, por analogía con el § 7 StVG (más detalles al respecto → § 50 n. m. 17)²⁵⁷.

B) PRINCIPIO DE REPARTO POR CUOTAS

- 3 En cuanto a las consecuencias jurídicas, el § 254 dispone que el daño ha de *repartirse por cuotas* entre los afectados, en la medida de la respectiva responsabilidad. En cambio, antes de entrar en vigor el BGB, se aplicó el principio de que la conculpa del perjudicado conducía a una exclusión total de responsabilidad²⁵⁸. Los autores del BGB rechazaron claramente este principio de Derecho común del todo o nada, mejorando con ello considerablemente la posición del perjudicado.

²⁵⁴ Brox/Walker SchuldR AT § 31 n. m. 37 ss.; Deutsch Allg. HaftungsR n. m. 563.

²⁵⁵ Cfr. Staudinger/Schiemann, 2017, § 254 n. m. 4; Looschelders Mitverantwortlichkeit 126 ss.

²⁵⁶ Cfr. Soergel/Ekkenga/Kuntz § 254 n. m. 25; Staudinger/Schiemann, 2017, § 254 n. m. 8 ss.

²⁵⁷ BGHZ 12, 124 (128); BGH NJW 2007, 3120 (3122).

²⁵⁸ Al respecto, detalladamente, Looschelders Mitverantwortlichkeit 20 ss.

Sobre Derecho comparado: El principio de reparto por cuotas se aplicaba ya antes de la entrada en vigor del BGB en el Derecho austríaco, suizo y francés. Hoy se ha impuesto en todos los ordenamientos jurídicos europeos. En Inglaterra, el principio del todo o nada fue reemplazado por la Law Reform (Contributory Negligence) Act (1945). También en los EEUU está ganando terreno el principio de reparto por cuotas; sin embargo, algunos Estados federados siguen aún el principio del todo o nada²⁵⁹.

2. La razón de ser de la conculpa

- 4 La razón interna de la consideración de la conculpa es discutida. Jurisprudencia y doctrina se atienen mayoritariamente al principio de la **buena fe**²⁶⁰. Sin embargo, tal comprensión es peligrosa. Porque induce a basar el recorte de la pretensión en meras consideraciones de equidad. Sin embargo, el principio de igualdad de trato exige que la corresponsabilidad del perjudicado se fundamente en los mismos precisos criterios de imputación que la responsabilidad del causante del daño.

Conforme a la interpretación correcta, la regulación del § 254 descansa en la misma idea que la responsabilidad del causante del daño: a saber, la **responsabilidad** del individuo por las consecuencias de la propia conducta²⁶¹. Por lo tanto, igual que en el caso de la responsabilidad por daños a terceros, cuando se trata del deber de responsabilizarse de los daños a uno mismo el **problema es de imputación**. Frente a este encuadre no cabe oponer que el daño no debe imputársele al perjudicado porque de todas maneras se encuentra ya en su patrimonio²⁶². Que el daño sea *efectivamente* sufrido por el perjudicado no significa que *deba* ser soportado (conjuntamente) por este por razones *jurídicas*.

3. Punto de referencia de la culpa en el § 254

- 5 En la medida en que los preceptos aplicables a la responsabilidad del causante del daño presuponen la culpa (p. e., §§ 280 I 2 y 283 I), esta

²⁵⁹ Sobre Derecho comparado, cfr. *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 65 ss.

²⁶⁰ Cfr., por ejemplo, BGHZ 34, 355 (363 s.); 76, 216 (217); *Brox/Walker* SchuldR AT § 31 n. m. 36; *Fikentscher/Heinemann* SchuldR n. m. 711; Palandt/*Grüneberg* § 254 n. m. 1.

²⁶¹ Respecto del principio de responsabilidad como fundamento del § 254, cfr. Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 254 n. m. 4; *Larenz* SchuldR I § 31 Ia; *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 116 ss.

²⁶² Así, sin embargo, *Th. Honsell*, Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977, 120.

característica se refiere necesariamente a una conducta **antijurídica**²⁶³. Parte de la doctrina defiende la opinión de que la conculpa del perjudicado ha de referirse asimismo a una conducta antijurídica²⁶⁴. Sin embargo, en contra de ello habla el hecho de que, en principio, la conducta autolevisiva no está prohibida conforme a las valoraciones de nuestro ordenamiento jurídico²⁶⁵.

- 6 Por otra parte, no está justificado imputar al perjudicado todo daño que haya contribuido a causar de una manera previsible y evitable. Sin embargo, la doctrina dominante se inclina en esta dirección cuando, bajo la palabra clave «**culpa contra uno mismo**», define la conculpa como la inobservancia de la diligencia que «una persona ordenada y sensata suele emplear para evitar su propio daño»²⁶⁶. Dado que, desde un punto de vista fáctico, el daño siempre lo sufre el perjudicado, sus «propios intereses bien entendidos» pueden exigir adoptar precauciones frente a cualquier suceso dañoso previsible. Sin embargo, la conculpa solo entra en consideración cuando la evitación del daño queda en el *ámbito de responsabilidad* del perjudicado.

Ejemplos: (1) Estando oscuro, G da un paseo por un parque solitario en el que es conocido que se han producido varios robos. Efectivamente, G es asaltado y desvalijado por S.

Una persona sensata no habría entrado en el parque estando oscuro en su «propio interés bien entendido». De todos modos, S no puede oponer a G conculpa alguna. Porque desde un punto de vista jurídico, G no estaba obligado a rehuir el peligro.

(2) G rescata al niño K de una casa en llamas, sufriendo quemaduras. Aunque la operación de rescate no era requerida por el § 323c StGB, el pirómano S no puede oponer a G conforme al § 254 que no ha observado su propio interés bien entendido. Dado que la ejecución de estas conductas de rescate es jurídicamente deseable, el daño queda en el exclusivo ámbito de responsabilidad de S.

- 7 La cuestión decisiva es cuándo la evitación del daño queda también en el ámbito de responsabilidad del perjudicado. Aquí sigue siendo de ayuda la figura jurídica de la **carga**. Como ya se expuso más arriba (→ § 1 n. m. 26), las cargas tienen la misma estructura que los deberes, solo que el ordena-

²⁶³ Cfr. Soergel/Pfeiffer § 276 n. m. 21 ss.; Staudinger/Caspers, 2014, § 276 n. m. 12.

²⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 2. Aufl. 2016, n. m. 186; Greger NJW 1985, 1130 (1133); Schönemann VersR 1998, 116 ss.

²⁶⁵ Cfr. MüKoBGB/Oetker § 254 n. m. 29.

²⁶⁶ Cfr. BGHZ 9, 316 (318); BGH NJW 2014, 2493 (2494); Lange/Schiemann Schadensersatz § 10 IX 1a; Palandt/Grüneberg § 254 n. m. 1; RGRK/Alff § 254 n. m. 15; Soergel/Ekkenga/Kuntz § 254 n. m. 2 y 27.

miento jurídico deja libertad al destinatario para observar o no la conducta requerida. De acuerdo con el § 254, es asunto solo del perjudicado adoptar o no las precauciones precisas para proteger sus bienes jurídicos e intereses; pero, si renuncia a ello, ha de aceptar la pérdida o la reducción de su pretensión indemnizatoria. Por lo tanto, en el § 254, la vulneración de la carga es el equivalente a la antijuridicidad en los supuestos de hecho que dan origen a responsabilidad²⁶⁷.

4. **Ámbito de aplicación del § 254**

- 8 Además del § 254, hay numerosos preceptos individuales que se refieren a cuestiones **especiales** de la corresponsabilidad. Algunos de estos preceptos *remiten* en lo esencial al § 254 (p. e., § 9 StVG, § 4 HaftpflG, § 6 I Prod-HaftG); otros contienen regulaciones especiales que tienen prioridad respecto del § 254. La mayoría de las regulaciones especiales siguen también el *principio de reparto por cuotas* (§ 17 I 2 StVG, § 13 I 2 HaftpflG); sin embargo, también hay preceptos que descansan sobre el *principio del todo o nada* (p. e., §§ 122 II, 179 III 1 y 442).
- 9 En tanto no entre en juego ninguna regulación especial, el § 254 es aplicable a **todas las pretensiones** negociales y legales **de indemnización del daño**. Esto vale incluso si la pretensión indemnizatoria del daño no presupone culpa alguna. Por lo tanto, el precepto también puede invocarse frente a las responsabilidades por garantía del arrendador ex § 536a I alternativa 1 y del hostelero ex § 701, así como frente a las pretensiones derivadas de la responsabilidad por riesgo (p. e., § 833 inciso 1)²⁶⁸. A las **pretensiones de supresión** ex § 1004 se les aplica el § 254 por analogía²⁶⁹. Si el propietario es corresponsable de la perturbación, los costes de la supresión o cesación han de repartirse entre propietario y perturbador en función del grado de responsabilidad. El § 254 no es aplicable a las **pretensiones de cumplimiento**²⁷⁰.

²⁶⁷ Detalladamente, R. Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, 105 ss.; Looschelders Mitverantwortlichkeit 194 ss.; cfr. también BGHZ 57, 137 (145); 74, 25 (36); MüKoBGB/Oetker § 254 n. m. 3.

²⁶⁸ Cfr. BGHZ 68, 281 (288), respecto del § 536a I alternativa 1 (§ 538 I alternativa 1 en su anterior versión); BGHZ 32, 149 (150), respecto del § 701; RGZ 51, 275 (277), respecto del § 833.

²⁶⁹ Cfr. BGHZ 119, 313 (314 ss.); BGH NJW 1997, 269; Looschelders Mitverantwortlichkeit 269 ss.

²⁷⁰ BGHZ 104, 285 (290); Soergel/Ekkenga/Kuntz § 254 n. m. 19; de otra opinión, Peters JZ 1995, 754 ss.

II. PRESUPUESTOS DE LA CORRESPONSABILIDAD

1. Visión general

- 10** Del **lado del supuesto de hecho** del § 254, el párrafo 1 regula el caso en que la culpa del perjudicado ha contribuido a la *producción del daño*. Enlazando con ello, el § 254 II 1 dispone que la consecuencia jurídica prevista en el párrafo 1 también debe aplicarse cuando la culpa del perjudicado se limita a no haber llamado la atención al deudor sobre el peligro de un daño inusualmente elevado o a no haber evitado o minorado el daño. Desde un punto de vista sistemático, el § 254 II 1 solo tiene una función aclaratoria. Por tanto, el precepto solo destaca algunos casos específicos de aplicación del párrafo 1²⁷¹. De todos modos, la omisión de la evitación del daño o de la minoración del daño merece una consideración por separado. Porque aquí se trata de casos en los que la conculpa no se produce sino en la fase de la causalidad *complementaria de la responsabilidad*. Otro problema especial es el deber del perjudicado de responsabilizarse de los *auxiliares y representantes legales*, que se regula en el § 254 II 2 por remisión al § 278.

2. Corresponsabilidad en la producción del daño

- 11** Conforme al tenor literal del § 254 I, la objeción de la conculpa únicamente presupone que a la producción del daño haya contribuido la culpa del perjudicado. Sin embargo, esto es equívoco. Y ello porque, por razones lógicas, a la causación del daño no puede contribuir la «culpa», sino una **conducta culpable**²⁷². De acuerdo con la opinión aquí defendida, la conducta del perjudicado no solo tiene que ser culpable sino que, además, también tiene que contravenir una *carga*. Así, el supuesto de hecho del § 254 tiene las siguientes características.

A) CONTRIBUCIÓN A LA CAUSACIÓN DEL PROPIO DAÑO

- 12** El perjudicado tiene que haber sufrido un **daño** que haya sido causado por otro de manera que dé lugar a responsabilidad (p. e., §§ 280 ss. y 823 ss.).

²⁷¹ BGH NJW-RR 2009, 46 (48), con nota de *Looschelders* LMK 2009, 272915; NJW-RR 2009, 175 (177); *Brox/Walker* SchuldR AT § 31 n. m. 40 s.; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 749.

²⁷² Cfr. RGZ 54, 407 (411).

Además, el perjudicado tiene que haber realizado u omitido una acción que **contribuya a causar** el daño. Por último, el daño tiene que ser objetivamente **imputable** al perjudicado²⁷³. Causalidad e imputabilidad se determinan conforme a los mismos principios que la responsabilidad del causante del daño (→ § 45 n. m. 1 ss.).

B) INFRACCIÓN DE UNA CARGA

- 13** El perjudicado tiene que haber infringido una **carga** con su conducta. Qué cargas incumben al perjudicado es algo que debe determinarse *ponderando los intereses* del causante del daño y del perjudicado. A estos efectos se encuentra, de una parte, el interés del causante del daño en limitar adecuadamente su riesgo de responsabilidad. De otra parte, el perjudicado está interesado en que su libertad de actuación no se vea demasiado limitada por el establecimiento de cargas. Cuanto más se vea afectada la libertad de actuación del perjudicado, más reticente hay que ser con la aceptación de cargas. A este respecto tiene gran importancia práctica la cuestión de si la pretensión de indemnización del daño de un **ciclista** ha de reducirse por culpa cuando en un accidente de tráfico ha sufrido lesiones en la cabeza que habrían sido mitigadas llevando un **casco protector**²⁷⁴. El BGH lo ha negado en una reciente sentencia²⁷⁵. La Sala advierte, con razón, que una pretensión de reducción conforme al § 254 I no depende de si el perjudicado ha lesionado un deber jurídico²⁷⁶. No obstante, para el período en cuestión –hasta 2011–, la Sala tampoco constató una consciencia general en el tráfico respecto de la necesidad de que los ciclistas llevaran casco. Es cierto que, a primera vista, parece cuestionable la relevancia normativa de la «consciencia general en el tráfico». Sin embargo, aquella se deduce del hecho de que las expectativas dirigidas a la conducta del ciclista están conformadas por la «consciencia general en el tráfico».

Al concretar las cargas del perjudicado también ha de tenerse en cuenta que la libertad de actuación de las **personas discapacitadas o frágiles** no sea limitada excesivamente²⁷⁷.

²⁷³ Respecto del requisito de una relación de imputación objetiva en el § 254, cfr. *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 10 VIII; *Medicus/Lorenz SchuldR* AT n. m. 752.

²⁷⁴ Sobre el problema, *Morell AcP*214 (2014), 387 ss.; *Scholten NJW* 2012, 2993 ss.

²⁷⁵ BGH NJW 2014, 2493 con nota de *Looschelders LMK* 2014, 362735.

²⁷⁶ Cfr. *MüKoBGB/Oetker* § 254 n. m. 3.

²⁷⁷ Cfr. *Looschelders Mitverantwortlichkeit* 316.

Ejemplo (OLG Koblenz VersR 1987, 1225): S es culpable de un accidente de tráfico en el que G resulta herido como pasajero de una motocicleta. El proceso de curación se retrasa porque G es «hemofílico». S objeta que a G le es oponible una conculpa en la producción del daño por haber montado en la motocicleta conociendo sus problemas de salud.

El OLG Koblenz rechazó la objeción considerando que la libertad general de actuación de G se limitaría de manera irrazonable si por su problema de salud no pudiera participar con un vehículo debidamente autorizado en el tráfico rodado en general.

C) CULPA

- 14** Por último, la conducta del perjudicado debe haber sido culpable. La culpa ha de juzgarse conforme al § 276 por analogía. Por tanto, también aquí rige el **parámetro objetivado de negligencia** (→ § 23 n. m. 9 ss.)²⁷⁸. Así, hay que examinar si un sujeto medio sensato y concienzudo, perteneciente al sector del tráfico afectado, habría previsto y evitado la producción de su propio daño. Los eventuales déficits individuales no se toman en cuenta. Es cierto que, desde el punto de vista de la justicia, en ocasiones puede ser problemático imputar al perjudicado una conculpa a pesar de que no pudo reconocer y evitar la inminente producción del daño. Sin embargo, no está justificado tratar al perjudicado de forma distinta que al causante del daño en este aspecto.
- 15** La conculpa presupone la **imputabilidad**. Los §§ 827 y 828 se aplican por analogía²⁷⁹. Ciertamente, la doctrina opone a ello que los §§ 827 y 828 solo tratan de proteger a los niños y a otras personas incapaces de culpa de que carguen con pretensiones de indemnización de daños. Por contra, en el marco del § 254 los niños deberían soportar los inconvenientes asociados a su etapa vital, del mismo modo que pueden disfrutar del lado agradable de su edad²⁸⁰. Sin embargo, conforme al claro tenor literal del § 254, el precepto solo opera si el perjudicado es *corresponsable* del daño. Sin embargo, si falta la imputabilidad no puede hablarse de culpa alguna. Además, no se tiene en cuenta la especial importancia que, conforme a las valoraciones de nuestro ordenamiento jurídico, se concede a la protección de los usuarios más débiles de la vía pública como, en especial, los niños²⁸¹.

²⁷⁸ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 276 n. m. 15; de otra opinión, *Henke* JuS1988, 753 (757).

²⁷⁹ Cfr. GHZ 9, 316 (317); 24, 325 (327); Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 254 n. m. 42 s.

²⁸⁰ Así, *Rother*, Die Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, 89.

²⁸¹ Así, también, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 869.

Ejemplo: Jugando, K, de nueve años, corre por la calle y es atropellado por un automóvil. K exige a S el resarcimiento del daño y la indemnización del daño moral. S alega conculpa.

Sin embargo, según el § 828 II, los niños menores de diez años no son responsables del daño que hayan causado a otro en un accidente con un vehículo de motor. Este trato privilegiado de los niños en el tráfico rodado se aplica por analogía en el marco del § 254. De ahí que S no pueda oponer a K la propia conculpa.

D) RESPONSABILIDAD POR RIESGO DEL PERJUDICADO

- 16** Según la opinión general, el § 254 también es aplicable cuando, si bien al perjudicado no le es imputable la infracción culpable de una carga, sin embargo, el daño queda en su ámbito de (co-) responsabilidad por otros motivos. Jurisprudencia y doctrina dominante defienden al respecto la opinión de que los deberes del perjudicado de hacerse responsable al margen de la culpa han de determinarse por analogía con los **supuestos de hecho de la responsabilidad por riesgo** aplicables al causante del daño²⁸². Frente a ello, una opinión minoritaria defendida en la doctrina aboga por extender los deberes de responder sin culpa en el marco del § 254 a «todos los riesgos especiales» que el perjudicado haya creado para sus propios bienes jurídicos e intereses²⁸³. En este sentido, el OLG Karlsruhe y el OLG Köln han defendido la opinión de que la mera participación en la actividad de esquiar puede justificar una conculpa²⁸⁴.
- 17** Si se parte de la opinión aquí defendida, de que el § 254 descansa en el **principio de igualdad de trato**, hay que rechazar claramente tales consideraciones. Sobre el afectado solo recae un deber de responsabilizarse sin culpa cuando en el caso contrario –caso de daño a otra persona– sería responsable del daño sobre la base de un supuesto de hecho de responsabilidad por riesgo.

Ejemplo: En el caso de un accidente de tráfico, el *poseedor* perjudicado (H) tiene que admitir que se le atribuya el riesgo contributivo de explotación de su vehículo conforme al § 9 StVG y § 254, aunque no haya sido (co-) culpable del daño. Lo determinante es que, en caso de daño a un tercero, H sería responsable del daño en

²⁸² Cfr. BGH VersR 1961, 931 (932); NJW 1995, 1150; *Larenz SchuldR I* § 31 Ib; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 28 s.; *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 254 n. m. 10.

²⁸³ Así, *Allg. HaftungsR* n. m. 581; a favor de ampliar la «responsabilidad por riesgo» del perjudicado, también *Esser/Schmidt SchuldR I 2* § 35 I 4.

²⁸⁴ OLG Karlsruhe NJW 1959, 1589; OLG Köln NJW 1962, 1110 (1111); en contra, acertadamente, OLG Stuttgart NJW 1964, 1859 (1860).

virtud del § 7 StVG²⁸⁵. Por el contrario, si el *conductor* que resulta lesionado en un accidente de tráfico no coincide con el poseedor, la corresponsabilidad no puede fundarse en el riesgo de explotación²⁸⁶. Porque según el § 18 StVG, el conductor como tal solo responde por su propia culpa, que se presume (→ SchuldR BT § 74 n. m. 1). Si el *arrendador financiero* no poseedor, como propietario del vehículo de leasing dañado, exige de un tercero la indemnización del daño conforme al § 823 I, no le es imputable ni el riesgo de explotación del vehículo ni la culpa de su tomador del leasing –del poseedor y conductor–²⁸⁷. En el caso de una pretensión de indemnización del daño ex § 833 inciso 1 a causa del daño por un animal, el perjudicado tiene que admitir que, dado el caso, se le atribuya el *riesgo por tenencia de animales* derivado de su propio animal (de lujo), de acuerdo con los §§ 254 I y 833 inciso 1²⁸⁸. No obstante, conforme a la valoración del § 840, ante una responsabilidad por culpa ex § 823 I, el riesgo por tenencia de animales derivado de un animal propio del perjudicado no ha tomarse en cuenta para minorar la pretensión²⁸⁹.

3. Carga de evitar el daño o de minorar el daño

- 18** Según el § 254 II 1 alternativas 2 y 3, tras producirse el suceso dañoso, recae sobre el perjudicado la carga de esforzarse por evitar o minorar el daño en el marco de lo **exigible**. El problema radica en determinar los límites de la exigibilidad. Es difícil hacer aquí declaraciones generales. De nuevo, la ponderación de intereses es determinante. Por una parte, debe tenerse en cuenta la libertad de actuación del perjudicado. Por otra, hay que garantizar que el causante del daño no responda ilimitadamente de aquellos daños que el perjudicado pueda evitar con medidas que le sean exigibles²⁹⁰.

Ejemplo (LG Düsseldorf VersR 1966, 95): G es herido levemente en un accidente del que S es culpable. Para curarse de las lesiones, G, por consejo de su médico de cabecera, toma unas costosas curas en Arosa y Merano. ¿Tiene S que soportar los costes asociados a ello? Objetivamente, las curas no eran necesarias para curar las lesiones causadas por S. Por tanto, G ha infringido su carga de reducir el daño. Es cuestionable si existe culpa. El LG lo afirmó considerando que, si hubiera observado la diligencia exigible, G habría podido reconocer que las curas no estaban indicadas.

²⁸⁵ BGHZ 12, 124 (128); BGH NJW 2007, 3120 (3122); MüKoBGB/Oetker § 254 n. m. 5.

²⁸⁶ Cfr. BGH VersR 2010, 268 (269) y 270 (271) con nota de Looschelders 272 ss.

²⁸⁷ BGH NJW 2007, 3120 (3122). Respecto de la culpa del tomador del leasing es decisivo que el § 278 no sea aplicable en el ámbito extracontractual (→ § 50 n. m. 21 ss.).

²⁸⁸ BGHZ 67, 129 = NJW 1976, 2130 (2131); BGH NJW 2016, 2737 n. m. 9.

²⁸⁹ BGH NJW 2016, 2737 n. m. 13.

²⁹⁰ Cfr. MüKoBGB/Oetker § 254 n. m. 76.

- 19 En la práctica, el problema de la minoración del daño se plantea a menudo en relación con la cuestión de las condiciones en las que el perjudicado debe admitir someterse a una **operación** o **reorientarse profesionalmente**, de acuerdo con el § 254 II 1, para reducir al mínimo su pérdida de ingresos.

Ejemplo: G ha sido gravemente herido en un accidente de tráfico del que es culpable S y por ello ya no puede ejercer la profesión que aprendió. Exige a S indemnización por la pérdida de ganancias. S alega que, operándose, G puede recuperar la capacidad de trabajar en la profesión que aprendió. En todo caso, G tendría que reorientarse profesionalmente para otra actividad. ¿Cuál es la situación jurídica?

A la hora de valorar estos casos hay que tener en cuenta que las posibles medidas para minorar el daño afectan a intereses **personalísimos** del perjudicado. De ahí que la exigibilidad deba juzgarse conforme a criterios especialmente estrictos. Al hacerlo, no cabe limitarse a un patrón abstracto, sino que hay que tomar en cuenta las circunstancias *individuales* del perjudicado. Por tanto, el perjudicado solo tiene que someterse a una **operación** si, según el estado de la ciencia, la intervención puede llevarse a cabo de forma sencilla, sin peligro y sin dolor y ofrece una *perspectiva segura* de curación o de mejora sustancial. Incluso si se dan estos presupuestos objetivos, puede alegar que la operación no le es exigible debido a sus circunstancias individuales²⁹¹. En cambio, una **reorientación profesional** debe serle exigible en cuanto pueda suponerse con *cierta probabilidad* que encontrará un empleo en la nueva profesión²⁹².

4. Advertencia de un daño inusualmente elevado

- 20 Según el § 254 II 1 alternativa 1, el perjudicado también está obligado a llamar la atención del causante del daño sobre el peligro de un daño inusualmente elevado que el último ni conocía ni debía conocer. Este denominado **deber de advertencia** se entiende mayoritariamente como manifestación especial del deber de evitar el daño²⁹³. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, la mayoría de las veces, el deber de advertencia afecta ya al **curso causal fundamentador de responsabilidad**²⁹⁴. Al mencio-

²⁹¹ Cfr. RGZ 139, 131 (134 s.); BGH VersR 1987, 408 (409); *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 573; *Larenz SchuldR* I § 31 Ic.

²⁹² Cfr. RGZ 160, 119 (122); BGHZ 10, 18 (20); *Soergel/Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 94.

²⁹³ Así, por ejemplo, *Palandt/Griineberg* § 254 n. m. 37; *Brand SchadensersatzR* § 9 n. m. 25.

²⁹⁴ *Harke SchuldR* AT n. m. 323; *Looschelders Mitverantwortlichkeit* 165.

nar expresamente el deber de advertencia en el § 254 II 1, el legislador quería dejar claro que la imprevisibilidad del daño para su causante no excluye la imputación del daño, sino que solo puede ser relevante desde la perspectiva de la conculpa²⁹⁵.

Ejemplo: En el caso de los contratos de transporte, el expedidor está obligado, en virtud del § 254 II 1 alternativa 1, a informar al transportista de un valor inusualmente alto de la mercancía transportada²⁹⁶. Si el expedidor ha infringido esta carga, la jurisprudencia parte, en caso de pérdida de la mercancía, de que, con tal información, el transportista o bien habría adoptado especiales medidas de seguridad o bien habría rechazado el encargo de transporte²⁹⁷. En ambos casos no se habría llegado a la pérdida de la mercancía transportada. No obstante, esto no cambia en nada que al transportista debe imputársele la pérdida y el daño derivado de ella. Pero la pretensión del expedidor para la indemnización del daño deberá reducirse conforme al § 254 I.

5. Responsabilidad del perjudicado por terceros

- 21** Los presupuestos bajo los cuales el perjudicado ha de responsabilizarse de la culpa de terceros, es una de las cuestiones más controvertidas de la coresponsabilidad. La controversia está provocada por el problema del significado que hay que atribuir a la remisión del § 254 II 2 al § 278. Una cuestión particularmente delicada a este respecto es en qué medida es imputable a los niños la culpa de sus representantes legales.

Ejemplo (tomado de OLG Hamm NJW 1993, 542): El niño de seis años K conducía su bicicleta infantil por la acera, su madre M le seguía a una distancia de cinco metros con su bicicleta. Durante el trayecto, K chocó con unos cubos de basura colocados en la acera y cayó sobre la calzada, donde fue atropellado y herido por el automóvil de S. En el momento del accidente, M estaba telefoneando con su móvil y por ello se dio cuenta demasiado tarde del peligro. K exige a S resarcimiento del daño e indemnización del daño moral. S alega que a K debe atribuírsele la culpa de su madre, que tampoco había estado atenta.

- 22** En jurisprudencia y doctrina hay hoy acuerdo en que el § 254 II 2 no se refiere solo a los casos mencionados en el párrafo 2 inciso 1, sino que se aplica también a la regulación general de la conculpa del párrafo 1. Por tanto, el § 254 II 2 debe tratarse como un **párrafo tercero** independiente²⁹⁸.

²⁹⁵ Cfr. *Brand SchadensersatzR* § 9 n. m. 26; *Looschelders Mitverantwortlichkeit* 35 s.

²⁹⁶ Respecto de la concreción del «inusual importe» del daño, BGH NJW-RR 2010, 909.

²⁹⁷ BGH NJW-RR 2009, 175.

²⁹⁸ Cfr. *Brox/Walker SchuldR AT* § 31 n. m. 46; *Palandt/Grüneberg* § 254 n. m. 48.

- 23** Sin embargo, la cuestión decisiva es qué ha de entenderse por aplicación *analógica* del § 278. La opinión dominante considera el § 254 II 2 como **remisión al fundamento jurídico** del § 278. Conforme a ello, el precepto solo es aplicable al perjudicado cuando entre los implicados existe una relación obligatoria o una vinculación jurídica especial parecida. De lo contrario, solo puede considerarse la aplicación analógica del § 831²⁹⁹. En cambio, según una opinión contraria extendida en la doctrina, se trata de una **remisión a las consecuencias jurídicas**. Dado que el § 278 únicamente sería aplicable «por analogía», podría renunciarse a la existencia de una relación obligatoria³⁰⁰. De acuerdo con una **opinión intermedia**, en el ámbito extracontractual el § 278 solo puede aplicarse por analogía a los auxiliares del perjudicado, pero no a sus representantes legales³⁰¹.

Ejemplo: En el caso del móvil (→ 50 n. m. 21), no existía entre K y S ninguna vinculación especial en el momento del accidente. Por tanto, según la opinión dominante, a K no puede atribuírsele la culpa de M conforme a los §§ 254 II 2 y 278. La aplicación analógica del § 831 queda excluida porque M no es auxiliar de K para la ejecución de una actividad. La opinión intermedia llega en este caso al mismo resultado. En cambio, conforme a la opinión minoritaria defendida en la doctrina, la pretensión indemnizatoria del daño de K frente a S ha de reducirse conforme a los §§ 254 II 2 y 278, en la parte de responsabilidad de M. Sobre la posible reducción de la pretensión en tales casos desde la perspectiva de la alteración de la compensación en la deuda solidaria (→ § 54 n. m. 33 ss.).

- 24** El **tenor literal** del § 254 II 2 no sirve de mayor ayuda para la interpretación. En particular, la expresión «por analogía» no justifica la conclusión de que no es necesaria una vinculación obligatoria entre los implicados³⁰². En todo caso, dado que el § 278 está hecho a medida de la responsabilidad del causante del daño, el precepto solo puede aplicarse al perjudicado por analogía³⁰³. Desde un punto de vista **sistemático**, hay que tener en cuenta que el ámbito directo de aplicación del § 278 se limita a las relaciones obligatorias existentes. Ciertamente, esto no excluye, en el marco de una remisión, extender el precepto al ámbito extracontractual. Sin embargo, dado que la responsabilidad por la conducta de terceros en el ámbito extracontractual está regulada en el § 831, es más indicada la aplicación analógica de este. A

²⁹⁹ Cfr. RGZ 77, 211 (212 s.); BGHZ 3, 46 (49 ss.); 9, 316 (318 ss.); 103, 388 (344); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 756; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 125; *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 254 n. m. 99.

³⁰⁰ En este sentido, por ejemplo, *Deutsch Allg. HaftungsR* n. m. 577.

³⁰¹ Así, *Larenz SchuldR I* § 31 Id; en detalle, también *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 10 XI 6.

³⁰² Así también *Soergel/Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 125; de otra opinión, *Finger JR* 1972, 406 (408).

³⁰³ *Lange/Schiemann Schadensersatz* § 10 XI 3, 6.

ello no se opone la falta de una remisión expresa al § 831. Dado que el § 831 establece una responsabilidad por culpa *propia*, tener en cuenta las correspondientes infracciones de las cargas en cuanto a la elección y la vigilancia del auxiliar por parte del perjudicado, no plantea a priori ningún problema en el marco del § 254³⁰⁴. No obstante, lo determinante es la consideración **teleológica** de que, en el § 254, el legislador optó por la igualdad de trato entre el causante del daño y el perjudicado como principio. De ahí que no esté justificado ampliar *unilateralmente* el ámbito de aplicación del § 278 al perjudicado en el ámbito extracontractual.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 25** En cuanto a las consecuencias jurídicas del § 254, el daño ha de distribuirse entre el causante del daño y el perjudicado en función del grado de la respectiva **responsabilidad**. El grado de responsabilidad depende del peso de factores que, sobre la base del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad y del § 254, justifican la imputabilidad del daño al ámbito de responsabilidad de los afectados. En el primer plano de la ponderación está el peso *objetivo* de las **contribuciones causales**. No obstante, además de ello, en el caso de la responsabilidad por culpa también hay que tener en cuenta el grado de **culpa**. En cambio, en el caso de la responsabilidad por riesgo, lo relevante es el nivel del **riesgo material o de explotación** que se ha materializado en el suceso dañoso. Ciertamente, la responsabilidad por culpa y por riesgo se basan en diferentes fundamentos de imputación, difícilmente comparables entre sí. Sin embargo, en la ponderación hay que partir del principio de equivalencia de ambos tipos de responsabilidad. De ahí que no esté justificado conceder por principio más peso a los fundamentos de imputación basados en la culpa que a los de la responsabilidad por riesgo³⁰⁵.

La ponderación conduce por lo general a una distribución **proporcional** del daño entre el causante del daño y el perjudicado. No obstante, la responsabilidad de un implicado puede prevalecer tanto que la contribución del otro pase por completo a un segundo plano. Si, por ejemplo, uno de los implicados ha actuado *dolosamente*, y el otro solo negligentemente, por lo regular el daño solo debe ser soportado por aquel al que es imputable el dolo³⁰⁶.

³⁰⁴ Cfr. RGZ 77, 211 (213).

³⁰⁵ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 31 Ie; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 156.

³⁰⁶ Cfr. RGZ 76, 313 (323); BGHZ 98, 148 (159); *Larenz SchuldR I* § 31 Ie.

El caso en que, en contra de lo dispuesto en el § 254 II 1, el perjudicado omite realizar una **actividad remunerada exigible**, reviste particularidades. Conforme a la jurisprudencia del BGH, en este caso no tiene lugar una reducción proporcional de la pretensión indemnizatoria del daño. Antes bien, hay que deducir al perjudicado los ingresos (ficticios) que hubieran podido obtenerse³⁰⁷.

IV. ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO

- 26** En ocasiones, la contribución causal del perjudicado consiste en que, deliberadamente y sin razones imperiosas, se ha expuesto a un peligro creado y controlado por el causante del daño. Se habla entonces de una **actuación a propio riesgo**³⁰⁸. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el término de actuación a propio riesgo solo describe una conducta *de hecho* del perjudicado. Con ello no se expresa aún nada acerca de cómo ha de valorarse esta conducta desde un punto de vista *jurídico*³⁰⁹.

1. Participación en viajes peligrosos

- 27** Un importante ámbito de aplicación de la conducta a propio riesgo se ha dado en los casos en que el perjudicado viaja en un vehículo ajeno pese a conocer o deber conocer circunstancias particulares que incrementan el riesgo (p. e., la incapacidad para conducir del conductor debido al alcohol).

Ejemplo: Los compañeros de trabajo G y S emprendieron conjuntamente un recorrido por los bares. Dado que S aún se siente capacitado para conducir, ofrece a G llevarle a casa en su automóvil. G sabe que S ha consumido considerables cantidades de alcohol; pero como conoce su aguante para la bebida, consiente. Durante el trayecto, debido a su embriaguez, S causa un accidente en el que G resulta herido. G exige a S una indemnización del daño. S objeta que G actuó a propio riesgo.

- 28** Se discute cuáles son los principios conforme a los cuales hay que tratar estos casos. En los **casos de coches compartidos**, la jurisprudencia más antigua defendió la opinión de que el perjudicado había *autorizado* tácitamente, con efecto justificativo, las lesiones que pudieran derivarse del riesgo conocido³¹⁰.

³⁰⁷ BGH NJW 2007, 64.

³⁰⁸ Cfr. BGHZ 34, 355 (358); Soergel/*Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 68.

³⁰⁹ Cfr. *Jauernig/Teichmann* § 254 n. m. 14; además (contemplando la conducta a propio riesgo en el deporte), *Looschelders* JR 2000, 265 (268).

³¹⁰ Cfr. RGZ 141, 262 (266); BGHZ 2, 159 (162); BGH VersR 1953, 85.

Sin embargo, esto no es convincente. Aunque el perjudicado reconozca el riesgo, generalmente confiará en que no se materializará. Suponer una autorización tácita de la lesión es, por ello, una pura ficción³¹¹. De ahí que, con razón, el BGH haya abandonado esta jurisprudencia y trate ahora los casos de coches compartidos desde la perspectiva de la *conculpa* (§ 254)³¹².

2. Participación en disciplinas deportivas peligrosas

- 29 Otro importante campo de aplicación de la doctrina de la actuación a propio riesgo es, tradicionalmente, la participación en disciplinas deportivas peligrosas (p. e., fútbol o boxeo). La jurisprudencia resuelve estos casos con ayuda del § 242. Es determinante la consideración de que un deportista acepta las lesiones que se producen en caso de que el compañero de juego se comporte conforme a las reglas. Por lo tanto, contraviene la **prohibición de conducta contradictoria** si, no obstante, con posterioridad reclama la indemnización del daño al compañero de juego³¹³. Sin embargo, esto presupone que la disciplina deportiva en cuestión conozca de reglas fijas que sirvan también a la protección de la integridad física de los participantes³¹⁴. Parte de la doctrina defiende la **aplicación del § 254**³¹⁵. Frente a ello, parece preferible admitir que la lesión de un compañero de juego en caso de conducta conforme a las reglas no materializa el **supuesto de hecho del § 823 párrafo 1**³¹⁶.

Según la reciente jurisprudencia del BGH, los principios de limitación de responsabilidad en caso de participación en una disciplina deportiva peligrosa no operan en la medida en que exista la **cobertura de un seguro**³¹⁷. En este caso no sería contrario a la buena fe que el perjudicado hiciera valer el daño cubierto por el seguro. Además, no habría ningún motivo para suponer que los participantes querían renunciar recíprocamente a las pretensiones de indemnización del daño. Esto tiene importancia práctica sobre todo en las competiciones de deportes de motor, a causa del **seguro obligatorio de res-**

³¹¹ Respecto de la crítica a la «solución de la autorización», cfr. Soergel/*Ekkenga/Kuntz* § 254 n. m. 69; Staudinger/*Schiemann*, 2017, § 254 n. m. 66. Acerca de las cuestiones paralelas en Derecho penal, Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 11 n. m. 105.

³¹² En profundidad, BGHZ 34, 355 (360 ss.); cfr. también Palandt/*Grüneberg* § 254 n. m. 34.

³¹³ BGHZ 63, 140 (145) - fútbol; 154, 316 (323) -carreras de coches; en detalle, Götz, *Die deliktische Haftung für Sportverletzungen im Wettkampfsport*, 2009, 119 ss.

³¹⁴ BGH NJW-RR 2006, 672 (674) - baile de empujones.

³¹⁵ Así, en principio, MüKoBGB/*Oetker* § 254 n. m. 67.

³¹⁶ Cfr. BGH VersR 2009, 1677; *Looschelders* JR 2000, 265 (269 ss.); Götz, *Die deliktische Haftung für Sportverletzungen im Wettkampfsport*, 2009, 181 ss.

³¹⁷ Así, BGH NJW 2008, 1591 (1592).

ponsabilidad civil. En cambio, en el caso de otras disciplinas deportivas peligrosas (p. e., fútbol), la existencia de un seguro voluntario de responsabilidad civil no puede justificar una ampliación de la responsabilidad³¹⁸.

3. Actuación a propio riesgo y responsabilidad por riesgo

- 30** La actuación a propio riesgo tiene particular relevancia en el caso de la responsabilidad por riesgo. En este ámbito se reconoce ampliamente que la aceptación deliberada del riesgo puede excluir ya el supuesto de hecho generador de responsabilidad³¹⁹. Sin embargo, es muy discutida la cuestión de en qué condiciones queda excluida la responsabilidad por riesgo del poseedor de un caballo frente al jinete conforme al § 833 inciso 1. En la doctrina se defiende mayoritariamente la opinión de que, en general, la responsabilidad del § 833 inciso 1 queda excluida si el perjudicado ha asumido gratuitamente y en propio interés el control del caballo³²⁰. En opinión del BGH, el jinete queda incluido en el ámbito de protección del § 833 inciso 1. Esto solo varía si ha asumido deliberadamente riesgos especiales, que van más allá de los normalmente asociados a montar a caballo³²¹. Se mencionan como ejemplos el adiestramiento de caballos, la doma y el salto de obstáculos.
- 31** Si se afirma el supuesto de hecho del § 833 inciso 1, la pretensión indemnizatoria del daño del jinete puede limitarse o excluirse por **conculpa** conforme al § 254. No obstante, es necesario que el perjudicado haya cometido un error al montar o haya corrido un riesgo irrazonablemente elevado. Montar un caballo extraño en ningún caso puede bastar por sí solo para justificar la objeción de la conculpa.

Sobre Derecho comparado: La actuación a propio riesgo también es considerada en el Derecho austríaco y suizo como caso de aplicación de la conculpa. En los casos de coche compartido (→ § 50 n. m. 27 s.), la jurisprudencia francesa parte igualmente de que la *acceptation des risques* constituye una *faute de la victime*. En cambio, según el Derecho inglés y norteamericano, la *assumption of risk* excluye por completo la pretensión indemnizatoria del perjudicado³²².

³¹⁸ En detalle al respecto, *Looschelders* FS G. Müller, 2009, 129 ss.; cfr. también BGH VersR 2009, 1677 (1678).

³¹⁹ Cfr. BGH VersR 2006, 416 (417 s.); *Lange/Schiemann* Schadensersatz § 10 XIV 1.

³²⁰ En este sentido, *Deutsch* Allg. HaftungsR n. m. 593 s.; *Esser/Weyers* SchuldR II 2 § 58 III 1d; *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 84 II 1e.

³²¹ BGH NJW 1992, 2474; 1993, 2611; en el mismo sentido, *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 636. En detalle al respecto → SchuldR BT § 68 n. m. 5.

³²² Cfr. *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 73 s. (78 s., 89, 103 ss.).

Bibliografía: *Dunz*, »Eigenes Mitverschulden« und Selbstwiderspruch, NJW 1986, 2234; *Götz*, Die deliktische Haftung für Sportverletzungen im Wettkampfsport, 2009; *Greger*, Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?, NJW 1985, 1130; *Hager*, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, 1640; *Henke*, Mitverursachung und Mitverschulden – Wer den Schaden herausfordert, muss den Schädiger schonen, JuS 1988, 753; *Henke*, Die Versäumnisse Dritter und die Zurechnung als Mitverschulden des Geschädigten, JuS 1990, 30; *Henke*, Die Bewältigung des Mitverschuldens – eine anspruchsvolle juristische Technik, JuS 1991, 265; *Th. Honssell*, Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977; *Koziol*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese?, FS Deutsch, 2009, 781; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999; *Looschelders*, Die haftungsrechtliche Relevanz außergesetzlicher Verhaltensregeln im Sport, JR 2000, 265; *Looschelders*, Auswirkungen der Versicherung auf die Haftung beim Sport, FS G. Müller, 2009, 129; *Medicus*, Zum Schutzzweck schadensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten, FS Niederländer, 1991, 329; *Peters*, Der Einwand des Mitverschuldens gegenüber Erfüllungsansprüchen, JZ 1995, 754; *Rother*, Die Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965; *Schünemann*, »Mitwirkendes Verschulden« als Haftungsgrund bei Fernwirkungsschäden, VersR 1978, 116; *Stöhr*, Ausgewählte Fragen zum Verschulden gegen sich selbst, ZfS 2010, 62; *Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; *Stoll*, Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr als Argument gegen die Haftung, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 223.

PARTE NOVENA

POSICIÓN DE LOS IMPLICADOS EN LA RELACIÓN CON PLURALIDAD DE PERSONAS

§ 51 EL CONTRATO EN FAVOR DE TERCEROS

I. FINALIDAD

- 1 Los **deberes** contractuales **de prestación**, en principio, solo recaen en las partes del contrato. Sin embargo, en algunos casos existe la necesidad de proporcionar a un tercero que no es parte en el contrato una pretensión directa de prestación. Tal necesidad se da, en particular, en los contratos con *función de asistencia*¹. El seguro de vida es representativo. Aquí el beneficiario es en la mayoría de los casos el cónyuge supérstite. Otros ejemplos son los contratos de renta vitalicia y de entrega de granja. En otros casos, lo que se encuentra en un primer plano es la *utilidad práctica* de un derecho de crédito propio para el tercero. Si el tercero adquiere la pretensión de prestación *directamente* –esto es, sin pasar por el patrimonio del destinatario de la promesa (= acreedor contractual)– los acreedores de este no tienen ninguna posibilidad de regreso².
- 2 El BGB tiene en cuenta estas necesidades mediante el **verdadero** contrato en favor de terceros (§§ 328 ss.). La característica determinante de este instituto jurídico es un *derecho de crédito propio* del tercero frente al deudor. De esto han de distinguirse los casos en que los implicados simplemente

¹ Soergel/Hadding § 328 n. m. 5; Staudinger/Klump, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 18.

² Larenz SchuldR I § 17 Ia.

buscan *un atajo en el camino de la prestación*. En este caso se habla de un contrato **falso**, o también habilitante, en favor de terceros.

Ejemplo: El abogado R compra en la tienda de ordenadores de V un ordenador personal para su hijo S, estudiante de Derecho. R y V acuerdan que el aparato debe ser entregado directamente a S. En tal caso hay que preguntarse si se trata de que S adquiriera un derecho propio a exigir la entrega del ordenador, o si R simplemente ha autorizado a V a realizar la prestación a S con efecto liberatorio (§§ 362 II y 185 I).

II. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO VERDADERO Y FALSO EN FAVOR DE TERCEROS

- 3 La distinción se hace atendiendo preferentemente al **acuerdo de las partes**. Si las partes no han tomado un acuerdo particular al respecto, hay que atender a la *presunta* voluntad de las partes. Esta ha de averiguarse por medio de la interpretación. Al efecto hay que recurrir en primer lugar a las **reglas interpretativas** de los §§ 329 y 330. Acorde con la necesidad de incorporar a un tercero en los contratos con función de asistencia, el § 330 dispone que los *contratos de renta vitalicia* (§§ 759 ss.; → SchuldR BT § 48 n. m. 1 ss.) son, en caso de duda, verdaderos contratos en favor de terceros. Para los **contratos de seguro de vida**, desde la reforma de la VVG de 2008 esto ya no se deduce del § 330, sino del § 159 VVG³.

Otros casos en los que se presume un verdadero contrato en favor de terceros son la *donación modal* (§ 525) y la ya apenas relevante *asunción de patrimonio* o *de bienes* (§ 330). En caso de duda, no hay verdadero contrato en favor de terceros cuando alguien se compromete por contrato con el deudor a cumplir las obligaciones de este frente a otro (§ 329). Por lo tanto, en tanto no haya asunción de deuda (→ § 53 n. m. 1 ss.), el acreedor no adquiere por esa **asunción del cumplimiento** una pretensión propia.

- 4 Si la situación en cuestión no puede encuadrarse en ninguno de estos grupos de casos, hay que atender a las circunstancias del caso concreto. A estos efectos, tiene especial importancia la **finalidad** que las partes hayan perseguido con el contrato (§ 328 II). Por lo general, si las partes simplemente quieren acortar la vía de entrega, *no* hay que suponer que el tercero tenga un derecho de crédito propio.

³ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 330 n. m. 1.

Ejemplo: En el caso de la compra del ordenador (→ § 51 n. m. 2) no operan las reglas presuntivas legales. No se aprecian disposiciones contractuales de las que debiera deducirse un derecho de crédito de S. Tampoco la finalidad del contrato da ninguna evidencia de ello. Por lo tanto, la entrega del ordenador a S se presenta como un simple acortamiento del camino de la prestación. Por consiguiente, se trata de un falso contrato en favor de terceros.

III. ENCUADRE DOGMÁTICO

1. Inexistencia de un tipo contractual propio

- 5 El contrato en favor de terceros **no** es un **tipo contractual independiente** como el contrato de compraventa, arrendamiento u obra⁴. Antes bien, se trata de un acuerdo entre acreedor y deudor por el que la relación obligatoria es modificada de tal manera que el tercero adquiere un derecho de crédito propio.

Sobre Derecho comparado: El contrato en favor de terceros es conocido de diversas formas en casi todos los ordenamientos jurídicos⁵. Esto se aplica también, desde hace poco, al *Derecho inglés*. Aquí el reconocimiento del contrato en favor de terceros fracasó durante mucho tiempo debido a la exigencia de una contraprestación (doctrina de la *consideration*), así como al principio de *privity of contract*, según el cual un contrato solo puede establecer derechos y deberes entre las partes. Esta posición no fue superada sino a partir de la Contracts (Rights of Third Parties) Act de 11.11.1999⁶. También los Principles of European Contract Law (art. 6:110) y el Draft Common Frame of Reference (art. II.– 9:301 DCFR) contemplan el instituto del contrato en favor de terceros («*Stipulation in Favour of a Third Party*»)⁷. A la vista de esta evolución, es lógico que la Propuesta de normativa común de compraventa europea contenga también reglas al respecto (art. 78 GEKR)⁸.

2. Quiebra del principio contractual

- 6 Como se expuso en la Parte segunda (→ Parte segunda n. m. 1 ss.), en principio, las relaciones obligatorias solo surgen entre las partes de un contrato. El

⁴ Palandt/*Grüneberg* § 328 n. m. 1; MüKoBGB/*Gottwald* § 328 n. m. 4.

⁵ Una exposición de los detalles, en Staudinger/*Klump*, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 111 ss.; en especial sobre el Derecho español, *Christandl* ZEuP 2012, 245 ss.

⁶ Cfr. al respecto *Graf v. Bernstorff* RIW 2000, 435 ss.

⁷ Cfr. *Christandl* ZEuP 2012, 245 (251 ss.).

⁸ Más detalles al respecto, Schmidt-Kessel/*Looschelders/Makowsky*, 227 (250 ss.).

contrato en favor de terceros rompe este **principio contractual**. El instituto permite incorporar al contrato a un tercero como acreedor de una pretensión de prestación, sin que este haya emitido una declaración de voluntad propia. Ni siquiera es necesario que el tercero tenga capacidad jurídica en el momento de la conclusión del contrato⁹. De ahí que, mediante un contrato en favor de terceros, sea posible conferir derechos a un *nasciturus*, o también a un descendiente aún no concebido, para el caso de que llegue a nacer con vida¹⁰.

- 7 El reconocimiento jurídico del contrato en favor de terceros implica una cierta limitación de la libertad contractual negativa del tercero, protegida por el art. 2 I GG¹¹. Sin embargo, la regulación legal tiene en cuenta esta circunstancia, otorgando al tercero un ilimitado derecho de renuncia en el § 333. Además, no es posible un perjuicio directo a los intereses del tercero mediante un acuerdo que le grave. Y es que, según opinión generalizada, el **contrato en perjuicio de tercero** es **inadmisible**, dada la grave injerencia en la libertad contractual y volitiva del tercero¹².

Ejemplo: En el caso del ordenador (→ § 51 n. m. 2), S compra por sí mismo el ordenador. Acuerda con V que su padre R debe pagar el aparato. Se trata de un contrato inadmisibles en perjuicio de tercero. De ahí que R no esté obligado a pagar el precio.

- 8 La concesión de una posición jurídica conlleva no pocas veces cargas *indirectas*. Tales cargas no quedan incluidas en la prohibición de los contratos en perjuicio de tercero¹³. Además, también se permite hacer depender la concesión de derechos de la asunción de deberes. En este caso no hay un contrato en perjuicio de tercero, sino simplemente una *limitación de la asignación*¹⁴. El derecho de crédito del tercero no nace sino con la –voluntaria– asunción de la obligación. Si el tercero rechaza asumir la obligación, el derecho no llega a nacer. Por tanto, no se aplica el § 333.

IV. LAS RELACIONES JURÍDICAS DE LOS IMPLICADOS

- 9 El contrato en favor de terceros da lugar a una relación jurídica con tres lados. El contrato entre acreedor («destinatario de la promesa») y deudor («promi-

⁹ Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 47.

¹⁰ BGHZ 129, 297 (305); MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 24.

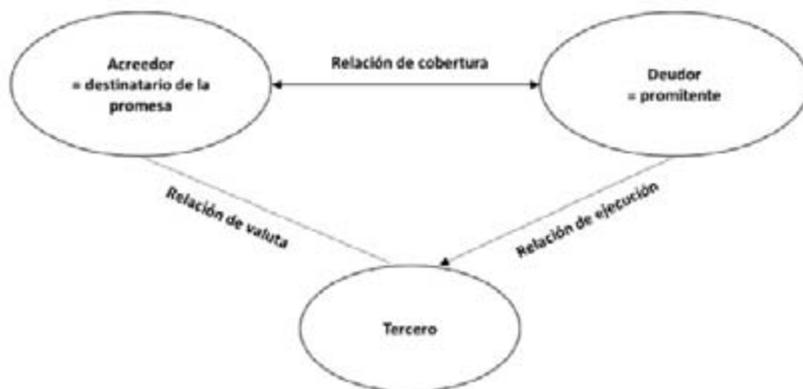
¹¹ Staudinger/Klumpp, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 14

¹² Palandt/Grüneberg Einf. vor § 328 n. m. 10.

¹³ Staudinger/Klumpp, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 66.

¹⁴ MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 266.

tente») constituye la relación de cobertura. La relación jurídica entre el destinatario de la promesa y el tercero es la llamada relación de valuta. La relación jurídica entre promitente y tercero se denomina relación de ejecución.



Esquema: Las relaciones jurídicas de los implicados en el contrato en favor de terceros.

1. Relación entre acreedor y deudor (relación de cobertura)

- 10** La **relación de cobertura** constituye la verdadera base del contrato en favor de terceros. En esta relación se regulan todas las relaciones jurídicas entre los implicados. Por ello también la eficacia del contrato en favor de terceros depende en su totalidad de esta relación.
- 11** La **eficacia** del contrato se rige por las reglas generales, debiéndose juzgar la *forma* a observar por el contenido del contrato en la relación de cobertura¹⁵. Si el contrato es eficaz, también la **pretensión del tercero** frente al deudor depende solo de los acuerdos adoptados entre acreedor y deudor¹⁶. Estos acuerdos determinan si el tercero adquiere, y en qué momento, un derecho de crédito propio y cómo se configura este. Además, todos los acuerdos accesorios (p. e., acuerdos de sumisión jurisdiccional) entre acreedor y deudor repercuten en la relación de deudor y tercero. Según el § 334, la relación de cobertura también es relevante para las **excepciones** del deudor frente a la pretensión del tercero (→ § 51 n. m. 17). Por último, la relación de cobertura determina si el acreedor puede exigir al deudor la prestación al tercero conforme al § 335.

¹⁵ BGHZ 54, 145; Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 51.

¹⁶ Larenz SchuldR I § 17 Ib; Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 11.

2. La relación entre acreedor y tercero (relación de valuta)

- 12 La **relación de valuta** designa la relación obligatoria entre el acreedor y el tercero. Proporciona el **fundamento jurídico** por el que el acreedor deja que el tercero obtenga la prestación del deudor¹⁷. La relación de valuta puede configurarse de distintas maneras en el caso concreto. El fundamento jurídico más frecuente es una donación del acreedor al tercero. Pero también la liquidación de una obligación contractual o legal propia (p. e., alimentos) frente al tercero puede ser el fundamento jurídico. Si en la relación de valuta falta el fundamento jurídico, el destinatario de la promesa puede exigir al tercero la cesión de la pretensión de prestación o la restitución de lo prestado, conforme al *régimen jurídico del enriquecimiento* (§§ 812 ss.)¹⁸.
- 13 En cambio, la falta de un fundamento jurídico en la relación de valuta generalmente no afecta a la **relación de cobertura** porque, en principio, ambas relaciones jurídicas han de contemplarse *independientemente* la una de la otra¹⁹. La situación solo varía si, atendiendo a las representaciones de las partes, la relación de valuta constituye el *fundamento negocial* (§ 313) del contrato en favor de terceros, o si la existencia de una relación de valuta se ha configurado como *condición* (§ 158 I) del surgimiento del contrato en favor de terceros²⁰.

3. Relación entre deudor y tercero (relación de ejecución)

A) ENCUADRE DOGMÁTICO

- 14 El lado decisivo de las relaciones jurídicas para la *implementación* del contrato en favor de terceros es la **relación de ejecución** entre deudor y tercero. El encuadre dogmático de esta relación jurídica no es claro. Según la opinión dominante, entre deudor y tercero no se establece una relación contractual independiente²¹. Esto es, el tercero no obtiene la condición de parte contratante²². No obstante, al menos en el caso del verdadero contrato en favor de terceros, no puede negarse que entre deudor y tercero existe una relación obligatoria especial en la que se apoyan, no solo el derecho de cré-

¹⁷ Soergel/Hadding § 328 n. m. 21; en detalle, Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, 348 ss.

¹⁸ Cfr. MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 28.

¹⁹ Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 18.

²⁰ Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 19.

²¹ MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 30.

²² Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 23; Soergel/Hadding § 328 n. m. 21.

dito del tercero, sino también los recíprocos deberes de protección²³. De ahí que las relaciones jurídicas entre deudor y tercero puedan caracterizarse como «*similares a las contractuales*»²⁴.

B) EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN

- 15** La similitud contractual de la relación jurídica entre deudor y tercero suscita la cuestión de si las pretensiones y los derechos derivados de una **contra-vencción de la prestación** corresponden al tercero o al acreedor y, dado el caso, cómo han de hacerse valer. Podría no discutirse que el tercero puede hacer valer las pretensiones de indemnización del *interés de integridad* (§ 280 I) y del *daño por mora* (§§ 280 I y II y 286) en tanto en cuanto el deudor lesione los deberes contractuales que tiene frente a él²⁵.
- 16** Sin embargo, sigue abierta la cuestión de si el tercero puede hacer valer también derechos que afecten al **contrato en su conjunto**. Estos derechos incluyen la pretensión de *indemnización del daño en lugar de la prestación* (§§ 280 I y III y 281 ss.) y la *resolución* del contrato (§§ 323 ss.). La doctrina dominante responde negativamente a esta cuestión. Según esta opinión, el ejercicio de los derechos que afectan al contrato como tal debe quedar reservado a las partes contratantes, dado que solo sus prestaciones están relacionadas entre sí sinalagmáticamente²⁶.

Para profundizar: La opinión dominante no es irrefutable: si el derecho del tercero es irrevocable, la opinión dominante parte también de que el acreedor solo puede ejercitar los derechos que afectan al contrato en su conjunto (p. e., resolución) con el asentimiento del tercero porque, de otro modo, el destinatario de la promesa podría recortar unilateralmente los derechos del tercero²⁷. Esto demuestra que el ejercicio de los derechos que afectan al conjunto del contrato no puede depender solo de las partes contratantes, sino que debe ser (al menos también) competencia del tercero. A favor de la legitimación del tercero habla, además, su condición *similar a la de parte*. Esto se deduce del § 334, que sitúa la relación entre deudor y tercero por lo que respecta a las excepciones en una *relación de reciprocidad*²⁸.

²³ Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, 286 ss.

²⁴ BGHZ 9, 316 (318); Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 25; Palandt/Grüneberg Einf. vor § 328 n. m. 5, habla de una «relación de confianza similar a la contractual».

²⁵ OLG Köln NJW-RR 1997, 542; Larenz SchuldR I § 17 Ib.

²⁶ Palandt/Grüneberg § 328 n. m. 5; Gottwald JZ 1985, 575 (576).

²⁷ RGZ 101, 275 (276); Lange NJW 1965, 657 (661); Palandt/Grüneberg § 328 n. m. 6.

²⁸ Staudinger/Klumpp, 2015, § 328 n. m. 25; yendo aún más lejos, Hadding FS Gernhuber, 1993, 153 ss.

C) EXCEPCIONES DEL DEUDOR DERIVADAS DE LA RELACIÓN DE COBERTURA

- 17 El § 334 abre al deudor la posibilidad de hacer valer frente a la pretensión de prestación del tercero **las excepciones derivadas de la relación de cobertura**²⁹. El concepto de excepción ha de entenderse a estos efectos en el sentido más amplio³⁰. Quedan comprendidas todas las causas que hagan decaer o aplazar el deber de prestación del deudor. Aquí se incluyen también las meras excepciones propias, como la prescripción*. No obstante, hay que tener en cuenta que el § 334 contiene Derecho *dispositivo*. Por tanto, la posibilidad del deudor de invocar excepciones puede excluirse contractualmente en la relación de cobertura³¹. Tal exclusión también es posible mediante una conducta concluyente y en el caso particular puede incluso deducirse del fin del concreto contrato y del trato favorable al tercero previsto en él.

Ejemplo (BGHZ 93, 271): R ha reservado un viaje combinado al Caribe con el organizador de viajes V. Para el transporte de los viajeros, V concluye con la compañía aérea F un contrato de charter. Cuando R quiere emprender el viaje de vuelta, F deniega el transporte porque V no ha cumplido con sus deberes de pago derivados del contrato de charter.

En opinión del BGH, el contrato entre V y F constituye un verdadero contrato en favor de terceros –los viajeros–³². Por lo tanto, R tiene frente a F una pretensión propia de transporte. Es cierto que, conforme al § 334, F también podría, por sí, oponer a R la excepción propia de contrato no cumplido (§ 320) que tiene frente a V. Sin embargo, dado que R podía dar por sentado que tenía una pretensión de transporte no sujeta a excepciones, esto queda descartado.

²⁹ Sobre el encuadre dogmático, *Makowsky*, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, 2019, 91 ff.

³⁰ Palandt/*Grüneberg* § 334 n. m. 3.

* **Nota de la traductora:** En el plano jurídico material, y tal como resulta del propio texto (ver también *infra*, n. m. 36 y 37 del § 52), «*Einwendung*» puede entenderse en un sentido estricto, alusivo a las llamadas excepciones impropias, o en un sentido amplio, comprensivo de estas y, además, de las excepciones propias («*Einrede*»). Así, la *Einrede* (excepción propia) es un derecho que paraliza el derecho subjetivo del actor, constituyendo, por tanto, un contraderecho; no afecta ni extingue el derecho como tal, simplemente da derecho a denegar la prestación en todo o en parte (p. e., la excepción de contrato no cumplido o de prescripción). La *Einwendung*, en cambio, entendida en sentido estricto (como excepción impropia), elimina el derecho, sea por hechos impeditivos (p. e., nulidad del contrato por contrariedad a las buenas costumbres), o sea por hechos extintivos (p. e., el cumplimiento). Dado el posible doble alcance del término *Einwendung*, a lo largo del texto lo traduzco como excepción, salvo en aquellos pasajes en que se menciona junto con las *Einrede*, diferenciándolo de estas y, por tanto, como expresivo únicamente de las excepciones impropias (como ocurre *infra*, en los n. m. 36 y 37 del § 52).

³¹ MüKoBGB/*Gottwald* § 334 n. m. 2; *Jauernig/Stadler* § 334 n. m. 1.

³² BGHZ 93, 271 (276); con detalle al respecto → SchuldR BT § 36 n. m. 12 s.

V. MOMENTO DE ADQUISICIÓN DEL DERECHO

- 18** Es dudoso en qué **momento** se produce la adquisición del derecho por el tercero, es decir, a partir de cuándo puede exigir la prestación al deudor. Algunos sostienen que la adquisición del derecho no se produce sino desde la *aceptación* del contrato por el tercero³³. Sin embargo, esta opinión ha de rechazarse. Precisamente, el contrato en favor de tercero no presupone que el tercero participe en la conclusión del contrato. Por tanto, una «declaración de aceptación» tiene importancia, a lo sumo, con vistas a la exclusión del derecho de renuncia ex § 333 asociada a ella³⁴. Por el contrario, conforme al § 328 II, el momento de adquisición del derecho debe averiguarse mediante la *interpretación* del acuerdo entre acreedor y deudor, atendiendo especialmente al fin del contrato. A estos efectos, en caso de duda, hay que partir de que el tercero debe disponer del derecho **inmediata y definitivamente**³⁵.
- 19** En el § 331 I aparece una regulación particular de esta problemática. El precepto establece una *presunción* legal en cuanto al momento de adquisición del derecho por el tercero, en caso de que la prestación deba efectuarse **tras la muerte** del destinatario de la promesa³⁶. Conforme a él, en caso de duda, el tercero adquiere el derecho a partir de la muerte del destinatario de la promesa. Antes de ello, le corresponde al mismo destinatario de la promesa. Si al morir el destinatario de la promesa, el tercero aún no ha sido concebido o no ha nacido, del § 331 II cabe deducir una *expectativa* de adquisición del derecho de la que no se le puede privar y que, con el nacimiento del tercero, se refuerza, pasando a ser un derecho pleno³⁷.

Para profundizar: En el caso del *seguro de vida*, el § 159 VVG distingue entre el nombramiento revocable e irrevocable de un tercero como beneficiario. En caso de nombramiento *revocable* –caso normal según el § 159 I VVG–, el tercero solo adquiere el derecho a la prestación del seguro cuando se produce el suceso asegurado (§ 159 II VVG). Si el derecho de referencia es *irrevocable*, el tercero adquiere este derecho inmediatamente, en contra de la presunción del § 331 (§ 159 III VVG). Esta diferencia adquiere relevancia práctica en caso de que el tomador del seguro ceda a un tercero su pretensión de prestación del seguro. Tal cesión solo es posible si el derecho de referencia es revocable porque, de lo contrario, el tomador del seguro carecería de la necesaria facultad de disposición³⁸.

³³ Soergel/Hadding § 328 n. m. 71.

³⁴ Staudinger/Jagmann, 2015, § 333 n. m. 10.

³⁵ MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 34.

³⁶ Sobre los problemas asociados al § 331 → § 51 n. m. 23.

³⁷ MüKoBGB/Gottwald § 331 n. m. 13.

³⁸ BGHZ 45, 162; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl., 2016, n. m. 1288. Respecto del caso especial de cesión del seguro BGHZ 109, 67 (69 ss.); BGH VersR 2004, 93 (94); JR 2012, 152, con nota de

VI. DERECHO DE REVOCACIÓN DEL ACREEDOR

- 20** Estrechamente ligada al momento de adquisición del derecho está la cuestión de hasta cuándo puede el acreedor **revocar** o **suprimir** el derecho del tercero, después de la conclusión del contrato. El punto de partida son, de nuevo, los acuerdos de las partes, así como las circunstancias del contrato y la finalidad del contrato (§ 328 II). Las partes solo pueden modificar o revocar el derecho del tercero sin su asentimiento si del contrato, de la finalidad del contrato o de las demás circunstancias cabe deducir una **reserva** en ese sentido. Si se ha reservado al acreedor el derecho a determinar o a cambiar unilateralmente (sin el asentimiento del deudor) la persona del tercero, también puede ejercitar este derecho por disposición mortis causa (§ 332).
- 21** El § 331 II establece exigencias particulares para la revocación. Conforme a él, en caso de muerte del destinatario de la promesa, los herederos solo pueden revocar la legitimación de un tercero aún **no nacido** si se les ha reservado esta facultad. El tercero no nacido parece aquí especialmente digno de protección porque, en contra de la presunción del § 331 I, aún no puede adquirir el derecho a la muerte del destinatario de la promesa.

Para profundizar: El derecho de revocación del acreedor tiene especial importancia práctica en el caso del seguro de vida. Conforme al § 159 IVVG, se presume que el tomador del seguro (acreedor) está legitimado para cambiar al tercero beneficiario *sin asentimiento del asegurador* (deudor). No obstante, el § 332 es regularmente limitado por las condiciones generales del seguro (p. e., § 13 IV ALB 86/2008): conforme a ello, no basta el nombramiento del tercero en la disposición mortis causa, sino que es necesario informar *sin demora* al asegurador³⁹. Si el tomador del seguro ha designado a su «cónyuge viudo», después de un divorcio o de un nuevo casamiento producido en el ínterin, se plantea la cuestión de si el derecho de referencia le corresponde al primer cónyuge (divorciado) o al cónyuge actual. En realidad, el cónyuge viudo es aquella persona con la que el tomador del seguro estaba casado a su muerte. Sin embargo, en una sentencia reciente el BGH ha considerado beneficiaria a la primera esposa (divorciada). Es determinante la consideración de que, para interpretar la concesión del derecho de referencia, lo que importa es el momento de la declaración. No obstante, al conceder el derecho de referencia, el tomador del seguro podía haber supuesto que su entonces esposa sería su viuda al producirse el suceso asegurado⁴⁰.

Looschelders.

³⁹ Cfr. BGHZ 81, 95 (98); HK-BGB/Schulze § 332 n. m. 1.

⁴⁰ BGH VersR 2015, 1148 = r+s 2015, 455; más detalles al respecto, *Looschelders* r+s 2015, 581 (587).

VII. FORMA DEL CONTRATO EN FAVOR DE TERCEROS

- 22** Para la forma del contrato en favor de terceros solo es determinante la **relación de cobertura**, esto es, el contrato concluido entre acreedor y deudor. Que se hayan infringido o no los preceptos atinentes a la forma en la relación de valuta, es irrelevante para la eficacia del contrato en favor de terceros.

Ejemplo: G quiere donar a D un inmueble. Por ello celebra con S un contrato de compraventa de un inmueble en favor de D. ¿Qué preceptos sobre forma han de observarse?

Para la eficacia del contrato es necesaria la documentación notarial. La exigencia de forma se deduce del § 311b I 1. En cambio, no sería correcto basar la necesidad de la documentación notarial en el § 518. Porque el contrato de donación se refiere solo a la relación de valuta y no a la relación de cobertura. La inobservancia del § 518 en la relación de valuta, sin embargo, solo tiene como consecuencia la falta de fundamento jurídico para la asignación de G a D.

- 23** También por lo que se refiere a los requisitos formales en el caso de los contratos en favor de terceros **para el caso de muerte** (cfr. § 331) se atiende solo a la relación de cobertura. Esto es problemático en el sentido de que el acreedor puede alcanzar con el contrato en favor de terceros por causa de muerte el mismo resultado jurídico que con una *promesa de donación por causa de muerte* (§ 2301), sin tener que observar los estrictos preceptos sobre forma del Derecho sucesorio. De ahí que algunos defiendan que estos preceptos sobre forma tienen que cumplirse al menos en la relación de valuta⁴¹. La jurisprudencia, en cambio, comprende el § 331 como precepto especial respecto del § 2301 y permite la adquisición de la pretensión aunque no se observen los preceptos de forma del Derecho sucesorio⁴².

VIII. DELIMITACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS AFINES

- 24** Además del contrato en favor de terceros, hay algunas otras figuras jurídicas que presuponen la participación de un tercero en el nacimiento o la ejecución de una relación obligatoria. Esto hace necesaria una delimitación.

⁴¹ *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 396.

⁴² BGHZ 41, 95; 46, 198 (201); *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 26. Aufl., 2014, n. m. 760 ss.

1. Delegación

Existen ciertas similitudes entre el contrato en favor de terceros y la **delegación** (§§ 783 ss.)⁴³. En ambos casos se trata de relaciones de tres personas en las que el intercambio de prestaciones tiene lugar en triángulo⁴⁴. Sin embargo, la situación externamente igual no debe ocultar las diferencias dogmáticas. En el caso del contrato en favor de terceros, acreedor y deudor se vinculan mediante declaraciones de voluntad. En cambio, según el § 783, la delegación contiene una mera *autorización* al delegado (para realizar la prestación al delegatario) así como al delegatario (para aceptar la prestación). Según esto, no existe *obligación* alguna del delegado de realizar la prestación al destinatario. A la inversa, el destinatario no tiene en principio un derecho de crédito propio frente al delegado⁴⁵.

2. Cesión

- 25** El contrato en favor de terceros ha de diferenciarse también de la **cesión** (§ 398). La diferencia más importante entre ambas figuras jurídicas consiste en la clase de adquisición del derecho por parte del tercero. En el caso de la cesión, el nuevo acreedor (*cesionario*) adquiere un crédito ya existente del hasta entonces acreedor (*cedente*), extinguiéndose el derecho de crédito del último (en detalle → § 49 n. m. 2 ss.). Son partes de la cesión el antiguo y el nuevo acreedor (tercero); en cambio, el deudor no tiene que intervenir. A diferencia del caso del contrato en favor de terceros: aquí el derecho de crédito del tercero nace *directamente* del contrato entre acreedor y deudor. Se trata, por tanto, de una adquisición originaria del derecho, y no *derivativa* (derivada), como en el caso de la cesión. El tercero no tiene que participar en el contrato. El acreedor conserva en principio un derecho de crédito propio. Pero, según el § 335, solo puede exigir la prestación para el tercero⁴⁶.

3. Representación

- 26** También hay similitudes entre el contrato en favor de terceros y la **representación** verdadera así como la representación indirecta. Igual que en el caso

⁴³ Sobre la delegación, *Larenz/Canaris SchuldR II* 2 § 62; *Medicus/Lorenz SchuldR II* n. m. 1069 ff.

⁴⁴ *Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung*, 1999, 11.

⁴⁵ Cfr. al respecto *Staudinger/Marburger*, 2015, §783 n. m. 32.

⁴⁶ *MüKoBGB/Gottwald* §328 n. m. 13.

de la *verdadera* representación, la conclusión del contrato entre acreedor y deudor tiene como consecuencia que otro adquiere una pretensión contractual a la prestación. Pero, a diferencia del representado, el tercero no se convierte en parte contratante⁴⁷. Además, el destinatario de la promesa emite una declaración de voluntad propia en su *propio* nombre, el representante actúa en nombre *ajeno*⁴⁸. Las consecuencias jurídicas de la declaración no afectan solo al tercero; antes bien, el mismo destinatario de la promesa queda legitimado y obligado por la declaración.

Ejemplo: Los padres de K, de 16 años, concluyen con el médico especialista Dr. A un contrato para el tratamiento de K. Si los padres actúan en nombre de K, existe un caso de representación (legal). Los derechos y deberes derivados del contrato solo afectan, por tanto, a K. Si los padres concluyen el contrato en nombre propio, se trata de un contrato en favor de terceros. Es cierto que, así, K tiene una pretensión propia al tratamiento. Pero, en cuanto a su pretensión de remuneración, el Dr. A puede dirigirse (en tanto no haya ningún seguro legal de enfermedad) a los padres como cocontratantes.

Considerando los intereses en juego, en la duda, hay que suponer un contrato en favor de terceros. Solo hay representación si, *de forma reconocible al exterior*, los padres han actuado en nombre de K (cfr. § 164 II)⁴⁹.

La diferencia respecto de la **representación indirecta** es menor. Como en el destinatario de la promesa, surge una obligación propia del representante indirecto. El representado, igual que el tercero, no deviene parte contratante. Sin embargo, el tercero adquiere un derecho de crédito directo frente al deudor, mientras que, de parte del representado indirecto, falta cualquier legitimación frente al cocontratante del representante indirecto. Las pretensiones del representado frente al cocontratante solo nacen en caso de cesión de los derechos por parte del representante indirecto⁵⁰.

4. Contrato con efecto protector para terceros

- 27 En relación con el contrato en favor de terceros, a menudo también es objeto de debate el **contrato con efecto protector para terceros** (→ § 9 n. m. 1 ss.). Esto se explica por el hecho de que el contrato con efecto protector para terceros se basó originariamente en una analogía con el § 328⁵¹. Sin embar-

⁴⁷ Staudinger/Klump, 2015 Vorbem. §§ 328ff. n. m. 87

⁴⁸ Soergel/Hadding §328 n. m. 23.

⁴⁹ Cfr. Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 849; Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 736.

⁵⁰ Staudinger/Klump, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 89.

⁵¹ RGZ 81, 214; 87, 64.

go, en contra de tal encuadre habla el que el § 328 presupone una **pretensión propia** del tercero a la **prestación**, que justamente no existe en el caso de los contratos con efecto protector para terceros; allí se trata únicamente del establecimiento de **deberes de protección**. Además, la incorporación del tercero al ámbito de protección de un contrato no se basa en la voluntad de las partes, sino en la ley. Así, el contrato con efecto protector para terceros constituye un instituto jurídico autónomo, que ha de distinguirse claramente del contrato en favor de terceros⁵².

IX. DISPOSICIONES EN FAVOR DE TERCERO

- 28** Conforme a su tenor literal, los §§ 328 ss. solo se refieren a los contratos obligatorios en favor de tercero. Sin embargo, es muy controvertido si estos preceptos pueden aplicarse analógicamente, y hasta qué punto, a los **contratos dispositivos**. Esta cuestión se discute, sobre todo, respecto de los negocios dispositivos reales, pero también es relevante en el caso de las disposiciones obligatorias (cesión, condonación, renuncia).

1. Disposiciones reales en favor de tercero

- 29** Dado que, de acuerdo con los §§ 873, 925 y 929 ss., también el **acuerdo real** constituye un contrato, hay que examinar si las partes pueden, por analogía, asignar directamente a un tercero el derecho real en cuestión conforme al § 328 I. Parte de la doctrina responde a esto afirmativamente (aunque con limitaciones)⁵³. Frente a ello, el BGH parte, en constante jurisprudencia, de que los contratos reales en favor de tercero son, en general, inadmisibles⁵⁴.

Ejemplo: K compra a V un inmueble. K querría donar el inmueble a su sobrino N. ¿Pueden K y V pactar en el acuerdo real (acuerdo abstracto traslativo) que N ha de adquirir directamente la propiedad del inmueble?

- 30** En primer lugar, se plantea la cuestión de si la admisión de una disposición *real* en favor de tercero no vulnera ya el **numerus clausus** de los derechos reales⁵⁵. Sin embargo, a ello se opone el hecho de que el contrato en favor de terceros no afecta los institutos jurídicos del Derecho de cosas y tampoco

⁵² En profundidad, *Larenz* NJW 1960, 78 (79 s.).

⁵³ Cfr. *Larenz* SchuldR I § 17 IV; *Bayer*, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 1995, 205.

⁵⁴ BGHZ 41, 95 (96); BGH NJW 1964, 1124; 1993, 2617.

⁵⁵ Así, *Heilmann* NJW 1968, 1853 (1855).

constituye ni debe constituir un instituto propio del Derecho de cosas⁵⁶. Se trata simplemente de extender la eficacia de los contratos reales a un tercero.

- 31** No obstante, la aplicación analógica de los §§ 328 ss. es problemática teniendo en cuenta la **exigencia de publicidad**⁵⁷. Según los §§ 873 y 929 ss., la eficacia de un negocio jurídico real presupone, además del acuerdo real, un *acto externo de ejecución* (inscripción en el Registro de la propiedad, entrega de la cosa). Este acto externo tiene que materializarse *en la persona del adquirente*, por razones de publicidad. Pero si, en atención a la exigencia de publicidad, el tercero tiene que intervenir de todos modos, no se ve la necesidad de aplicar analógicamente los §§ 328 ss. a las disposiciones reales. Esto es tanto más cierto cuanto que la adquisición real del derecho por el tercero puede justificarse de forma mucho más fácil con la figura jurídica del representante sin poderes⁵⁸.

En el caso del *traspaso de inmuebles* conforme a los §§ 873 y 925, hay que tener en cuenta que, según el § 925 II, el acuerdo real (acuerdo abstracto traslativo) no puede declararse sujeto a **condición**. Por eso aquí también ha de descartarse una disposición en favor de terceros, porque la situación de pendencia asociada al derecho de renuncia del tercero ex § 333, contradiría la finalidad del § 925 II⁵⁹. Por tanto, en el caso del nieto (→ § 51 n. m. 29), V y K no pueden acordar que N adquiera directamente la propiedad del inmueble.

2. Negocios dispositivos obligatorios en favor de terceros

- 32** En el caso de los negocios dispositivos **obligatorios** (p. e., cesión, condonación), no hay que observar ningún requisito de publicidad. Por tanto, aquí procede considerar una valoración diferente.

Ejemplo: G es titular de un derecho de crédito frente a S. Acuerda con S la cesión del crédito en favor de D.

- 33** Sin embargo, la **jurisprudencia** rechaza también la aplicación de los §§ 328 ss. a los negocios dispositivos obligatorios y remite a otras posibilidades de configuración⁶⁰. Así, el resultado económico de una «cesión en favor de terceros» ha de alcanzarse mediante una combinación de condonación y

⁵⁶ Staudinger/Klumpp, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 41.

⁵⁷ Staudinger/Klumpp, 2015 Vorbem. §§ 328 ss. n. m. 42.

⁵⁸ Palandt/Grüneberg Einf. vor § 328 n. m. 9; MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 281.

⁵⁹ Cfr. MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 280.

⁶⁰ BGHZ 126, 261 (266); OLG Frankfurt a. M. VersR 1984, 755.

nueva constitución del derecho de crédito en favor del tercero⁶¹. Sin embargo, esta propuesta no es convincente. Mediante la condonación y la nueva constitución del derecho de crédito, se extinguen los *derechos accesorios* del crédito originario, que en el caso de una cesión se transmitirían al tercero conforme al § 401. Además, la posterior nueva constitución del crédito amenaza con perjudicar al tercero en caso de ejecución forzosa y también de insolvencia del deudor⁶². Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las disposiciones reales, en los negocios dispositivos obligatorios existe una necesidad objetiva de aplicar los §§ 328 ss.

- 34** En favor de una extensión de los §§ 328 ss. a los negocios dispositivos obligatorios habla también la comparación con la **justificación** de las pretensiones obligatorias del tercero. Porque parece contradictorio admitir la *constitución* de un derecho de crédito en favor de un tercero, pero no reconocer la *modificación de la competencia* respecto de un crédito existente⁶³.
- 35** No obstante, por razones de **protección del deudor**, una cesión en favor de terceros solo puede tener lugar con la *participación del deudor*. De ahí que el acreedor no pueda acordar con un tercero que una cuarta persona adquiera el derecho de crédito⁶⁴.

Ejemplo: En el caso del ejemplo (→ § 51 n. m. 32), D obtiene mediante el acuerdo de cesión entre G y S el crédito frente a S, incluidos todos los derechos accesorios, y ocupa también la posición de G en la ejecución forzosa e insolvencia de S.

Bibliografía: Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995; Graf v. Bernstorff, Großbritannien: Neues Gesetz zum Vertrag zugunsten Dritter, RIW 2000, 435; Christandl, Der Vertrag zugunsten Dritter im Entwurf für ein neues spanisches Schuldrecht im Spiegel des europäischen Vertragsrechts, ZEuP 2012, 245; Hadding, Schuldverhältnis und Synallagma beim Vertrag zu Rechten Dritter, FS Gernhuber, 1993, 153; Gottschalk, Zum Wesen des Rechtserwerbs beim Vertrag zugunsten Dritter, VersR 1976, 797; Heilmann, Der Vertrag zugunsten Dritter – ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft, NJW 1968, 1853; Klein, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter und ihre Behandlung in der Schuldrechtsreform, JZ 1997, 390; Lange, Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657; Larenz, Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrags gegenüber dritten Personen, NJW 1960, 78; Looschelders, Der Dritte im Versicherungsvertragsrecht, r+s 2015, 581; Makowsky, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis, 2019; Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999.

⁶¹ Palandt/Grüneberg Einf. vor § 328 n. m. 8.

⁶² MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 272.

⁶³ Cfr. MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 272.

⁶⁴ MüKoBGB/Gottwald § 328 n. m. 273; Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, 206, nota 430.

§ 52 EL CAMBIO DE ACREEDOR

I. VISIÓN GENERAL

1. Planteamiento del problema

- 1 En el caso más sencillo, el acreedor conserva el crédito hasta el vencimiento y exige entonces el cumplimiento al deudor. Pero también puede producirse un **cambio de la titularidad** del crédito, por ejemplo, porque el acreedor transmite el crédito a un tercero.

En la vida económica actual ya no cabe prescindir de los créditos como objeto del tráfico jurídico. En particular, las variadas formas de **compras de créditos**, así como el extendido empleo de los créditos con **finés de garantía**, forman parte de la práctica habitual. Al mismo tiempo, un crédito representa para el acreedor del acreedor del crédito un potencial **objeto de responsabilidad** y por ello puede ser objeto de medidas de ejecución. Las reglas pertinentes se encuentran en los §§ 828 ss. ZPO.

2. Tipos de cambio de acreedor

- 2 Un cambio de acreedor puede producirse por diversas razones. El caso más frecuente es la *transmisión negocial* de un crédito a un tercero (**cesión**). Este caso está regulado detalladamente en los §§ 398 ss. Al mismo tiempo, la propia *ley* dispone en muchos lugares un traspaso del crédito (**traspaso legal del crédito**). Si, p. e., un asegurador indemniza al perjudicado su daño, la eventual pretensión indemnizatoria del perjudicado frente al causante del daño se transfiere al asegurador conforme al § 86 I VVG. Según el § 412, al traspaso legal del crédito le son aplicables por analogía la mayoría de los preceptos sobre la cesión. Por último, excepcionalmente, el cambio de acreedor también puede producirse mediante un **acto estatal de soberanía**. Hay que pensar, sobre todo, en el –muy extraño– caso en que un crédito embargado en el curso de una ejecución forzosa es transferido al acreedor ejecutante en sustitución del pago (§ 835 I alternativa 2 ZPO). De acuerdo con el § 835 II ZPO, el crédito se traspasa con la transferencia al acreedor ejecutante.

Acerca de la terminología: A menudo se emplea el término «cesión» (del latín *cedere*) como sinónimo de la cesión de un crédito*. En consecuencia, en el caso de traspaso legal del crédito se habla de una «cesión legal» o «*cessio legis*». El origen de las denominaciones del antiguo acreedor que cede como «cedente» y del nuevo acreedor como «cesionario» es el mismo.

3. **Ámbito de aplicación de los §§ 398 ss.**

- 3 Los §§ 398 ss. solo regulan directamente la transmisión de **créditos**, esto es, de pretensiones de prestación del acreedor frente a un concreto deudor (§ 241 I 1). Sin embargo, a un acreedor pueden corresponderle también **otros derechos**, por ejemplo, derechos de propiedad industrial, participaciones sociales, etc. Según el § 413, a su transmisión le son aplicables por analogía los preceptos sobre la transmisión del crédito, en la medida en que no existan normas más específicas. Se encuentran normas más específicas, por ejemplo, en el § 15 GmbHG, § 68 AktG, §§ 29, 31 y ss. UrhG y § 15 PatG⁶⁵. La transmisión de la propiedad de una cosa se regula por separado en los §§ 873, 925 y 929 ss.

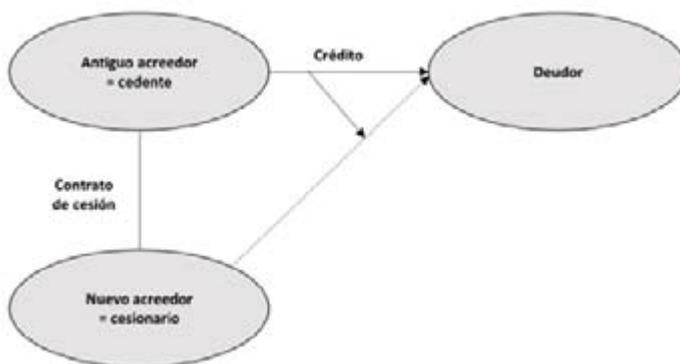
II. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CESIÓN

1. **Estructura de la cesión**

- 4 La cesión se produce, según el § 398 inciso 1, por **contrato** entre el antiguo y el nuevo acreedor. Por la cesión, el nuevo acreedor deviene **titular** del crédito mientras que el antiguo acreedor pierde su crédito. El nuevo acreedor sustituye, por tanto, al antiguo acreedor (§ 398 inciso 2).

* **Nota de la traductora:** La frase no tiene gran sentido en nuestro idioma porque el autor emplea aquí dos distintos términos en alemán, «*Zession*» y «*Abtretung*», respectivamente, que, en cambio, se traducen al castellano con la misma palabra.

⁶⁵ Cfr. Jauernig/*Stürner* § 413 n. m. 2.



Esquema: La estructura de la cesión.

2. La cesión como negocio dispositivo

- 5 La cesión de un crédito constituye la directa transmisión de un derecho y, por ello, una **disposición**. El carácter de la cesión como negocio dispositivo la sitúa en una cierta proximidad al traspaso de una cosa. En ambos casos se transmite de una persona a otra una posición de valor patrimonial –la propiedad de una cosa o la titularidad de un crédito–. Pero mientras que las cosas son objetos corporales (§ 90), un crédito es un derecho incorporal frente al deudor. Desde un punto de vista sistemático, llama la atención que la cesión no esté regulada, como la mayoría de las disposiciones, en el Derecho de cosas, sino en el Derecho general de obligaciones⁶⁶. Sin embargo, esto no debe hacernos olvidar que la cesión de créditos es un negocio dispositivo.

Para profundizar: Además de la cesión, son posibles otros negocios dispositivos respecto a los créditos. Así, puede concederse a terceros un *derecho de prenda* o un *usufructo*, lo mismo de créditos que de cosas. Dada su estrecha relación objetiva, estos casos están regulados en el Derecho de cosas en los respectivos institutos jurídicos (§§ 1279 ss. o §§ 1074 ss.). En relación con el deudor, el acreedor puede disponer de su crédito, por ejemplo, mediante *condonación* (→ § 19 n. m. 7).

- 6 Como negocio dispositivo, la cesión ha de distinguirse estrictamente del negocio obligatorio subyacente, la mayoría de las veces una *compra de un crédito* (§ 453)⁶⁷. El **principio de separación y de abstracción** característico del BGB también es aplicable a la transmisión de créditos. Por tanto, ambos

⁶⁶ Crítico respecto de la posición sistemática, *Larenz SchuldR I* § 33 I 3.

⁶⁷ *Harke SchuldR AT* n. m. 405; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 768.

negocios no necesariamente tienen que realizarse juntos. Además, la ineficacia del negocio causal (p. e., compraventa) no afecta a la eficacia de la cesión, a menos que, *excepcionalmente*, esta padezca del mismo defecto que el negocio causal (identidad de defectos⁶⁸) o que las partes hayan condicionado la eficacia de la cesión a la eficacia del negocio causal (§§ 158 ss.)⁶⁹.

Ejemplos: (1) El acreedor G vende y transmite por 950 euros al menor de edad M, un crédito de 1000 euros frente al deudor S. Conforme a los §§ 107 y 108, la eficacia del contrato de compraventa queda en suspenso. En cambio, la cesión del crédito es eficaz –dado que solo es jurídicamente ventajosa–.

(2) Si un menor de edad vende y transmite a un tercero su crédito, tanto el contrato de compraventa como el de cesión van unidos a perjuicios jurídicos para él (identidad de defectos). De ahí que la eficacia de ambos negocios quede en suspenso en virtud de los §§ 107 y 108.

- 7 Si la cesión es eficaz pero el negocio causal es ineficaz, el antiguo acreedor tiene frente al nuevo acreedor una **pretensión de enriquecimiento** ex § 812 I 1 alternativa 1. Porque también la adquisición de un crédito sin fundamento jurídico constituye un enriquecimiento injustificado que ha de ser restituido mediante la retrocesión del crédito.

3. Delimitaciones

A) ASUNCIÓN DEL CONTRATO

- 8 La cesión ha de distinguirse de la **asunción del contrato**. Con esta, el antiguo acreedor no cede solo un derecho de crédito aislado al nuevo acreedor, sino que le cede a este el conjunto de su posición contractual. Por tanto, se produce una sustitución total del cocontratante⁷⁰. De ahí que, en caso de duda, el nuevo acreedor no asuma solo derechos de crédito sino también deberes de prestación del antiguo acreedor, de manera que junto al cambio de acreedor tiene lugar al mismo tiempo un cambio de deudor⁷¹. La asunción del contrato no está regulada legalmente, pero se reconoce su admisibilidad (más detalles → § 53 n. m. 18 ss.)⁷².

⁶⁸ Al respecto, *Medicus/Petersen* BGB AT n. m. 231 ss.

⁶⁹ Así, por ejemplo, BGHZ 69, 254.

⁷⁰ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 783, 841 ss.

⁷¹ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 826.

⁷² Cfr. BGHZ 96, 302 (307); *Harke* SchuldR AT n. m. 423 ss.; en detalle, Nörr/Scheyhing/Pöggeler/Nörr, *Sukzessionen*, 1999, § 17 I.

B) AUTORIZACIÓN PARA COBRAR

- 9 Por último, es necesaria una delimitación respecto de la **autorización para cobrar**. Mientras que en la cesión el nuevo acreedor deviene titular del crédito, la autorización para cobrar nada cambia en la titularidad. El acreedor sigue siendo titular del crédito y simplemente autoriza a un tercero a hacer valer el crédito *en su propio nombre*, pero por su (= del acreedor) cuenta⁷³. Tal autorización para cobrar puede tener sentido, p. e., si el propio acreedor no desea aparecer en el momento del cobro. Si en el caso concreto hay dudas acerca de si las partes han acordado una mera autorización para cobrar o una cesión del crédito, esto ha de aclararse mediante *interpretación*.
- 10 La admisibilidad de la autorización para cobrar es hoy reconocida⁷⁴. Sin embargo, el **fundamento jurídico** es controvertido. La jurisprudencia atiende al § 185⁷⁵. La doctrina, en cambio, parte mayoritariamente de una construcción jurídica judicial admisible⁷⁶. El ejercicio judicial del crédito por el tercero autorizado para cobrar solo es posible con las condiciones de una *legitimación procesal voluntaria*⁷⁷.

Para profundizar: Por legitimación procesal se entiende la facultad de litigar en nombre propio sobre un derecho ajeno. La legitimación procesal puede derivarse de la *ley* (cfr., p. e., los §§ 1368, 1422 y 1629 III). Pero también puede basarse en que el titular del derecho autoriza por *negocio jurídico* a un tercero a litigar. Tal legitimación procesal voluntaria solo es admisible, según la opinión dominante, si el *autorizado* tiene un *interés propio digno de tutela* en el ejercicio del derecho ajeno⁷⁸. Es dudoso que el interés del autorizado en cobrar la comisión sea suficiente⁷⁹. Por lo tanto, para admitir la autorización para cobrar debería permitirse que bastara con que, en general, el *autorizante* tenga un interés digno de tutela en no tener que cobrar el crédito por sí mismo⁸⁰.

⁷³ *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 807; en detalle, *Gernhuber* Erfüllung § 24. Si el tercero actúa *en nombre ajeno*, no hay una autorización para embargar sino una representación (*Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 769).

⁷⁴ RGZ 73, 306 (308); BGHZ 4, 153 (164); *Larenz* SchuldR I § 34 Ic; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 770; *Staudinger/Busche*, 2017 Einl. zu §§ 398 ss. n. m. 118 ss.

⁷⁵ RGZ 133, 234 (241); BGHZ 4, 153 (164); 82, 283 (288).

⁷⁶ *Gernhuber* Erfüllung § 24 I 3; *Staudinger/Busche*, 2017 Einl. zu §§ 398 ss. n. m. 120.

⁷⁷ BGHZ 4, 153 (165); BGH ZIP 2000, 149; HK-BGB/*Schulze* § 398 n. m. 23.

⁷⁸ Cfr. BGHZ 96, 151 (152); *Palandt/Grüneberg* § 398 n. m. 36; *Soergel/Schreiber* § 398 n. m. 16.

⁷⁹ A favor, *Thomas/Putzo/Hübstege*, ZPO, 40. Aufl., 2019, § 51 n. m. 35; *Prütting/Gehrlein/Gehrlein*, ZPO, 10. Aufl., 2018, § 50 n. m. 46; de otra opinión, *MüKoBGB/Roth/Kieninger* § 398 n. m. 51; *MüKoZPO/Lindacher*, 5. Aufl., 2016 Vorbem. §§ 50 ss. n. m. 63; *Rißmann* AcP172 (1972), 520.

⁸⁰ Cfr. *MüKoZPO/Lindacher*, 5. Aufl., 2016 Vorbem. §§ 50 ss. n. m. 63.

III. PRESUPUESTOS DE LA CESIÓN

1. Contrato

- 11** La cesión de un crédito se efectúa, según el § 398 inciso 1, por **contrato** (dispositivo). Por lo tanto, el antiguo y el nuevo acreedor tienen que ponerse de acuerdo en el traspaso del crédito. En cambio, no es precisa la colaboración del deudor. El deudor no tiene que asentir, ni siquiera tiene que informarse de la cesión. De ahí que pueda producirse una cesión eficaz sin que el deudor se entere de ello⁸¹. Esto da lugar a una elevada necesidad de protección del deudor. Las disposiciones sobre la protección del deudor (→ § 52 n. m. 52 ss.) son, por ello, una parte esencial del régimen jurídico de la cesión.

Para profundizar: Si la cesión se produce con fines de garantía, por lo general responde al interés del antiguo acreedor que el deudor no tenga conocimiento de ello. Porque el deudor podría sacar conclusiones negativas sobre la situación comercial del antiguo acreedor a partir de la comunicación de la cesión. Por ello, la cesión en garantía se produce a menudo de forma que el antiguo acreedor cede el crédito a su prestamista y, al mismo tiempo, este le autoriza para cobrar (la denominada «cesión silenciosa»)⁸². Después, al vencimiento, el antiguo acreedor puede cobrar en nombre propio. Así, el deudor no tiene conocimiento de que el titular del crédito es otro.

Al contrato de cesión le son aplicables las disposiciones generales sobre los negocios jurídicos (§§ 104 ss.). En principio, la cesión es posible **de manera informal**, con independencia de si el establecimiento del crédito requería una determinada forma o no⁸³. De ahí que el crédito derivado de un contrato de compraventa inmobiliario, formal conforme al § 311b I 1, también pueda transmitirse de manera informal. No obstante, excepcionalmente puede derivarse una exigencia de forma de preceptos especiales. Así, de acuerdo con el § 1154 I, para un *crédito garantizado con hipoteca*, son necesarios una declaración escrita de cesión y la entrega de la escritura hipotecaria.

- 12** Si la cesión vulnera una **prohibición legal**, es nula en virtud del § 134. No obstante, aquí hay que distinguir si la ley excluye en general la transmisibilidad del crédito (p. e., § 400) o si es que la cesión es posible, pero está prohibida⁸⁴. Solo el último caso conduce a la nulidad de la cesión conforme al § 134.

⁸¹ Brox/Walker SchuldR AT § 34 n. m. 9.

⁸² BGHZ 26, 185 (191 s.); Staudinger/Busche, 2017 Einl. zu § 398 ss. n. m. 28.

⁸³ BGHZ 89, 41 (46); Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 772.

⁸⁴ Cfr. NK-BGB/Looschelders § 134 n. m. 41.

Ejemplo (tomado de BGH NJW 1991, 2955): El Dr. Z dirige una *clínica dental*. Para descargar su consulta, cede sus créditos por honorarios frente a pacientes privados a un centro de datos (R), que se encarga de elaborar las cuentas y cobrar los créditos. Tras haber tratado el Dr. Z al paciente privado P, este debe pagar unos honorarios de 4.510 euros. ¿El crédito le corresponde al Dr. Z o a R?

El BGH ha considerado nula reiteradamente la cesión de los créditos por honorarios médicos a los centros de datos. A la cesión va unida la transmisión de los datos del tratamiento. Sin embargo, en tanto el paciente afectado no lo haya autorizado, esto vulnera el deber médico de secreto (§ 203 I n. 1 StGB) y, con ello, una prohibición legal en el sentido del § 134⁸⁵. Por tanto, el crédito le corresponde al Dr. Z.

- 13** Una cesión ineficaz puede **convertirse**, bajo las condiciones del § 140, en la concesión de una autorización para cobrar⁸⁶. Sin embargo, esta posible solución no tiene mayor utilidad si los motivos de ineficacia se aplican igualmente a la autorización para cobrar. De ahí que, en el caso de la cesión de los créditos por honorarios médicos, no tenga cabida la conversión en una autorización para cobrar⁸⁷.

2. Existencia del crédito y titularidad del cedente

- 14** En principio, la cesión de un crédito presupone que el cedente es **titular** del crédito. Esto significa que el crédito tiene que **existir de forma eficaz** y corresponder precisamente al antiguo acreedor —y no a un tercero—. Si el crédito no existe o el cedente no es su titular, el potencial nuevo acreedor generalmente no adquiere ningún crédito. A diferencia de lo que ocurre con las cosas (§§ 892 y 932 ss.), en el caso de los créditos, en principio, **no hay adquisición de buena fe**. Porque el adquirente no puede invocar aquí una apariencia jurídica comparable a la posesión o a la inscripción registral que legitime al cedente no titular⁸⁸.
- 15** No obstante, la ley conoce algunos **casos excepcionales** en los que puede adquirirse un crédito de buena fe. Es de mencionar, en particular, el caso

⁸⁵ Cfr. BGHZ 116, 268; BGH NJW 1993, 2371 s.; Palandt/*Ellenberger* § 134 n. m. 22a; de igual manera, respecto de los créditos por honorarios de abogados, BGHZ 122, 115 (117 ss.), por vulneración del § 203 I n. 3 StGB; cfr. ahora, sin embargo, § 49b IV BRAO.

⁸⁶ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 770.

⁸⁷ Respecto de la nulidad de la autorización para cobrar en estos casos, cfr. OLG Köln NJW 1993, 793; MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 399 n. m. 27.

⁸⁸ *Larenz* SchuldR I § 34 I; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 790.

en que el crédito es cedido con la presentación de un documento de deuda que el deudor ha otorgado por medio de un *negocio simulado* (§ 117) (§ 405 alternativa 1). El documento crea aquí la necesaria apariencia jurídica (→ § 52 n. m. 41)⁸⁹. Lo mismo se aplica si deudor y acreedor han acordado una *prohibición de cesión* que no se deduce del documento (§ 405 alternativa 2).

- 16 También es posible una adquisición de buena fe basada en un **certificado sucesorio** conforme al § 2366 o en caso de transmisión de determinados **valores**⁹⁰. Además, si el cedente no es titular del crédito, la cesión puede ser eficaz conforme al § 185, si se efectúa con **asentimiento** del titular⁹¹.
- 17 Los **créditos futuros** pueden cederse ya antes de su nacimiento si están suficientemente **determinados** o, al menos, son **determinables** (→ § 52 n. m. 18 ss.)⁹². No obstante, en este caso la cesión no deviene efectiva sino a partir del nacimiento del crédito⁹³.

Para profundizar: La cesión anticipada de créditos futuros juega un importante papel en conexión con la *reserva de dominio ampliada* (→ SchuldR BT § 11 n. m. 13 ss.). Mediante esta, el vendedor vende una cosa bajo reserva de dominio (§ 449), pero autoriza al comprador a enajenar ulteriormente la cosa. Para no perder toda garantía por la enajenación ulterior, el vendedor se hace ceder al mismo tiempo los créditos futuros del comprador que deriven de una venta posterior. Tal cesión anticipada, en principio, es admisible.

3. Determinabilidad del crédito

- 18 Por razones de seguridad jurídica, en toda cesión debe poderse comprobar qué créditos se incluyen. De ahí que el principio de la **especialidad** valga también para la transmisión de créditos⁹⁴. Las partes deben describir los créditos cedidos con tanta precisión que sean individualizables (*determinables*)⁹⁵.

⁸⁹ Sobre el encuadre dogmático, *Larenz SchuldR I* § 34 I.

⁹⁰ P. e., conforme al § 16 WG y §§ 19 y 21 ScheckG.

⁹¹ MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 398 n. m. 28.

⁹² Cfr. BGH NJW-RR 2003, 1690 (1691); *Harke SchuldR AT* n. m. 408.

⁹³ BGHZ 30, 238 (239 s.); BGH NJW 1995, 1668 (1671); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 799.

⁹⁴ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 774.

⁹⁵ BGHZ 26, 185 (189); *Staudinger/Busche*, 2017, § 398 n. m. 53.

- 19** Especial relevancia tiene el principio de especialidad respecto de la cesión de **créditos futuros** (→ § 52 n. m. 17). En este caso, a más tardar al *nacer* el crédito, deberá constar si queda comprendido por la cesión⁹⁶.

Ejemplo: En caso de reserva de dominio ampliada (→ § 52 n. m. 17), se acuerda a menudo la «cesión de los créditos derivados de la enajenación de las mercancías suministradas». Esto se considera, con razón, suficientemente determinable⁹⁷. La cesión abarca todos los créditos por el precio de compra que deriven de la ulterior venta de las mercancías suministradas.

- 20** También hay que prestar atención a la suficiente determinabilidad en el contexto de las **cesiones globales**. En este caso, el acreedor cede todo un haz de créditos –la mayoría futuros– bajo una denominación común. Esta designación general debe permitir reconocer qué concretos créditos están incluidos y cuáles no.

Ejemplo: Por ejemplo, la cesión de todos los créditos derivados de una determinada clase de negocios⁹⁸ o de un determinado espacio temporal⁹⁹ está suficientemente determinada. En cambio, es demasiado indeterminada la «cesión de todos los créditos hasta un importe de 225.000 euros», si la suma global de todos los créditos supera los 225.000 euros. Porque entonces no está claro qué créditos en concreto están incluidos¹⁰⁰.

Por lo demás, una cesión global suficientemente determinada pero muy amplia puede ser **contraria a las buenas costumbres** por motivos de sobregarantía o ahogo económico y, por ello, ineficaz con arreglo al § 138 I (→ § 52 n. m. 68).

4. Transmisibilidad del crédito

A) EN GENERAL

- 21** La ley parte, en principio, de la **transmisibilidad** de los créditos, pero al mismo tiempo prevé excepciones; a la transmisión también puede oponerse una prohibición negocial de la cesión. También es posible que un crédito se

⁹⁶ BGHZ 7, 365; BGH NJW 1985, 800 (802); Palandt/*Grüneberg* § 398 n. m. 14.

⁹⁷ BGHZ 7, 365; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 798 s.; Jauernig/*Stürner* § 398 n. m. 11.

⁹⁸ Staudinger/*Busche*, 2017, § 398 n. m. 60; *Esser/Schmidt* SchuldR I 2 § 37 I 2b.

⁹⁹ BGH WM 1966, 13.

¹⁰⁰ BGHZ 71, 75 (78 ss.); Staudinger/*Busche*, 2017, § 398 n. m. 65.

ceda **parcialmente**. Sin embargo, esto presupone que el crédito sea divisible y no esté excluida la cesión parcial¹⁰¹.

Si el crédito no es transmisible, el contrato de cesión es **ineficaz**. Esto es, no se produce un cambio de acreedor. El destino del negocio causal se juzgará con arreglo a las disposiciones generales. Sea como fuere, en caso de exclusión legal de la cesión, el negocio causal se dirige a una prestación imposible desde el principio. Por tanto, es cierto que es eficaz (§ 311 a I); pero el cedente no estará obligado a la prestación en virtud del § 275 I.

B) EXCLUSIÓN POR LEY DE LA POSIBILIDAD DE CESIÓN

- 22** En primer lugar, existe una serie de **disposiciones especiales** que excluyen la posibilidad de ceder determinados créditos. Así, según el § 613 inciso 2, en caso de duda, no es transmisible una pretensión que tenga por objeto prestaciones de servicios a ejecutar en persona. Lo mismo se aplica, según el § 664 II, a la pretensión de ejecución de un mandato. No obstante, dado que en ambos casos se trata de meras *reglas interpretativas*, son posibles los acuerdos en otro sentido.
- 23** Según el § 400, los créditos inembargables por lo general no son susceptibles de cesión. El precepto tiene la finalidad de salvaguardar el mínimo vital del acreedor¹⁰². Sin embargo, también protege a la generalidad de que el acreedor no dependa de la protección del Estado debido a las excesivas cesiones. Por ello, el acreedor no puede renunciar a la protección del § 400¹⁰³.

Para profundizar: Qué créditos son inembargables, se determina conforme a los §§ 850 ss. ZPO. Son especialmente importantes las limitaciones de política social al embargo de los *ingresos por trabajo* con arreglo a los §§ 850-850k ZPO. Sobre las particularidades en caso de cesión de las pretensiones por pensiones, véase BGHZ 4, 153; respecto de la limitada posibilidad de cesión de las pretensiones alimenticias, *Larenz SchuldR I § 34 II 2*.

¹⁰¹ BGHZ 46, 242 (243f.); Palandt/*Grüneberg* § 398 n. m. 10; sobre la cesión parcial de un crédito futuro, BGHZ 79,16.

¹⁰² *Larenz SchuldR I § 34 II 4*; *Esser/Schmidt SchuldR I 2 § 37 I 2e*.

¹⁰³ *Erman/Westermann § 400 n. m. 1*.

- 24 La posibilidad de cesión también se excluye cuando la transmisión del crédito conduciría a una **modificación del contenido de la prestación** (§ 399 alternativa 1). Este es el caso, por ejemplo, cuando se trata de pretensiones de *liberación de una obligación* ¹⁰⁴.

Ejemplo: A encarga a B que adquiera para él una valiosa pintura en la galería de arte de X. B concluye un contrato de compraventa con X en nombre propio y recibe el cuadro. El precio de compra debe pagarse dentro del plazo de tres semanas. B entrega el cuadro a A y le pide que se encargue de pagar el precio de compra.

En la relación externa frente a X, solo B está obligado al pago del precio. Sin embargo, B tiene frente a A una pretensión ex § 670 de indemnización de los gastos que ha realizado para la ejecución del mandato. Sus gastos consisten en que se ha obligado frente a X a pagar el precio. Por ello A está obligado conforme al § 257 a liberar a B de la obligación contraída pagando el precio de compra a X. B no puede ceder a un tercero la pretensión de liberación. Dado que el tercero no puede quedar liberado de ninguna obligación frente a X, la cesión modificaría el contenido de la pretensión (§ 399 alternativa 1). Sin embargo, es posible una cesión a X, en cuyas manos la pretensión de liberación se convierte en una pretensión de pago ¹⁰⁵. Esto no modifica de manera esencial el contenido de la pretensión ya que, en cualquier caso, la liberación tiene que efectuarse preferentemente mediante el pago al acreedor de la obligación contraída (→ 14 n. m. 14).

- 25 Las pretensiones cuyo objeto son **prestaciones destinadas a un fin** solo pueden cederse observando la afectación al fin ¹⁰⁶. De ahí que un funcionario solo pueda ceder su pretensión de asistencia para la indemnización de los costes de tratamiento frente al empleador al correspondiente acreedor (médico, hospital, etc.) ¹⁰⁷.
- 26 Por último, que una pretensión no sea susceptible de cesión puede derivarse de la **naturaleza de la relación jurídica**. Este es el caso, por ejemplo, cuando se trata de *pretensiones personalísimas*. Entre ellas se encuentran no solo las pretensiones de Derecho de familia, como la pretensión a la comunidad de vida conyugal ex § 1353 I 2 o a la asistencia y respeto recíprocos entre padres e hijos del § 1618a, sino también las pretensiones contractuales para la realización de conductas infungibles (p. e., realización de una operación médica, impartición de clases, asesoramiento jurídico) ¹⁰⁸.

¹⁰⁴ BGHZ 12, 136 (141); Staudinger/*Busche*, 2017, § 399 n. m. 27.

¹⁰⁵ BGH NJW 1993, 2232 (2233); *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 794.

¹⁰⁶ BGH WM 1978, 553; NJW 1995, 323; *Larenz* SchuldR I § 34 II 3.

¹⁰⁷ BAG DB 1970, 1327; Palandt/*Grüneberg* § 399 n. m. 5.

¹⁰⁸ Cfr. Staudinger/*Busche*, 2017, § 399 n. m. 5 ss.

Que la imposibilidad de la cesión derive del § 399 alternativa 1¹⁰⁹ o directamente de la naturaleza personalísima del crédito¹¹⁰ es, en última instancia, irrelevante.

- 27 La susceptibilidad de cesión de los **derechos de configuración** es problemática. Hay acuerdo en que, en principio, los *derechos de configuración autónomos* (p. e., el derecho de retracto en la compraventa conforme a los §§ 456 ss.) pueden transmitirse por separado¹¹¹. Sin embargo, según la opinión dominante, lo mismo debe aplicarse a los *derechos de denuncia y resolución* en el caso de los contratos bilaterales, porque no están vinculados necesariamente a un determinado crédito¹¹². En cambio, el derecho de impugnación a menudo se considera no susceptible de cesión porque constituye un derecho personalísimo¹¹³.

C) PROHIBICIÓN CONTRACTUAL DE LA CESIÓN

- 28 Por último, un crédito no es transmisible si el (primer) acreedor y el deudor han excluido la posibilidad de cesión por medio de un acuerdo (§ 399 alternativa 2). Tal **prohibición de cesión** (*pactum de non cedendo*) tiene como consecuencia que el crédito nace desde el principio con la cualidad de no ser transmisible. Cualquier intento de transmisión efectuado pese a ello, es ineficaz *absolutamente*, es decir, frente a todos¹¹⁴. Por cierto, la posibilidad de acordar tal prohibición de cesión en absoluto es obvia. Antes bien, el § 137 inciso 1 establece como principio que la facultad de disposición sobre los derechos enajenables no puede excluirse mediante un acuerdo negocial. El § 399 alternativa 2 muestra que este principio no se aplica en el caso de los créditos¹¹⁵.
- 29 Una prohibición de cesión protege al deudor de tener que contar en cualquier momento con el cambio de su acreedor. Puede acordarse expresa o

¹⁰⁹ Así, *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 779.

¹¹⁰ Así, *Brox/Walker* SchuldR AT § 34 n. m. 14.

¹¹¹ BGH NJW 2003, 1858 (1859); HK-BGB/*Schulze* § 413 n. m. 1.

¹¹² NK-BGB/*Kreße* § 413 n. m. 4; Soergel/*Schreiber* § 413 n. m. 4. En especial sobre los derechos de resolución, BGH NJW 1973, 1793; 1985, 2640.

¹¹³ Palandt/*Grüneberg* § 413 n. m. 5; *Larenz* SchuldR I § 34 VI; de otra opinión, NK-BGB/*Kreße* § 413 n. m. 4.

¹¹⁴ BGHZ 40, 156 (159 s.); 108, 172 (176); *Larenz* SchuldR I § 34 II 1; MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 399 n. m. 41; de otra opinión, (solo ineficacia relativa en beneficio del deudor), *Canaris* FS Serick, 1992, 9 ss.; Erman/*Westermann* § 399 n. m. 3a.

¹¹⁵ Erman/*Westermann* § 399 n. m. 3; *W. Lüke* JuS1992, 114.

tácitamente y, en principio, también en CGC ¹¹⁶. La prohibición de cesión es eficaz aunque el acreedor del crédito hubiera acordado previamente con un acreedor suyo propio una **cesión en garantía** que, en sí, también debiera aplicarse al crédito en cuestión. Dado que, debido a la prohibición de cesión, el crédito nace desde el principio como «no susceptible de cesión», lo cierto es que la cesión anticipada no le afecta ¹¹⁷.

Para profundizar: La primacía de la prohibición de cesión sobre la cesión en garantía puede conducir a una alteración de la estructura de la garantía en el caso de la *reserva de dominio ampliada* (→ § 52 n. m. 17). El problema radica en que, en caso de ulterior enajenación de la mercancía por el comprador, la cesión anticipada de los créditos por el precio de compra sirve al vendedor que tiene la reserva de garantía sustitutoria por la pérdida de la propiedad de la mercancía. Si la cesión anticipada se ve frustrada por un acuerdo que prohíba la cesión, el vendedor pierde toda garantía. Para impedir esto en el tráfico entre *comerciantes*, el § 354a I 1 HGB declara eficaz la cesión bajo determinadas condiciones, a pesar de la prohibición de cesión. No obstante, las consecuencias del § 354a I 1 HGB son atenuadas por el inciso 2, conforme al cual el deudor puede, opcionalmente, seguir realizando la prestación al anterior acreedor con eficacia liberatoria, independientemente del momento en que tenga conocimiento de la cesión ¹¹⁸. Así se protege al deudor de tener que adaptarse a los cambios de acreedor. No obstante, por la cesión, el antiguo acreedor pierde su titularidad jurídica; el § 354a I 2 HGB le da únicamente competencia para la recepción. Esto tiene como consecuencia que, después de la cesión, ya no puede concluir con el deudor negocios jurídicos eficaces sobre el crédito (p. e., condonación, transacción, aplazamiento) ¹¹⁹. Tal negocio jurídico solo es eficaz bajo los presupuestos del § 407 (→ § 52 n. m. 53 ss.).

- 30** Una cesión ineficaz conforme al § 399 alternativa 2 deviene eficaz si el deudor declara posteriormente su **asentimiento**. Se discute si el asentimiento retrotrae sus efectos al momento de la cesión o solo la hace eficaz ex nunc. La opinión dominante afirma la eficacia puramente ex nunc argumentando que el asentimiento se presenta como anulación de la prohibición contractual de la cesión ¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. BGHZ 77, 274 (275); 102, 293 (300); Palandt/*Grüneberg* § 399 n. m. 8, 10.

¹¹⁷ Así, la opinión dominante, cfr. solo BGHZ 30, 176 (179); BGH NJW 1980, 2245 (2246); MüKo-BGB/*Roth/Kieninger* § 399 n. m. 38; Erman/*Westermann* § 399 n. m. 3.

¹¹⁸ BT-Drs. 12/7912, 25; BGH NJW-RR 2005, 624 (626); NJW 2009, 438 (439).

¹¹⁹ BGH NJW 2009, 438 (439 s.); Staudinger/*Busche*, 2017, § 399 n. m. 71; *Lettl* JA 2010, 109 (111).

¹²⁰ Así, BGHZ 70, 299 (303); 108, 172 (176 s.); Soergel/*Schreiber* § 399 n. m. 9; *Larenz* SchuldR I § 34 II 1; de otra opinión, (subsanción retroactiva) *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 797

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CESIÓN

1. Traspaso del crédito al nuevo acreedor

- 31** La cesión tiene como consecuencia, según el § 398 inciso 2, que el crédito pasa al cesionario. El antiguo acreedor ya no puede disponer del crédito cedido, en particular, ya no puede cederlo de nuevo eficazmente dado que, en adelante, le falta la titularidad. Por tanto, en caso de varias cesiones rige el **principio de prioridad**: únicamente la primera cesión conduce a la transmisión del crédito, las cesiones posteriores no tendrán efecto ¹²¹.

Después de efectuarse la cesión, en principio, el antiguo acreedor tampoco puede ya **cobrar** el crédito del deudor. Esto solo varía si el cesionario le concede un derecho de cobro.

Para profundizar: Junto con el crédito pasan también al cesionario las facultades que sirven a su cumplimiento (p. e., el derecho a fijar un plazo adicional o a reclamar por vicios) ¹²², a menos que las partes hayan acordado otra cosa. Las *pretensiones de indemnización del daño* que nazcan después de la cesión le corresponden al adquirente, las surgidas con anterioridad solo si también han sido cedidas ¹²³. Se discute quién puede hacer valer un *derecho de configuración* surgido después de la cesión. Sin embargo, hay acuerdo respecto del *derecho de resolución*. Permanece con el cedente siempre y cuando no haya sido transmitido también expresa o implícitamente ¹²⁴. No obstante, parte de la doctrina vincula el ejercicio del derecho de resolución al asentimiento del cesionario ¹²⁵.

2. Traspaso de derechos de garantía y de preferencia

- 32** El § 401 ordena el traspaso de determinados derechos de garantía y de preferencia. Con las hipotecas, derechos de prenda y fianzas, el párrafo 1 menciona diversos **derechos de garantía** cuya existencia depende de la existencia del crédito cedido (la llamada *accesoriedad*) ¹²⁶. La orden de traspaso toma en cuenta la estrecha conexión entre crédito y garantía, que se opone a la separación. Es posible una aplicación analógica a otros instrumentos accesorios de garantía ¹²⁷.

¹²¹ *Brox/Walker SchuldR AT* § 34 n. m. 17.

¹²² Cfr. BGHZ 114, 360 (365 s.); Palandt/*Grüneberg* § 401 n. m. 4.

¹²³ Staudinger/*Busche*, 2017, § 398 n. m. 81 s.; *Larenz SchuldR I* § 34 I.

¹²⁴ Cfr. BGH NJW 1985, 2640 (2641 s.); *Esser/Schmidt SchuldR I 2* § 37 I 3b.

¹²⁵ Así, *Erman/Westermann* § 398 n. m. 29; *Larenz SchuldR I* § 34 I.

¹²⁶ Respecto de la accesoriedad de los derechos de garantía, *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 767 ss.

¹²⁷ Cfr. respecto de la anotación preventiva (§§ 883 ss.) BGHZ 25, 16 (23); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 802.

Para profundizar: El § 401 I es *dispositivo*. Por tanto, el cedente puede acordar con el cesionario o el propietario de la cosa pignorada o el fiador que las garantías no se traspasen¹²⁸. En este caso, los derechos de prenda se extinguen conforme al § 1250 II. A las fianzas les es aplicable el § 1250 II por analogía¹²⁹. En el caso de las hipotecas, el § 1153 ordena imperativamente que se traspasan junto con el crédito¹³⁰.

- 33** Las **garantías no accesorias** (p. e., *deuda inmobiliaria, transmisión en garantía o reserva de dominio*) no son contempladas por el § 401, por tanto, no se traspasan automáticamente. En principio, también queda excluida la analogía, ya que la conexión entre crédito y garantía es menos estrecha por la falta de accesoriedad¹³¹. Solo para la *asunción cumulativa de deuda con fin de garantía* se aboga por una aplicación analógica del § 401 I¹³². Por lo demás, las garantías no accesorias tienen que traspasarse de manera independiente. El correspondiente deber del cedente puede derivarse en el caso concreto del negocio causal subyacente a la cesión¹³³.
- 34** Conforme al § 401 II, al adquirente del crédito pasan, además, los **derechos de preferencia** existentes para el caso de ejecución forzosa o de un procedimiento concursal. Con ello se contemplan, sobre todo, los derechos de preferencia incluidos en el § 804 II ZPO o §§ 49 ss. InsO¹³⁴.

3. Deberes del antiguo acreedor

- 35** Para el **cedente**, la cesión va unida a determinadas **obligaciones**. Así, según el § 402, debe facilitar al cesionario las informaciones necesarias para hacer valer el crédito y entregarle los documentos que se encuentren en su poder que sean apropiados para probar el crédito. La propiedad de los documentos de la deuda (p. e., títulos de deuda, escrituras de prenda inmobiliaria, libretas de ahorro) la adquiere ya el cesionario conforme al § 952 en virtud de la ley. Por último, a instancias del cesionario, el cedente tiene que emitir un documento público legalizado sobre la cesión, cuyos costes, no obstante, deben ser soportados por el cesionario (§ 403).

¹²⁸ Erman/Westermann § 401 n. m. 8.

¹²⁹ BGHZ 115, 177 (181 ss.); Jauernig/Stürmer § 401 n. m. 1.

¹³⁰ Cfr. MüKoBGB/Roth/Kieninger § 401 n. m. 3.

¹³¹ BGHZ 42, 53 (56); 92, 374 (378); Staudinger/Busche, 2017, §401 n. m. 36 ff.

¹³² BGH NJW 1972, 437 (439); BGH ZIP 2000, 228f.; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 802.

¹³³ Cfr. al respecto BGHZ 42, 53 (56f.); 92, 374 (378); Larenz SchuldR I § 34 I Fn.5.

¹³⁴ Cfr. MüKoBGB/Roth/Kieninger § 401 n. m. 16, con referencia a otros derechos preferentes.

V. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR

1. Excepciones fundadas al tiempo de la cesión

- 36** La posición jurídica del deudor no se ve afectada en gran medida por la cesión. Porque el crédito pasa al adquirente tal como existía en la persona del antiguo acreedor. En consecuencia, el § 404 dispone que el deudor puede oponer al nuevo acreedor todas las excepciones que, al tiempo de la cesión, fuesen fundadas frente al antiguo acreedor. Con ello, el § 404 comprende todos los derechos de defensa del deudor, por tanto, no solo las **excepciones impropias** en sentido estricto, sino también las **excepciones propias** ¹³⁵ *.

A) EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL § 404

- 37** El § 404 se aplica, en primer lugar, a aquellas excepciones impropias y propias frente al crédito cedido, cuyos presupuestos existieran ya plenamente antes de la cesión: por tanto, el deudor puede hacer valer también frente al nuevo acreedor todas las *excepciones impropias impeditivas del derecho* (p. e., ineficacia del crédito por vicios formales, contrariedad a las buenas costumbres). También puede alegar frente al nuevo acreedor las *excepciones impropias extintivas del derecho*, por ejemplo, el hecho de que ya ha cumplido enteramente o de que ha resuelto eficazmente. Lo mismo es aplicable, por último, a las *excepciones propias* surgidas antes de la cesión (p. e., acuerdo de aplazamiento entre el antiguo acreedor y el deudor, prescripción) ¹³⁶.

Para profundizar: Si ya antes de la cesión estaba justificada una excepción impropia impeditiva o extintiva del derecho, no existe un crédito del cedente susceptible de cesión (→ § 52 n. m. 14). Así pues, el cesionario no adquiere ningún crédito en absoluto. De ahí que, en sí, resulte evidente que el deudor puede alegar esto (también) frente al cesionario. Por lo que respecta a las excepciones propias que estuviesen fundadas antes de la cesión, la regulación del § 404 se explica por el hecho de que el cesionario adquiere el crédito del cedente como tal. Por tanto, en rigor, el § 404 tiene un significado meramente declarativo ¹³⁷. No obstante, en el examen de clausura estas cuestiones dogmáticas no pueden debatirse. Por tanto, aquí debería argumentarse de forma abreviada con el § 404.

¹³⁵ Cfr. Staudinger/*Busche*, 2017, § 404 n. m. 10; Palandt/*Grüneberg* § 404 n. m. 2.

* **Nota de la traductora:** En este punto me remito a lo que ya indiqué *supra*, en mi nota al n. m. 17 del § 51.

¹³⁶ MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 404 n. m. 5.

¹³⁷ Cfr. *Makowsky*, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, 2019, 195 ss.

- 38** No obstante, el § 404 va más lejos. No es necesario que el supuesto de hecho de una excepción impropia o de una excepción propia ya se hubiera hecho realidad al tiempo de la cesión, antes bien, basta que aquel estuviera «fundado». Este presupuesto se da ya si la excepción impropia o propia tiene su **fundamento jurídico** en la primitiva relación obligatoria entre el deudor y el antiguo acreedor¹³⁸. Así, el § 404 comprende también el caso en que un derecho de configuración (p. e., derecho de resolución o anulación) que existía ya al tiempo de la cesión solo se ejercita después de la cesión¹³⁹ o en el que el plazo de prescripción no expira sino después de la cesión¹⁴⁰.

Ejemplo (tomado de BGH NJW 1986, 919): La sociedad comanditaria G había vendido y entregado pieles a S. Aún no se había efectuado el pago del precio de compra. Al concluirse el contrato de compraventa, se acordó que S disponía de un derecho de resolución hasta el final de la temporada. Posteriormente, la sociedad comanditaria G cedió a K su crédito por el precio de compra frente a S. Conociendo esta cesión, S hizo uso de su derecho de resolución antes de que finalizara la temporada. ¿Puede K, no obstante, exigir a S el pago del precio?

En primer lugar, mediante la cesión, K adquirió el crédito por el precio de compra frente a S. Sin embargo, su pretensión de pago podría haber decaído por la resolución de S. Conforme al § 404, el derecho a resolver aún puede ejercitarse después de efectuada la cesión, si tiene su base jurídica en la relación obligatoria originaria entre el deudor y el antiguo acreedor. Este es el caso. El derecho de resolución deriva directamente del acuerdo entre S y la sociedad comanditaria G. Que S tuviera conocimiento de la cesión, no afecta al derecho de resolución. Porque K únicamente ha adquirido el crédito tal como le correspondía a la sociedad comanditaria K, por tanto, «gravado» por el derecho resolutorio de S. Por consiguiente, K no puede exigir a S el pago.

- 39** Que el nuevo acreedor fuera **de buena fe** por lo que respecta a las excepciones impropias y las excepciones propias del deudor, es irrelevante en el marco del § 404. Por lo tanto, el deudor no pierde sus excepciones impropias y propias, aunque el cesionario no las conociera ni debiera conocerlas¹⁴¹.

¹³⁸ Jurisprudencia constante; véase solamente BGHZ 25, 27 (29); 93, 71 (79); cfr. al respecto, por muchos, *Brox/Walker SchuldR AT* § 34 n. m. 20; *Palandt/Grüneberg* § 404 n. m. 4.

¹³⁹ Cfr. BGH NJW 1986, 919; NJW-RR 2004, 1347 (1348); *Palandt/Grüneberg* § 404 n. m. 4. Al efecto, el derecho de configuración ha de ejercitarse frente al antiguo acreedor (*PWW/H.-F. Müller* § 404 n. m. 4; *Larenz SchuldR I* § 34 IV).

¹⁴⁰ BGHZ 48, 181 (183); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 813.

¹⁴¹ *Palandt/Grüneberg* § 404 n. m. 1.

B) EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES CONFORME AL § 405

- 40 El § 405 contiene una **excepción** al § 404, recortando al deudor las excepciones frente al nuevo acreedor en dos casos. Esto presupone siempre que, al momento de la cesión, se le haya presentado al nuevo acreedor un *documento de deuda otorgado* por el deudor sobre el crédito.
- 41 La primera alternativa del § 405 contempla una excepción impeditiva frente al eficaz nacimiento del crédito: si el crédito entre el deudor y el antiguo acreedor solo se había establecido **simuladamente**, el deudor no puede alegar frente al nuevo acreedor que el negocio es nulo conforme al § 117, siempre y cuando el nuevo acreedor fuera de buena fe al tiempo de la cesión, esto es, no conociera ni debiera haber conocido la nulidad (§ 405 i. f.). Esto se basa en la idea de que el deudor ha creado con el documento de deuda una apariencia jurídica en la que el adquirente de buena fe puede confiar¹⁴². De esta idea se desprende que el documento no solo debe haber sido *otorgado* por el deudor, sino que, además, debe *haberse puesto en circulación* con su consentimiento. Esto es, el § 405 no es aplicable a los documentos que se han perdido¹⁴³.
- 42 La segunda alternativa del § 405 se refiere al caso en que entre el deudor y el antiguo acreedor se ha acordado una **prohibición de cesión** que no se menciona en el documento de deuda. Aquí el deudor no puede oponer al nuevo acreedor que la cesión efectuada pese a ello es ineficaz en virtud del § 399 alternativa 2.
- 43 La aplicación **analógica** del § 405 solo entra en consideración en casos especiales muy limitados, habida cuenta el carácter excepcional del precepto¹⁴⁴.

Ejemplo (tomado de RGZ 90, 273): A es titular de un crédito frente al deudor S. Lo cede a B y expide para este un documento de cesión. No obstante, A y B están de acuerdo en que, en realidad, B no debe convertirse en titular del crédito. Poco después, B cede el crédito a C, que es de buena fe, presentándole ese documento de cesión. ¿Se ha convertido C en titular del crédito?

Dado que la primera cesión a B fue nula en virtud del § 117, B no devino titular del crédito. En principio, esto excluye también una adquisición por parte de C, a no ser que excepcionalmente sea posible una adquisición de buena fe. El § 405 no es directamente aplicable al caso porque el documento no se otorgó sobre la «deuda» –esto

¹⁴² Larenz SchuldR I § 34 I.

¹⁴³ MüKoBGB/Roth/Kieninger § 405 n. m. 6; PWW/H.-F. Müller § 405 n. m. 2.

¹⁴⁴ Cfr. al respecto MüKoBGB/Roth/Kieninger § 405 n. m. 14; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 815.

es, el crédito cedido—, sino sobre la cesión misma. Sin embargo, de una visión de conjunto de los §§ 172, 405 y 409, el RG dedujo que la excepción ex § 117 I queda también descartada si un crédito cedido solo de forma simulada se cede ulteriormente presentando el documento de cesión a un tercero de buena fe¹⁴⁵. Frente a un segundo adquirente de buena fe, que confíe en el documento de cesión (C), el acreedor originario (A) no podría alegar que la cesión solo se efectuó simuladamente. Al otorgar el documento, él mismo habría hecho posible al primer adquirente (B) la ulterior cesión.

2. Excepciones derivadas de la cesión

- 44** Además de las excepciones frente al propio crédito cedido, el deudor también puede oponer al potencial nuevo acreedor que la **cesión** (esto es, el *contrato dispositivo*) es **ineficaz**, p. e., porque el crédito no es transmisible (→ § 52 n. m. 21 ss.). Porque en caso de ineficacia de la cesión, el cesionario en modo alguno deviene titular del crédito. En cambio, el deudor no puede hacer valer los vicios del *negocio causal* subyacente a la cesión (p. e., compraventa del crédito)¹⁴⁶.

3. Compensación frente al nuevo acreedor

A) PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

- 45** Si la posición jurídica del deudor no debe verse perjudicada por la cesión, no solo es preciso que conserve las excepciones (§ 404). Antes bien, el deudor también debe conservar en la medida de lo posible la **posibilidad de compensar** que existiera frente al antiguo acreedor. No hay particularidades si ya *antes de la cesión* el deudor había declarado la compensación frente al anterior acreedor. Conforme al § 389, la compensación conduce a la extinción del crédito, lo que se puede oponer al nuevo acreedor en virtud del § 404. Sin embargo, la situación jurídica es más difícil si la compensación se declara después de efectuarse la cesión. Según el § 387, la compensación como tal presupone que el crédito principal y el contracrédito estén en una *relación de reciprocidad* (→ § 18 n. m. 4). Mediante la cesión del crédito principal al nuevo acreedor, esa reciprocidad se pierde.

¹⁴⁵ De acuerdo, Staudinger/*Busche*, 2017, § 405 n. m. 15; Soergel/*Schreiber* § 405 n. m.

¹⁴⁶ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 789.



Esquema: Mantenimiento de la situación de compensación.

En esta situación, el § 406 permite al deudor compensar también frente al nuevo acreedor en determinados casos. A tal efecto, el precepto únicamente salva la falta de **reciprocidad**; los demás presupuestos de la compensación siguen rigiéndose por los §§ 387 ss. Además, la compensación frente al *nuevo acreedor* presupone que el deudor haya tenido conocimiento de la cesión¹⁴⁷. Si el deudor compensa frente al *antiguo acreedor* desconociendo la cesión, su protección se rige por el § 407.

La regulación del § 406 es bastante compleja. De ahí que sea recomendable considerar por separado los diversos casos.

B) NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE COMPENSACIÓN ANTES DE LA CESIÓN

- 46** Si **antes de la cesión** del crédito principal existía una situación de compensación, el deudor no debe perder la posibilidad ya existente de compensación a consecuencia de la cesión. De ahí que el § 406 disponga para este caso que el deudor también puede compensar frente al nuevo acreedor. La doctrina advierte, con razón, que la conservación del derecho a compensar nacido antes de la cesión podría deducirse ya del § 404¹⁴⁸. Por lo tanto, en rigor, el § 406 solo tiene un significado clarificador a este respecto.

¹⁴⁷ Cfr. también MüKoBGB/Roth/Kieninger § 406 n. m. 4.

¹⁴⁸ MüKoBGB/Roth/Kieninger § 406 n. m. 2

Ejemplo: G tiene frente a S un crédito de un importe de 1.000 euros por el precio de una compra. Entre tanto, S vende a G mercancías por 1.500 euros. Ambos créditos son compensables entre sí en una cuantía de 1.000 euros. Antes de que uno de los implicados declare la compensación, G cede su crédito a D. Conforme al § 406, S puede ahora declarar la compensación frente a D. Esto tiene como consecuencia que el crédito principal de D frente a S se extingue. S sigue teniendo frente a G un crédito por un importe de 500 euros.

C) NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE COMPENSACIÓN DESPUÉS DE LA CESIÓN

- 47 Con restricciones, el § 406 también permite la compensación frente al nuevo acreedor cuando la situación de compensación no ha surgido sino **después de la cesión**. En este caso, no cabe atender a si el deudor debe conservar la posibilidad de compensación que un día existió. No obstante, el deudor merece protección si podía confiar en la posibilidad de compensar. El § 406 parte 2 menciona dos casos en los que se excluye una confianza digna de tutela.
- 48 El § 406 parte 2 alternativa 1 se refiere al caso en que el deudor no ha *adquirido* el crédito frente al antiguo acreedor sino *después de la cesión*. Aquí, el deudor solo es digno de tutela si al adquirir el contracrédito **no tenía conocimiento** de la cesión, pudiendo suponer por tanto que surgiría una situación de compensación. Si al adquirir el contracrédito, el deudor sabía que el crédito principal había sido cedido, se excluye la compensación frente al nuevo acreedor.

Ejemplo: G tiene frente a S un crédito por un importe de 2.000 euros. Se lo cede a D. Poco después, S obtiene un crédito de vencimiento inmediato frente a G por un importe de 2.500 euros, sin tener conocimiento de la cesión.

Al adquirir el contracrédito, S supondrá que surgiría una situación de compensación. El § 406 protege esa confianza. De ahí que S pueda compensar frente a D.

- 49 El § 406 parte 2 alternativa 2 regula la cuestión del momento en que el **contracrédito** tiene que vencer. Conforme al § 387, el deudor solo puede compensar al vencer el contracrédito (→ § 18 n. m. 6). El § 406 no cambia aquí nada, en la medida en que, en todo caso, al tiempo de la compensación debe haberse producido el vencimiento¹⁴⁹. Sin embargo, en principio el precepto admite la compensación aunque el contracrédito venza después de la cesión.

¹⁴⁹ Brox/Walker SchuldR AT § 34 n. m. 29.

Ejemplo: G tiene frente a S un crédito por importe de 5.000 euros (que vence el 1.8.2007), S tiene frente a G un contracrédito de la misma cuantía (que vence el 1.2.2007). Dado que ambos créditos no han vencido, inicialmente ninguna de las partes puede compensar. En octubre de 2006, G cede su crédito a D, de lo que S tuvo inmediato conocimiento. Según el § 406, S puede, tan pronto su crédito venza el 1.2.2007, compensar frente a D. Dado que el crédito de S vencía primero, antes de la cesión podía confiar en que se produciría una situación de compensación. La cesión no debe empeorar su situación en este aspecto.

- 50 No obstante, el § 406 prevé una restricción en un caso: si el deudor tuvo conocimiento de la cesión antes del vencimiento de su contracrédito, la compensación se excluye conforme a la parte 2 alternativa 2, si el crédito principal cedido **vence antes que el contracrédito**. Esta excepción no se aplica solo en caso de que el deudor adquiriera el contracrédito tras la cesión; antes bien, también puede ser relevante cuando el deudor haya adquirido el contracrédito antes de la cesión¹⁵⁰.

Ejemplo: G tiene frente a S un crédito de 4.000 euros (que vence el 15.5.2008). S tiene frente a G un contracrédito de igual cuantía (que vence el 1.6.2008). En octubre de 2007, G cede a D el crédito contra S, de lo que S tiene conocimiento poco después. Al vencer el crédito cedido, D puede exigir a S el cumplimiento, sin que S pueda compensar. Según el § 406 parte 2 alternativa 2, esto se aplica aunque en el interín el contracrédito de S también haya vencido. S no merece protección porque, incluso sin la cesión, no podía confiar en que surgiría una situación de compensación¹⁵¹. Esto es así porque G habría podido hacer valer su crédito ya antes del vencimiento del contracrédito. Ciertamente, es imaginable que G no hubiera hecho valer el crédito principal de inmediato, de tal manera que sin la cesión se habría llegado a una situación de compensación. Sin embargo, esta posibilidad no está protegida por el § 406¹⁵².

- 51 La **carga de la prueba** de los supuestos de hecho excepcionales mencionados en el § 406 parte 2 (p. e., el conocimiento del deudor) recae en el nuevo acreedor. Esto refleja la redacción del § 404 («...a no ser que...»).

4. La tutela del deudor conforme a los §§ 407-410

- 52 Dado que el **deudor** no tiene que ser parte en la cesión, no debe verse perjudicado por el hecho de que no tenga **ningún conocimiento** del cambio de

¹⁵⁰ Staudinger/Busche, 2017, § 406 n. m. 15.

¹⁵¹ Cfr. Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 798.

¹⁵² Críticamente, MüKoBGB/Roth/Kieninger § 406 n. m. 11.

acreedor. Si el acreedor notifica la cesión al deudor, debe poder confiar en la exactitud de la notificación. Si un nuevo acreedor exige la prestación, este debe estar suficientemente legitimado.

A) NEGOCIOS JURÍDICOS IGNORANDO LA CESIÓN

- 53** El § 407 regula el caso en que el deudor ejecuta la prestación al antiguo acreedor **ignorando la cesión**. De acuerdo con los *principios generales*, se trata de una prestación a quien (ya) no está legitimado para la recepción, que no supone cumplimiento. Por tanto, el deudor seguiría obligado a la prestación frente al nuevo acreedor y, por lo demás, se le remitiría a las pretensiones de enriquecimiento contra el antiguo acreedor (§ 812 I 1 alternativa 1). De este modo, soportaría el riesgo de tener que realizar la prestación dos veces.
- 54** Para proteger al deudor *de buena fe* de este riesgo, el § 407 I prevé que puede **liberarse** realizando la prestación **al antiguo acreedor**. El nuevo acreedor debe admitir que esa prestación le sea oponible. Por tanto, el crédito cedido se extingue sin que el cesionario mismo haya recibido la prestación. El deudor ha cumplido su obligación con la prestación al antiguo acreedor. A partir de entonces es asunto del nuevo acreedor exigir al antiguo acreedor, como no legitimado para la recepción, la restitución de lo prestado. El fundamento de la pretensión es el § 816 II (→ SchuldR BT § 55 n. m. 30 ss.). En el caso concreto puede haber también una pretensión por lesión de la relación causal existente entre el antiguo y el nuevo acreedor o una pretensión ex § 826¹⁵³.
- 55** Presupuesto del efecto liberador del § 407 I es la **buena fe** del deudor. Como se desprende de la última parte del precepto, solo le perjudica el **positivo conocimiento** de la cesión al realizar la prestación. Este conocimiento puede ser adquirido por el deudor, en particular, mediante una notificación de la cesión del antiguo acreedor. En cambio, las comunicaciones unilaterales por el nuevo acreedor solo excepcionalmente pueden hacer al deudor de mala fe¹⁵⁴. La ignorancia negligente no se opone a la aplicación del § 407 I. Al deudor no le incumbe ningún deber de investigar¹⁵⁵. No obstante, si a sabiendas no ha querido tener conocimiento, puede ser contrario a la buena fe

¹⁵³ Brox/Walker SchuldR AT § 34 n. m. 23; Larenz SchuldR I § 34 IV.

¹⁵⁴ BGHZ 102, 68 (74); cfr., más detalladamente, Staudinger/Busche, 2017, § 407 n. m. 33.

¹⁵⁵ Parecidamente, Larenz SchuldR I § 34 IV; Erman/Westermann § 407 n. m. 5.

(§ 242) que, pese a todo, alegue su ignorancia¹⁵⁶. El § 411 contiene una regulación especial. Conforme a él, determinadas *cajas públicas*, que, por ejemplo, pagan los sueldos de los funcionarios, se consideran de buena fe hasta que hayan sido informadas de la cesión por medio de documento público.

- 56 El § 407 I protege al deudor no solo en caso de ejecución de la prestación al antiguo acreedor, sino también cuando se realizan **otros negocios jurídicos** respecto del crédito. Este puede ser un aplazamiento pactado con el antiguo acreedor después de la cesión, pero también una condonación, una transacción o una compensación¹⁵⁷. Dado que el § 407 I únicamente sirve para la protección del deudor, el precepto no se aplica a los actos jurídicos del antiguo acreedor desfavorables al deudor –p. e., intimación, denuncia, actos con el fin de suspender o reanudar la prescripción–¹⁵⁸.

Para profundizar: Según la opinión dominante, el deudor puede *renunciar* a la protección otorgada por el § 407 I¹⁵⁹. Dado que entonces la prestación no tiene efecto liberatorio, sigue obligado frente al nuevo acreedor, pero tiene una pretensión de enriquecimiento (§ 812 I 1 alternativa 1) frente al antiguo acreedor. Sin embargo, el deudor solo utilizará esta vía si la pretensión de restitución contra el antiguo acreedor parece factible y está interesado en ejecutar la prestación al nuevo acreedor, p. e., porque de su parte tiene un crédito contra el nuevo acreedor cuya realización es incierta y que por ello querría materializar por *compensación*¹⁶⁰.

- 57 El § 407 II otorga al deudor protección adicional para el caso de que, ignorando la cesión, inicie un **litigio** con el antiguo acreedor y venza. El nuevo acreedor debe aceptar esta sentencia en su contra; por lo tanto, no puede iniciar ningún nuevo proceso con el deudor sobre el mismo crédito. Desde el punto de vista procesal, se trata de un caso de **extensión de la fuerza de cosa juzgada**. No obstante, debido a su finalidad tuitiva, el § 407 II solo se aplica a las sentencias que son favorables al deudor¹⁶¹.

Para profundizar: El § 407 II presupone que el litigio queda pendiente *después de* la cesión (§ 261 I ZPO). Si la cesión se efectúa *durante* un litigio en curso entre el deudor y el antiguo acreedor, son aplicables los §§ 265 y 325 ZPO.

¹⁵⁶ BGH ZIP 1997, 890; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 790.

¹⁵⁷ Cfr. MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 407 n. m. 7, con otros ejemplos.

¹⁵⁸ BGHZ 52, 150 (153 s.); *Brox/Walker* SchuldR AT § 34 n. m. 25.

¹⁵⁹ BGHZ 52, 150 (154); 102, 68 (71); MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 407 n. m. 10; en otro sentido, OLG Dresden MDR 1995, 559; críticamente, *Staudinger/Busche*, 2017, § 407 n. m. 8.

¹⁶⁰ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 407 n. m. 5; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 822.

¹⁶¹ BGHZ 52, 150 (152 ss.); MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 407 n. m. 24; de otra opinión, *Erman/Westermann* § 407 n. m. 8.

B) CESIÓN MÚLTIPLE

- 58** El § 408 traslada la tutela del deudor al caso de la cesión **múltiple**. Dado que el antiguo acreedor ya no es titular del crédito tras la primera cesión, cualquier cesión ulterior es ineficaz. Por tanto, el primer adquirente sigue siendo el titular del crédito. Sin embargo, si el deudor solo conoce la segunda cesión, el § 408 I le otorga frente al primer adquirente la misma protección que el § 407. Por consiguiente, el primer adquirente tiene que aceptar que la prestación del deudor al supuesto segundo adquirente le sea oponible.

Ejemplo: G ha cedido eficazmente a su proveedor L un crédito frente a S por un importe de 10.000 euros. Poco después, acuerda con su banco B que se transmitan a este todos los créditos derivados de determinados negocios, entre ellos, por descuido, también el cedido a L. En una declaración conjunta, G y B dan a conocer esta cesión a todos los deudores. En vista de ello, S paga al vencimiento los 10.000 euros a B. Aunque la prestación no se ha efectuado al titular del crédito (L), tiene efecto liberatorio para S con arreglo a los §§ 408 I y 407. No obstante, L puede exigir a B la restitución del dinero obtenido, en virtud del § 816.

- 59** Según el § 408 II alternativa 1, se aplica lo mismo si, tras una cesión eficaz, el crédito no es cedido una segunda vez, sino que es transferido a un tercero por una **orden de embargo y traspaso** (§§ 829 y 835 ZPO) en el marco de un procedimiento ejecutivo contra el antiguo acreedor. Dado que, debido a la primera cesión, el antiguo acreedor ya no es titular del crédito, el embargo y la transferencia al tercero no conducen a nada, esto es, son ineficaces. El deudor que no conoce la cesión pero que paga conociendo la transferencia al tercero, es protegido por el § 408 II alternativa 1. Problemas parecidos surgen cuando, tras una cesión, se cumplen los presupuestos para una **cesión legal**, que falla únicamente porque el antiguo acreedor ya no es el titular del crédito. Sin embargo, aquí el deudor solo es protegido si el antiguo acreedor ha reconocido frente al tercero la cesión legal (§ 408 II alternativa 2)¹⁶².

C) NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN

- 60** Mientras que los §§ 407 y 408 protegen al deudor cuando no tiene conocimiento alguno de la cesión, el § 409 se refiere al caso inverso en que al deudor se le **notifica** la cesión por su antiguo acreedor. También aquí el

¹⁶² Al respecto, BGHZ 11, 298 (302); críticamente, Staudinger/*Busche*, 2017, § 408 n. m. 7.

deudor merece protección. Dado que no es parte en la cesión, debe poder confiar en la notificación del acreedor.

- 61** La **notificación de la cesión** debe provenir del anterior acreedor. No es formal y, por tanto, también es posible verbalmente, y es calificada como acto cuasi negocial¹⁶³. El § 409 I 2 equipara a la notificación el **documento** sobre la cesión que el nuevo acreedor haya obtenido del anterior acreedor y presentado luego al deudor. El documento debe respetar la forma escrita y provenir asimismo del acreedor originario. Por lo tanto, una falsificación no produce las consecuencias jurídicas del § 409¹⁶⁴.
- 62** La notificación tiene como consecuencia que el deudor tiene conocimiento de la cesión y, por ello, ya no puede invocar el § 407. Pero, por otra parte, el deudor puede **confiar** en la notificación, incluso aunque la cesión no se haya producido en absoluto o sea ineficaz. Si el deudor realiza la prestación al nuevo acreedor designado en la notificación, el anterior acreedor debe aceptar que esto le sea oponible y, en su caso, se le remite a una pretensión compensatoria frente al nuevo acreedor no titular (§ 816 II)¹⁶⁵.

La opinión dominante parte de que, en caso de notificación o de presentación de un documento, la buena fe del deudor no es determinante. Por tanto, este puede invocar el § 409 I incluso si tiene **positivo conocimiento** de la ineficacia de la cesión¹⁶⁶. Si el deudor tiene ante sí una notificación de cesión o el correspondiente documento, no tiene que involucrarse en ninguna discusión con el (supuesto) nuevo acreedor, aunque conozca la situación jurídica real. No obstante, de la prohibición de conducta abusiva (§ 242) se derivan limitaciones en los casos en los que el deudor coopera de forma colusoria con el cesionario o en los que la verdadera situación jurídica es manifiesta¹⁶⁷.

- 63** El antiguo acreedor no puede, por sí solo, eliminar de nuevo los efectos de la notificación o del documento. Antes bien, el § 409 ordena que la notificación solo puede retirarse con el **asentimiento** de la persona nombrada como nuevo acreedor. No obstante, el anterior acreedor dispone frente al nuevo acreedor de una pretensión de asentimiento derivada del contrato o del § 812¹⁶⁸.

¹⁶³ Cfr. MüKoBGB/Roth/Kieninger § 409 n. m. 7, 9; Larenz SchuldR I § 34 IV.

¹⁶⁴ BGHZ 100, 36 (46); Soergel/Schreiber § 409 n. m. 5.

¹⁶⁵ En detalle, Staudinger/Busche, 2017, § 409 n. m. 25 ss.

¹⁶⁶ BGHZ 29, 76 (82); 64, 117 (119); Larenz SchuldR I § 34 IV; de otra opinión, Brox/Walker SchuldR AT § 34 n. m. 31; Karollus JZ 1992, 557.

¹⁶⁷ MüKoBGB/Roth/Kieninger § 409 n. m. 12; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 825.

¹⁶⁸ MüKoBGB/Roth/Kieninger § 409 n. m. 16.

D) DERECHO DEL DEUDOR A DENEGAR LA PRESTACIÓN

- 64 El § 410 protege al deudor en relación con el nuevo acreedor mediante un **derecho a denegar la prestación**¹⁶⁹. El deudor no debe realizar la prestación al nuevo acreedor hasta que este le haya *entregado* un *documento* expedido por el anterior acreedor sobre la cesión (§ 410 I 1) o el antiguo acreedor le haya *notificado por escrito* la cesión (§ 410 II). Así, el deudor solo está obligado a la prestación si dispone de la protección del § 409, es decir, en el caso de una notificación de la cesión o en el caso de entrega de un documento de cesión. Al mismo tiempo, se trata de proporcionar al deudor un medio de prueba. Esto explica que, a diferencia de lo que ocurre en el marco del § 409 I, la notificación deba efectuarse *por escrito*¹⁷⁰. Si el antiguo y el nuevo acreedor reclaman al deudor de la misma manera, podrá, en determinadas circunstancias, consignar la prestación conforme al § 372 inciso 2 (→ § 17 n. m. 2).
- 65 Según el § 410 I 2, sin notificación escrita de la cesión o presentación del documento, el deudor puede rechazar una **denuncia** o **intimación** del nuevo acreedor. Lo mismo vale, por aplicación analógica del precepto, para otros derechos de configuración del nuevo acreedor¹⁷¹. El rechazo tiene que efectuarse sin demora, es decir, sin retraso culpable (§ 121).

VI. MODELOS ESPECÍFICOS DE CESIÓN

- 66 Aunque los §§ 398 ss. regulan unitariamente el procedimiento de la cesión de créditos, los **fines económicos** que se encuentran tras dicha cesión pueden ser muy diferentes. En primer lugar, el mismo crédito tiene un valor económico. De ahí que pueda venderse a los interesados (**compra de créditos**), pero también puede utilizarse como medio de pago frente a los propios acreedores. Esto último ocurre, por ejemplo, en caso de entrega de una letra de cambio. No obstante, el crédito también ha alcanzado particular relevancia como **medio de garantía**. Por último, la cesión también puede servir únicamente para dejar que el cesionario cobre el crédito. Este objetivo se ha institucionalizado en forma de la denominada **cesión para el cobro**, pero en parte también en la del **factoring**. Por su gran relevancia, la cesión en garantía y para el cobro deben exponerse a continuación con más detalle. En cambio, el factoring debe tratarse en relación con la compra de créditos (→ SchuldR BT § 12 n. m. 8 ss.).

¹⁶⁹ Cfr. BGH NJW 1986, 977; Palandt/Grüneberg § 410 n. m. 1.

¹⁷⁰ MüKoBGB/Roth/Kieninger § 410 n. m. 1; Erman/Westermann § 410 n. m. 1.

¹⁷¹ Staudinger/Busche, 2017, § 410 n. m. 13; Palandt/Grüneberg § 410 n. m. 2.

1. Cesión en garantía

- 67** En el caso de la **cesión en garantía** el crédito cedido sirve de garantía. Si el cedente (garante) no cumple sus obligaciones frente al cesionario (tomador de la garantía), el último debe poder satisfacerse con el crédito cedido¹⁷². Así, las entidades de crédito a menudo dejan que los créditos derivados de préstamos se les garanticen mediante la cesión de créditos. La ley no contiene ninguna regulación especial sobre la cesión en garantía. Para utilizar un crédito con fines de garantía solo se prevé la *pignoración* (§§ 1273 ss.). Sin embargo, a diferencia de la cesión, la pignoración debe notificarse al deudor (§ 1280). No obstante, regularmente el garante quiere evitar tal publicidad. A causa de la cesión en garantía, el tomador de la garantía (p. e., el banco) deviene *titular del crédito*. En la relación interna de garante y tomador de la garantía se fijan los derechos y deberes mediante un acuerdo *obligatorio*, el denominado **acuerdo de garantía**. Este regula, por ejemplo, las condiciones en que el tomador de la garantía puede hacer uso del crédito. También puede disponer que el crédito, tras desaparecer el fin de garantía –p. e., reembolso total del préstamo asegurado– vuelve a pertenecer al garante. Si el acuerdo de garantía guarda silencio al respecto, en principio es necesaria una *retransmisión* expresa¹⁷³.
- 68** El acuerdo de garantía es, por lo demás, el **negocio causal** que subyace a la cesión en garantía. Dado que la cesión es abstracta como disposición (→ § 52 n. m. 6), los vicios del acuerdo de garantía no tienen efecto directo alguno sobre la eficacia de la cesión del crédito.

Para profundizar: Las cesiones en garantía pueden ser *contrarias a las buenas costumbres* por distintas razones. Especialmente problemáticos son los acuerdos en cláusulas generales sobre la cesión de un conjunto de créditos (p. e., «todos los créditos derivados de la relación comercial con X»). En el caso de tales *cesiones globales* existe el peligro de sobregarantía. De ahí que la jurisprudencia exija límites de cobertura adecuados así como cláusulas de liberación no discrecionales. Los acuerdos que se opongan a ello son ineficaces en virtud del § 307 o del § 138¹⁷⁴. Otras dificultades surgen cuando coincide una cesión global con una reserva de dominio ampliada acordada más tarde. En este caso, la cesión global se considera contraria a las buenas costumbres si el tomador de la garantía tenía que contar con una reserva de dominio semejante por ser habitual en el sector (→ SchuldR BT § 12 n. m. 15)¹⁷⁵.

¹⁷² Cfr. *Larenz SchuldR I* § 34 IVa.

¹⁷³ Cfr. *Erman/Westermann* § 398 n. m. 32; *MüKoBGB/Roth/Kieninger* § 398 n. m. 108 s.

¹⁷⁴ Cfr. al respecto *BGHZ* 137, 212 ss. = *NJW* 1998, 671 ss.; exposición detallada en *NK-BGB/Looschelders* § 138 n. m. 255 ss.; *Baur/Stürmer*, *Sachenrecht*, 18. Aufl., 2009, § 57 n. m. 18 ss.

¹⁷⁵ *BGHZ* 30, 149 (153); 55, 34 (35 ss.); *BGH NJW* 1999, 940; *NK-BGB/Looschelders* § 138 n. m. 264 ss.; *Staudinger/Busche*, 2017 *Einl.* §§ 398 ss. n. m. 97 ss.

2. Cesión para el cobro

- 69** En el caso de la **cesión para el cobro**, el crédito es transmitido al nuevo acreedor para que este lo haga valer frente al deudor y cobre. El adquirente es a menudo una *agencia de cobro* que se ha especializado en el cobro de créditos. Mediante la cesión, el cesionario se convierte también aquí en **titular del crédito** perfectamente válido. Puede hacer valer directamente el crédito en nombre propio y demandar judicialmente. Esta última es la ventaja determinante respecto de una mera autorización para el cobro, en cuyo caso precisamente el apoderado no se convierte en titular del crédito. De ahí que, desde el punto de vista procesal, el apoderado únicamente pueda hacer valer un derecho *ajeno*, lo que solo es admisible bajo las condiciones de la legitimación procesal (→ § 52 n. m. 10).

VII. LA CESIÓN LEGAL

- 70** Los créditos pueden cambiar de titular no solo a causa de una cesión negocial. También en repetidas ocasiones se ordena **legalmente** el traspaso de un crédito a un nuevo acreedor. El cambio de titularidad se produce aquí automáticamente, tan pronto como se dan los presupuestos del supuesto de hecho. A menudo tal cesión legal sirve como **vía de regreso**: se trata de hacer posible al adquirente del crédito que repita contra el deudor por una prestación ejecutada al anterior acreedor.

Ejemplos: G tiene frente a S un crédito por un préstamo que está garantizado por una *fianza* de B. Si G reclama a B y a continuación este realiza la prestación, a B se le debe facilitar el regreso contra S, traspasándosele por ley el crédito de G contra S (§ 774 I 1). La misma idea se encuentra en *otros medios de garantía*. Si, por ejemplo, el obligado por una hipoteca distinto del deudor personal satisface al acreedor, el crédito asegurado pasa a él (§ 1143 I 1)¹⁷⁶. Algo parecido se aplica también en la relación entre los *deudores solidarios* cuando uno de ellos ejecuta la prestación. En la medida en que el deudor que realiza la prestación puede repetir contra los otros deudores solidarios, el crédito del acreedor pasa a él conforme al § 426 II 1 (→ § 54 n. m. 31). Por último, también la cesión legal en el Derecho de seguros (§ 86 VVG) tiene la finalidad de hacer posible al asegurador el regreso contra el causante del daño.

¹⁷⁶ El § 1225 inciso 1 dispone de forma análoga respecto del pignorante.

- 71 Conforme al § 412, a la cesión legal le son aplicables por analogía, en lo esencial, los preceptos de la **cesión negocial**. Así, también en este caso el crédito se traspasa con todos los derechos accesorios y de preferencia (§ 401). Si la cesión estuviera excluida en virtud de los §§ 399 y 400, tampoco tiene lugar la cesión legal. El deudor conserva también todas las excepciones y posibilidades de compensación (§§ 404 y 406) y puede alegar los preceptos tuitivos de los §§ 407 ss. No obstante, de la remisión del § 412 se excluye al § 405. Dado que este precepto protege la buena fe en una determinada apariencia jurídica, solo se aplica –como todos los supuestos de hecho de apariencia jurídica– en el marco de la adquisición negocial¹⁷⁷.

Bibliografía: *Armbrüster/Ahcin*, Grundfälle zum Zessionsrecht, JuS 2000, 450 (549, 658, 768, 865, 965); *Backhaus*, Befreiende Leistung des »bösgläubigen« Schuldners im Fall des § 407 II BGB und verwandter Vorschriften?, JA 1983, 408; *Bülow*, Grundprobleme des Schuldnerschutzes bei der Forderungsabtretung, JA 1983, 7; *Bülow*, Zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über die absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, NJW 1993, 901; *Canaris*, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, FS Serick, 1992, 9; *Coester-Waltjen*, Der gesetzliche Forderungsübergang, JURA 1997, 609; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994; *Haertlein*, Die Rechtsstellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung, JuS 2007, 1073; *Henrichs*, Kollisionsprobleme bei der (Voraus-)Abtretung zukünftiger Forderungen, JZ 1993, 225; *Karollus*, Unbeschränkter Schuldnerschutz nach § 409 BGB?, JZ 1992, 557; *Köhler*, Forderungsabtretung und Ausübung von Gestaltungsrechten, JZ 1986, 516; *Kuhn*, Scheinvertrag und verdeckter Vertrag im Anwendungsbereich des § 405 BGB, AcP 208 (2008), 99; *Lettl*, Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbots nach § 354a HGB, JA 2010, 109; *S. Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Abtretung, JuS 2009, 891; *Makowsky*, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis, 2019; *Meyer/v. Varel*, Die Sicherungszession, JuS 2004, 192; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999; *Schantz*, Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtl. gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008, 472; *Schreiber*, Vertraglicher und gesetzlicher Forderungsübergang, JURA 1998, 470; *Schreiber*, Die Forderungsabtretung, JURA 2007, 266; *Schwarz*, Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen, AcP 203 (2003), 241; *Thomale*, Der gutgläubige Forderungserwerb im BGB, JuS 2010, 857; *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994; *E. Wagner*, Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gleich absolute Unwirksamkeit verbotswidriger Abtretung?, JZ 1994, 227.

¹⁷⁷ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 800.

§ 53 EL CAMBIO DE DEUDOR

I. VISIÓN GENERAL

- 1 Igual que se puede cambiar al acreedor de una relación obligatoria mediante la cesión de la pretensión (→ § 52 n. m. 31), también el **deudor** puede ser cambiado. Sin embargo, en comparación con el cambio de acreedor, el cambio de deudor se configura de manera considerablemente más problemática. Y es que hay que tener en cuenta que el valor de un crédito depende decisivamente de si el deudor es solvente y puede ejecutar la prestación debida. Para el acreedor es, pues, de esencial interés qué persona tiene frente a sí como deudor. En consecuencia, en caso de cambio de deudor, en principio es necesaria la *colaboración del acreedor*.

En el caso de la asunción de deuda hay que distinguir entre asunción **privativa** de deuda (liberatoria) y asunción **cumulativa** de deuda (adhesión a la deuda). Solo la asunción liberatoria de deuda se regula legalmente.

II. LA ASUNCIÓN PRIVATIVA DE DEUDA

1. Presupuestos

- 2 La ley regula **dos formas** de asunción liberatoria de deuda.

A) CONTRATO ENTRE ACREEDOR Y QUIEN ASUME LA DEUDA (§ 414)

Según el § 414, el deudor puede ser sustituido mediante un contrato entre el acreedor y el tercero que asume la deuda. El contrato tiene **carácter dispositivo** dado que con el cambio de deudor se modifica el contenido de la relación obligatoria¹⁷⁸. A la asunción de deuda se le atribuye, además, un elemento de contrato obligatorio: lleva consigo el deber de prestación de quien asume la deuda¹⁷⁹. Este *doble carácter* de la asunción de deuda no implica, sin embargo, que la asunción de deuda tenga el fundamento jurídico en sí misma. De ahí que sea precisa la determinación por separado de un negocio

¹⁷⁸ Larenz SchuldR I § 35 Ia; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 836.

¹⁷⁹ BGH NJW 1983, 678; Palandt/Grüneberg, Visión general del § 414 n. m. 1; de otra opinión, Erman/Röthel § 414 n. m. 2.

obligatorio¹⁸⁰. Alguna vez este puede encontrarse en la relación entre el acreedor y el nuevo deudor, sin embargo a menudo podrá encontrarse en la relación entre el deudor y quien asume la deuda.

- 3 Dado que la liberación del deber de prestación únicamente mejora la **posición del deudor**, su *colaboración* no es necesaria. No obstante, el contrato de asunción de deuda se parece en sus efectos a un contrato en favor de terceros (§§ 328 ss.); de ahí que se plantee la cuestión de si el deudor puede *oponerse a* la liberación de la deuda conforme al § 333 por analogía. Sin embargo, en contra de tal analogía habla el hecho de que, de todas maneras, en principio el deudor tiene que aceptar que un tercero realice la prestación por él conforme al § 267 (→ § 12 n. m. 5)¹⁸¹.
- 4 El contrato de asunción de deuda no precisa ninguna **forma** particular. Esto solo varía si para la relación obligatoria en cuestión existen preceptos especiales en materia de forma¹⁸², cuyo fin tuitivo exija la inclusión de la asunción de deuda, como, por ejemplo, en el caso de una donación (§ 518) o en el caso de un contrato de compraventa de un inmueble (§ 311 b I)¹⁸³.

B) CONTRATO ENTRE ANTIGUO DEUDOR Y QUIEN ASUME LA DEUDA (§ 415)

- 5 Conforme al § 415, la asunción de deuda también puede adoptar la forma de un acuerdo del anterior deudor y quien asume la deuda sobre la asunción de deuda. Sin embargo, el encuadre dogmático de esta alternativa plantea problemas¹⁸⁴. La dominante **teoría de la disposición**¹⁸⁵ parte de que, con su acuerdo, el deudor y quien asume la deuda disponen como no titulares del contenido del crédito y, con ello, del crédito del acreedor. De ahí que, para ser eficaz, la disposición precise del asentimiento del acreedor titular conforme al § 185.

¹⁸⁰ Particularmente claro al respecto, Grigoleit/Herresthal JURA 2002, 393 (394).

¹⁸¹ Así también, Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 57; Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 808; de otra opinión, Jauernig/Stürmer §§ 414, 415 n. m. 1.

¹⁸² BGH NJW 1991, 3095 (3098).

¹⁸³ Cfr. HK-BGB/Schulze Vorbem. §§ 414–419 n. m. 2.

¹⁸⁴ Cfr. MüKoBGB/Heinemeyer § 415 n. m. 1 s.; Brox/Walker SchuldR AT § 35 n. m. 11 ss.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 809.

¹⁸⁵ RGZ 134, 185 (187); BGHZ 31, 321 (326); Larenz SchuldR I § 35 I nota 6.

- 6 La antes extendida **teoría del contrato o de la oferta**¹⁸⁶ no atribuye al acuerdo entre deudor y tercero significado jurídico independiente. Antes bien, con la comunicación que presupone el § 415, solo se solicitaría al acreedor la conclusión de un contrato de asunción de deuda en el sentido del § 414. Con su «ratificación», el acreedor aceptaría esta oferta. Sin embargo, ya considerando el uso legal del lenguaje, la teoría de la oferta no es convincente. El § 415 habla de una ratificación y no precisamente de una conformidad en el sentido de aceptación de una oferta. Por lo demás, el § 415 no tendría significado si se tomara como base la teoría del contrato¹⁸⁷. De ahí que sea preferible la teoría de la disposición.
- 7 El acuerdo entre el antiguo y el nuevo deudor solo despliega efectos si la asunción de deuda es comunicada al acreedor por uno de los implicados y el acreedor **asiente** posteriormente al cambio de deudor. En contra del tenor literal de la ley, el asentimiento no solo puede declararse a posteriori en forma de *ratificación* (§§ 184 y 185 II). Para una asunción de deuda eficaz basta el asentimiento previo (*autorización*) del acreedor conforme a los §§ 183 y 185 I; en este caso, la comunicación de la asunción de deuda no es un presupuesto de eficacia¹⁸⁸.
- 8 De acuerdo con el § 182 II, el asentimiento en principio puede concederse **de manera no formal**, incluso aunque el negocio jurídico asumido precise de una forma. Puede declararse expresa o implícitamente. No obstante, la admisión de un asentimiento tácito va unida a estrictas condiciones. El mero *silencio*, en principio, no basta¹⁸⁹. Sin embargo, el § 416 contiene una excepción. Si el adquirente de un inmueble asume una *deuda hipotecaria*, se finge el asentimiento si han pasado seis meses desde la recepción de la comunicación de la asunción sin que el acreedor haya denegado la ratificación. Esto se basa en la consideración de que para el acreedor de créditos con garantía real normalmente es menos importante la capacidad personal de prestación del deudor porque, en todo caso, dispone de una garantía suficiente.
- 9 Hasta la concesión de la ratificación, la eficacia de la asunción de deuda queda en suspenso. Si el acreedor ratifica la asunción de la deuda, el tercero ingresa en la relación jurídica **con efectos que se retrotraen** (§ 184 I) al

¹⁸⁶ Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, § 73; Soergel/R. Schmidt, 10. Aufl., 1967, § 415 n. m. 2.

¹⁸⁷ MüKoBGB/Heinemeyer § 415 n. m. 2; Soergel/Schreiber §§ 414, 415 n. m. 2.

¹⁸⁸ RGZ 60, 415 (416); BGH NJW-RR 1996, 193 (194); HK-BGB/Schulze § 415 n. m. 3.

¹⁸⁹ BGH NJW 1983, 678 (679); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 834.

momento de la conclusión del contrato de asunción¹⁹⁰; si deniega la ratificación, la asunción de deuda deviene definitivamente ineficaz.

- 10 El acuerdo entre deudor y tercero no se ve afectado por la denegación de la ratificación. Por tanto, en caso de denegación es cierto que el tercero no está obligado a la prestación frente al acreedor; sin embargo, dado que, en caso de duda, la asunción de deuda incluye también una **asunción del cumplimiento** en el sentido del § 329 (→ § 51 n. m. 3), el deudor puede exigir al tercero la satisfacción del acreedor. La pretensión del deudor nace al concluirse el contrato de asunción; de ahí que también pueda hacerse valer incluso durante la situación de pendencia hasta la ratificación o denegación de la asunción de deuda (cfr. § 415 III)¹⁹¹.

C) EXCLUSIÓN DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA

- 11 En principio, **todos los créditos**, también los futuros, pueden ser asumidos por un tercero por vía de la asunción de deuda. Se exceptúan las pretensiones reales que están unidas a determinados presupuestos de hecho en la persona del deudor (p. e., la posesión en el caso del § 985)¹⁹². Además, la ley ordena restricciones ocasionalmente¹⁹³.

2. Consecuencias jurídicas

A) CAMBIO DEL DEUDOR

- 12 Con la asunción de la deuda, el tercero que la asume sustituye al deudor originario; este queda libre de su obligación de prestación. La obligación pasa al tercero tal como existe.

Sin embargo, más allá de eso, el tercero no ingresa en la relación jurídica entre deudor y acreedor. Por lo tanto, el antiguo deudor sigue siendo **parte en el contrato** con el acreedor. Esto significa para quien asume la deuda que, aun cuando exista un contrato bilateral, no surge para él pretensión alguna contra el acreedor. El tercero tampoco puede ejercitar derecho alguno de configura-

¹⁹⁰ RGZ 120, 151 (153); 134, 185 (187); MüKoBGB/Heinemeyer § 415 n. m. 17.

¹⁹¹ Cfr. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 813.

¹⁹² En general al respecto, *Staudinger/Rieble*, 2017, § 414 n. m. 43 ss.

¹⁹³ MüKoBGB/Heinemeyer § 415 n. m. 4.

ción (impugnación, revocación, resolución, denuncia, etc.). Estos siguen con el anterior deudor, dado que están unidos a la parte contratante en cuestión ¹⁹⁴.

B) EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA

- 13** Dado que el riesgo de reclamación con base en una **garantía** depende de forma decisiva de la capacidad de prestación del deudor, el cambio de deudor afecta también a los intereses de aquellas personas que hayan afianzado al antiguo deudor o que hayan garantizado el crédito mediante un derecho de prenda, una hipoteca o una hipoteca naval. Por eso, para proteger al garante, la asunción de deuda comporta, en principio, la extinción de los derechos *accessorios* de garantía (§ 418 I) ¹⁹⁵. Conforme a su tenor literal, el § 418 I no es aplicable a los derechos no accesorios de garantía (p. e., propiedad en garantía, deuda inmobiliaria en garantía); sin embargo, la analogía está justificada habida cuenta la situación comparable de los intereses en juego ¹⁹⁶.

El § 418 I solo es aplicable a las garantías «**solicitadas**». A las *garantías legales* (p. e., §§ 562, 566 II y 647) no es aplicable el precepto, tampoco por analogía ¹⁹⁷.

- 14** El garante no precisa protección cuando ha **autorizado** el cambio de deudor. De ahí que en este caso subsistan los derechos de garantía (§ 418 I 3). En cambio, por razones de seguridad jurídica, el asentimiento *posterior* (ratificación) del garante no puede provocar que las garantías extinguidas renazcan ¹⁹⁸.

C) EXCEPCIONES DE QUIEN ASUME LA DEUDA

- 15** El tercero asume la deuda tal como existe al tiempo de la asunción. De ahí que pueda hacer valer las **excepciones impropias** o **propias del antiguo deudor** que al tiempo de la cesión fueran justificadas, es decir, fundadas en cuanto al fondo (§ 417 I). Por tanto, el tercero puede alegar, p. e., que la

¹⁹⁴ MüKoBGB/*Heinemeyer* previo al § 414 n. m. 7, § 417 n. m. 5.

¹⁹⁵ Se exceptúa la hipoteca (§ 418 I 2). Según el § 1163, esta pasa al propietario como deuda inmobiliaria del propietario.

¹⁹⁶ Erman/*Röthel* § 418 n. m. 2; Palandt/*Grüneberg* § 418 n. m. 1.

¹⁹⁷ *Larenz* SchuldR I § 35 Ic nota 16; Erman/*Röthel* § 418 n. m. 3; Palandt/*Grüneberg* § 418 n. m. 1; de otra opinión, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 839.

¹⁹⁸ HK-BGB/*Schulze* § 418 n. m. 2; MüKoBGB/*Heinemeyer* § 418 n. m. 8; de otra opinión, *Larenz* SchuldR I § 35 Ic.

obligación asumida no se ha constituido eficazmente o que se ha extinguido por cumplimiento conforme al § 362 I¹⁹⁹. En cambio, el nuevo deudor en principio no puede ejercitar ningún *derecho de configuración*.

- 16** En cuanto a si, además, quien asume la deuda puede oponer con éxito al acreedor sus propias **excepciones**, hay que distinguir según el negocio jurídico del que deban derivarse los contraderechos.

El nuevo deudor puede oponer al acreedor todos los vicios de la asunción de deuda, es decir, del **negocio dispositivo**. A este respecto el único caso problemático es aquel en que el nuevo deudor quiere impugnar la asunción de la deuda por **engaño doloso** del **anterior deudor**. Aquí debe distinguirse según la manera en que se produjo la asunción de la deuda. En una asunción de deuda por *contrato entre acreedor y quien asume la deuda* (§ 414), se trata de un caso de engaño por tercero. De ahí que, con arreglo al § 123 II 1, el nuevo deudor solo pueda impugnar la asunción de deuda si el acreedor conocía o debía conocer el engaño. En cambio, si la asunción de deuda ha tenido lugar por un *contrato entre el antiguo deudor y el nuevo deudor* (§ 415), la impugnación conforme al § 123 I es posible sin restricciones. Porque, en este caso, el deudor anterior que engañó no es tercero, sino contratante. Con todo, una parte de la doctrina se pronuncia también aquí a favor de permitir la impugnación por el nuevo deudor solo si el acreedor conocía o debía conocer el engaño²⁰⁰. La consideración determinante es que la protección del acreedor no puede depender de la vía por la que finalmente se ha realizado la asunción de deuda. Sin embargo, a esto hay que oponer que la parte engañada por la propia contraparte en la declaración merece, según la valoración del § 123 II, una mayor protección que alguien que «solo» ha sido engañado por un tercero²⁰¹.

Para profundizar: Según una opinión defendida en la doctrina, la asunción de deuda que es nula conforme a los §§ 123 I y 142 debe tratarse como eficaz frente al acreedor de buena fe por analogía con el § 409, si el supuesto nuevo deudor le ha comunicado la asunción conforme al § 415 I 2²⁰². Sin embargo, esto se ve contradicho por el hecho de que el acreedor claramente es menos vulnerable en el caso de la asunción de deuda que el deudor en el caso de la cesión. Porque, conforme al § 415, en el caso de la asunción de deuda, depende de la decisión del acreedor aceptar o no la sustitución del deudor²⁰³.

¹⁹⁹ Cfr. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 815.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, *Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT* n. m. 818; *Flume BGB AT II* § 29 (3).

²⁰¹ Así, BGHZ 31, 321 (328); *Larenz SchuldR I* § 35 Ib; *MüKoBGB/Heinemeyer* § 417 n. m. 15; *Palandt/Grüneberg* § 417 n. m. 3.

²⁰² Así, por ejemplo, *Dörner NJW* 1986, 2916 (2920); *Palandt/Grüneberg* § 417 n. m. 3.

²⁰³ Así, de manera convincente, *Staudinger/Rieble*, 2017, § 415 n. m. 54 ss.

17 Por lo que se refiere a los vicios del **negocio causal**, las excepciones solo pueden hacerse valer, en general, si el negocio se ha concluido entre el acreedor y el nuevo deudor. En cambio, de un negocio subyacente entre el deudor y quien asume la deuda, el nuevo deudor no puede deducir, en principio, ningún contraderecho dado el *carácter abstracto* de la asunción de deuda (§ 417 II). No obstante, en casos excepcionales, asunción de deuda y negocio obligatorio pueden tener que calificarse como negocio unitario en el sentido del § 139; esto tiene la consecuencia de que los vicios del negocio obligatorio «traspasan» a la asunción de deuda²⁰⁴.

3. Delimitación respecto de la asunción de contrato

18 Mientras que en el caso de la asunción de deuda solo la obligación del deudor se transmite a un tercero, sin que este adquiera de su parte ninguna pretensión derivada de la relación obligatoria, la asunción de contrato se distingue por el total traspaso de la posición de un **contratante**. Por consiguiente, como consecuencia de la asunción de contrato, pasan al tercero todos los derechos y deberes resultantes del contrato, en particular también los *derechos de configuración*. Así, la asunción de contrato va aún más allá en sus efectos que una combinación de asunción de deuda y cesión²⁰⁵.

19 No existe una **regulación legal** general sobre la asunción de contrato. No obstante, en el caso de algunos supuestos de hecho de adquisición especiales, la propia ley prevé el ingreso del adquirente en las relaciones obligatorias que existen en relación con el objeto contractual. Así, con arreglo a los §§ 566 ss., en caso de venta de *vivienda alquilada*, el adquirente sustituye al anterior arrendador en la relación arrendaticia existente (→ SchuldR BT § 23 n. m. 22 ss.). Según el § 581, lo mismo se aplica al arrendamiento de uso y disfrute. Por último, es de mencionar el § 613a, que prevé para el *traspaso* negocial *de empresa* el ingreso del nuevo titular en las relaciones laborales existentes (→ SchuldR BT § 29 n. m. 7).

20 Más allá de eso, hay acuerdo en que también es admisible acordar **negocialmente** una asunción de contrato. No obstante, una asunción de contrato efi-

²⁰⁴ BGHZ 31, 321 (323); Palandt/*Grüneberg* § 417 n. m. 4; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT n. m. 817; críticamente, *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 837.

²⁰⁵ Cfr. BGHZ 96, 302 (307 s.); MüKoBGB/*Heinemeyer* § 414 n. m. 8; *Heinig* NJW 2012, 1722.

caz presupone la participación de las tres partes²⁰⁶. La necesidad de protección de los eventuales garantes que se confrontan con un cambio de deudor a causa de una asunción de contrato, es tenida en cuenta mediante la aplicación analógica del § 418. En opinión del BGH, el § 415 III 2 es aplicable por analogía si una asunción de contrato fracasa por el hecho de que el cocontratante de la parte dispuesta a retirarse deniega su asentimiento; por tanto, en caso de duda, quien asume la deuda está obligado a liberar de las obligaciones derivadas del contrato al contratante dispuesto a retirarse²⁰⁷.

III. LA ADHESIÓN A LA DEUDA

1. Admisibilidad y presupuestos

- 21** A diferencia de la asunción de deuda, la adhesión a la deuda (asunción acumulativa de deuda) no ha sido objeto de una regulación legal general. La ley solo ordena la intervención de un deudor adicional en casos aislados (p. e., los §§ 546 II, 604 IV, 2382, pero también los §§ 25, 28 y 130 HGB). Sin embargo, la admisibilidad de la adhesión negocial a la deuda se deriva del principio de libertad contractual (§ 311 I).
- 22** La adhesión negocial a la deuda puede materializarse por **dos vías**: por un lado, mediante contrato entre adherente y acreedor, análogamente al § 414; por otro, mediante contrato entre deudor originario y adherente. En este último caso, se trata de un contrato en favor de terceros (§§ 328 ss.). Dado que la adhesión a la deuda no hace sino mejorar la posición del acreedor, en esta variante no es necesaria la colaboración del acreedor. No obstante, con arreglo al § 313, el acreedor puede renunciar a la pretensión adquirida frente al adherente²⁰⁸.
- 23** Al igual que la asunción de deuda (→ § 53 n. m. 1 ss.), en principio la adhesión a la deuda no está sujeta a **ninguna exigencia de forma**. No obstante, si un consumidor se adhiere a un contrato de crédito, es aplicable el § 492 por analogía²⁰⁹. El contrato precisará, pues, de *forma escrita*. Dado que la adhesión a la deuda crea una relación obligatoria independiente entre el

²⁰⁶ BGHZ 95, 88 (93); *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 840.

²⁰⁷ BGH NJW 2012, 1718, con nota de *Heinig*.

²⁰⁸ *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 910; Palandt/*Grüneberg*, Visión general del § 414 n. m. 2.

²⁰⁹ Palandt/*Weidenkaff* § 492 n. m. 1.

adherente y el acreedor, esto también se aplica cuando el tomador del crédito no es a su vez un consumidor²¹⁰.

2. Efectos de la adhesión a la deuda

- 24** Con la adhesión a la deuda, el acreedor consigue otro deudor, al que puede recurrir *adicionalmente*. El antiguo deudor y el adherente responden frente al acreedor como **deudores solidarios** conforme a los §§ 421 ss.

Dado que la obligación del adherente se rige por el contenido de la deuda asumida conjuntamente, el adherente puede, por analogía con el § 417 I, oponer al acreedor todas las **excepciones del antiguo deudor** que estuvieran justificadas al tiempo de la adhesión. A las excepciones surgidas más tarde le son aplicables los preceptos de la deuda solidaria (§§ 422-425)²¹¹.

Tratándose de las **excepciones del mismo** adherente, derivadas de la *relación con el antiguo deudor*; hay que distinguir entre las dos formas de adhesión a la deuda. Si la adhesión a la deuda se basa en un contrato entre acreedor y adherente, rige el § 417 II por analogía: por lo tanto, el adherente no puede hacer valer frente al acreedor ninguna excepción derivada de la relación jurídica con el antiguo deudor subyacente a la asunción de deuda. Si a la adhesión a la deuda subyace un contrato entre el antiguo deudor y el adherente, el § 417 II está limitado por el § 334. Conforme a ello, el acreedor debe admitir que el adherente le oponga también aquellas excepciones que resulten de su relación con el antiguo deudor²¹².

3. Delimitación respecto de la fianza

- 25** Mediante la adhesión a la deuda, se abre al acreedor una masa adicional de responsabilidad. Con ello, desde el punto de vista económico, la adhesión a la deuda se aproxima a la fianza (§ 765). Que en el caso concreto haya que suponer una adhesión a la deuda o una fianza, puede tener consecuencias de gran alcance; de un lado, si la fianza no es un negocio mercantil para el fiador

²¹⁰ BGHZ 133, 71 (77); 134, 94 (97).

²¹¹ Larenz SchuldR I § 35 II; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 911.

²¹² Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 822.

(§ 350 HGB), precisa la **forma escrita** (§ 766). De otro lado, fianza y adhesión a la deuda se distinguen en las **posibilidades** del acreedor **de recurrir** al tercero. Mientras que el fiador responde de forma *accessoria* y en principio *subordinada* (cfr. §§ 767, 768 y 770 ss.), en el caso de la adhesión a la deuda nace un *crédito independiente* al que el acreedor puede recurrir sin más. De ahí que sea necesario delimitar fianza y adhesión a la deuda entre sí.

- 26** La delimitación se rige, en primer lugar, por la **voluntad de las partes**. En la duda, la cuestión de si las partes querían acordar una adhesión a la deuda o una fianza debe determinarse mediante interpretación (§§ 133 y 157). Dado que la protección prevista para el fiador no debe verse burlada, la aceptación de una adhesión a la deuda debe estar justificada por indicios específicos. El indicio más importante a favor de la adhesión a la deuda es la existencia de un *interés económico directo propio* del tercero en el cumplimiento del crédito, que haga parecer innecesaria la protección frente a la precipitación del § 766²¹³. Si, pese a ese interés propio, subsisten aún las dudas, la protección del tercero exige admitir una fianza²¹⁴.

Ejemplo: El esposo E ha pedido un crédito en el banco B para financiar la casa unifamiliar que habita junto con la familia. Cuando E tiene dificultades para reembolsar el crédito, la esposa F declara frente al B que quiere responder de la deuda. Dado que F tiene un interés económico directo propio en el cumplimiento del crédito, existe una adhesión a la deuda.

Variante: El crédito sirve para la financiación de una empresa gestionada únicamente por E. Dado que F solo tiene un interés económico indirecto en el cumplimiento del crédito, es de suponer la aceptación de una fianza²¹⁵.

Bibliografía: Dörner, Anfechtung und Vertragsübernahme, NJW 1986, 2916; Edenfeld, Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld, JZ 1997, 1034; Grigoleit/Herrsthall, Die Schuldübernahme, JURA 2002, 393; Klimke, Die Vertragsübernahme (2010); Kothe, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, JZ 1990, 997; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999; Pöggeler, Grundlagen und Probleme der Vertragsübernahme, JA 1995, 641; Rappenglitz, Die Formbedürftigkeit der Vertragsübernahme, JA 2000, 472; Rimmelpacher, Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme, JR 1969, 201; Wagemann, Die gestörte Vertragsübernahme, AcP 205 (2005), 547; E. Wagner, Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der Einwilligung hierzu – BGH, DtZ 1996, 56, en JuS 1997, 690.

²¹³ BGH NJW 1981, 47; 1968, 2332; Medicus/Lorenz, SchuldR AT n. m. 910.

²¹⁴ Cfr. BGH NJW 1986, 580; Palandt/Grüneberg, Visión general del § 414 n. m. 4.

²¹⁵ Restrictivamente, MüKoBGB/Heinemeyer, Previo al § 414 n. m. 22, para el caso de que los beneficios de la empresa sean base esencial de los ingresos familiares.

§ 54 PLURALIDAD DE ACREEDORES Y DEUDORES

- 1 En una relación obligatoria deben participar *al menos dos personas*, el acreedor y el deudor. No obstante, también puede haber **varias** personas, tanto del lado acreedor como del deudor. Los §§ 420-432 contienen reglas generales para este caso.

I. PLURALIDAD DE ACREEDORES

1. Visión general

- 2 La pluralidad de acreedores puede **originarse** de distintas maneras. En muchos casos la cuestión es que varias personas concluyen con otra un contrato. Pero también es posible que el acreedor muera antes de cumplir el contrato y varias personas le hereden²¹⁶.

Ejemplos: (1) Los vecinos N y M quieren poner rollos de césped en sus terrenos de 150 y 170 metros cuadrados, respectivamente. Como el jardinero G ofrece un «descuento por cantidad» a partir de 300 metros cuadrados, N y M optan por hacer el pedido conjuntamente.

(2) Los esposos M y F compran conjuntamente en la tienda de muebles de V un armario para el salón.

(3) K ha comprado a V un terreno. Antes de que el terreno sea traspasado, K muere. Le heredan su esposa F y su hijo S.

- 3 Conforme a la sistemática de la ley, en tales casos hay que distinguir según que la obligación del deudor se refiera a una prestación **divisible** o **indivisible**. Tratándose de prestaciones divisibles, en caso de duda, hay *parciariedad activa* (§ 420). De este modo, cada acreedor puede exigir en principio una cuota igual. Tratándose de prestaciones indivisibles, entra en consideración la *solidaridad activa* (§ 428) o la *mancomunidad de acreedores* (§ 432). En un caso, el deudor puede realizar la prestación a cualquier acreedor a su elección; en el otro caso, la prestación debe realizarse a todos los acreedores conjuntamente.

²¹⁶ Cfr. *Medicus/Lorenz SchuldR AT* n. m. 876.

2. Parciariedad activa

A) PRESUPUESTOS

- 4 La posición sistemática del § 420 como norma de partida de la pluralidad de deudores y acreedores podría dar la impresión de que el precepto aborda el caso normal de pluralidad de personas. Sin embargo, esto no es correcto ni del lado del deudor ni del del acreedor. En efecto, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia interpreta muy **restrictivamente** el concepto de «prestación divisible» del § 420. Esto se debe, no en último término, a que la consecuencia jurídica del § 420 –la legitimación proporcional de los acreedores (→ 54 n. m. 6)– impone una pesada carga al deudor porque debe tener en cuenta la distribución interna de la prestación entre los acreedores²¹⁷.
- 5 Según los criterios generales, una prestación es *indivisible* si no puede fraccionarse sin que disminuya su valor (→ § 12 n. m. 2). Sin embargo, en el marco del § 420 también las prestaciones divisibles *de hecho* se contemplan como *jurídicamente* indivisibles si, por la relación interna entre los acreedores, existe una **competencia conjunta para la recepción**²¹⁸. De ahí que el § 420 no sea aplicable si los acreedores constituyen una *comunidad en mano común*. En todo caso, el § 2039 contiene una regulación especial para la comunidad hereditaria (→ § 54 n. m. 12). En el caso de la sociedad de Derecho civil, según la reciente jurisprudencia del BGH sobre la capacidad jurídica de la sociedad externa²¹⁹, por lo general ya no se plantea ningún problema de pluralidad de acreedores porque el crédito no corresponde a los socios individuales sino a la sociedad como tal²²⁰. El § 420 tampoco es aplicable a los créditos de las *comunidades por cuotas* (§§ 741 ss.)²²¹. Por tanto, la parciariedad activa se limita a las prestaciones divisibles de hecho en las que los acreedores no estén unidos por relaciones jurídicas especiales²²². No obstante, la mayoría de las veces la distribución de la prestación en cuotas iguales tampoco será apropiada en este caso. Si las partes han adoptado un sistema distinto de división, la regla interpretativa del § 420 pasa a un segundo plano.

Ejemplo: En el caso de los rollos de césped (→ § 54 n. m. 2), N y M son acreedores parciarios. Por tanto, pueden exigir a G la colocación de 150 o 170 metros cuadrados de césped en rollo.

²¹⁷ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017 Vorbem. §§ 420 ss. n. m. 82.

²¹⁸ BGH NJW 1992, 182 (183).

²¹⁹ En profundidad, BGHZ 146, 341.

²²⁰ Cfr. HKK/Meier §§ 420–432 II n. m. 79.

²²¹ Cfr. BGHZ 121, 22 (25); Palandt/Grüneberg § 432 n. m. 3.

²²² Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 877.

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 6 En el caso del § 420, cada acreedor dispone de un derecho de crédito **independiente** frente al deudor por el importe de su respectiva cuota. En caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso del deber de prestación, el correspondiente acreedor afectado puede hacer valer por su cuenta sus pretensiones de indemnización del daño frente al deudor ex §§ 280 ss. No obstante, según el § 351, el derecho de resolución solo puede ejercitarse conjuntamente por todos los acreedores parciarios. Sin embargo, basta que la causa de resolución concurra en uno de los acreedores parciarios²²³. De acuerdo con el § 441 II, los mismos principios rigen respecto de la reducción en el régimen jurídico de la compraventa.

3. Solidaridad activa

A) PRESUPUESTOS

- 7 Si hay una prestación indivisible por razones de hecho o jurídicas, se tratará de una solidaridad activa (§§ 428 ss.) o de una mancomunidad activa (§ 432). Desde el punto de vista del deudor, la solidaridad activa es la alternativa más favorable porque puede realizar la prestación a uno de los acreedores a su elección. Para los acreedores, sin embargo, esta solución es desfavorable. Porque, según el § 430, soportan el riesgo del reparto interno. De acuerdo con el § 432 I 1, tratándose de prestaciones indivisibles, hay que examinar **prioritariamente** si hay solidaridad activa. Porque en este caso no procede considerar la mancomunidad activa («en tanto no sean acreedores solidarios»)²²⁴.
- 8 La solidaridad activa puede derivarse del contrato o de la ley. En la práctica no son frecuentes los **acuerdos** en este sentido. No obstante, un importante caso de aplicación es la cuenta conjunta (especialmente de los cónyuges) con autorización de firma individual (la llamada *cuenta indistinta*)²²⁵. También la **ley** prescribe la solidaridad activa solo en casos excepcionales²²⁶.

²²³ HK-BGB/Schulze § 351 n. m. 2.

²²⁴ Staudinger/Looschelders, 2017, § 432 n. m. 4.

²²⁵ Cfr. BGHZ 95, 185 (187); MüKoBGB/Heinemeyer § 428 n. m. 4.

²²⁶ Cfr., por ejemplo, el § 2151 III: fallo del legitimado para decidir en el legado alternativo.

Para profundizar: Si un cónyuge realiza un negocio para *atender adecuadamente las necesidades vitales de la familia*, según el § 1357 de él se derivan también derechos (y obligaciones) para el otro cónyuge. Se discute si los cónyuges son aquí deudores solidarios o mancomunados. Dada la estrecha relación entre los cónyuges, parece preferible la aplicación del § 428²²⁷. Lo mismo debe aplicarse en el caso en que *ambos* cónyuges concluyen el contrato de compraventa (cfr. el caso del armario para el salón → § 54 n. m. 2).

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 9 La solidaridad activa se caracteriza por el hecho de que cada acreedor puede exigir toda la prestación, pero el deudor solo tiene que realizar la prestación una vez. Es decir, en la relación con el deudor, cada acreedor tiene un derecho de crédito **independiente**²²⁸. No obstante, según el § 428, el deudor es libre de decidir a qué acreedor realiza la prestación. Esto es así aunque uno de los acreedores le haya demandado la prestación (§ 428 inciso 2). Si el deudor *satisface* a un acreedor, así se extinguen también los derechos de crédito de los demás (§§ 429 III 1 y 422 I)²²⁹. No obstante, este tiene conforme al § 430 una pretensión de compensación frente al receptor en la medida de la respectiva cuota. El importe de la cuota se determina preferentemente conforme a los acuerdos de las partes. A falta de acuerdo, a cada acreedor le corresponde la misma cuota en virtud del § 430.
- 10 Además del cumplimiento, también la **mora en la aceptación** de uno de los acreedores solidarios tiene efectos frente a todos los acreedores (§ 429 I). En cambio, las lesiones de los deberes por parte del *deudor* en principio no tienen eficacia conjunta (§§ 429 III y 425 II). Esto es, solo tienen efectos para el acreedor frente al cual se produzcan. Esto se aplica también, en particular, a la mora del deudor²³⁰.

4. Mancomunidad activa

- 11 Tratándose de prestaciones indivisibles, el **caso normal** de pluralidad de acreedores es la mancomunidad activa²³¹. En este caso el deudor debe rea-

²²⁷ Erman/Kroll-Ludwigs § 1357 n. m. 20.

²²⁸ Schlechtriem/Schmidt-Kessel SchuldR AT n. m. 871.

²²⁹ Cfr. Larenz SchuldR I § 36 Ic.

²³⁰ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017, § 429 n. m. 49 ss.

²³¹ Palandt/Grüneberg § 432 n. m. 1. En opinión de Finkentscher/Heinemann SchuldR n. m. 770, a favor de la mancomunidad activa existe incluso una presunción legal.

lizar la prestación a todos los acreedores *conjuntamente*. Es cierto que *cualquier* acreedor puede reclamar por sí solo la prestación; pero debe exigir la prestación *para todos*. Además, por supuesto, el derecho de crédito puede hacerse valer por *todos* los acreedores conjuntamente²³². La mancomunidad activa conduce así a un razonable equilibrio de intereses. El deudor puede no tener en cuenta las relaciones internas entre los acreedores; estos obtienen el objeto de la prestación en su totalidad y, por tanto, no corren el riesgo de ser engañados por los demás acreedores y de que después se les remita a pretensiones internas de compensación quizá difíciles de materializar²³³.

- 12** No obstante, también el ámbito de aplicación del § 432 es limitado. Si la prestación es indivisible por causas jurídicas, los acreedores estarán necesariamente en una **relación jurídica especial** (→ § 54 n. m. 5) a la que, en la mayoría de los casos, se aplican reglas especiales preferentes. En el caso de la *comunidad hereditaria*, esta es el § 2039, cuyo contenido, sin embargo, se corresponde con el del § 432.

Ejemplo: En el caso de la compra del terreno (→ § 54 n. m. 2), la pretensión de traspaso del terreno forma parte de la herencia de K. Por tanto, según el § 2039, V debe realizar la prestación conjuntamente a los coherederos F y S. Estos solo pueden exigir la prestación para todos los herederos.

En la práctica, el caso más importante de aplicación de la mancomunidad activa es la *comunidad por cuotas* de los §§ 741 ss. En tanto hacer valer el derecho de crédito en cuestión forma parte de la administración conjunta (§ 744), cada comunero solo puede exigir la prestación para la comunidad²³⁴.

II. PLURALIDAD DE DEUDORES

1. Deuda parciaria

- 13** Junto con la parciariedad activa, el § 420 regula también la deuda parciaria. En este caso cada deudor está obligado a la prestación únicamente por el importe de su cuota, siendo todas las cuotas iguales en caso de duda.

²³² Staudinger/Looschelders, 2017, § 432 n. m. 2.

²³³ Sobre las ventajas de la mancomunidad pasiva, Medicus JuS1980, 697 (698).

²³⁴ Cfr. BGHZ 106, 222 (226); 121, 22 (25); Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 885.

A) PRESUPUESTOS

- 14** El § 420 solo se aplica a las prestaciones **divisibles**. Por tanto, el precepto no es aplicable si la prestación es indivisible por razones *de hecho* o *jurídicas* (→ § 54 n. m. 5). Tratándose de prestaciones divisibles, según el tenor literal y la posición sistemática del § 420, la deuda parciaria es el caso general. Sin embargo, en la práctica es más bien poco frecuente porque, tratándose de prestaciones divisibles, la ley impone la **solidaridad pasiva** en los casos más importantes de pluralidad de deudores²³⁵. Conforme al § 427, en caso de duda hay una deuda solidaria cuando varios se obligan conjuntamente a una prestación divisible (p. e., pago en dinero) mediante un *contrato*. Si varios cometen un *acto ilícito*, del daño resultante responden como deudores solidarios, según el § 840 (→ SchuldR BT § 70n. m. 14 ss.). En ambos casos, sería incompatible con los intereses legítimos del acreedor que tuviera que hacer valer derechos de crédito parciarios contra los distintos deudores.

Ejemplos: (1) En el caso del armario para el salón (→ § 54 n. m. 2), según el § 427, M y F responden como deudores solidarios frente a V de la pretensión relativa al precio ex § 433 II. También habría una deuda solidaria si F hubiera comprado sola el armario y M hubiera quedado coobligado por el contrato conforme al § 1357 I 2²³⁶.

(2) Los alumnos de 18 años A y B han dado juntos una paliza a su compañero de clase G en el patio del colegio. A G se le ocasionan costes de tratamiento por un importe de 2000 euros. A y B responden de este daño como deudores solidarios conforme a los §§ 823 I, 830 I 1 y 840.

- 15** No obstante, en caso de conclusión conjunta de un contrato, la deuda solidaria solo ha de presumirse, según el § 427, *en caso de duda*. Así pues, la interpretación del contrato puede dar como resultado que, excepcionalmente, deba suponerse una deuda parciaria. La jurisprudencia afirma esto cuando, de acuerdo con las expectativas de ambos contratantes, cada deudor solo está obligado a prorrata²³⁷.

Ejemplos: (1) En el caso de los rollos de césped (→ § 54 n. m. 2), era claro para G que N y M solo querían responsabilizarse del precio por el importe de sus respectivas cuotas. Por tanto, N y M son deudores parciarios²³⁸.

²³⁵ En detalle al respecto, HKK/Meier §§ 420–432 I n. m. 32 s.

²³⁶ Palandt/Brudermüller § 1357 n. m. 22. Sobre el caso inverso –ambos cónyuges como acreedores → § 54 n. m. 8.

²³⁷ BGHZ 75, 26 (28).

²³⁸ Sobre un ejemplo parecido, cfr. Brox/Walker SchuldR AT § 36 n. m. 1 ss.: pedido conjunto de gasóleo por vecinos.

(2) Si los dueños de unas viviendas construyen conjuntamente un condominio, por regla general solo responderán de los costes de producción a prorrata. En efecto, para el constructor es reconocible que el riesgo de una responsabilidad solidaria excede ampliamente la medida exigible a los distintos propietarios²³⁹.

- 16** La deuda parciaria también puede imponerse por **ley**. Así, según el § 1606 III 1, si hay varios parientes igualmente próximos, responden de los deberes de alimentos *en proporción* a sus respectivos ingresos y patrimonios.

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

- 17** En el caso de la deuda parciaria, el acreedor tiene frente a cada deudor una pretensión **independiente** cuyo objeto es la respectiva prestación parcial. En principio, las distintas obligaciones han de enjuiciarse independientemente las unas de las otras. Esto se aplica, en particular, al cumplimiento y sus subrogados, así como a los efectos de las contravenciones de la prestación. Por tanto, prevalece el principio de *eficacia individual*. No obstante, lo mismo que en la parciariedad activa, los derechos de resolución y de reducción solo pueden ejercitarse conjuntamente (§§ 351 y 441 II).

2. Deuda solidaria

- 18** El caso más importante de pluralidad de deudores es la deuda solidaria. En este caso, el acreedor puede exigir la prestación íntegra o parcialmente a cualquier deudor a su **elección** (§ 421). De acuerdo con el § 426, al deudor al que se haya reclamado se le remite a las *pretensiones internas de compensación* contra los demás deudores solidarios. Por consiguiente, el acreedor puede hacer valer su pretensión en cuanto un solo deudor sea capaz de realizar la prestación; el riesgo de impago de los otros recae así en el deudor solidario que realiza la prestación.

Para profundizar: Al ejercitar su derecho de elección, el acreedor no tiene que tomar en cuenta si el deudor solidario al que ha reclamado está obligado a la prestación en la relación interna y a sí, dado el caso, podrá imponer su pretensión de regreso. No obstante, en casos excepcionales, la reclamación a un determinado deudor solidario puede ser incompatible con la prohibición del abuso de derecho (§ 242). Esto debe tenerse en cuenta si, por ejemplo, el acreedor pretende dañar precisamente a ese deudor por motivos reprobables²⁴⁰. Además, las prohibiciones de discriminación de la AGG (→ § 3 n. m. 11) también han de tenerse en cuenta en la decisión de elección del § 421²⁴¹.

²³⁹ BGHZ 75, 26 (28).

²⁴⁰ BGH NJW-RR 2008, 176 (178); NJW 2010, 861 (863); Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 n. m. 728.

²⁴¹ Cfr. Harke SchuldR AT n. m. 459; Schünemann/Bethge JZ 2009, 448 ss.

A) PRESUPUESTOS

- 19 El BGB y otras leyes contienen numerosos preceptos en los que se **ordena expresamente** la responsabilidad solidaria. En el caso de las prestaciones *divisibles*, tienen gran relevancia el § 427 para las obligaciones contractuales y el § 840 para las obligaciones derivada de actos ilícitos (→ § 54 n. m. 14). Según el § 769, si son varios los *fiadores* responden como deudores solidarios aun cuando no hayan prestado la fianza conjuntamente (la llamada confianza). En el caso de las prestaciones *indivisibles*, los deudores responden como deudores solidarios conforme al § 431, independientemente del fundamento jurídico. Según la opinión mayoritaria, se trata de una regla imperativa²⁴². Esto es correcto en la medida en que, cuando se trata de prestaciones indivisibles, ha de excluirse de antemano una deuda parciaria (§ 420). Sin embargo, por otra parte, hay acuerdo en que las partes también pueden pactar en lugar de ello una deuda común (→ § 54 n. m. 41)²⁴³.

Para profundizar: En los §§ 42 II 2, 53, 613a II, 1357 I 2 (→ § 54 n. m. 8) y 1664 II aparecen otros casos de responsabilidad solidaria por virtud de un mandato legal expreso²⁴⁴. Conforme al § 128 HGB, los socios de una sociedad colectiva responden de las obligaciones de la sociedad como deudores solidarios. En cambio, no hay una relación de solidaridad entre la sociedad colectiva y sus socios; por el contrario, los socios responden de las obligaciones de la sociedad accesoriamente²⁴⁵. Según los §§ 128 y 129 HGB, el contenido y la extensión de la responsabilidad de los socios dependen enteramente de la deuda de la sociedad, de modo que solo en casos excepcionales queda margen también para una aplicación analógica de los §§ 421 ss.²⁴⁶.

- 20 Aun cuando no exista ningún mandato legal expreso, puede que haya que calificar a los diferentes deudores como deudores solidarios en virtud de los **criterios generales**. A tales efectos, la doctrina dominante atiende a las características del § 421. Conforme a ello, procede considerar una deuda como solidaria cuando varios deben una prestación de tal manera que cada uno ha de realizar la prestación, pero el acreedor solo puede exigir la prestación una vez. De este modo, el § 421 se entiende como *supuesto de hecho general de nacimiento* de la deuda solidaria²⁴⁷.

²⁴² Cfr. HK-BGB/Schulze § 431 n. m. 1; Palandt/Grüneberg § 431 n. m. 1.

²⁴³ NK-BGB/Völzmann-Stückelbrock § 431 n. m. 2.

²⁴⁴ Cfr. Palandt/Grüneberg § 421 n. m. 2, con otros ejemplos.

²⁴⁵ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017, § 421 n. m. 41; Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 128 n. m. 1.

²⁴⁶ Respecto de estos casos excepcionales, BGHZ 104, 76 (78); Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 128 n. m. 20.

²⁴⁷ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017, § 421 n. m. 8 ss.

- 21** El nacimiento de la deuda solidaria conforme al § 421 no presupone que las pretensiones del acreedor frente a los distintos deudores se basen en un fundamento unitario de deuda (p. e., el mismo contrato)²⁴⁸. Las pretensiones tampoco tienen que dirigirse a las mismas prestaciones. Basta que se trate de satisfacer el **mismo interés de prestación**²⁴⁹.

Ejemplo (BGHZ 43, 227; 51, 275): A causa de un vicio constructivo, el dueño de la obra B reclama al constructor U la reparación (§§ 650a, 634 n. 1 y 635) y al arquitecto A la indemnización del daño (§§ 650q II, 634 n. 4 y 280 I). Como las obligaciones de U y A no se basan en un contrato conjunto con B, no se dan los presupuestos del § 427. No obstante, podría justificarse una deuda solidaria sobre la base de los criterios generales del § 421. A este respecto procede señalar que la falta de un *fundamento unitario de deuda* no se opone a la aceptación de una deuda solidaria. La cuestión es si las obligaciones de U y A se dirigen a «una prestación» en el sentido del § 421. Dada la *identidad del interés en la prestación*, la respuesta ha de ser afirmativa.

- 22** En jurisprudencia y doctrina prevalece la opinión de que el § 421 solo regula los *presupuestos mínimos* de la deuda solidaria²⁵⁰. Como criterio adicional, generalmente se menciona la **igualdad de nivel** de las obligaciones²⁵¹. Según ello, lo determinante es que, desde el punto de vista del acreedor, no haya un único obligado primario a la prestación²⁵². En cambio, la jurisprudencia anterior aún exigió una *comunidad jurídica de fines* entre los deudores respecto del cumplimiento de la obligación²⁵³. Sin embargo, este criterio no lleva más allá porque no describe otra cosa que la «identidad del interés en la prestación»²⁵⁴.
- 23** Según el criterio de la **igualdad de nivel**, no hay deuda solidaria si uno de los deudores solo responde subsidiariamente, p. e. (digamos que como el **fiador**) solo debe responsabilizarse de la capacidad de prestación de otro²⁵⁵. La consideración subyacente es que aceptar una deuda solidaria solo parece tener sentido si existe la posibilidad de un *regreso recíproco* entre los deu-

²⁴⁸ Cfr. MüKoBGB/Heinemeyer § 421 n. m. 10.

²⁴⁹ Larenz SchuldR I § 37 I.

²⁵⁰ Así por ejemplo, Fikentscher/Heinemann SchuldR n. m. 771 ss.; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 892; MüKoBGB/Heinemeyer § 421 n. m. 9 ss.; Palandt/Grüneberg § 421 n. m. 3; de otra opinión, Staudinger/Noack, 2005, § 421 n. m. 11 ss.

²⁵¹ Cfr. BGHZ 106, 313 (319); 137, 76 (82); BGH NJW 2012, 1071 (1072); Palandt/Grüneberg § 421 n. m. 7; MüKoBGB/Heinemeyer § 421 n. m. 12 ss.; Jauernig/Stürner § 421 n. m. 2; PWW/H.-F. Müller § 421 n. m. 7.

²⁵² Larenz SchuldR I § 37 I; HK-BGB/Schulze § 421 n. m. 4.

²⁵³ Cfr. BGHZ 43, 227 (230).

²⁵⁴ Cfr. Larenz SchuldR I § 37 I.

²⁵⁵ MüKoBGB/Heinemeyer § 421 n. m. 12.

dores conforme al § 426. Por tanto, no puede constar desde el principio que un deudor deberá finalmente ejecutar toda la prestación²⁵⁶. En tales casos, generalmente el deudor de rango inferior quedará protegido por el hecho de que el derecho de crédito del acreedor frente al obligado primario a la prestación pasa a él mediante **cesión legal** (cfr., por ejemplo, el § 774 I, § 6 EFZG, § 86 VVG, § 116 SGB X)²⁵⁷.

Ejemplos: (1) En el caso del dueño de la obra (→ § 54 n. m. 21), la responsabilidad de ambos deudores se basa en la responsabilidad por el vicio constructivo. De ahí que el BGH haya afirmado que están al mismo nivel. Desde el 1.1.2018, la responsabilidad solidaria de constructor y arquitecto se reconoce legalmente en el § 650t. Al mismo tiempo se dio prioridad a la subsanación por parte del constructor, para limitar el riesgo de responsabilidad del arquitecto (→ SchuldR BT § 35 n. m. 43)²⁵⁸.

(2) También están al mismo nivel los deberes de indemnizar el daño derivados de contrato y de responsabilidad extracontractual. Aquí cabe recurrir a la idea normativa del § 840.

(3) El causante del daño S da al trabajador A una tremenda paliza. A tiene frente a S una pretensión ex § 823 I para que le indemnice el daño derivado de la pérdida de ganancias y frente a su empleador G una pretensión para que le siga pagando el salario ex § 3 EFZG. El obligado primario es S. De ahí que S y G no sean deudores solidarios.

(4) El causante del daño S destruye negligentemente un valioso jarrón de E. El jarrón está asegurado por V, S. A. El deber de S de indemnizar el daño y el deber de V, S. A., de pagar la suma asegurada no están al mismo nivel. Si V, S. A., indemniza el daño a E, dispone de una pretensión de regreso contra S en virtud del § 86 VVG.

(5) Tampoco están al mismo nivel, según la opinión dominante, los deberes del deudor principal y del fiador frente al acreedor. Aquí opera el § 774 I en favor del fiador.

En último término, tampoco el criterio de la igualdad de nivel es plenamente convincente. En particular, es cuestionable por qué se le niega precisamente al deudor que responde subsidiariamente la pretensión autónoma de regreso del § 426 I, pese a que realmente parece que merece más protección que un «verdadero» deudor solidario²⁵⁹. No obstante, por lo que se refiere al resultado, hay que dar la razón en gran medida a la opinión dominante. En los casos de **cesión legal**, la ley prevé una vía de regreso independiente. Se trata, en cada caso, de regulaciones especiales que prevalecen sobre las normas generales en materia de deuda solidaria. Por distintos

²⁵⁶ Cfr. Jauernig/Stürner § 421 n. m. 2.

²⁵⁷ Palandt/Grüneberg § 421 n. m. 9; Medicus/Petersen BürgerlR n. m. 906; Medicus/Lorenz SchuldR AT n. m. 892.

²⁵⁸ Respecto de la finalidad tuitiva del § 650t, cfr. MüKoBGB/Busche § 650t n. m. 1.

²⁵⁹ Cfr. HKK/Meier §§ 420–432 I n. m. 219; Meier, Gesamtschulden, 2010, 915 s.

motivos no se prevé precisamente una pretensión autónoma de regreso²⁶⁰. A ello se añade, en la relación entre deudor principal y fiador, que la responsabilidad del fiador depende en cuanto a su existencia y extensión de la obligación del deudor principal. El fiador responde, por tanto, **de forma accesoria** (→ SchuldR BT § 50 n. m. 5 y 36). Los detalles se regulan en los §§ 765 ss. tan extensamente que no queda margen para la aplicación de los §§ 421 ss.²⁶¹.

B) EFECTOS DE LA DEUDA SOLIDARIA EN LA RELACIÓN EXTERNA

- 24** También en el caso de la deuda solidaria los derechos de crédito del acreedor frente a los deudores individuales siguen siendo, en principio, **independientes**. No obstante, numerosos supuestos de hecho no tienen relevancia solo en la relación entre el acreedor y el deudor solidario afectado en cada caso (eficacia individual), sino que también tienen efectos frente a los demás deudores solidarios. De acuerdo con el § 422 I, tienen tal **eficacia colectiva**, en particular, el *cumplimiento* y sus *subrogados* (prestación en lugar del cumplimiento, consignación y compensación²⁶²). Esto se debe a que el acreedor solo puede exigir la prestación una vez (§ 421). Dada la estrecha relación con el cumplimiento, también la *mora del acreedor* frente a un deudor solidario beneficia a todos (§ 424).
- 25** Que el **contrato de condonación** concluido entre el acreedor y un deudor solidario (§ 397), p. e. en el marco de una transacción, afecte o no también a los demás deudores depende, según el § 423, de si los implicados querían extinguir toda la relación obligatoria o solo liberar al deudor que concluyó el contrato. Esta cuestión debe responderse mediante interpretación (§§ 133 y 157). Si se llega a la conclusión de que la condonación debe tener **eficacia colectiva**, se extinguen también las pretensiones del acreedor frente a los otros deudores. Se trata de una disposición en favor de terceros (→ § 51 n. m. 28 ss.), –admisibles solo excepcionalmente, según la opinión dominante–²⁶³. En caso de **eficacia individual**, el acreedor únicamente no puede reclamar al deudor que concluyó el contrato. Pero puede dirigirse a los otros

²⁶⁰ Sobre los detalles, Staudinger/Looschelders, 2017, § 421 n. m. 44 ss.

²⁶¹ Así también Staudinger/Looschelders, 2017, § 421 n. m. 37 ss.

²⁶² En caso de compensación hay que tener en cuenta el § 422 II. Según este, solo puede ser declarada por el deudor al que corresponde el contracrédito (crédito activo).

²⁶³ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017, § 423 n. m. 7; Harke SchuldR AT n. m. 460.

deudores por la totalidad. Por su parte, estos disponen de pretensiones de compensación ex § 426 contra el deudor beneficiado²⁶⁴.

El efecto individual tiene el inconveniente de que, en última instancia, sí que puede reclamarse contra el deudor solidario beneficiado. A menudo, esto no se corresponde con la voluntad de las partes. Sin embargo, el acreedor y el deudor beneficiado no pueden excluir por contrato el regreso de los otros acreedores* porque se trataría de un contrato inadmisibles en perjuicio de tercero (→ § 51 n. m. 7). Por lo tanto, la total exoneración del deudor beneficiado solo puede materializarse a costa del acreedor. El acreedor y el beneficiado pueden acordar a este fin una **eficacia colectiva limitada**. En ese caso, los otros deudores se liberarían frente al acreedor por el importe de la cuota que le correspondería al beneficiado en el reparto interno y no podrían repetir contra este²⁶⁵. La jurisprudencia parte de que, en caso de duda, la condonación no debe tener eficacia colectiva. También para admitir una eficacia colectiva limitada deben concurrir indicios especiales; el hecho de que el deudor beneficiado sea el único responsable en la relación interna no es suficiente²⁶⁶. Sin embargo, dado que la eficacia colectiva limitada es generalmente acorde a los intereses en juego, la constatación de una voluntad de las partes en este sentido no puede sujetarse a requisitos excesivos²⁶⁷.

- 26 Según el § 425 I, los supuestos de hecho distintos de los mencionados en los §§ 422-424 tienen, en principio, eficacia individual. Como ejemplo, el § 425 II menciona la denuncia (vencimiento)²⁶⁸, la mora (del deudor) (§ 286), la culpa (§ 276), la imposibilidad subjetiva de la prestación, la prescripción, incluidas la reanudación, la suspensión y la suspensión de la expiración del plazo, la unión del derecho de crédito y la deuda (confusión), así como la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias. La enumeración contiene los casos más importantes de eficacia individual, pero no es exhaustiva²⁶⁹.
- 27 La eficacia individual de la **culpa** tiene como consecuencia que, en principio, las *pretensiones de indemnización del daño* ex §§ 280 ss. solo pueden hacer-

²⁶⁴ HK-BGB/Schulze § 423 n. m. 3.

* **Nota de la traductora:** Con seguridad hay aquí una errata y, donde dice «acreedores» debería decir «deudores».

²⁶⁵ BGH NJW 2000, 1942 (1943); Palandt/Grüneberg § 423 n. m. 4; MüKoBGB/Heinemeyer § 423 n. m. 3.

²⁶⁶ BGH NJW 2012, 1071 (1073) = JA 2012, 301 (Looschelder).

²⁶⁷ Cfr. Staudinger/Looschelders, 2017, § 423 n. m. 23 ss.

²⁶⁸ Respecto de la inaplicabilidad del § 425 II a la denuncia de las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, cfr. HKBGB/Schulze § 425 n. m. 2; Larenz SchuldR I § 37 II.

²⁶⁹ Larenz SchuldR I § 37 III.

se valer frente al deudor responsable de la lesión del deber²⁷⁰. No obstante, es posible que de la relación obligatoria se derive otra cosa (cfr. § 425 I). Así, los deudores solidarios pueden acordar con el acreedor que cada deudor se responsabiliza de la culpa de los otros. Tal acuerdo (tácito) se admite, en particular, en los contratos con bufetes de abogados y consultorios médicos colectivos²⁷¹. No obstante, según la nueva jurisprudencia del BGH sobre la capacidad jurídica (parcial) de la sociedad civil externa²⁷², si el bufete o el consultorio opera bajo la forma de una sociedad de Derecho civil (§ 705), el contrato generalmente se concluye con la sociedad civil como tal. Los concretos abogados o médicos responden entonces de las obligaciones de la sociedad civil por analogía con el § 128 HGB.

C) LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS DEUDORES

- 28** Conforme al principio básico de la deuda solidaria (→ § 54 n. m. 18), el deudor al que se reclama, por lo general, no tiene que soportar solo la carga en la relación interna. El § 426 garantiza la necesaria compensación mediante una pretensión autónoma de compensación (párrafo 1), así como la transmisión legal del derecho de crédito del acreedor (párrafo 2). El deudor solidario con derecho a compensación dispone así de dos **fundamentos distintos de pretensión**. Cada uno de los dos fundamentos de pretensión tiene para él sus propias ventajas. Es importante señalar que frente a la pretensión de compensación ex § 426 I no puede oponerse ninguna excepción que derive de la relación con el acreedor²⁷³. En cambio, si, de acuerdo con el § 426 II, la pretensión de compensación se basa en el crédito que se ha transmitido del acreedor, esas excepciones pueden hacerse valer por los demás deudores (§§ 404 y 412). Por otra parte, quien hace valer la pretensión en el marco del § 426 II resulta beneficiado por el hecho de que, en virtud de los §§ 401 y 412, los derechos de garantía accesorios existentes a favor del derecho de crédito del acreedor se transmiten con él²⁷⁴. De este modo, si, p. e., un tercero ha afianzado la deuda, el deudor solidario con derecho a compensación puede dirigirse también al fiador.

²⁷⁰ Cfr. *Medicus/Lorenz* SchuldR AT n. m. 895; Palandt/*Grüneberg* § 425 n. m. 4.

²⁷¹ Cfr. BGHZ 56, 355; BGH JZ 1986, 899 (901); HK-BGB/*Schulze* § 425 n. m. 3.

²⁷² En profundidad BGHZ 146, 341; sobre la evolución MüKoBGB/*Schäfer* Previo al § 705 n. m. 9 ss.

²⁷³ BGH NJW 2010, 62 (63).

²⁷⁴ Sobre las diferencias entre el § 426 I y II, cfr. HK-BGB/*Schulze* § 426 n. m. 1.

- 29 La **pretensión autónoma de compensación** ex § 426 I no surge solo cuando se satisface al acreedor, sino ya al constituirse la deuda solidaria²⁷⁵. Su objeto es, en primer lugar, que, al vencer el derecho de crédito del acreedor, los demás deudores *participen* en el cumplimiento conforme a su cuota interna²⁷⁶. Porque cada deudor solidario ha de comportarse de tal manera que ni siquiera resulte necesario el regreso. Si un deudor paga más de su cuota interna, su pretensión de cooperación se transformará en una pretensión frente a los demás deudores para el *pago* del importe correspondiente²⁷⁷. La pretensión de compensación solo es por el importe de las respectivas cuotas de los demás deudores. Por tanto, estos son **deudores parciarios**²⁷⁸. Si un deudor solidario no paga (p. e., por insolvencia), aumenta la cuota de todos los demás (incluida la del deudor con derecho a compensación)²⁷⁹, según el § 426 I 2. De este modo, el riesgo de impago se reparte en la relación interna.
- 30 Conforme a la regla fundamental del § 426 I 1, en la relación interna los deudores solidarios están obligados por **cuotas iguales**. Sin embargo, esta regla solo rige en la medida en que no se haya dispuesto otra cosa. La **disposición en contrario** puede resultar de **acuerdos** de los deudores solidarios o del resto del contenido de la relación obligatoria existente entre ellos. En el caso de los *matrimonios* y las *comunidades de vida no matrimoniales*, se desprende de la «propia situación» que se excluye una pretensión de compensación por los costes de la vida en común (p. e., alquiler del piso común)²⁸⁰. En el Derecho de la responsabilidad, puede recurrirse parcialmente a *normas legales*. Así, en el caso de la responsabilidad extracontractual de los varios causantes de un daño, han de tomarse en cuenta las normas del § 840 II y III (→ SchuldR BT § 70 n. m. 17 ss.). Por lo demás, el importe de la cuota en el caso de las pretensiones indemnizatorias del daño se juzga, de acuerdo con la idea normativa del § 254, atendiendo al respectivo *grado de responsabilidad*²⁸¹. De ahí que en la práctica la regla del § 426 I 1 tenga poca relevancia.

²⁷⁵ BGHZ 35, 317 (325); 114, 117 (122); *Larenz SchuldR I* § 37 III.

²⁷⁶ BGH NJW 1995, 652 (654); 2010, 60 (61); Palandt/*Grüneberg* § 426 n. m. 5.

²⁷⁷ BGH NJW 1995, 652 (654).

²⁷⁸ BGHZ 55, 344 (349); *Larenz SchuldR I* § 37 III; *Soergel/Gebauer* § 426 n. m. 36; *Staudinger/Looschelders*, 2017, § 426 n. m. 38; con dudas, *MüKoBGB/Heinemeyer* § 426 n. m. 33.

²⁷⁹ Cfr. Palandt/*Grüneberg* § 426 n. m. 7.

²⁸⁰ Cfr. BGH NJW 2010, 868 = *JuS*2010, 444 (*Wendehorst*).

²⁸¹ RGZ 75, 251 (256); *MüKoBGB/Wagner* § 840 n. m. 13 ss.

- 31** Si un deudor solidario ha satisfecho al acreedor, esto no conduce a la extinción de la relación obligatoria conforme al § 362. Antes bien, en la medida en que el deudor que ha realizado la prestación puede exigir compensación a los otros, el derecho de crédito del acreedor subsiste y, conforme al § 426 II 1, se traspaşa **en virtud de la ley** al que tiene derecho a la compensación. No obstante, el traspaso no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor (§ 426 II 2). Esta regulación tiene importancia sobre todo en el procedimiento concursal, así como en caso de garantía insuficiente²⁸². Si el deudor con derecho a compensación no ha satisfecho enteramente al acreedor, la parte del derecho de crédito que le queda al acreedor es preferente a la parte del crédito que ha sido transferido.
- 32** El **alcance** del traspaso del derecho de crédito depende de la cuantía de la pretensión de compensación conforme al § 426 I²⁸³. La *accesoriedad* se explica por el hecho de que, en último término, la cesión legal trata únicamente de reforzar la pretensión de compensación del deudor solidario que realiza la prestación. Esto tiene como consecuencia que los demás deudores solidarios responden solo parciariamente frente al que tiene derecho a la compensación, también por lo que respecta a la pretensión transferida²⁸⁴. Si la pretensión de compensación se extingue (p. e., por cumplimiento o compensación), se extingue también el crédito del acreedor que se ha transferido²⁸⁵. Tampoco puede cederse aisladamente el derecho de crédito transferido. Antes bien, cuando se cede la pretensión de compensación ex § 426 I, aquel se traspaşa al nuevo acreedor por analogía con el § 401²⁸⁶.

En la medida en que de la accesoriedad del crédito transferido no se derive ninguna especialidad, la pretensión de compensación ex § 426 I y el crédito transferido (§ 426 II) coexisten **de forma independiente** el uno al lado del otro²⁸⁷. Hay una *conurrencia de pretensiones*. Existen diferencias, en particular, en cuanto a la pertinencia de las excepciones y a la prescripción²⁸⁸. De ahí que en el examen de clausura ambas pretensiones deban examinarse por separado.

²⁸² Staudinger/*Looschelders*, 2017, § 426 n. m. 156.

²⁸³ BGH NJW-RR 2010, 831 (832); Staudinger/*Looschelders*, 2017, § 426 n. m. 139.

²⁸⁴ Así, también, *Brox/Walker* SchuldR AT § 37 n. m. 30.

²⁸⁵ *Larenz* SchuldR I § 37 III.

²⁸⁶ Palandt/*Grüneberg* § 426 n. m. 16; Erman/*Böttcher* § 426 n. m. 53.

²⁸⁷ Cfr. BGH NJW 1991, 97 (98).

²⁸⁸ Cfr. Staudinger/*Looschelders*, 2017, § 426 n. m. 142 ss.

D) RELACIÓN OBLIGATORIA SOLIDARIA ALTERADA

- 33 La relación obligatoria solidaria puede verse «alterada» por el hecho de que un deudor solidario pueda alegar un privilegio contractual o legal en materia de responsabilidad, que no beneficie a los otros deudores solidarios. Jurisprudencia y doctrina discuten desde hace mucho de forma muy controvertida conforme a qué principios ha de resolverse esta problemática ²⁸⁹.

Ejemplo (BGHZ 103, 338): En una zona infantil de juegos mantenida por la ciudad S, K, de dos años, sufrió considerables lesiones en la cabeza al caer desde la plataforma de un tobogán al suelo. La gravedad de las lesiones se debió a que el suelo debajo del tobogán era de hormigón asfáltico. El padre de K (V) pasó por alto este riesgo por negligencia leve.

Dado que S había infringido negligentemente sus deberes en el tráfico, estaba obligado a indemnizar el daño a K conforme al § 823 I. En realidad, K también tenía una pretensión indemnizatoria del daño frente a V ex § 823 I. Sin embargo, V puede alegar que, según el § 1664, en el ejercicio de la patria potestad los padres solo deben responder de la diligencia empleada usualmente en sus propios asuntos.

- 34 Si no se introduce ninguna modificación en la aplicación del Derecho, en tales casos el perjudicado puede reclamar la indemnización íntegra del daño al segundo causante, no privilegiado, (S). Sin embargo, el segundo causante del daño no dispone de **ninguna pretensión de compensación** ex § 426 I y II frente al primer causante, privilegiado (V). Dado que el primer causante del daño no responde frente al perjudicado debido al privilegio, faltan precisamente los presupuestos para que nazca una relación obligatoria solidaria conforme al § 840 I. El privilegio del primer causante del daño redundará así en perjuicio del segundo causante (solución 1).
- 35 En parte este resultado se considera injusto. Esto puede remediarse si, no obstante, se concede al segundo causante del daño una **pretensión de compensación** frente al primer causante. Para ello hay que *fingir* la existencia de una relación obligatoria solidaria (solución 2). Sin embargo, esta solución tiene el inconveniente de que invalida el privilegio del primer causante del daño. Esto se puede contrarrestar concediendo al primer causante del daño una pretensión de repetición contra el perjudicado. Se llega así a un *círculo de regresos* (solución 3). Sin embargo, en su lugar, también se podría *recortar* desde el principio la pretensión del perjudicado frente al segundo causante del daño, por la cuota ficticia del primer causante del daño (solución 4).

²⁸⁹ Cfr. *Larenz SchuldR I* § 37 III; *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 928 ss.

- 36** La **cuestión valorativa** determinante es a costa de quién debe resolverse el conflicto de intereses. La aplicación del Derecho sin cambios (solución 1) perjudica al segundo causante del daño. Los intentos de remedio gravan, o bien al primer causante del daño (solución 2), o bien al perjudicado (soluciones 3 y 4). No es posible dar una respuesta en términos generales a qué es lo adecuado. Antes bien, hay que distinguir entre los privilegios contractuales y los legales.
- 37** Si el trato privilegiado del primer causante del daño se debe a un acuerdo contractual con el perjudicado, la solución 1 queda excluida. Porque, de lo contrario, el acuerdo constituiría un contrato inadmisibles en perjuicio de un tercero –el segundo causante del daño–. En tales casos, la jurisprudencia concede al segundo causante del daño una pretensión de compensación contra el primer causante ex § 426 (solución 2)²⁹⁰. Sin embargo, la invalidación del privilegio asociada a ello contradice la finalidad del acuerdo. De ahí que, con razón, la doctrina dominante defienda la opinión de que la pretensión del perjudicado frente al segundo causante del daño ha de reducirse desde el principio por la cuota de responsabilidad del primer causante del daño (solución 4)²⁹¹. La carga que de ello resulta para el perjudicado está justificada porque este ha devaluado por sí mismo su posición jurídica concluyendo el acuerdo.

Ejemplo: Los colegas S y G han formado un grupo para ir juntos al trabajo en coche. S recoge con el coche a G en su casa cada mañana y le lleva de nuevo de vuelta por la tarde. G ha eximido a S de cualquier responsabilidad en caso de un eventual daño por accidente. Una mañana, por la negligencia de S y de un tercero (D), se produce un accidente de tráfico en el que G resulta considerablemente herido.

Por la exención de responsabilidad, G no tiene en este caso una pretensión indemnizatoria del daño frente a S. Pero, según la solución del BGH, puede reclamar a D la indemnización del daño en toda su extensión con arreglo al § 823 I. Después, D tiene una pretensión de compensación frente a S ex § 426 I, sobre la base de una ficticia relación obligatoria solidaria. Por el contrario, conforme a la solución aquí defendida, la pretensión indemnizatoria del daño de G frente a D ha de reducirse desde el principio por la cuota de responsabilidad de S.

- 38** Tratándose de privilegios legales, ha de determinarse mediante la interpretación de los correspondientes preceptos qué solución es preferible. En el caso normal, se llegará a la conclusión de que las pretensiones del perjudicado

²⁹⁰ BGHZ 12, 213 (215 ss.); 58, 216 (220).

²⁹¹ Cfr. *Brox/Walker SchuldR* AT § 37 n. m. 23 s.; *Larenz SchuldR* I § 37 III; *Medicus/Petersen BürgerlR* n. m. 933; *HK-BGB/Schulze* § 426 n. m. 14.

frente al segundo causante del daño han de reducirse por la cuota del primer causante, privilegiado²⁹². Los privilegios legales en materia de responsabilidad, por lo general, solo persiguen regular el conflicto de intereses entre el perjudicado y el primer causante del daño. Por lo tanto, no tratan de desplazar la carga a un tercero —el segundo causante del daño—. Pero, por otra parte, no tendría sentido anular el privilegio del primer causante del daño mediante pretensiones de compensación del segundo causante del daño.

- 39 La jurisprudencia aboga por reducir las pretensiones del perjudicado frente al segundo causante del daño no privilegiado, en el caso de los accidentes laborales de los que es responsable, de una parte, el empleador o un colega de trabajo del perjudicado y, de otra, un tercero externo²⁹³. En estos casos la relación obligatoria solidaria es «alterada» por el trato privilegiado del empleador o del colega de trabajo frente al trabajador dañado en virtud del Derecho de la seguridad social, conforme a los §§ 104 y 105 SGB VII (antes, §§ 636 y 637 RVO). Aquí es adecuada una solución en detrimento del perjudicado, aunque solo sea porque los inconvenientes asociados a ello son compensados por las pretensiones basadas en el régimen jurídico de la seguridad social.

Ejemplo (OLG Hamm VersR 1998, 328): H, S. R. L., organizó en el pabellón de deportes de la ciudad S una reunión de empresa en la que quiso participar G como empleado de H, S. R. L. De camino al pabellón, G se cayó y se lesionó. El accidente se debió a que el acceso no se había limpiado suficientemente del musgo que había crecido. Dado que S había infringido su deber en el tráfico, estaba obligada a indemnizar el daño a G conforme al § 823 I. H, S. R. L., estaba asimismo obligada frente a sus empleados a procurar un acceso seguro a la reunión de empresa. Por lo tanto, también entran en consideración las pretensiones indemnizatorias del daño de G frente a H, S. R. L., con arreglo al § 280 I y al § 823 I. No obstante, dado que se trata de un accidente laboral, los §§ 104 y 105 SGB VII eximen de responsabilidad a H, S. R. L. Sin embargo, la exención no puede redundar en perjuicio de un segundo causante del daño, ajeno a la relación de seguridad social. De ahí que la pretensión de G frente a S deba reducirse a la cantidad que S tuviera que soportar en la relación interna con H, S. R. L., si el reparto del daño no fuera alterado por los §§ 104 y 105 SGB VII.

- 40 Por el contrario, en el **caso de la zona infantil de juegos** (→ § 54 n. m. 33), el BGH defendió la opinión de que S tenía que responsabilizarse de todo el daño de K y que tampoco podía repetir contra V en virtud del § 426 I. El

²⁹² Cfr., más detalladamente, *Looschelders* Mitverantwortlichkeit 554 ss.

²⁹³ BGHZ 51, 37; 61, 51; BGH NJW 1996, 2023; igualmente, Palandt/*Grüneberg* § 426 n. m. 23; Staudinger/*Looschelders*, 2017, § 426 n. m. 169.

trato privilegiado del § 1664 opera, así, en perjuicio del segundo causante del daño²⁹⁴. Esto solo puede justificarse admitiendo que el § 1664 trata de beneficiar a la familia como «comunidad de responsabilidad y destino»²⁹⁵ frente a los causantes de daños ajenos a ella²⁹⁶.

3. Comunidad pasiva

- 41** Los autores del BGB no tuvieron en cuenta el caso en que varios deben una prestación *indivisible* que, por razones de hecho o jurídicas, solo puede ser ejecutada actuando simultáneamente (**deuda común**). La regulación del § 431 no es adecuada para este caso. Porque la remisión a la deuda solidaria presupone que cada deudor puede ejecutar toda la prestación²⁹⁷. Justamente, este no es el caso en la deuda común.

Ejemplo: B ha contratado al dúo Linda (L) y Fred (F) para realizar un recital en su cumpleaños.

El acto del recital es una prestación indivisible que, por razones de hecho, solo puede ser ejecutado actuando simultáneamente L y F. Se trata, por tanto, de una deuda común. No obstante, una valoración distinta es apropiada si la actuación conjunta de L y F se produce bajo la forma de una sociedad del BGB (§ 705)²⁹⁸. De acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la sociedad civil externa puede, como tal, ser titular de derechos y deberes (→ § 54 n. m. 27)²⁹⁹. Por consiguiente, el cocontratante de B sería la sociedad. L y F responderían de las obligaciones de la sociedad de forma accesorio por analogía con el § 128 HGB. Esto reduce aún más la importancia práctica de la deuda común.

- 42** La deuda común no está regulada en la ley, pero se reconoce por la opinión dominante como una manifestación autónoma de la pluralidad de deudores³⁰⁰. Una diferencia esencial respecto de la deuda solidaria es que el acreedor no puede dirigirse solo a un deudor, sino que debe reclamar la prestación **conjuntamente** a todos los deudores³⁰¹. Dada la estrecha relación

²⁹⁴ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1042 s.

²⁹⁵ RGRK/*Adelmann* § 1664 n. m. 2.

²⁹⁶ Cfr. *Hager* NJW 1989, 1640 (1647); *Medicus/Petersen* BürgerlR n. m. 932; críticamente, *Muscheler* JR 1994, 441 (446); *Schwab* JuS1991, 18 (22).

²⁹⁷ HK-BGB/*Schulze* § 431 n. m. 3; críticamente, *Meier*, Gesamtschulden, 2010, 138; *Meier* AcP211 (2011), 435 (474 ss.).

²⁹⁸ Cfr. al respecto, *Staudinger/Looschelders*, 2017 Vorbem. §§ 420 ss. n. m. 77.

²⁹⁹ En profundidad, BGHZ 146, 341.

³⁰⁰ Cfr. *Staudinger/Looschelders*, 2017 Vorbem. §§ 420 ss. n. m. 73 ss.

³⁰¹ Vgl. BGHZ 36, 187 (188 ss.); BGH NJW 1984, 2210; *Larenz* SchuldR I § 36 IIc.

existente entre las distintas obligaciones, también los supuestos de hecho mencionados en el § 425 II (mora, culpa, imposibilidad subjetiva, etc.) tienen, en caso de duda, *eficacia colectiva*³⁰². Frente a los deudores, la eficacia colectiva se legitima por el hecho de que se han comprometido a **ejecutar la prestación conjuntamente**.

Ejemplo: En el caso del recital (→ § 54 n. m. 41), L se pone enferma el día del cumpleaños de B y por ello no puede actuar. Con ello, decae también el deber de prestación de F conforme al § 275 I.

Bibliografía: *Boecken/v. Sonntag*, Zur Gleichstufigkeit der Schuldner als Voraussetzung einer Gesamtschuld, JURA 1997, 1; *M. Brand*, § 300 Abs. 1 BGB als Anwendungsfall der gestörten Gesamtschuld, ZGS 2010, 265; *Ehmann*, Die Gesamtschuld, 1972; *Ehmann*, Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?, AcP 211 (2011), 491; *Hadding*, Zur Abgrenzung von Gläubigermehrheiten und Bruchteilsgemeinschaft an einer Forderung, FS Canaris I, 2007, 379; *Hager*, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, 1640; *Medicus*, Mehrheit von Gläubigern, JuS 1980, 697; *S. Meier*, Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, AcP 205 (2005), 858; *S. Meier*, Gesamtschulden, 2010; *S. Meier*, Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht, AcP 211 (2011), 435; *Muscheler*, Die Störung der Gesamtschuld: Lösung zu Lasten des Zweitschädigers?, JR 1994, 441; *Pfeiffer*, Gesamtschuldnerausgleich und Verjährung, NJW 2010, 23; *Preißer*, Grundfälle zur Gesamtschuld im Privatrecht, JuS 1987, 208 (289, 628, 710, 797, 961); *Schmieder*, Die gestörte Gesamtschuld – ein Normenkonflikt, JZ 2009, 189; *Schreiber*, Die Gesamtschuld, JURA 1989, 353; *Schwab*, Neues zum gestörten Gesamtschuldnerausgleich – BGH, NJW 1988, 2667, en JuS 1991, 18; *Schünemann/Bethge*, »Allgemeine Gleichbehandlung« von Gesamtschuldnern, JZ 2009, 448; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, 1984; *Stamm*, Die Gesamtschuld auf dem Vormarsch, NJW 2003, 2940; *Wolf/Niedenführ*, Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten, JA 1985, 369; *Zerres*, Die Gesamtschuld, JURA 2008, 726.

³⁰² Staudinger/Looschelders, 2017 Vorbem. §§ 420 ss. n. m. 76; Larenz SchuldR I § 36 IIc; de otra opinión, MüKoBGB/Heinemeyer § 425 n. m. 13; Soergel/Gebauer Vorbem. § 420 n. m. 14.

ANEXO I

El régimen jurídico de la contravención de la prestación en la resolución de casos

- 1 El régimen jurídico de la contravención de la prestación puede causar considerables problemas en la resolución de casos. A continuación se dan algunas indicaciones a este respecto.

A. Indemnización del daño por lesión del deber

I. EN GENERAL

- 2 Especialmente relevantes para el examen de clausura son las pretensiones de indemnización del daño por lesión del deber. La elaboración de tales exámenes de clausura se ve facilitada por el hecho de que los §§ 280 ss. se estructuran en su mayor parte de forma unitaria. Por ello, parece suficiente memorizar los **elementos básicos** de la responsabilidad y los **presupuestos adicionales** precisos en cada caso. Se logra así un esquema básico *unitario*, que contiene todas las notas que han de ser abordadas en *todo* examen de clausura. Sin embargo, como punto de partida siempre hay que recurrir a las correspondientes características de la norma.

En los §§ 280 ss. el orden del examen se deduce de las leyes de la lógica así como de consideraciones de funcionalidad. Es evidente que la **relación obligatoria** y la **lesión del deber** deben ser examinadas con prioridad. Dado que el **deber de responder** se refiere a la lesión del deber, solo puede ser tratado después de esta. Por su estrecha conexión con el aspecto de las consecuencias jurídicas, el **daño** debería debatirse, generalmente, como último elemento del supuesto de hecho (-> § 27 n. m. 23). Esto también pone en evidencia que el deber de responder no está referida al daño.

Por lo demás, en la mayoría de los casos es adecuado examinar los **presupuestos adicionales** en conexión con la lesión del deber o inmediatamente después de esta y, solo después, ocuparse del deber de responder. Así, en el caso del § 281, si fuera necesario, puede analizarse más fácilmente si el deber de responder se refiere a la originaria lesión del deber o al incumplimiento en caso de expiración del plazo o a la lesión del deber de subsanación (-> § 27 n. m. 22). Consideraciones parecidas son aplicables al § 286, porque aquí el deber de responder tiene que referirse al momento de producción de la mora (-> § 26 n. m. 8). En cambio, en el caso del § 282 la **inexigibilidad** no debería examinarse sino después del deber de responder, porque el grado de culpa constituye un importante criterio para enjuiciar la exigibilidad (-> § 27 n. m. 37).

A. ESQUEMA BÁSICO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO POR LESIÓN DEL DEBER	
I. RELACIÓN OBLIGATORIA	
II. LESIÓN DEL DEBER Prestación defectuosa, omisión de prestación (retraso), lesión de deberes de protección, imposibilidad sobrevenida	
III. EN SU CASO, PRESUPUESTOS ADICIONALES	
1. Para la simple indemnización del daño	ninguno (§ 280 I)
2. Para el daño por retraso:	por regla general, intimación (§§ 280 II y 286)
3. Para la indemnización del daño en lugar de la prestación (§ 280 III)	
a) Prestación defectuosa:	por regla general, fijación de plazo (§§ 280 III, 281)
b) Omisión de prestación (retraso):	por regla general, fijación de plazo (§§ 280 III, 281)
c) Imposibilidad sobrevenida:	ninguno (§§ 280 III y 283); v. también Esquema C
IV. DEBER DE RESPONDER (§§ 276-278)	
V. DAÑO	
Consecuencia jurídica: <i>Deber de prestación de indemnización del daño conforme a los §§ 249 ss.</i>	

B. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CONFORME A LOS §§ 280 I Y III Y 282	
I.	RELACIÓN OBLIGATORIA
II.	LESIÓN DEL DEBER Lesión de los deberes de protección (§ 241 II)
III.	DEBER DE RESPONDER (§§ 276-278)
IV.	PRESUPUESTO ADICIONAL Inexigibilidad
V.	DAÑO
Consecuencia jurídica: <i>Deber de prestación de indemnización del daño conforme a los §§ 249 ss.</i>	

II. LA PRETENSIÓN DE SIMPLE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

- 3 Caso 1:** F quiere comprar un piso para sí y su hija T, de 16 años. A tal fin visita un piso en el edificio de viviendas de E. Examinando el balcón, T se apoya en la barandilla. Esta había sido instalada de manera inadecuada por el conserje de E (H) y se desprende del anclaje. T se cae del balcón y se produce una grave lesión en la cabeza. Exige a E la indemnización de los costes del tratamiento así como la indemnización del daño moral. E alega que hasta el momento H ha efectuado sus tareas de manera sumamente fiable y profesional. ¿Cuál es la situación jurídica?

Esbozo de solución: A. T podría tener frente a E una pretensión de indemnización por los costes de su tratamiento ex §§ 280 I, 311 II y III y 241 II.

I. Para ello tendría que haberse entablado entre T y E una **relación obligatoria** precontractual conforme a los §§ 311 II y III 1 y 241 II.

1. De acuerdo con el § 311 II n. 2, una *relación obligatoria precontractual* puede entablarse, entre otros, mediante la preparación de un contrato en la que, en consideración a la relación negocial planeada, una parte da a la otra la posibilidad de afectar a sus derechos, bienes jurídicos e intereses. F y T buscaron el piso de E con vistas a una posible adquisición.

Con ello, en la preparación del contrato, ambas entraron en la esfera de influencia de E.

2. Como T no debía llegar a ser parte contratante, según el § 311 II n. 2 la relación obligatoria precontractual solo surgió, en primer lugar, entre E y F. Sin embargo, los deberes de protección derivados de ella podrían extenderse también a T. La posibilidad de *incorporación de un tercero en el ámbito de protección* de una relación obligatoria precontractual se admite desde hace mucho. Ahora procede tomar en consideración como punto de partida el § 311 III 1. Conforme a él, una relación obligatoria con los deberes del § 241 también puede surgir con personas que por sí no deban llegar a ser parte contratante. El tenor literal del precepto comprende también la ampliación a terceros del ámbito de aplicación de una relación obligatoria precontractual. No obstante, el § 311 III 1 no menciona los presupuestos bajo los cuales el tercero se incorpora al ámbito de protección. En este aspecto hay que seguir recurriendo a las reglas sobre el *contrato con efecto protector para terceros* que fueron desarrolladas por jurisprudencia y doctrina antes de la entrada en vigor de la SchuldR-ModG.

a) Conforme a ello, un tercero se incorpora al ámbito de protección de una relación obligatoria precontractual si está *expuesto al riesgo de lesiones de los deberes de protección en la misma medida que el propio contratante potencial*. F y T fueron juntas a ver el piso y lo visitaron con vistas a una compra posterior. Con ello, T se expuso en la misma medida que F al riesgo de una lesión de los deberes de protección por parte de E.

b) Además, el contratante potencial debe tener un *interés legítimo* en la incorporación del tercero al ámbito de protección de la relación obligatoria precontractual. F, como madre de T, es responsable de su «bienestar y sufrimiento» por una relación jurídico personal de asistencia. De ahí que tenga un legítimo interés en la protección de T.

c) Los presupuestos objetivos para la incorporación del tercero a la relación obligatoria precontractual tendrían que ser *reconocibles* para el (potencial) deudor. T acompañó a su madre al visitar el piso. Con ello era reconocible para E que los bienes jurídicos de T estaban expuestos en la misma medida que los bienes jurídicos de F a los riesgos provenientes del bien arrendado*. Podía, además, reconocer que F, como madre de T, tiene un particular interés en su protección.

* **Nota de la traductora:** Por lo que parece un *lapsus*, el autor habla aquí de bien arrendado cuando, en realidad, se refiere al posible objeto de una compraventa.

d) El tercero tiene que estar *necesitado de protección*. Excepcionalmente puede no haber necesidad de protección si el tercero tiene por sí pretensiones (pre)contractuales que tienen el mismo contenido o uno equivalente. T no tiene por sí ninguna pretensión (pre)contractual frente a E. Por tanto, está necesitada de protección.

3. Entre F y E se entabló una relación obligatoria precontractual, a cuyo ámbito de protección se incorporó T.

II. E tendría que haber **lesionado un deber** derivado de la relación obligatoria precontractual. Procede tomar en consideración la lesión de un *deber de protección* en el sentido del § 241 II. Del § 241 II no cabe deducir qué concretos deberes de protección existen en la etapa de preparación de un contrato. Antes bien, el alcance de los deberes depende de las circunstancias del caso concreto. E tenía que suponer que los compradores potenciales entrarían en todo el piso, incluido el balcón, para hacerse una idea del objeto de la compraventa. Por ello, tenía que asegurarse de que la barandilla del balcón no pudiera desprenderse con una carga normal. La insuficiente fijación de la barandilla representa, así, una lesión de los deberes precontractuales de protección.

III. Dado que se trata de la «simple» indemnización del daño, no es necesario **ningún presupuesto adicional**. De ahí también que en la solución que se redacte pueda omitirse este punto del examen.

IV. E tendría que ser **responsable** de la lesión del deber. De qué es responsable el deudor, se rige por los §§ 276 ss. Como E no ha fijado por sí mismo la barandilla, queda descartada una *culpa propia* (§ 276). Sin embargo, la cuestión es si E tiene que *responder* de la culpa de H. Según el § 278, inciso 1, este es el caso si H intervino como auxiliar suyo para el cumplimiento.

Los *auxiliares para el cumplimiento* son auxiliares que, con el consentimiento del deudor, intervienen en el cumplimiento de una obligación que le incumbe a este. El concepto de obligación ha de entenderse en un sentido amplio. Comprende no solo los deberes de prestación, sino también los deberes de protección. E estaba obligado a mantener el piso en un estado seguro para el tráfico, para que en la visita no se pusiera en peligro o se lesionara a los potenciales compradores. H se hizo cargo de ese deber de protección por E. Esto es, al fijar la barandilla, H se hizo cargo de una obligación de E.

H tendría que haber obrado *culpablemente*. H instaló inadecuadamente la barandilla del balcón. Con ello ha desatendido la diligencia exigible en el tráfico. Por lo tanto, H obró negligentemente en el sentido del § 276 II.

Resultado provisional: La culpa de H es imputable a E conforme al § 278, inciso 1. Por consiguiente, también es responsable de la lesión del deber.

V. A causa de la lesión del deber, T sufrió una grave lesión en la cabeza, que precisó de tratamiento médico. A T se le ocasionó así un **daño material** en forma de costes de tratamiento. Hay, además, un **daño inmaterial**.

VI. El **contenido y la extensión de la indemnización del daño** se rigen por los §§ 249 ss. Los costes del tratamiento son resarcibles conforme al § 249 II 1. Dado que E ha lesionado el cuerpo y la salud de T, esta también puede exigir, según el § 253 II, la indemnización del daño inmaterial. Así, T tiene frente a E una pretensión de pago de los gastos de tratamiento así como de una adecuada indemnización del daño moral ex §§ 280 I, 311 II y III 1, 241 II y 253 II.

B. T también podría tener frente a E una pretensión indemnizatoria ex § 831 I 1. H ha lesionado antijurídicamente el cuerpo y la salud de T como auxiliar de E para la ejecución de la actividad. A causa de la lesión se ha producido un daño en forma de costes de tratamiento. No obstante, la responsabilidad de E no procede porque E puede exculparse (§ 831 I 2).

III. LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO POR RETRASO

- 4 **Caso 2:** El 2.8 V vendió a K un automóvil de segunda mano por 50.000 euros. El traspaso debía tener lugar el 3.8. Aunque V sigue estando en condiciones de hacer el traspaso, por motivos sin aclarar no aparece en la fecha acordada. Por este motivo, el 4.8 K tiene que tomar un coche de alquiler para un viaje de negocios y gastar por ello 120 euros. K exige a V el resarcimiento de este importe. ¿Con razón?

Esbozo de solución: K podría tener frente a V una pretensión de indemnización del daño por retraso por un importe de 120 euros ex §§ 280 I y II y 286.

I. Entre K y V tendría que existir una **relación obligatoria**. K y V concluyeron el 2.8 un contrato de compraventa eficaz sobre el automóvil. Por tanto, hay una relación obligatoria.

II. A V tendría que serle imputable una **lesión del deber** en forma de *retraso de la prestación vencida*. Por el contrato de compraventa, V estaba obligado a entregar y traspasar el vehículo a K (§ 433 I 1). La pretensión de K debería haber vencido. El vencimiento es el momento a partir del cual el acreedor puede exigir la prestación y el deudor tiene que eje-

cutarla. La determinación del vencimiento depende principalmente de los acuerdos de las partes, según el § 271. V y K acordaron que el automóvil debía ser traspasado el 3.8. Por consiguiente, V tenía que realizar la prestación ese día. Dado que V no apareció en la fecha acordada, hay una lesión de la prestación en forma de retraso de la prestación vencida.

III. La indemnización del daño ocasionado por el retraso solo puede exigirse, según el § 280 II, bajo los **presupuestos adicionales** de la **mora** (§ 286). Es presupuesto objetivo de la mora la omisión de la prestación pese al vencimiento y la intimación. Que V no ejecutó la prestación vencida, ya quedó puesto de manifiesto. Queda por examinar si hay una **intimación** o, excepcionalmente, si es innecesaria.

1. Según el § 286 I 1, en principio la mora presupone que el acreedor haya requerido al deudor después de producido el vencimiento. La *intimación* es una exigencia seria y apremiante del acreedor al deudor para que ejecute la prestación vencida. K no hizo llegar a V tal exigencia. A una intimación se equipara la *presentación de la demanda de prestación o la notificación de una orden de pago* (§ 286 I 2). K tampoco aprovechó estas posibilidades.

2. La intimación podría ser *innecesaria* conforme al § 286 II n. 1. Esto presupone que se haya determinado un tiempo para la prestación conforme al calendario. V y K acordaron que el automóvil debía ser traspasado el 3.8. Por lo tanto, fijaron un tiempo para la prestación conforme al calendario. Consecuentemente, era innecesaria una intimación.

IV. Según los §§ 280 I 2 y 286 IV, V tendría que **responder** de la omisión de la prestación en el momento de la (posible) producción de la mora. De los §§ 276 ss. se desprende de qué es responsable el deudor. De los hechos no se puede deducir si el retraso de la prestación se debe a un comportamiento doloso o negligente de V. Sin embargo, de la formulación negativa de los §§ 280 I 2 y 286 IV se deduce que la responsabilidad del deudor se presume. V no hizo valer ninguna circunstancia exoneratoria. De ahí que haya que partir de que es responsable de la omisión de la prestación.

V. Como V no traspasó el coche en el momento acordado, K tuvo que tomar un coche de alquiler para el viaje de negocios del 4.8 y gastar por ello 120 euros. Por lo tanto, sufrió un **daño a causa del retraso**.

VI. Según los §§ 280 I y II y 286, el deudor tiene que indemnizar al acreedor el daño ocasionado por la mora. Para **cuantificar el daño** hay que basarse en los §§ 249 ss. Por lo tanto, hay que poner al acreedor en la situación en que se encontraría si la prestación se hubiera ejecutado puntualmente. Si V hubiera traspasado el coche el 3.8, K no habría tenido

que gastar los costes del coche de alquiler. En consecuencia, K tiene frente a V una pretensión de pago de los 120 euros ex §§ 280 I y II y 286.

IV. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE LA PRESTACIÓN

- 5 **Caso 3:** El 26.8 K compró a V moqueta nueva para su nuevo piso. La moqueta debía ser entregada e instalada el 5.9, dado que K quería amueblar el piso los días siguientes. El 5.9, K espera en vano a V. Al ser preguntado por teléfono, V comunica a K que ha recibido inesperadamente un pedido mayor y por ello no puede instalar la moqueta en la vivienda de K en un futuro próximo. Por este motivo, K compra la moqueta en otra tienda. ¿Tiene V que indemnizar a K el sobreprecio de 100 euros?

Esbozo de solución: K podría tener frente a V una pretensión ex §§ 280 I y III y 281 para la indemnización de los costes adicionales de 100 euros en que incurrió.

I. Entre K y V tendría que existir una **relación obligatoria**. K y V concluyeron un contrato de compraventa eficaz para el suministro de la moqueta. Que V haya asumido también la instalación de la moqueta no obsta a la calificación como compraventa (cfr. § 434 II).

II. V tendría que haber **lesionado un deber** contractual. La lesión del deber podría consistir en la *no ejecución de la prestación vencida*. Por el contrato de compraventa, V estaba obligado a llevar la moqueta al piso de K y a instalarla allí. La prestación tendría que haber vencido. El vencimiento es el momento a partir del cual el acreedor puede exigir la prestación y el deudor tiene que ejecutarla. V y K acordaron que la moqueta debía ser entregada e instalada el 5.9. Por lo tanto, la prestación venció ese día. V no apareció en el piso de K en la fecha acordada. Con ello, hay una lesión del deber en forma de no ejecución de la prestación vencida.

III. Hay que tener en cuenta que la indemnización del daño solicitada sustituiría a la prestación. Se trata, por tanto, de una indemnización del daño en lugar de la prestación. Según el § 280 III, esto solo puede exigirse bajo los **presupuestos adicionales** de los §§ 281-283. Dado que la lesión del deber de V consiste en no ejecutar la prestación vencida, es aplicable el § 281.

1. Según el § 281 I 1, K tendría que haber fijado a V un *plazo razonable para la prestación*. Sin embargo, no hay tal fijación de un plazo.

2. No obstante, la fijación de un plazo podría ser *innecesaria*. Conforme al § 281 II, este es el caso, entre otros, si el deudor deniega la prestación de forma seria y definitiva. V comunicó a K que no entregaría ni instalaría la moqueta en un futuro próximo. Como en ello hay una denegación de cumplimiento seria y definitiva, era innecesario fijar un plazo. IV. Según el § 280 I 2, V tendría que ser **responsable** de la omisión de la prestación al tiempo del vencimiento. Conforme al § 276 I 1, en general, el deudor es responsable por dolo y por negligencia. Cuando K le preguntó, V le comunicó que había recibido un pedido mayor y por ello no podía realizar la prestación. Por consiguiente, V no ejecutó la prestación consciente e intencionadamente. Así, obró dolosamente y por ello tiene que responder de la lesión del deber conforme al § 276 I 1.

V. K tendría que haber sufrido un **daño** a causa de la lesión del deber. Como V no entregó e instaló la moqueta, K tuvo que conseguirla de otro modo y pagar por ello 100 euros más. Por lo tanto, K sufrió un daño por importe de 100 euros.

VI. Según los §§ 280 I y III y 281, el acreedor puede exigir la indemnización del daño en lugar de la prestación. El **contenido y la extensión de la pretensión** se rigen por los §§ 249 ss. Según esto, hay que poner al acreedor en la situación en que se encontraría si el deudor hubiera ejecutado la prestación². En este caso, K no habría tenido que pagar por la moqueta un sobreprecio de 100 euros. Consecuentemente, K tiene frente a V una pretensión de pago de los 100 euros ex §§ 280 I y III y 281.

V. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LUGAR DE TODA LA PRESTACIÓN

- 6 Si el acreedor exige la indemnización del daño en lugar de toda la prestación, el examen tiene que completarse en un punto en particular. Al efecto hay que distinguir **dos grupos de casos**:
- En caso de **prestaciones parciales**, el acreedor solo puede exigir la indemnización del daño en lugar de toda la prestación si no tiene **ningún interés** en la prestación parcial (§ 281 I 2, en su caso en relación con el § 283, inciso 2).

² Si el acreedor exige la indemnización del daño en lugar de la prestación, según el § 281 IV ya no puede hacer valer la pretensión de prestación primaria. Por tanto, la prestación primaria tampoco puede exigirse desde el punto de vista de la restitución in natura (§ 249 I) (-> § 45 n. 9).

- En caso de **prestaciones defectuosas** (en particular, vicios materiales o jurídicos), la pretensión de indemnización del daño en lugar de toda la prestación está excluida si la **lesión del deber es irrelevante** (§ 281 I 3, en su caso en relación con el § 283, inciso 2).

B. La indemnización del daño por imposibilidad originaria

- 7 La pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación por imposibilidad originaria **no** ha sido **integrada** en el sistema de las pretensiones indemnizatorias por lesión del deber (§§ 280 ss.). Antes bien, el § 311a II contiene un *fundamento autónomo de pretensión*. Sin embargo, en la resolución de casos, la especial posición de la imposibilidad originaria apenas tiene repercusiones. Antes bien, en principio han de examinarse los mismos puntos que en el caso de la imposibilidad sobrevenida. La diferencia más importante entre ambos grupos de casos consiste en que el **deber de responder** está referido en el caso de imposibilidad sobrevenida a la causación del impedimento de la prestación, mientras que en el caso de la imposibilidad originaria se refiere al desconocimiento del impedimento de la prestación (-> § 35 n. m. 11). De este modo, el esquema general del examen (-> Anexo I n. m. 2) solo ha de modificarse mínimamente. Si el acreedor exige la indemnización del daño en lugar de la prestación, por el § 311a II 3 (igual que por el § 283, inciso 2), son aplicables los presupuestos especiales del § 281 I 2 y 3 (-> Anexo I n. m. 6).

C. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS DEL DAÑO EN CASO DE IMPOSIBILIDAD	
§§ 280 I y III y 283 → en caso de imposibilidad sobrevenida	§ 311a II → en caso de imposibilidad originaria
I. RELACIÓN OBLIGATORIA	I. CONTRATO
II. LESIÓN DEL DEBER → omisión de la prestación por imposibilidad sobrevenida en el sentido del § 275	II. (NINGUNA LESIÓN DEL DEBER) → omisión de la prestación por imposibilidad originaria en el sentido del § 275

C. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS DEL DAÑO EN CASO DE IMPOSIBILIDAD	
III. PRESUPUESTOS ADICIONALES → en caso de exclusión de la prestación conforme al § 275: ninguno (cfr. § 283, inciso 1)	III. PRESUPUESTOS ADICIONALES → en caso de exclusión de la prestación conforme al § 275: ninguno (cfr. § 311a II 1)
IV. DEBER DE RESPONDER (§ 280 I 2) → punto de referencia es la circunstancia que ha conducido a la imposibilidad «no pude evitarlo»	IV. DEBER DE RESPONDER (§ 311A II 2) → punto de referencia es la (falta) de conocimiento del impedimento de la prestación «no lo sabía y tampoco pude saberlo»
V. DAÑO Consecuencia jurídica: Indemnización del daño en lugar de la prestación o resarcimiento de los gastos inútiles conforme al § 284	V. DAÑO Consecuencia jurídica: Indemnización del daño en lugar de la prestación o resarcimiento de los gastos inútiles conforme al § 284

- 8 **Caso 4** (tomado de OLG Köln, VersR 1994, 1355): El 9.1 V ofreció en anuncios de periódico entradas para la entrega de los premios cinematográficos «X», que debía tener lugar en Hollywood la noche del 27.2. El 10.1, K encargó para sí y su esposa (F) dos entradas por un precio total de 3.000 euros. V confirmó el pedido por escrito. En el escrito se decía: «Los tiques le serán entregados en el hotel antes del mediodía del 27.2. Esto está garantizado». El 25.2 K y F volaron a Hollywood. En el hotel fueron informados de que las entradas no podrían ser entregadas dado que, ya el 5.1, el organizador había decidido por razones de seguridad entregar los premios cinematográficos en un círculo escogido. V alega que no ha podido saberlo, dado que hasta ese momento las entradas siempre se habían vendido libremente. K y F volaron de vuelta a Alemania sin haber conseguido nada. Allí K exige a V el resarcimiento de los costes de vuelo y hotel por importe de 5.000 euros. ¿Con razón?

Esbozo de solución: K podría tener frente a V una pretensión de resarcimiento de los costes de vuelo y hotel por importe de 5.000 euros ex § 311a II en relación con el § 284.

I. Entre K y V tendría que haberse entablado una **relación obligatoria contractual** eficaz. V y K han concluido un contrato de compraventa de dos entradas para la entrega de los premios cinematográficos «X». La eficacia del contrato no se pone en duda por una eventual imposibilidad originaria de la prestación (§ 311a I).

II. V tendría que **no haber ejecutado la prestación a causa de la imposibilidad originaria**. V prometió llevar las entradas al hotel antes del mediodía del 27.2. V no cumplió esta promesa. El incumplimiento se debe a que no había entradas a disposición de V porque el organizador, ya antes de concluirse el contrato de compraventa, había decidido entregar los premios en un círculo escogido. Es decir, **en el momento de concluir el contrato**, la entrega de las entradas era **imposible** para V (§ 275).

III. No son necesarios **presupuestos adicionales** (p. e., la fijación de un plazo) en el caso de las pretensiones indemnizatorias del daño conforme al § 311a II.

IV. V no conocía, al concluir el contrato de compraventa con K, su incapacidad para la prestación. Por tanto, la pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación o de resarcimiento de los gastos estaría excluida si V no fuera **responsable** de su desconocimiento (§ 311a II 2). El deber de responder se rige por el § 276. Así pues, hay que examinar si, por *negligencia*, V no supo que la entrega sería imposible. De acuerdo con el § 311a II 2, la negligencia se presume; por lo tanto, V tiene que exculparse. V alega que hasta el momento las entradas siempre se habían vendido libremente. No obstante, es dudoso si V no habría estado obligado a preguntar al organizador. En último término, sin embargo, esto puede dejarse abierto. En efecto, de acuerdo con el § 276I 1, el deudor responde independientemente de la culpa si ha dado una *garantía* de su capacidad de prestación. En la confirmación escrita del pedido de las entradas, V garantizó la puntual entrega de las entradas. Consecuentemente, responde sin culpa conforme al § 276 I 1.

V. A K tendría que habersele ocasionado un **daño** por la incapacidad de V de entregar las entradas. K gastó 5.000 euros por el vuelo y el hotel. Dado que K y E no pudieron participar en la entrega de los premios cinematográficos, el vuelo y el hotel fueron inútiles para ellos. Sin embargo, los costes de vuelo y hotel no justifican un daño en el sentido de los §§ 249 ss., dado que también se hubieran ocasionado si V hubiera cumplido debidamente el contrato. No obstante, podría tratarse de **gastos** resarcibles en el sentido del § 284.

1. *Gastos* en el sentido del § 284 son todos los sacrificios patrimoniales voluntarios que el acreedor ha hecho en consideración al contrato. Si K no hubiese comprado las entradas, no habría volado a Hollywood. Así pues, incurrió en los costes de vuelo y hotel en consideración al contrato.

2. Los gastos solo son susceptibles de resarcimiento conforme al § 284 si se han hecho, y razonablemente podían hacerse, en la *confianza* de obtener la prestación. K no habría realizado los gastos si no hubiera confiado en obtener las entradas. Dado que V había garantizado a K que recibiría las entradas en el hotel, esta confianza estaba justificada. Por ello, K podía asumir los costes de vuelo y hotel sin haber obtenido antes las entradas.

Resultado: K tiene frente a V una pretensión de pago de los 5.000 euros ex § 311a II en relación con el § 284.

C. Deber de prestación y de contraprestación

- 9 En el contexto de un examen de clausura puede tener que comprobarse qué efectos tiene una contravención de la prestación en el deber de prestación y en el de contraprestación.

Caso 5: El vendedor de ordenadores V anuncia en una revista informática un ordenador particularmente potente de la marca «Step XT», que ofrece a un precio muy favorable. Acto seguido, el agente inmobiliario K telefona a V y encarga 5 ordenadores. V y K acuerdan que los ordenadores deben entregarse a principios del mes siguiente en las oficinas de K. En la fecha acordada, V carga 5 ordenadores de la marca «Step XT» en su coche de reparto y va hasta K. Cuando V ofrece los ordenadores a K, este tiene que comunicarle que sigue queriendo comprar los aparatos pero que, desgraciadamente, no puede pagar en un futuro próximo porque en el ínterin su agencia inmobiliaria ha experimentado dificultades financieras. V no está dispuesto a entregar a crédito. Por ello, sube a su coche de reparto y emprende el regreso. En la primera curva provoca por negligencia leve un accidente en el que los ordenadores quedan destruidos. Mientras tanto, K ha conseguido dinero de nuevo. Exige a V la entrega de los ordenadores encargados o, subsidiariamente, el resarcimiento de los costes adicionales para adquirir esos ordenadores de otra manera. V lo rechaza y exige el pago del precio de compra. ¿Cuál es la situación jurídica?

Esbozo de solución: A. K podría tener frente a V una pretensión de **entrega de los 5 ordenadores** ex § 433 I 1.

I. La pretensión debería haber **nacido**. Esto presupone que entre V y K se haya concluido un *contrato de compraventa eficaz*. Un contrato de compraventa consta de dos declaraciones de voluntad correspectivas, oferta y aceptación (§§ 145 ss.). El anuncio de V es una declaración de voluntad. Como falta la necesaria voluntad de vinculación jurídica, se trata de una simple invitación a ofrecer (*invitatio ad offerendum*). Sin embargo, en el pedido telefónico de los ordenadores por parte de K hay que ver una oferta. V ha aceptado esta oferta. Con ello se ha concluido un contrato eficaz de compraventa entre V y K. La pretensión, por tanto, ha nacido.

II. Esta **pretensión**, sin embargo, podría haberse **extinguido**.

1. Puede que V haya cumplido su deber de prestación conforme al § 362 I. Para ello V tendría que haber realizado la prestación debida. Esto es, haber proporcionado a K la propiedad de los ordenadores. No se ha producido un traspaso conforme al § 929. Antes bien, V se ha llevado de nuevo los ordenadores a casa. Con ello, la pretensión no se ha extinguido por el cumplimiento.

2. V podría haberse liberado de su deber de entrega conforme al § 275 I. Esto presupone que el cumplimiento de su deber de prestación haya devenido imposible para él. Según el contrato de compraventa, V estaba obligado a entregar a K 5 ordenadores de la marca «Step XT». El objeto de la prestación, por tanto, solo estaba determinado conforme a sus características generales. Por ello se trata de una deuda genérica en el sentido del § 243 I.

a) En una deuda genérica recae en el deudor un amplio *deber de adquisición*. En principio, mientras la prestación del género sea posible, tiene que realizar la prestación. No obstante, de acuerdo con el § 243 II, el deber de prestación de V se limitaría a los aparatos destinados a K si la deuda genérica se hubiera convertido en una deuda de cosa específica mediante la concreción.

b) Por tanto, hay que examinar si se ha producido la *concreción*. La concreción presupone, según el § 243 II, que el deudor haya hecho lo que de su parte sea necesario para la prestación. Qué es necesario para la prestación, depende del tipo de deuda. Aquí entra en consideración o una deuda de remisión o una de traslación. La delimitación exacta es innecesaria. Dado que V ya ha transportado los ordenadores a la oficina de K y

allí los ha ofrecido efectivamente, la concreción ha de afirmarse, incluso si se admite una deuda de traslación. Esto es, el deber de prestación de V ya solo incluía los 5 ordenadores que habían sido ofrecidos a K. Estos quedaron destruidos en el accidente. Con ello, V está liberado de su deber de entregar conforme al § 275 I. En consecuencia, la pretensión de entrega de K frente a V se ha extinguido.

Resultado: K no tiene frente a V una pretensión de entrega de los 5 ordenadores ex § 433 I 1.

B. Sin embargo, K podría tener frente a V una **pretensión de indemnización del daño** por los costes adicionales para la compra de otros ordenadores ex §§ 280 I y III y 283.

I. Para ello tendría que existir una **relación obligatoria** entre K y V. V y K han concluido un contrato de compraventa eficaz de 5 ordenadores de la marca «Step XT». Por tanto, hay una relación obligatoria.

II. Además, tendría que ser imputable a V una **lesión del deber**. Hay que tomar en consideración una *omisión de la prestación por imposibilidad sobrevenida*. Como vendedor, V debía a K el traspaso de los ordenadores (§ 433 I 1). V ya no puede ejecutar esa prestación, dado que los ordenadores se han destruido después de la conclusión del contrato. Con ello, la prestación ha devenido imposible para V de forma sobrevenida. La omisión de la prestación por imposibilidad sobrevenida constituye, según el § 283, una lesión del deber en el sentido del § 280 I.

III. V tendría que ser **responsable** de la lesión del deber (§ 280 I 2). Según el § 276 I 1, en general el deudor responde por dolo y por negligencia. El punto de referencia del deber de responder es la producción del impedimento de la prestación. La destrucción de los ordenadores se debe a un accidente que V ha causado a consecuencia de una negligencia leve. Con ello, en principio V tendría que responder de la producción del impedimento de la prestación.

1. Algo distinto podría ocurrir si, al momento de la destrucción de los ordenadores, K se hubiera encontrado en *mora en la aceptación* conforme a los §§ 293 ss. Según el § 300 I, durante la mora del acreedor, el deudor solo es responsable por dolo y negligencia grave. La destrucción de los ordenadores se debió, sin embargo, a negligencia leve. Por consiguiente, V no tiene que responder de la destrucción de los ordenadores si K se encontraba en mora en la aceptación.

2. La mora en la aceptación es la no aceptación por el acreedor de la prestación debidamente ofrecida, susceptible de cumplimiento y aún posible.

a) V estaba legitimado para satisfacer la pretensión de prestación.
b) V tendría que haber ofrecido debidamente la prestación a K. En principio es necesario un ofrecimiento real (§ 294). La prestación tiene que ofrecerse tal como se ha de realizar. V ha llevado los ordenadores pedidos a la oficina de K. Con ello, ha ofrecido realmente los aparatos a K conforme al § 294.

c) Cabe preguntarse si K ha rechazado aceptar la prestación debidamente ofrecida. Es verdad que K estaba dispuesto a tomar los ordenadores, pero no podía pagar el precio de compra acordado. A la no aceptación de la prestación ofrecida se equipara el caso en que, si bien es cierto que el acreedor quiere aceptar la prestación, sin embargo, no ofrece la contraprestación que él debe de manera simultánea (§ 298). En consecuencia, K ha rechazado la aceptación de la prestación.

d) En el momento del accidente, K estaba en mora en la aceptación.

3. Según el § 300 I, V solo es responsable por negligencia grave. Por tanto, no es responsable de la lesión del deber.

Resultado: No se dan los presupuestos de los §§ 280 I y III y 283. Es decir, K no tiene frente a V una pretensión de indemnización del daño en lugar de la prestación.

C. V podría tener frente a K una pretensión de **pago del precio de compra** por los ordenadores destruidos ex § 433 II.

I. Entre V y K se ha concluido un contrato de compraventa eficaz. Con ello, ha **nacido la pretensión** de V.

II. Sin embargo, la pretensión podría haberse **extinguido** conforme al § 326 I 1.

1. Según el § 326 I 1, la pretensión de contraprestación no procede si el deudor no tiene que realizar la prestación conforme al § 275. V ha sido liberado de su deber de prestación por imposibilidad, de acuerdo con el § 275 I ya no tiene que realizar la prestación. Por tanto, se dan los presupuestos del § 326 I 1.

2. Sin embargo, la regla básica del § 326 I 1 se quiebra si el acreedor se encontraba en mora en la aceptación al producirse el impedimento de la prestación y el deudor no es responsable de la imposibilidad. En este caso el deudor conserva según el § 326 II 1 *alternativa 2*, la pretensión de contraprestación. K se encontraba en mora en la aceptación en el momento del accidente. Dado que según el § 300 I, V solo responde por dolo y negligencia grave, no es responsable de la imposibilidad. Con ello, conserva la pretensión de contraprestación.

Resultado: V tiene frente a K una pretensión de pago del precio de compra por los 5 ordenadores destruidos ex § 433 II.

D. Resolución

- 10** Los **presupuestos** de la resolución por lesión del deber (§§ 323 ss.) se corresponden en lo esencial con los de la indemnización del daño en lugar de la prestación, aunque el deudor no tiene que haber sido responsable de la lesión del deber. Es necesario, no obstante, que el legitimado para resolver haya declarado la resolución (§ 349).

Las **consecuencias jurídicas** de la resolución son reguladas en los §§ 346 ss. A estos efectos hay que distinguir: Si el legitimado para resolver aún no ha ejecutado su prestación, la resolución constituye una excepción frente a la pretensión de cumplimiento de la otra parte (p. e., ex § 433 II). En otro caso, hay que examinar si el legitimado puede exigir la devolución de su prestación conforme al § 346 I. Cuando el objeto de la prestación recibido por el legitimado para resolver ha sido dañado o destruido, surgen problemas particulares. Aquí se plantea la cuestión relativa a las pretensiones de resarcimiento del valor y de indemnización del daño de la otra parte.

- 11** **Caso 6:** El 12.1 K compró al concesionario V un automóvil de segunda mano por 12.000 euros. Pocos días después de la entrega del vehículo, K sufre un accidente, a consecuencia de una negligencia leve, en el que el automóvil resulta considerablemente dañado. Al revisar los daños producidos en el automóvil se comprueba que era un coche que había tenido ya un accidente. En consecuencia, el 15.3 K resuelve el contrato de compraventa y exige el reembolso del precio de compra simultáneamente a la restitución del vehículo dañado. V alega que el automóvil ha sufrido una pérdida de valor de 3.000 euros a causa del accidente. En su opinión, K no puede resolver después de haber dañado el vehículo. Cuando menos, K tendría que resarcir la pérdida de valor producida. ¿Cuál es la situación jurídica?

Esbozo de solución: A. K podría tener frente a V una pretensión de reembolso del precio de compra de 12.000 euros ex § 346 I en relación con los §§ 437 n. 2 y 326 V. Para ello tendría que haber una **causa de resolución**. Además, K tendría que haber **declarado la resolución** (§ 349).

I. La causa de resolución podría derivarse de los §§ 437 n. 2 y 326 V. Esto presupone que el automóvil presente un vicio material insubsanable. Conforme al § 434 I 1, hay un vicio material si, en el momento del traspaso del riesgo, la cosa no tiene las cualidades convenidas. Las cualidades caracterizan el estado real de la cosa. La ausencia de accidentes es una característica cualitativa de un automóvil. La cualidad se pacta cuando en el contrato se fija la existencia de determinadas características. El acuerdo puede adoptarse expresa o implícitamente. Habida cuenta de los intereses en juego, hay que partir de la base de que las partes han acordado implícitamente que el automóvil no debía haber sufrido accidentes. Sin embargo, se trata de un coche accidentado. Por tanto, el coche no tiene las cualidades convenidas. La ausencia de las cualidades convenidas representa un vicio material en el sentido del § 434 I 1. Además, este ya existía en el momento del traspaso del riesgo (§ 446 inciso 1).

La ausencia de accidentes de un coche de segunda mano no puede crearse ni mediante reparación ni mediante entrega posterior. Se trata, por tanto, de un vicio material **insubsanable**, en el que queda excluida la pretensión de subsanación (§ 439) conforme al § 275 I. De ahí que, de acuerdo con el § 437 n. 2 en relación con el § 326 V, K pueda resolver el contrato sin fijar un plazo. Que K sea culpable de un menoscabo significativo del automóvil es irrelevante a estos efectos.

II. K ha **declarado la resolución** el 15.3 conforme al § 349.

III. Según el § 346 I, en caso de resolución las prestaciones recibidas han de **devolverse**. Por lo tanto, K tiene frente a V una pretensión de reembolso del precio de venta de 12.000 euros que ha pagado.

B. Por su parte, V tiene frente a K una pretensión de restitución del automóvil ex § 346 I. Por el daño podría tener, además, una pretensión de **resarcimiento del valor**. En la medida en que el objeto recibido se ha deteriorado, existe en principio un deber de resarcimiento del valor ex § 346 II 1 n. 3. Sin embargo, este deber decae conforme al § 346 III 1 n. 3, si se da un caso de derecho legal de resolución y el deterioro se ha producido estando la cosa en poder del legitimado pese a la observancia de la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos.

I. La resolución por un vicio material conforme a los §§ 434, 437 n. 2 y 326 V es un caso de derecho legal de resolución.

II. El daño del automóvil se ha producido por una negligencia leve de K. Es decir, K no ha actuado de manera dolosa ni gravemente negligente. Por tanto, a falta de indicios en contra, hay que partir de que K ha observado la *diligencia empleada usualmente en sus propios asuntos* (§ 277).

No obstante, cabe cuestionarse si el privilegio del § 346 III 1 n. 3 también se aplica a la participación en el tráfico rodado general. Para otros casos de limitación de responsabilidad (§§ 708 y 1359), la jurisprudencia defiende la opinión de que el estándar de la diligencia empleada usualmente en los propios asuntos no vale cuando se trata de la participación en el tráfico rodado general. Sin embargo, esta jurisprudencia solo es aplicable a la relación entre quienes participan en el tráfico (en especial, conductores y pasajeros) y por ello no puede trasladarse al § 346 III 1 n. 3.

Resultado: V no tiene frente a K una pretensión de resarcimiento del valor ex § 346 II 1 n. 3.

C. V podría tener frente a K una pretensión de **indemnización del daño** ex §§ 346 IV y 280 I. En el momento del accidente, K no tenía conocimiento de la causa de resolución y tampoco debía conocerla. De ahí que K aún no estuviera obligado a tratar el automóvil con diligencia. Por consiguiente, no existe una lesión del deber en el sentido del § 280 I 1. Al menos aquí K debería beneficiarse del trato privilegiado del § 346 III 1 n. 3.

ANEXO II

Liquidación retroactiva tras la revocación conforme al § 312g I

1 En el caso de los **contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles** (§ 312b) y **contratos a distancia** (§ 312c) puede surgir el problema de la liquidación retroactiva tras una revocación conforme al § 312g I (→ § 42 n. m. 23 ss.). En tales casos, se recomienda el **esquema** siguiente para una conformación estructurada del examen. En el caso de determinados objetos contractuales (en particular, suministro de energía, contenidos digitales no materiales y servicios financieros) han de tomarse en cuenta, además, regulaciones especiales (→ § 42 n. m. 46 ss.).

A. Pretensión del consumidor para la restitución de la remuneración abonada ex §§ 355 III 1 y 312g I

(en particular, reembolso del precio de compra y de los costes de envío)

I. Derecho de revocación del consumidor conforme al § 312g I

1. Aplicabilidad de los §§ 312b ss. (§ 312)
 - a) Contrato con consumidores (§ 310 III)
 - b) Relativo a una prestación onerosa del empresario
 - c) Falta de excepciones con arreglo al § 312 II-VI
2. Contrato celebrado fuera de los establecimientos mercantiles (§ 312b I 1) o contrato a distancia (§ 312c I)
3. Falta de excepciones con arreglo al § 312g II y III
4. No extinción con arreglo al § 356 IV (solo en caso de prestaciones de servicios)

II. Correcta declaración de revocación del consumidor frente al empresario (§ 355 I 2-4)

III. Cumplimiento del plazo de revocación (§ 355 I 1: «en el plazo debido»)

1. Duración del plazo: 14 días (§ 355 II 1)

2. Comienzo del plazo (§§ 355 II 2, 356 II y III 1)
 3. Envío de la revocación antes de la expiración del plazo (§ 355 I 5)
 4. Si el plazo no ha comenzado a correr:
no superar el plazo máximo de doce meses y 14 días (§ 356 III 2
en relación con los §§ 355 I 5 y II 2 y 356 II)
- IV. Modalidades de restitución (§ 357 I-V)

B. Pretensión del empresario para la restitución de la prestación ejecutada ex §§ 355 III 1 y 312g I

(en particular, devolución y retransmisión de la cosa comprada)

- I. Eficaz revocación del consumidor (cfr. A)
- II. Modalidades de restitución (§ 357 I, IV)

C. Pretensión del empresario para el resarcimiento del valor por una pérdida de valor de la mercancía ex §§ 357 VII y 312g I

- I. Eficaz revocación del consumidor (cfr. A)
- II. Pérdida de valor de la mercancía
- III. Manipulación de la mercancía que no era necesaria para examinar sus cualidades, etc.
y causalidad de esta manipulación respecto de la pérdida de valor (§ 357 VII n. 1)
- IV. Información adecuada al consumidor (§ 357 VII n. 2)

- 2 **Caso 7:** B regenta una empresa que ofrece muebles por internet. El 20.6.2019, A concluye con B por e-mail un contrato de compraventa de una vitrina por un precio de 800 euros. El e-mail de B contiene, además de la debida información sobre la revocación, todas las advertencias legalmente precisas para salvaguardar los derechos de B frente a A. El 15.7.2019 la vitrina es entregada a A y pagada por este en efectivo. A monta la vitrina y la coloca en su salón. Al cabo de tres días, A tiene la impresión de que, después de todo, ópticamente la vitrina no encaja tan bien en su salón. Por ello, el 18.7.2019 A declara la revocación por e-mail frente a B. En consecuencia, B hace recoger la vitrina y reembolsa 300 euros a A. B alega que, debido al deterioro producido al montarla, ya solo puede vender la vitrina «como pieza de exposición». Opina que, por ello, dispone de una pretensión de resarcimiento del valor frente a A por el importe del resto del precio y declara la compensación. A insiste en el reembolso del resto del precio de compra. ¿Con razón?

Esbozo de solución: A podría tener frente a B una pretensión de reembolso del resto del precio por un importe de 500 euros ex §§ 355 III 1 y 312g.

I. Para ello, A debería tener un **derecho de revocación** conforme al § 312g I.

1. En primer lugar hay que examinar si el § 312g I es aplicable.

a) De acuerdo con el § 312 I, los §§ 312b ss. y, con ello, también el § 312g I, solo son aplicables a los **contratos con consumidores** en el sentido del § 310 III, que tengan por objeto una **prestación onerosa** del empresario. Existe un contrato con consumidores en el sentido del § 310 III cuando un consumidor (§ 13) y un empresario (§ 14) concluyen un contrato. A y B acordaron por e-mail la compraventa de la vitrina por un precio de 800 euros. Con ello, se ha concluido entre ellos un eficaz contrato de compraventa. A compró la vitrina para fines privados y por ello es un **consumidor** según el § 13. B vendió la vitrina en ejercicio de su actividad comercial y, por consiguiente, es un **empresario** en el sentido del § 14. Por lo tanto, hay un contrato con consumidores. Este contrato tiene por objeto una prestación onerosa del empresario B.

b) No se da ninguna **excepción** del § 312 II-IV, de manera que los §§ 312b ss. son aplicables.

2. Dado que hay un **contrato a distancia**, procede tomar en consideración un derecho de revocación conforme al § 312g I alternativa 2. El § 312c I define los contratos a distancia como contratos en los que el empresario y el consumidor emplean exclusivamente medios de comunicación a distancia para las negociaciones contractuales y la conclusión del contrato, salvo que la conclusión del contrato no se produzca en el marco de un sistema de distribución o de prestación de servicios organizados para la comercialización a distancia. Los e-mails, entre otros, han de considerarse como medios de comunicación a distancia de acuerdo con el § 312c II. El contrato concluido entre A y B es un contrato entre un consumidor y un empresario. Este contrato se concluyó exclusivamente por e-mail. Además, hay que suponer que la conclusión del contrato se produjo en el marco de un sistema de distribución o prestación de servicios de B, organizado para la comercialización a distancia. Por lo tanto, ha habido un contrato a distancia en el sentido del § 312g I alternativa 2.

3. No opera ninguna **excepción** del § 312g II y III. Así, A dispone de un derecho de revocación de acuerdo con el § 312g I alternativa 2.

II. A ha **declarado inequívocamente** frente a B la revocación en su e-mail de 18.7.2019 (§ 355 I 2 y 3).

III. De acuerdo con el § 355 I 1, la revocación también debería declararse **en el plazo debido**. Según el § 355 II 1, el plazo de revocación es de 14 días. Conforme a los §§ 355 II 2 y 356 II n. 1a y III 1, en una compraventa de bienes de consumo (§ 474 I 1) el plazo de revocación comienza generalmente en cuanto el consumidor ha recibido la mercancía y ha sido informado debidamente. En el caso hay una compraventa de bienes de consumo. De acuerdo con los hechos, A también fue debidamente informado por B. A recibió la vitrina el 15.7.2019. Con ello, el plazo de revocación comenzó el 16.7.2019 (cfr. § 187 I). A envió a B la declaración de revocación el 18.7.2019. De este modo, el plazo de revocación se ha respetado (cfr. § 355 I 5).

IV. Conforme a los §§ 355 III 1 y 2 y 357 I, B tiene que reembolsar a A el precio pagado sin demora, a más tardar, en los 14 días siguientes a la emisión de la declaración de revocación. Dado que B ya ha recogido la vitrina, no dispone de ningún **derecho de retención** conforme al § 357 IV 1. Por lo tanto, la pretensión de reembolso ha **vencido**.

V. De acuerdo con el § 362 I, la inicial pretensión de reembolso del precio de 800 euros se ha extinguido en 300 euros por **cumplimiento**, a resultas del reembolso parcial del precio. Consiguientemente, A aún tiene una pretensión de reembolso del resto del precio por la cantidad de 500 euros.

VI. La restante pretensión de reembolso de A podría haberse extinguido por **compensación**, en virtud del § 389.

1. B ha declarado frente a A que quiere compensar su pretensión de resarcimiento del valor con el crédito de reembolso del precio. Con ello, ha habido una **declaración de compensación** del § 388.

2. Además, tiene que haberse dado una **situación de compensación**.

a) Si B dispone efectivamente de pretensiones de resarcimiento del valor frente a A, A y B son al mismo tiempo deudor y acreedor el uno del otro. Ambos créditos se referirían a dinero y con ello serían de la misma especie. Por tanto, lo que importa es si existe efectivamente la pretensión de resarcimiento del valor hecha valer por B.

b) B podría tener una **pretensión de resarcimiento del valor** ex §§ 357 VII y 312 g I. Conforme a ello, el consumidor tiene que resarcir la pérdida de valor de la mercancía si la pérdida de valor se debe a una manipulación del bien que no fuera necesaria para examinar las cualidades, las características y el funcionamiento de la mercancía (§ 357 VII n. 1) y el

consumidor hubiera sido debidamente informado por el empresario a este respecto (§ 357 VII n. 2). En el presente caso la vitrina ha sufrido una **pérdida de valor** por el montaje. Según los hechos, B también ha **informado** debidamente a A.

c) A diferencia de lo que ocurre en una tienda, donde generalmente hay expuesta una muestra de la mercancía, A no podía «probar» la vitrina ni obtener una impresión suficiente de ella sin montarla¹. De este modo, el montaje de la vitrina era necesario para **examinar** sus **cualidades y características**. En este sentido, es irrelevante que la vitrina se haya utilizado tres días, porque por esa utilización no ha sufrido ninguna otra pérdida de valor. De ahí que B no tenga frente a A una pretensión de resarcimiento del valor ex §§ 357 VII y 312 g I.

3. A falta de una situación de compensación, la pretensión de A de reembolso del precio restante no se ha extinguido conforme al § 389.

VII. B ya ha hecho recoger la vitrina. De ahí que tampoco pueda oponer a A **ningún derecho a denegar la prestación** conforme al § 357 IV 1.

VIII. Resultado

A tiene frente a B una pretensión de reembolso del precio restante de 500 euros, en virtud del § 355 III 1.

¹ Que, en un contrato a distancia, el consumidor debe tener la posibilidad de «probar» la mercancía y obtener así una impresión suficiente de ella, lo subraya BGHZ 187, 268 (272 ss.).

REGISTRO DE PARÁGRAFOS

§§ n. m.

Código civil (BGB)

- 13 § 3 n. m. 9; § 5 n. m. 15, 17; § 12 n. m. 23; § 16 n. m. 4; § 26 n. m. 16; § 41 n. m. 7 s.; § 44 n. m. 6.
- 14 § 3 n. m. 9; § 5 n. m. 15, 17; § 12 n. m. 23; § 16 n. m. 4, 23; § 23 n. m. 37; § 41 n. m. 9, 22; § 42 n. m. 26.
- 27 § 14 n. m. 8.
- 31 § 8 n. m. 11; § 23 n. m. 37.
- 42 § 54 n. m. 19.
- 89 § 8 n. m. 11.
- 90 § 5 n. m. 17; § 13 n. m. 1; § 52 n. m. 5.
- 91 § 13 n. m. 5; § 18 n. m. 5.
- 95 § 13 n. m. 5.
- 97 § 11 n. m. 25.
- 98 § 11 n. m. 25.
- 99 § 14 n. m. 3.
- 100 § 14 n. m. 3; § 36 n. m. 20; § 40 n. m. 27.
- 104 § 17 n. m. 4, 10, 12, 22; § 18 n. m. 8; § 26 n. m. 6; § 36 n. m. 7; § 52 n. m. 11; § 54 n. m. 39.
- 105a § 41 n. m. 16.
- 107 § 17 n. m. 17, 20; § 26 n. m. 6; § 52 n. m. 6.

§§	n. m.
117	§ 7 n. m. 14; § 52 n. m. 15, 41, 43.
119	§ 8 n. m. 16; § 11 n. m. 21; § 17 n. m. 12; § 28 n. m. 4, 18; § 37 n. m. 8.
121	§ 12 n. m. 23; § 17 n. m. 12; § 32 n. m. 5; § 52 n. m. 65.
122	§ 8 n. m. 1; § 28 n. m. 18; § 37 n. m. 8; § 44 n. m. 11; § 50 n. m. 8.
123	§ 8 n. m. 15 ss.; § 11 n. m. 21; § 42 n. m. 10; § 53 n. m. 16.
124	§ 8 n. m. 15 s.
125	§ 7 n. m. 1 s.; § 39 n. m. 1.
126a	§ 42 n. m. 54.
126b	§ 42 n. m. 46.
133	§ 1 n. m. 19, 26; § 4 n. m. 12, 18; § 9 n. m. 4; § 11 n. m. 3, 11; § 17 n. m. 24, 26; § 23 n. m. 16; § 53 n. m. 26; § 54 n. m. 25.
134	§ 6 n. m. 2; § 11 n. m. 4, 20; § 21 n. m. 8; § 28 n. m. 4; § 40 n. m. 33; § 41 n. m. 35; § 52 n. m. 12.
137	§ 52 n. m. 28.
138	§ 2 n. m. 8; § 3 n. m. 10; § 4 n. m. 14; § 11 n. m. 4, 8; § 21 n. m. 3; § 23 n. m. 22; § 28 n. m. 4; § 38 n. m. 17 s.; § 41 n. m. 35; § 52 n. m. 20, 68.
139	§ 7 n. m. 10; § 53 n. m. 17.
141	§ 7 n. m. 16.
142	§ 28 n. m. 4; § 53 n. m. 16.
145ss.	§ 5 n. m. 4.
150	§ 16 n. m. 14.
151	§ 5 n. m. 18.
154	§ 11 n. m. 11; § 16 n. m. 14.
155	§ 16 n. m. 14.
156	§ 42 n. m. 26.
157	§ 1 n. m. 12, 19, 26; § 4 n. m. 11 s., 18; § 9 n. m. 4; § 11 n. m. 3, 11; § 17 n. m. 24, 26; § 23 n. m. 16, 26; § 45 n. m. 18; § 53 n. m. 26; § 54 n. m. 25.
158	§ 18 n. m. 8, 9; § 37 n. m. 5; § 51 n. m. 13; § 52 n. m. 6.
164	§ 4 n. m. 23; § 51 n. m. 26.
166	§ 9 n. m. 25.
167	§ 7 n. m. 9.
172	§ 52 n. m. 43.

§§	n. m.
175	§ 15 n. m. 7.
179	§ 2 n. m. 4; § 8 n. m. 1; § 44 n. m. 11; § 50 n. m. 8.
182	§ 53 n. m. 8.
183	§ 53 n. m. 7.
184	§ 53 n. m. 7, 9.
185	§ 17 n. m. 4 s.; § 51 n. m. 2; § 52 n. m. 10, 16; § 53 n. m. 5, 7.
187	§ 26 n. m. 15; § 27 n. m. 13.
188	§ 26 n. m. 15; § 27 n. m. 13.
193	§ 26 n. m. 15.
194	§ 1 n. m. 8; § 4 n. m. 29; § 40 n. m. 4.
195ss.	§ 22 n. m. 18.
214	§ 1 n. m. 31.
215	§ 15 n. m. 5, 18; § 18 n. m. 2, 6, 16.
218	§ 40 n. m. 4.
226	§ 4 n. m. 14, 20.
241	§ 1 n. m. 2, 6, 8, 10, 18 ss., 30; § 2 n. m. 15; § 4 n. m. 18, 20; § 5 n. m. 8 ss., 16; § 6 n. m. 12; § 7 n. m. 11; § 8 n. m. 4, 6 ss., 10 ss., 15 ss.; § 9 n. m. 1 ss., 5 s., 15, 17, 24 s.; § 10 n. m. 1; § 11 n. m. 26; § 20 n. m. 2, 12; § 22 n. m. 19; § 23 n. m. 17, 38 s.; § 24 n. m. 7; § 25 n. m. 2, 4 s., 13; § 27 n. m. 5, 18, 34, 36 s., 43; § 31 n. m. 3; § 32 n. m. 5; § 34 n. m. 1; § 36 n. m. 15; § 38 n. m. 6; § 39 n. m. 8, 12; § 40 n. m. 36, 38 s.; § 41 n. m. 17, 32; § 42 n. m. 22; § 44 n. m. 11; § 48 n. m. 5; § 52 n. m. 3.
241a	§ 5 n. m. 15 ss.
242	§ 1 n. m. 12, 16, 18 s., 26; § 2 n. m. 8; § 3 n. m. 10; § 4 n. m. 1 ss., 27 s., 30; § 5 n. m. 16; § 6 n. m. 2, 6; § 11 n. m. 4, 26; § 12 n. m. 3; § 13 n. m. 13, 18, 30; § 14 n. m. 8, 10; § 15 n. m. 1, 9; § 16 n. m. 2; § 18 n. m. 4, 11; § 21 n. m. 26, 28; § 23 n. m. 16, 22, 31; § 26 n. m. 12; § 27 242 n. m. 26; § 33 n. m. 5; § 36 n. m. 6, 12; § 37 n. m. 3; § 38 n. m. 12, 18; § 39 n. m. 6; § 41 n. m. 35af.; § 42 n. m. 60; § 45 n. m. 18, 34; § 47 n. m. 16; § 50 n. m. 29; § 52 n. m. 55, 62; § 54 n. m. 18.
243	§ 4 n. m. 16; § 12 n. m. 19; § 13 n. m. 2 ss., 10, 12, 14 s., 18 s., 23; § 21 n. m. 9; § 31 n. m. 3; § 36 n. m. 16 ss.
244	§ 13 n. m. 35.
245	§ 13 n. m. 36.
246	§ 13 n. m. 37 ss.; § 14 n. m. 3.
247	§ 13 n. m. 40; § 26 n. m. 21.

§§	n. m.
248	§ 13 n. m. 41; § 26 n. m. 23.
249	§ 2 n. m. 1; § 6 n. m. 6, 12; § 8 n. m. 12, 15; § 11 n. m. 2; § 13 n. m. 28, 32; § 14 n. m. 1 s.; § 15 n. m. 11; § 24 n. m. 16; § 25 n. m. 19; § 27 n. m. 26; § 43 n. m. 1; § 44 n. m. 3 ss.; § 47 n. m. 1 ss.; § 49 n. m. 3.
250	§ 13 n. m. 32; § 47 n. m. 4.
251	§ 11 n. m. 2; § 13 n. m. 32; § 14 n. m. 7; § 44 n. m. 7; § 47 n. m. 1 s., 5, 10 ss.; § 48 n. m. 1.
252	§ 25 n. m. 13; § 30 n. m. 9; § 40 n. m. 34; § 44 n. m. 3; § 46 n. m. 14; § 47 n. m. 17 ss.; § 49 n. m. 2.
253	§ 5 n. m. 12; § 25 n. m. 19; § 30 n. m. 4; § 43 n. m. 3; § 44 n. m. 6; § 47 n. m. 9, 11; § 48 n. m. 1 ss., 12, 14 s.; § 49 n. m. 5, 18 s., 22.
254	§ 1 n. m. 26; § 9 n. m. 16; § 14 n. m. 2; § 23 n. m. 21; § 25 n. m. 19; § 30 n. m. 6; § 32 n. m. 7; § 33 n. m. 10 s.; § 35 n. m. 13 s.; § 45 n. m. 34, 45; § 50 n. m. 1 ss.; § 54 n. m. 30.
256	§ 14 n. m. 2 s.
257	§ 14 n. m. 4; § 52 n. m. 24.
258	§ 14 n. m. 6.
259	§ 14 n. m. 9, 11.
260	§ 14 n. m. 12, 14.
262	§ 13 n. m. 20 ss., 27.
263	§ 13 n. m. 2, 23.
264	§ 13 n. m. 24 s.
265	§ 13 n. m. 26, 28.
266	§ 12 n. m. 1 ss.
267	§ 12 n. m. 5, 7 ss.; § 14 n. m. 4; § 17 n. m. 2 s.; § 18 n. m. 4; § 45 n. m. 44.
268	§ 12 n. m. 9, 11, 13; § 17 n. m. 2.
269	§ 11 n. m. 25; § 12 n. m. 14, 16 ss.
270	§ 12 n. m. 19 s.; § 13 n. m. 32.
270a	§ 13 n. m. 34.
271	§ 11 n. m. 25; § 12 n. m. 21 ss.; § 18 n. m. 6 s.; § 23 n. m. 10; § 26 n. m. 11; § 36 n. m. 4.
271a	§ 12 n. m. 24; § 26 n. m. 17.
272	§ 12 n. m. 22.

§§	n. m.
273	§ 11 n. m. 26; § 15 n. m. 1 ss., 20 s.; § 17 n. m. 10; § 18 n. m. 5; § 22 n. m. 6.
274	§ 11 n. m. 26; § 15 n. m. 2.
275	§ 1 n. m. 24; § 4 n. m. 23; § 12 n. m. 19, 21; § 13 n. m. 9, 11, 14, 16 s., 26, 28, 33; § 17 n. m. 1 s.; § 20 n. m. 14, 16; § 21 n. m. 1 ss.; § 22 n. m. 17, 22; § 23 n. m. 31; § 25 n. m. 14, 18; § 26 n. m. 4; § 27 n. m. 3, 42, 44 ss.; § 28 n. m. 1, 4, 7, 10; § 31 n. m. 1, 4 ss.; Previo al § 32 n. m. 2; § 35 n. m. 1 ss., 28 ss.; § 36 n. m. 4, 15 ss.; § 37 n. m. 3, 7; § 38 n. m. 9; § 40 n. m. 4; § 52 n. m. 21; § 54 n. m. 26.
276	§ 8 n. m. 4; § 11 n. m. 9; § 13 n. m. 10, 26; § 21 n. m. 10, 24; § 22 n. m. 1 ss.; § 23 n. m. 2 s.; § 24 n. m. 9, 11; § 26 n. m. 8; § 27 n. m. 22, 37, 45; § 28 n. m. 12 s.; § 33 n. m. 12; § 35 n. m. 8; § 36 n. m. 18; § 38 n. m. 9 s.; § 40 n. m. 21, 35; § 45 n. m. 14; § 50 n. m. 14; § 54 n. m. 26.
277	§ 23 n. m. 18, 40; § 40 n. m. 23, 28.
278	§ 1 n. m. 22; § 8 n. m. 2, 6, 11; § 9 n. m. 2, 15; § 23 n. m. 1 ss.; § 26 n. m. 8; § 27 n. m. 19, 40; § 35 n. m. 8; § 36 n. m. 15, 18; § 38 n. m. 9; § 46 n. m. 16; § 50 n. m. 10, 21 ss.
280	§ 1 n. m. 15, 21; § 2 n. m. 1, 11; § 5 n. m. 7 ss.; § 7 n. m. 11; § 8 n. m. 4, 6 s., 11 s., 15 s.; § 9 n. m. 2, 9, 15 ss., 22, 24; § 11 n. m. 17; § 13 n. m. 10, 26; § 20 n. m. 12 ss.; § 21 n. m. 29; § 22 n. m. 1 ss., 23; § 23 n. m. 1 ss., 39, 41; § 24 n. m. 1 ss.; § 25 n. m. 1 ss.; § 26 n. m. 8 ss.; § 27 n. m. 4 ss., 13, 34 ss., 42, 44 s.; § 28 n. m. 1, 3, 11, 14; § 30 n. m. 5; § 31 n. m. 1; Previo al § 32 n. m. 3; § 35 n. m. 14; § 38 n. m. 6; § 39 n. m. 16; § 40 n. m. 34 ss.; § 41 n. m. 17, 32; § 42 n. m. 22; § 44 n. m. 11; § 46 n. m. 12, 16; § 50 n. m. 5, 12; § 54 n. m. 6, 21, 27, 39.
281	§ 1 n. m. 15, 24; § 11 n. m. 17; § 15 n. m. 2; § 18 n. m. 15; § 21 n. m. 14; § 22 n. m. 3, 9; § 25 n. m. 12; § 27 n. m. 2 ss., 35, 41, 47 ss.; § 28 n. m. 17; § 32 n. m. 1 s.; § 33 n. m. 1 ss., 8 s.; § 38 n. m. 15; § 39 n. m. 16.
282	§ 1 n. m. 24; § 25 n. m. 3; § 27 n. m. 3, 9, 34 ss., 41; § 34 n. m. 2; § 39 n. m. 16.
283	§ 1 n. m. 15, 24; § 5 n. m. 8; § 13 n. m. 26; § 21 n. m. 14, 29; § 22 n. m. 21 ss.; § 27 n. m. 3, 8, 42 ss.; § 28 n. m. 8, 15, 17; § 35 n. m. 13 s.; § 36 n. m. 15; § 37 n. m. 7; § 40 n. m. 34; § 48 n. m. 4.
284	§ 13 n. m. 26; § 28 n. m. 6, 16; § 30 n. m. 1 ss.; § 31 n. m. 9; § 44 n. m. 8, 10; § 48 n. m. 4; § 49 n. m. 11.
285	§ 1 n. m. 4, 29; § 2 n. m. 4; § 13 n. m. 26; § 28 n. m. 7, 16; § 31 n. m. 1 ss.; § 35 n. m. 23 s.; § 37 n. m. 7; § 46 n. m. 10, 12.
286	§ 2 n. m. 4; § 11 n. m. 20; § 13 n. m. 41; § 15 n. m. 2; § 18 n. m. 15; § 21 n. m. 16; § 25 n. m. 1, 15; § 26 n. m. 1 ss., 8 ss.; § 27 n. m. 7, 18; § 33 n. m. 1; § 36 n. m. 6, 9, 12, 22; § 38 n. m. 9, 15; § 54 n. m. 26.

§§ n. m.

- 287 § 23 n. m. 22; § 26 n. m. 19 s.; § 36 n. m. 15.
- 288 § 13 n. m. 38 s.; § 18 n. m. 15; § 26 n. m. 21 ss.
- 289 § 13 n. m. 41; § 26 n. m. 23.
- 291 § 13 n. m. 38 s., 41; § 15 n. m. 2.
- 292 § 36 n. m. 20.
- 293 § 12 n. m. 9; § 13 n. m. 15, 24; § 19 n. m. 2; § 36 n. m. 5, 15.
- 294 § 13 n. m. 15; § 36 n. m. 5, 15, 16.
- 295 § 13 n. m. 15; § 36 n. m. 6 s., 17.
- 296 § 13 n. m. 13; § 36 n. m. 4, 8 s.
- 297 § 36 n. m. 4.
- 298 § 36 n. m. 11.
- 299 § 36 n. m. 10.
- 300 § 13 n. m. 3, 15, 32; § 33 n. m. 13; § 35 n. m. 16; § 36 n. m. 15 ss.
- 301 § 36 n. m. 20.
- 302 § 36 n. m. 20.
- 303 § 36 n. m. 13, 21.
- 304 § 36 n. m. 22.
- 305ss. § 16 n. m. 2 ss.
- 305 § 16 n. m. 7 ss.
- 305a § 16 n. m. 12.
- 305c § 16 n. m. 15 s.
- 306 § 16 n. m. 14, 17, 25; § 21 n. m. 13; § 41 n. m. 21.
- 307 § 3 n. m. 8; § 4 n. m. 13, 30; § 11 n. m. 10, 13; § 12 n. m. 3; § 16 n. m. 18 ss.;
§ 18 n. m. 11; § 23 n. m. 22; § 38 n. m. 11, 17; § 40 n. m. 2; § 41 n. m. 19; § 52
n. m. 68.
- 308 § 12 n. m. 3, 24; § 16 n. m. 19, 23 s.; § 40 n. m. 2.
- 309 § 15 n. m. 6; § 16 n. m. 19, 23 s.; § 18 n. m. 11; § 23 n. m. 15; § 26 n. m. 14; § 38
n. m. 5, 7; § 39 n. m. 3.
- 310 § 16 n. m. 4, 6, 14, 24; § 38 n. m. 7; § 40 n. m. 2; § 41 n. m. 2, 7.
- 311 § 1 n. m. 2, 4, 7, 20, 30; § 3 n. m. 2; § 4 n. m. 5; § 5 n. m. 9 s.; § 7 n. m. 2, 11; § 8
n. m. 4 ss., 11 s., 15, 16 s.; § 9 n. m. 3, 6 s., 12, 17, 19, 21 ss.; § 11 n. m. 2, 7; § 20
n. m. 12; § 23 n. m. 38; § 24 n. m. 4; § 25 n. m. 5; § 27 n. m. 5, 36, 43; § 28 n. m.
2 ss.; § 31 n. m. 2; § 38 n. m. 6; § 39 n. m. 1; § 44 n. m. 11; § 53 n. m. 21.

§§	n. m.
311a	§ 1 n. m. 24; § 20 n. m. 12, 16; § 21 n. m. 13 s., 29; § 22 n. m. 22; § 23 n. m. 1; § 24 n. m. 1; § 27 n. m. 8, 44; § 28 n. m. 1 ss.; § 30 n. m. 2; § 32 n. m. 4; § 35 n. m. 11; § 37 n. m. 7; § 44 n. m. 8; § 45 n. m. 18; § 52 n. m. 21.
311b	§ 7 n. m. 2 ss.; § 11 n. m. 5 ss.; § 51 n. m. 22; § 52 n. m. 11; § 53 n. m. 4.
311c	§ 11 n. m. 25.
312	§ 41 n. m. 5, 10 ss.; § 42 n. m. 1 ss., 12, 14, 27.
312a	§ 41 n. m. 2, 4, 10 s., 13 ss.
312b	§ 41 n. m. 4; § 42 n. m. 3 ss., 16, 27.
312c	§ 41 n. m. 35; § 42 n. m. 6, 16 ss., 55, 61 s.
312d	§ 41 n. m. 23; § 42 n. m. 1, 19 ss., 58.
312e	§ 42 n. m. 22, 49.
312f	§ 42 n. m. 30, 50.
312g	§ 41 n. m. 22, 35 s.; § 42 n. m. 1, 15, 23 ss., 28 s., 61.
312h	§ 42 n. m. 53 s.
312i	§ 42 n. m. 2, 55 ss.
312j	§ 42 n. m. 2, 58 ss.
312k	§ 42 n. m. 2, 5, 62.
313	§ 4 n. m. 13, 30; § 21 n. m. 7, 21, 25, 26, 28; § 37 n. m. 1 ss.; § 40 n. m. 1, 24.
314	§ 4 n. m. 13, 28, 30; § 39 n. m. 6 ss., 11 ss.
315	§ 11 n. m. 11, 13 ss.; § 26 n. m. 9.
316	§ 11 n. m. 16.
317	§ 11 n. m. 18, 22 ss.
318	§ 11 n. m. 21.
319	§ 11 n. m. 19 ss.
320	§ 1 n. m. 11; § 15 n. m. 4, 14 ss.; § 18 n. m. 6; § 22 n. m. 6 s.; § 40 n. m. 5.
321	§ 15 n. m. 22 s.; § 37 n. m. 3, 6; § 40 n. m. 1.
322	§ 40 n. m. 5.
323	§ 1 n. m. 24; § 11 n. m. 17; § 21 n. m. 14, 18; § 22 n. m. 1 ss.; § 27 n. m. 18; § 32 n. m. 1 ss.; § 33 n. m. 1 ss.; § 34 n. m. 2 s.; § 35 n. m. 3 s., 8, 15, 27 ss.; § 36 n. m. 2, 19; § 38 n. m. 11; § 39 n. m. 8, 11, 13, 18; § 40 n. m. 4, 12; § 50 n. m. 6; § 51 n. m. 16.
324	§ 1 n. m. 24; § 8 n. m. 18; § 33 n. m. 1; § 34 n. m. 1 ss.; § 39 n. m. 8, 12, 18.
325	§ 29 n. m. 5; § 32 n. m. 6 s.; § 39 n. m. 16.

§§	n. m.
326	§ 29 n. m. 5; § 32 n. m. 6 s.; § 39 n. m. 16.
327	§ 13 n. m. 17; § 20 n. m. 17; § 21 n. m. 3, 14; § 22 n. m. 21, 24; § 29 n. m. 7; § 31 n. m. 8; § 32 n. m. 4; § 33 n. m. 1; § 35 n. m. 1 ss.; § 36 n. m. 16, 18; § 37 n. m. 7; § 40 n. m. 4.
328	§ 1 n. m. 30; § 9 n. m. 1, 4 ss., 17; § 43 n. m. 5; § 51 n. m. 2 ss.; § 53 n. m. 3, 22.
329	§ 53 n. m. 10.
331	§ 51 n. m. 19.
333	§ 1 n. m. 30; § 5 n. m. 3; § 51 n. m. 7 s., 18, 31; § 53 n. m. 3, 22.
334	§ 9 n. m. 15 s.; § 51 n. m. 11; § 53 n. m. 24.
336	§ 5 n. m. 21 s.; § 38 n. m. 2.
337	§ 5 n. m. 22 338 5 n. m. 22.
339ss.	§ 7 n. m. 7; § 38 n. m. 2 ss.
340	§ 38 n. m. 13 ss.
341	§ 38 n. m. 13 ss.
342	§ 38 n. m. 1.
343	§ 38 n. m. 17, 4.
344	§ 38 n. m. 3, 4.
346	§ 23 n. m. 17; § 27 n. m. 33; § 29 n. m. 5; § 31 n. m. 2; § 32 n. m. 7; § 33 n. m. 14; § 37 n. m. 5, 19; § 39 n. m. 2, 15; § 40 n. m. 5, 7 ss., 29, 31, 33 s., 36, 38; § 41 n. m. 33, 51; § 42 n. m. 42.
347	§ 14 n. m. 2; § 36 n. m. 20; § 40 n. m. 28 ss.
348	§ 40 n. m. 5; § 42 n. m. 38.
349	Previo al § 32 n. m. 1; § 33 n. m. 14; § 40 n. m. 3.
350	§ 40 n. m. 3.
351	§ 54 n. m. 6, 17.
353	§ 13 n. m. 38.
355	§ 41 n. m. 4, 22, 24 ss., 42; § 42 n. m. 23, 29 s., 34 ss., 48, 52.
356	§ 41 n. m. 27 ss.; § 42 n. m. 23, 29 ss., 47.
356a	§ 41 n. m. 29.
356b	§ 41 n. m. 29, 31.
356c	§ 41 n. m. 29.
356d	§ 41 n. m. 29, 31.

§§	n. m.
356e	§ 41 n. m. 29, 31.
357	§ 41 n. m. 24, 34 s., 42; § 42 n. m. 23 s., 33, 35 ss., 43 ss., 49 ss.
357a	§ 42 n. m. 23, 48 ss.
357c	§ 41 n. m. 42.
357d	§ 41 n. m. 33.
358	§ 41 n. m. 36 ss., 44 ss.
359	§ 41 n. m. 37, 49 s.
360	§ 41 n. m. 46 ss.
361	§ 41 n. m. 28; § 42 n. m. 52.
362	§ 1 n. m. 7, 16; § 12 n. m. 10; § 13 n. m. 15; § 17 n. m. 1 ss.; § 18 n. m. 1, 6; § 19 n. m. 1; § 53 n. m. 15; § 54 n. m. 31.
363	§ 17 n. m. 9.
364	§ 12 n. m. 9; § 13 n. m. 28 s.; § 17 n. m. 21,26.
365	§ 17 n. m. 27 ss.
366	§ 17 n. m. 12 ss., 20; § 18 n. m. 16.
367	§ 17 n. m. 14 s.; § 18 n. m. 16.
368	§ 17 n. m. 6, 10.
369	§ 17 n. m. 10.
370	§ 17 n. m. 6, 10.
371	§ 17 n. m. 10.
372	§ 19 n. m. 2 s.; § 36 n. m. 13; § 52 n. m. 64.
373	§ 36 n. m. 21.
376	§ 19 n. m. 4.
378	§ 19 n. m. 4.
379	§ 19 n. m. 4.
383	§ 19 n. m. 3, 5 s.; § 36 n. m. 13, 21.
387	§ 1 n. m. 8; § 15 n. m. 3; § 18 n. m. 1 ss.; § 29 n. m. 2.
388	§ 18 n. m. 1, 8 s.
389	§ 18 n. m. 5 s., 15.
390	§ 18 n. m. 6.
391	§ 18 n. m. 5, 10.
392	§ 18 n. m. 12.

§§	n. m.
393	§ 15 n. m. 7, 11; § 18 n. m. 13.
394	§ 18 n. m. 14.
395	§ 18 n. m. 4.
396	§ 18 n. m. 16.
397	§ 14 n. m. 4; § 19 n. m. 7 s.; § 39 n. m. 1; § 54 n. m. 25.
398	§ 1 n. m. 9.
399	§ 52 n. m. 24 ss., 71.
400	§ 52 n. m. 23, 71.
401	§ 12 n. m. 13; § 52 n. m. 32 ss., 71; § 54 n. m. 28, 32.
402	§ 1 n. m. 12, 14; § 14 n. m. 8; § 52 n. m. 35.
403	§ 52 n. m. 35.
404	§ 52 n. m. 36 ss., 71; § 54 n. m. 28.
405	§ 52 n. m. 15, 40 ss., 71.
406	§ 18 n. m. 4; § 52 n. m. 45 ss., 71.
407	§ 17 n. m. 7; § 52 n. m. 45, 52 ss., 58, 71.
408	§ 52 n. m. 58 s.
409	§ 18 n. m. 4; § 52 n. m. 60 ss., 64; § 53 n. m. 16.
410	§ 52 n. m. 64 s.
411	§ 52 n. m. 55.
412	§ 12 n. m. 13; § 52 n. m. 2, 71; § 54 n. m. 28.
414	§ 14 n. m. 4; § 53 n. m. 2, 6, 16, 22.
415	§ 53 n. m. 5 ss., 10, 16.
416	§ 53 n. m. 8.
417	§ 53 n. m. 15, 17, 24.
418	§ 53 n. m. 13 s., 20.
420	§ 54 n. m. 3 ss., 13 s., 19.
421	§ 12 n. m. 7; § 53 n. m. 24; § 54 n. m. 18 ss.
422	§ 53 n. m. 24; § 54 n. m. 9, 24.
423	§ 54 n. m. 25.
424	§ 54 n. m. 24.
425	§ 54 n. m. 10, 26 s., 42.
426	§ 52 n. m. 70; § 54 n. m. 18, 28 ss.

§§	n. m.
427	§ 54 n. m. 14 s., 19.
428	§ 54 n. m. 3, 7 ss.
429	§ 54 n. m. 9 s.
430	§ 54 n. m. 7, 9.
431	§ 54 n. m. 19, 41.
432	§ 54 n. m. 3, 7, 12.
433	§ 1 n. m. 7, 12, 28; § 5 n. m. 18; § 7 n. m. 17; § 12 n. m. 23; § 13 n. m. 1, 9, 11, 17; § 15 n. m. 14, 17; § 17 n. m. 26; § 20 n. m. 12; § 22 n. m. 10; § 23 n. m. 27, 35; § 24 n. m. 14; § 26 n. m. 18; § 27 n. m. 8; § 36 n. m. 2; § 37 n. m. 10; § 39 n. m. 4; § 40 n. m. 20.
434	§ 5 n. m. 17; § 8 n. m. 17; § 9 n. m. 9, 25; § 13 n. m. 8; § 17 n. m. 27; § 22 n. m. 12; § 23 n. m. 27; § 25 n. m. 11; § 27 n. m. 8, 32; § 28 n. m. 17; § 32 n. m. 6; § 33 n. m. 9; § 35 n. m. 6, 19; § 37 n. m. 6; § 40 n. m. 17, 20 s., 23, 30; § 41 n. m. 50; § 46 n. m. 14.
435	§ 22 n. m. 13.
437	§ 9 n. m. 9, 25; § 13 n. m. 8, 31; § 20 n. m. 12; § 21 n. m. 23; § 22 n. m. 14 ss.; § 23 n. m. 27; § 25 n. m. 11 ss., 15 s.; § 27 n. m. 8, 32, 49; § 28 n. m. 4, 17; § 32 n. m. 6; § 33 n. m. 1, 6, 9; § 35 n. m. 5, 27; § 40 n. m. 4, 17, 20 s., 23; § 41 n. m. 36, 50; § 46 n. m. 14.
439	§ 21 n. m. 23; § 22 n. m. 15; § 25 n. m. 12; § 27 n. m. 12, 20; § 40 n. m. 4; § 41 n. m. 50.
440	§ 27 n. m. 20, 22; § 33 n. m. 6.
441	§ 27 n. m. 30; § 33 n. m. 9; § 35 n. m. 3, 24, 27; § 40 n. m. 17; § 54 n. m. 6, 17.
442	§ 50 n. m. 8.
444	§ 9 n. m. 25.
446	§ 22 n. m. 12; § 35 n. m. 19.
447	§ 12 n. m. 14; § 13 n. m. 17; § 22 n. m. 12; § 35 n. m. 19, 21; § 46 n. m. 12 s.
449	§ 52 n. m. 17.
453	§ 13 n. m. 1, 6.
458	§ 46 n. m. 13.
474	§ 9 n. m. 22; § 25 n. m. 12; § 33 n. m. 6; § 41 n. m. 4; § 42 n. m. 30.
475	§ 12 n. m. 23; § 27 n. m. 20; § 32 n. m. 5; § 35 n. m. 19.
476	§ 9 n. m. 22; § 11 n. m. 9; § 23 n. m. 28; § 41 n. m. 3.
481ss.	§ 41 n. m. 4, 11.

§§	n. m.
482	§ 41 n. m. 23.
485	§ 41 n. m. 22, 25.
488	§ 4 n. m. 24; § 12 n. m. 22; § 13 n. m. 38; § 41 n. m. 36.
490	§ 37 n. m. 6.
491	§ 41 n. m. 4, 38; § 42 n. m. 25.
491a	§ 41 n. m. 23.
492	§ 41 n. m. 23; § 53 n. m. 23.
495	§ 41 n. m. 22, 36, 38, 40 s.; § 42 n. m. 28, 50, 61.
497	§ 12 n. m. 3; § 13 n. m. 40; § 26 n. m. 21.
506	§ 41 n. m. 4, 22 s., 38; § 42 n. m. 50, 61.
510	§ 41 n. m. 4, 22; § 42 n. m. 25, 61.
518	§ 7 n. m. 2, 17; § 19 n. m. 7; § 51 n. m. 22; § 53 n. m. 4.
519	§ 37 n. m. 3, 6.
521	§ 1 n. m. 23; § 5 n. m. 11 ss.; § 23 n. m. 17.
523	§ 17 n. m. 27.
524	§ 13 n. m. 3; § 17 n. m. 27.
527	§ 37 n. m. 6.
528	§ 37 n. m. 3, 6.
530	§ 37 n. m. 6.
535ss.	§ 13 n. m. 6.
536	§ 13 n. m. 8; § 20 n. m. 12; § 23 n. m. 25.
536a	§ 9 n. m. 2, 14; § 13 n. m. 8; § 14 n. m. 2; § 20 n. m. 12; § 23 n. m. 22; § 50 n. m. 9.
539	§ 14 n. m. 5 s.
542	§ 39 n. m. 5.
543	§ 4 n. m. 28; § 39 n. m. 6.
546	§ 12 n. m. 22; § 53 n. m. 21.
548	§ 18 n. m. 6.
551	§ 18 n. m. 6.
552	§ 14 n. m. 5.
556b	§ 12 n. m. 22.
562	§ 53 n. m. 13.
566ss.	§ 53 n. m. 13, 19.

§§	n. m.
566c	§ 17 n. m. 7.
566d	§ 18 n. m. 4.
567b	§ 17 n. m. 7.
568ss.	§ 39 n. m. 5.
569	§ 39 n. m. 6.
570	§ 15 n. m. 7.
572	§ 40 n. m. 6.
573	§ 1 n. m. 26; § 39 n. m. 5.
581	§ 14 n. m. 5; § 53 n. m. 19.
593	§ 37 n. m. 6.
594e	§ 37 n. m. 6.
599	§ 1 n. m. 24; § 5 n. m. 11 ss.; § 23 n. m. 17.
601	§ 14 n. m. 5.
604	§ 53 n. m. 21.
608	§ 12 n. m. 22.
611ss.	§ 13 n. m. 6; § 21 n. m. 3.
612	§ 11 n. m. 11, 25.
613	§ 12 n. m. 5; § 52 n. m. 22.
613a	§ 53 n. m. 19; § 54 n. m. 19.
615	§ 35 n. m. 20; § 36 n. m. 4, 14.
619a	§ 24 n. m. 10.
620	§ 39 n. m. 5.
621ss.	§ 39 n. m. 5.
623	§ 4 n. m. 27; § 39 n. m. 1.
626	§ 4 n. m. 28; § 39 n. m. 6.
630a	§ 41 n. m. 11; § 49 n. m. 25.
630h	§ 45 n. m. 28.
631	§ 13 n. m. 6; § 35 n. m. 8; § 37 n. m. 25.
632	§ 11 n. m. 11.
633	§ 13 n. m. 8; § 20 n. m. 12; § 22 n. m. 10; § 23 n. m. 35; § 33 n. m. 9; § 35 n. m. 6.
634	§ 13 n. m. 8; § 20 n. m. 12; § 23 n. m. 35; § 27 n. m. 8; § 33 n. m. 1, 6, 9; § 35 n. m. 5, 27; § 40 n. m. 4; § 54 n. m. 21.

§§	n. m.
635	§ 40 n. m. 4; § 41 n. m. 50; § 54 n. m. 21.
636	§ 27 n. m. 20, 22; § 33 n. m. 6.
638	§ 33 n. m. 9; § 35 n. m. 5, 27.
640	§ 17 n. m. 9; § 36 n. m. 2.
643	§ 39 n. m. 5.
644	§ 12 n. m. 14; § 35 n. m. 21.
645	§ 35 n. m. 9, 22.
647	§ 53 n. m. 13.
648	§ 37 n. m. 25; § 39 n. m. 5.
648a	§ 39 n. m. 6.
649	§ 37 n. m. 6.
650	§ 39 n. m. 4.
650a	§ 54 n. m. 21.
650l	§ 41 n. m. 22.
650q	§ 54 n. m. 21.
650t	§ 54 n. m. 23.
651a	§ 41 n. m. 11; § 49 n. m. 20.
651h	§ 37 n. m. 6; § 40 n. m. 6.
651n	§ 48 n. m. 1, 4; § 49 n. m. 19 s.
653	§ 11 n. m. 11.
656	§ 1 n. m. 27.
657	§ 5 n. m. 3; § 28 n. m. 3.
662	§ 5 n. m. 5; § 14 n. m. 2; § 23 n. m. 17.
664	§ 12 n. m. 5; § 52 n. m. 22.
666	§ 14 n. m. 2; § 52 n. m. 24.
667	§ 17 n. m. 25; § 19 n. m. 6.
670	§ 5 n. m. 4; § 10 n. m. 4; § 14 n. m. 2.
675	§ 14 n. m. 8.
675f	§ 12 n. m. 20.
677	§ 5 n. m. 5, 19; § 10 n. m. 2 s.; § 12 n. m. 10; § 14 n. m. 2; § 24 n. m. 5; § 48 n. m. 3.
681	§ 14 n. m. 10.
683	§ 5 n. m. 5; § 10 n. m. 4; § 14 n. m. 2.

§§	n. m.
687	§ 14 n. m. 10.
690	§ 1 n. m. 23; § 5 n. m. 11 s.; § 23 n. m. 17; § 46 n. m. 16.
691	§ 12 n. m. 5.
701	§ 10 n. m. 2; § 50 n. m. 9.
705ss.	§ 2 n. m. 5; § 5 n. m. 5; § 54 n. m. 27, 41.
798	§ 1 n. m. 23; § 5 n. m. 13; § 23 n. m. 17 ss.
713	§ 12 n. m. 5; § 14 n. m. 10.
723	§ 37 n. m. 6; § 39 n. m. 6.
741	§ 10 n. m. 2; § 54 n. m. 5, 12.
744	§ 54 n. m. 12.
759ss.	§ 51 n. m. 3.
762	§ 1 n. m. 27.
765	§ 12 n. m. 7; § 17 n. m. 8; § 42 n. m. 11; § 53 n. m. 25; § 54 n. m. 23.
766	§ 7 n. m. 2; § 53 n. m. 25 s.
769	§ 54 n. m. 19.
774	§ 52 n. m. 70; § 54 n. m. 23.
775	§ 37 n. m. 3, 6.
779	§ 37 n. m. 3, 6.
793	§ 17 n. m. 7.
807	§ 17 n. m. 7.
808	§ 17 n. m. 7.
809	§ 10 n. m. 2.
812	§ 1 n. m. 6, 27 s.; § 5 n. m. 16, 19, 22; § 7 n. m. 15; § 10 n. m. 2, 5; § 12 n. m. 8; § 17 n. m. 22; § 35 n. m. 25; § 39 n. m. 15; § 41 n. m. 21, 35; § 42 n. m. 52; § 52 n. m. 7, 53, 56, 63.
813	§ 41 n. m. 51.
816	§ 2 n. m. 4; § 10 n. m. 6; § 52 n. m. 54, 58, 62.
817	§ 41 n. m. 35.
818	§ 5 n. m. 19; § 40 n. m. 19, 32.
823	§ 1 n. m. 22, 24, 29; § 2 n. m. 1; § 5 n. m. 9 ss., 13, 16, 19; § 8 n. m. 9; § 10 n. m. 2, 8; § 11 n. m. 2; § 15 n. m. 11; § 23 n. m. 10; § 24 n. m. 5; § 38 n. m. 6; § 42 n. m. 52; § 43 n. m. 1; § 44 n. m. 5, 7, 14 s.; § 45 n. m. 3 s., 17, 19, 21, 30 s., 37 ss.,

§§ n. m.

- 45 s.; § 46 n. m. 1, 7, 12, 15 s.; § 47 n. m. 11, 15; § 48 n. m. 5 s., 12; § 49 n. m. 3, 19; § 50 n. m. 5, 12, 17, 29; § 54 n. m. 14, 23, 33, 37, 39.
- 825 § 48 n. m. 6.
- 826 § 1 n. m. 22, 29; § 2 n. m. 8; § 4 n. m. 5 s., 14, 20; § 5 n. m. 9; § 6 n. m. 6, 8, 10 ss.; § 10 n. m. 8; § 23 n. m. 5; § 45 n. m. 5; § 49 n. m. 29; § 52 n. m. 54.
- 827 § 23 n. m. 12 ss.; § 50 n. m. 15.
- 828 § 23 n. m. 12 ss.; § 43 n. m. 4; § 50 n. m. 15.
- 829 § 23 n. m. 14; § 43 n. m. 4.
- 830 § 54 n. m. 14.
- 831 § 1 n. m. 22; § 8 n. m. 2; § 9 n. m. 2; § 10 n. m. 8; § 23 n. m. 38, 43 s.; § 46 n. m. 16; § 50 n. m. 23 s.
- 833 § 2 n. m. 6; § 5 n. m. 14; § 10 n. m. 9; § 15 n. m. 10; § 47 n. m. 15; § 48 n. m. 1; § 50 n. m. 9, 17, 30 s.
- 839 § 50 n. m. 18.
- 840 § 50 n. m. 17; § 54 n. m. 14, 19, 23, 30,34.
- 842 § 11 n. m. 2; § 43 n. m. 1; § 46 n. m. 5; § 49 n. m. 19.
- 843 § 45 n. m. 44.
- 844 § 45 n. m. 23, 31; § 46 n. m. 3 ss.; § 48 n. m. 6.
- 845 § 46 n. m. 5.
- 846 § 45 n. m. 34.
- 848 § 23 n. m. 22.
- 850 § 14 n. m. 2.
- 856 § 36 n. m. 21.
- 873 § 7 n. m. 5; § 24 n. m. 14; § 40 n. m. 10; § 51 n. m. 29, 31; § 52 n. m. 3.
- 906ss. § 10 n. m. 10.
- 925 § 7 n. m. 5; § 24 n. m. 14; § 40 n. m. 10; § 51 n. m. 29, 31; § 52 n. m. 3.
- 925a § 7 n. m. 16.
- 929 § 1 n. m. 5, 28; § 10 n. m. 6; § 13 n. m. 34; § 40 n. m. 10; § 51 n. m. 29, 31; § 52 n. m. 3.
- 930 § 46 n. m. 15.
- 931 § 21 n. m. 15.
- 932 § 10 n. m. 6; § 52 n. m. 14.
- 935 § 22 n. m. 13.

§§	n. m.
946	§ 14 n. m. 6.
947	§ 14 n. m. 6.
952	§ 52 n. m. 35.
954	§ 14 n. m. 6.
965ss.	§ 2 n. m. 4; § 10 n. m. 10.
970	§ 15 n. m. 10.
985	§ 2 n. m. 4; § 5 n. m. 19 s.; § 15 n. m. 10 s., 13; § 22 n. m. 13; § 31 n. m. 2; § 53 n. m. 11.
987	§ 2 n. m. 4; § 10 n. m. 10; § 36 n. m. 20.
989	§ 31 n. m. 2.
990	§ 2 n. m. 4; § 31 n. m. 2; § 36 n. m. 20.
994	§ 14 n. m. 2; § 15 n. m. 13; § 40 n. m. 30.
997	§ 14 n. m. 5.
1000	§ 15 n. m. 11, 13.
1001	§ 14 n. m. 13.
1004	§ 4 n. m. 21; § 6 n. m. 6; § 50 n. m. 9.
1030ss.	§ 7 n. m. 17; § 11 n. m. 5.
1068ss.	§ 19 n. m. 10.
1074	§ 17 n. m. 5.
1074ss.	§ 52 n. m. 5.
1113ss.	§ 17 n. m. 8.
1143	§ 52 n. m. 70.
1153	§ 52 n. m. 32.
1214	§ 14 n. m. 10.
1247	§ 19 n. m. 5.
1250	§ 52 n. m. 32.
1273ss.	§ 19 n. m. 10; § 52 n. m. 67.
1280	§ 52 n. m. 67.
1282	§ 17 n. m. 5.
1298ss.	§ 40 n. m. 6.
1353	§ 52 n. m. 26.
1357	§ 54 n. m. 8, 14, 19.

§§ n. m.

- 1359 § 5 n. m. 13; § 23 n. m. 19.
1360 § 2 n. m. 4; § 46 n. m. 4.
1421 § 14 n. m. 10.
1569ss. § 2 n. m. 4.
1601 § 2 n. m. 4; § 46 n. m. 4; § 49 n. m. 25.
1605 § 14 n. m. 8.
1606 § 54 n. m. 16.
1618a § 52 n. m. 26.
1619 § 46 n. m. 5.
1626 § 23 n. m. 36.
1664 § 5 n. m. 13; § 23 n. m. 17, 19; § 54 n. m. 33, 40.
1681 § 14 n. m. 10.
1793ss. § 23 n. m. 36.
1840 § 14 n. m. 10.
1890 § 14 n. m. 10.
1902 § 23 n. m. 36.
1915 § 23 n. m. 36.
1922 § 1 n. m. 31.
1941 § 4 n. m. 22; § 11 n. m. 8.
1967 § 1 n. m. 31.
1968 § 46 n. m. 3.
1975 § 1 n. m. 31.
2022 § 15 n. m. 11.
2039 § 54 n. m. 5, 12.
2057 § 14 n. m. 8.
2125 § 14 n. m. 5.
2147 § 2 n. m. 4.
2154 § 13 n. m. 21.
2174 § 13 n. m. 26.
2211 § 17 n. m. 4.
2218 § 14 n. m. 10.
2274ss. § 4 n. m. 22; § 11 n. m. 8.

§§ n. m.

2293ss. § 40 n. m. 6.

2346ss. § 11 n. m. 8.

2366 § 52 n. m. 16.

2382 § 53 n. m. 21.

Código de comercio (HGB)

25 § 53 n. m. 21

28 § 53 n. m. 21

60 § 1 n. m. 18

74 § 1 n. m. 18

128 § 54 n. m. 19, 27, 41

129 § 54 n. m. 19

130 § 53 n. m. 21

345 § 33 n. m. 4

346 § 4 n. m. 10

348 § 38 n. m. 18

350 § 53 n. m. 25

352 § 13 n. m. 39; § 14 n. m. 3

353 § 13 n. m. 38

354a § 52 n. m. 29

355 § 13 n. m. 41

360 § 13 n. m. 3, 7, 12

369 ss. § 15 n. m. 12

371 § 15 n. m. 12

373 § 2 n. m. 5; § 19 n. m. 3, 6

375 § 11 n. m. 17

376 § 21 n. m. 18; § 33 n. m. 4

377 § 1 n. m. 26

381 § 11 n. m. 17

421 § 46 n. m. 13

425 § 46 n. m. 13

458 § 46 n. m. 13

§§ n. m.

Código de la seguridad social, Libro 7 (SGBVII)

104 s. § 54 n. m. 39

Código de la seguridad social, Libro 10 (SGB X)

116 § 43 n. m. 6; § 45 n. m. 43; § 54 n. m. 23

Código penal (StGB)

17 § 23 n. m. 4

174 ss. § 48 n. m. 6

185 ss. § 44 n. m. 5

203 § 52 n. m. 12

229 § 5 n. m. 12; § 45 n. m. 17

242 § 38 n. m. 6

323c § 50 n. m. 6

Ley de acciones de cesación (UKlaG)

1 § 16 n. m. 16, 26

11 § 16 n. m. 26

Ley de continuidad de la remuneración (EFZG)

6 § 45 n. m. 43; § 46 n. m. 1; § 54 n. m. 23

Ley de introducción al Código civil (EGBGB)

Art. 40 § 43 n. m. 5

Art. 246 § 41 n. m. 15; § 41 n. m. 23

Art. 246a § 41 n. m. 23; § 42 n. m. 19 ss., 29, 31, 39, 43, 46, 58

Art. 246b § 42 n. m. 21, 32

Art. 246c § 42 n. m. 56

Ley de protección contra el despido (KSchG)

1 § 39 n. m. 5

§§ n. m.

Ley de tráfico vial (StVG)

- 7 § 2 n. m. 1; § 5 n. m. 12; § 45 n. m. 37; § 50 n. m. 2, 17
 9 § 2 n. m. 1; § 50 n. m. 8, 17
 12 § 45 n. m. 19
 17 § 50 n. m. 8
 18 § 5 n. m. 12; § 50 n. m. 17

Ley del impuesto sobre la renta (EStG)

- § 35a § 42 n. m. 19

Ley Fundamental (GG)

- Art. 1 § 2 n. m. 8; § 3 n. m. 11; § 23 n. m. 13; § 43 n. m. 2; § 47 n. m. 16; § 48 n. m. 10, 12; § 49 n. m. 26, 31
 Art. 2 § 1 n. m. 27; § 3 n. m. 2, 5; § 6 n. m. 3; § 48 n. m. 12; § 49 n. m. 27 s.; § 51 n. m. 7
 Art. 3 § 3 n. m. 11; § 6 n. m. 8, 11; § 46 n. m. 5; § 48 n. m. 15
 Art. 4 § 4 n. m. 23; § 21 n. m. 28
 Art. 5 § 6 n. m. 7
 Art. 12 § 6 n. m. 7
 Art. 14 § 5 n. m. 20
 Art. 20 § 3 n. m. 5; § 4 n. m. 2; § 6 n. m. 8
 Art. 20a § 47 n. m. 15
 Art. 34 § 49 n. m. 18
 Art. 100 § 2 n. m. 9

Ley general de igualdad de trato (AGG)

- 1 § 3 n. m. 11
 15 § 7 n. m. 12; § 48 n. m. 2
 19 § 3 n. m. 11; § 7 n. m. 12
 21 § 3 n. m. 11; § 7 n. m. 12; § 44 n. m. 9; § 48 n. m. 2

§§ n. m.

Ley relativa al contrato de seguro (VVG)

6	§ 41 n. m. 12
7	§ 41 n. m. 12
8	§ 41 n. m. 12
9	§ 41 n. m. 12
28	§ 1 n. m. 26
86	§ 43 n. m. 6; § 52 n. m. 2, 70; § 54 n. m. 23
159	§ 51 n. m. 3, 19, 21
193	§ 6 n. m. 5

Reglamento (CE) Nr. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre el Derecho aplicable a las relaciones obligatorias contractuales (Rom I-VO)

Art. 3 § 3 n. m. 3

Reglamento (CE) Nr. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre el Derecho aplicable a las relaciones obligatorias extracontractuales (Rom II-VO)

Art. 26 § 43 n. m. 5

Reglamento del procedimiento civil (ZPO)

29	§ 12 n. m. 14
93	§ 26 n. m. 7
104	§ 13 n. m. 40
145	§ 18 n. m. 9
253	§ 26 n. m. 7
254	§ 26 n. m. 7
261	§ 52 n. m. 57
265	§ 52 n. m. 57
302	§ 18 n. m. 9
325	§ 52 n. m. 57
328	§ 43 n. m. 5
688 ss.	§ 26 n. m. 7

§§	n. m.
722	§ 43 n. m. 5
772	§ 31 n. m. 2
804	§ 52 n. m. 34
828 ss.	§ 52 n. m. 1
829	§ 17 n. m. 4; § 18 n. m. 9, 12; § 52 n. m. 59
835	§ 52 n. m. 2, 59
850 ss.	§ 18 n. m. 14; § 52 n. m. 23
888	§ 16 n. m. 6
1029	§ 11 n. m. 24; § 15 n. m. 20

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (AEUV)

Art. 45	§ 2 n. m. 10
Art. 49	§ 2 n. m. 10
Art. 56	§ 2 n. m. 10
Art. 267	§ 2 n. m. 9
Art. 288	§ 2 n. m. 9

ÍNDICE DE MATERIAS

(La información remite a los números marginales. Las fuentes principales están marcadas con negrita).

Abuso del poder de representación § 4 n. m. 24.

Accesoriedad § 17 n. m. 8; § 35 n. m. 29; § 42 n. m. 13; § 52 n. m. 32 s.; § 53 n. m. 13, 25, 84, 96; § 54 n. m. 19, 23, 28, 32, 41:

— de la deuda de intereses § 13 n. m. 37

— de la pena convencional § 38 n. m. 3, 8

— véase también derechos de garantía

Accidentes laborales § 54 n. m. 39.

Actividad de prestación § 1 n. m. **16**; § 12 n. m. 14 s., 20; § 17 n. m. 2; § 22 n. m. 8; § 27 n. m. 24.

Actividad motivada por la empresa § 23 n. m. 20 s.

Actos ilícitos § 10 n. m. 7 ss.; § 54 n. m. 14, 19.

Actuación a propio riesgo § 50 n. m. 26 ss.

Acuerdo abstracto traslativo § **7 n. m. 5**, 11, 15 s.; § 51 n. m. 29, 31.

Acuerdo de garantía § 52 n. m. 67 s.

Acuerdo de las partes § 11 n. m. 2 ss.; § 51 n. m. 3.

Adhesión a la deuda § 53 n. m. 1, **21 ss.:**

— forma § 53 n. m. 23.

— y fianza § 53 n. m. 25 s.

Agravaciones de responsabilidad § 23 n. m. 22 ss.

Alteración del fin § 21 n. m. 6 s.; § 37 n. m. 25.

Alteración de la equivalencia, véase base del negocio, alteración.

Anatocismo § 13 n. m. 41; § 26 n. m. 23.

Animales, lesión:

— costes de curación § 47 n. m. 15

— daños por conmoción § 45 n. m. 33.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Antijuridicidad § 24 n. m. 6; § 50 n. m. 5 ss.

Arras § 5 n. m. 21 s.; § 38 n. m. 2.

Aseguramiento colectivo § 43 n. m. 6.

Asunción cumulativa de deuda, véase adhesión a la deuda.

Asunción de contrato § 52 n. m. 8; § 53 n. m. 18 ss.

Asunción de deuda:

— carácter doble § 53 n. m. 2.

— cumulativa, véase adhesión a la deuda.

— excepciones § 53 n. m. 15 ss.

— forma § 53 n. m. 4, 8.

— liberatoria § 53 n. m. 1.

— privativa, véase liberatoria y derechos de garantía § 53 n. m. 2 ss.

— teoría de la disposición § 53 n. m. 5.

— teoría de la oferta § 53 n. m. 6.

— y asunción de contrato § 53 n. m. 18 ss.

— y derechos de configuración § 53 n. m. 15.

Asunción del cumplimiento § 51 n. m. 3.

Atenuaciones de responsabilidad § 1 n. m. 23; § 5 n. m. 11 ss.; § 23 n. m. 15 ss.; § 26 n. m. 19; § 36 n. m. 15:

— en el caso de las relaciones de complacencia § 5 n. m. 11 ss.; § 23 n. m. 16.

— véase también diligencia empleada usualmente en los propios asuntos; deuda solidaria alterada.

Autoexposición consciente a un peligro § 45 n. m. 35 ss.

Autodeterminación sexual § 48 n. m. 6.

Autonomía privada § 2 n. m. 2; § 3 n. m. 1 ss., 11; § 18 n. m. 10; § 21 n. m. 3; § 37 n. m. 5.

Autorización para el cobro § 52 n. m. 9 s.

Auxiliares para el cumplimiento § 23 n. m. 34 ss.

— patrón de negligencia § 23 n. m. 41.

Auxiliares para la ejecución de la actividad § 23 n. m. 43.

Auxiliares para la negociación, responsabilidad propia § 9 n. m. 22.

Base del negocio:

— adaptación del contrato § 37 n. m. 17 s.

— alteración § 4 n. m. 13, 30; § 37 n. m. 1 ss.; § 40 n. m. 24.

— alteración de la equivalencia § 21 n. m. 25; § 37 n. m. 12; 21 ss.

— concepto § 37 n. m. 9.

— derecho de denuncia § 37 n. m. 19; § 39 n. m. 18.

— derecho de resolución § 37 n. m. 19.

— e imposibilidad § 21 n. m. 25, 28; § 37 n. m. 7.

— véase también error común.

Bebidas alcohólicas, derecho de revocación § 42 n. m. 25.

Buena fe § **4 n. m. 1 ss.**; § 7 n. m. 11; § 18 n. m. 4, 11; § 37 n. m. 3:

- función de barrera § 4 n. m. 20 ss.
- función de concreción § 4 n. m. 16.
- función de integración § 4 n. m. 16 ss.
- véase también dolo agit; venire contra factum proprium; retraso desleal.

Buenas costumbres § 6 n. m. 7; § 11 n. m. 4.

- véase también contrariedad a las buenas costumbres.

Cambio de deudor § 53 n. m. 1 ss.

Capacidad de culpa § 23 n. m. 12 ss.; § 50 n. m. 15.

Capacidad de responder, véase capacidad de culpa.

Característica asegurada, véase garantía.

Carga de la prueba § 17 n. m. 9; § 22 n. m. 23; § **24 n. m. 8 ss.**; § 28 n. m. 14; § 30 n. m. 8; § 41 n. m. 28; § 45 n. m. 28; § 52 n. m. 51.

Carga indirecta § 51 n. m. 8.

Cargas § 1 n. m. 26:

- conculpa § 50 n. m. 7, 11, 13, 16.
- de evitar o mitigar el daño § 50 n. m. 18 ss., 24.
- de operación § 45 n. m. 43.

Caso de la compra del ordenador § 51 n. m. 2, 4.

Caso de la estancia de la chimenea § 30 n. m. 3.

Caso de la fábrica de hilados de vicuña § 37 n. m. 22.

Caso de la hoja de verdura § 9 n. m. 2.

Caso de la lotería § 5 n. m. 7.

Caso de la píldora § 38 n. m. 3 s.; § 49 n. m. 29.

Caso de la zona de juegos § 54 n. m. 33, 40.

Caso de las cicatrices § 47 n. m. 9.

Caso de las hojas de roble § 21 n. m. 24.

Caso de los collages § 46 n. m. 12.

Caso de los paneles de cubierta § 23 n. m. 27.

Caso de los rollos de linóleo § 8 n. m. 2.

Caso del bombero § 45 n. m. 38.

Caso del caracol § 40 n. m. 20.

Caso del carnaval § 37 n. m. 25.

Caso del dueño de la obra § 54 n. m. 21 s.

Caso del fraile § 49 n. m. 14 ss.

Caso del ingeniero de sonido § 8 n. m. 11 s.

Caso del jugador federado § 37 n. m. 26.

Caso del pabellón municipal § 30 n. m. 3, 8.

Caso del perito inmobiliario § 9 n. m. 11, 24.

Caso del perro lobo § 47 n. m. 15.

Caso del profesor de conducir § 45 n. m. 45.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Caso del recital § 54 n. m. 41 s.

Caso del riñón § 45 n. m. 39.

Caso del salto por la ventana § 45 n. m. 35, 37.

Caso del soplete § 23 n. m. 41.

Caso del torpedero § 44 n. m. 7.

Caso del viaje combinado § 51 n. m. 17.

Caso del viaje en barco § 49 n. m. 17.

Caso fortuito § 13 n. m. 26; § 26 n. m. 19 s.; § 35 n. m. 11; § 37 n. m. 8; § 40 n. m. 23:

— véase también casum sentit dominus.

Casos de coches compartidos § 50 n. m. 28.

Casos de ayuda de emergencia § 45 n. m. 39.

Casos de la vereda § 45 n. m. 40.

Casos de salvamento § 45 n. m. 39.

Casum sentit dominus § 10 n. m. 8.

Causalidad:

— complementadora de responsabilidad § **45 n. m. 2 ss.**, 12, 14.

— concurrente § **45 n. m. 9.**

— fundamentadora de responsabilidad § **45 n. m. 2 ss.**, 12, 14.

— hipotética § 45 n. m. 22 ss.

— véase también causalidad doble; condicio sine qua non; condición ajustada a una ley (de la naturaleza); teoría de la adecuación; teoría de la equivalencia.

Causalidad doble § 45 n. m. 9.

Cedente § 51 n. m. 25; § 52 n. m. 1, 14, 16, 21, 31 ss.

Cesión § 51 n. m. 25; § **52 n. m. 1 ss.:**

— múltiple § 52 n. m. 58 s.

— protección del deudor § 52 n. m. 52 ss.

— y compensación § 52 n. m. 45 ss.

— y contrato en favor de terceros § 51 n. m. 25.

Cesión anticipada § 52 n. m. 19.

Cesión en garantía § 52 n. m. 1, 11, 29, **67 s.**

Cesión global § 52 n. m. 20, 68.

Cesión legal, véase traspaso legal del crédito.

Cesión para el cobro § 52 n. m. 66, **69.**

Cesión tácita § 52 n. m. 11.

Cesionario § 51 n. m. 25; § 52 n. m. 2, 31 s., 35, 39, 44, 54, 62, 66 s.; 69.

Clase y calidad medias § 13 n. m. 7.

Cláusulas de compensación de grupo § 18 n. m. 4.

Comercialización § 49 n. m. 18.

Comercialización a distancia § 41 n. m. 4 ss., 10, 13 s., 22 s., 29 ss.; § **42 n. m. 16 ss.:**

— deberes de información § 42 n. m. 19 ss.

— y revocación § 42 n. m. 23 ss.

Comercio electrónico § 42 n. m. 55 ss.

- deberes de información § 42 n. m. 56.
- deberes de información frente a los consumidores § 42 n. m. 58.
- derecho de revocación § 42n. m. 61.
- solución del botón § 42 n. m. 59.
- Commodum representationis § **31 n. m. 1 ss.**; § 35 n. m. 23 s.
- Compensación § 18 n. m. 1 ss.:
 - declaración de compensación § 18 n. m. 1; n. m. 8.
 - prohibiciones de compensación § 18 n. m. 11 ss.
 - situación de compensación § 18 n. m. 3 ss.
- Compensación de beneficios § 43 n. m. 5; § 44 n. m. 2; § **45 n. m. 41 ss.**
- Compensación en el proceso § 18 n. m. 9.
- Compensación eventual § 18 n. m. 9.
- Competencia para la recepción § 17 n. m. 4:
 - común § 54 n. m. 5.
- Compra de cobertura § 24 n. m. 19 s.
- Compra de créditos § 52 n. m. 66..
- Compraventa mercantil § 19 n. m. 6.
- Comunidad de responsabilidad § 54 n. m. 40.
- Comunidad en mano común § 54 n. m. 5.
- Comunidad hereditaria § 54 n. m. 5, 12.
- Comunidad pasiva § 54 n. m. 41 s.
- Comunidad por cuotas § 54 n. m. 5, 12.
- Concreción § **13 n. m. 12 ss.**; § 21 n. m. 9; § 31 n. m. 3; § 36 n. m. 16 s.
- Conculpa, véase corresponsabilidad del perjudicado.
- Concurrencia de pretensiones § 1 n. m. 23; § 9 n. m. 24; § 54 n. m. 32.
- Concurrencia efectiva § 13 n. m. 31.
- Conditio sine qua non § 45 n. m. 7 ss.
- Condición ajustada a una ley (de la naturaleza) § 45 n. m. 11 s.
- Condición jurídica § 18 n. m. 9.
- Condiciones generales de la contratación § 12 n. m. 3; § **16 n. m. 1 ss.**:
 - acciones de cesación § 16 n. m. 16, 26.
 - cláusulas ambiguas § 16 n. m. 16.
 - cláusulas sorprendentes § 16 n. m. 15.
 - concepto § 16 n. m. 7 ss.
 - control de contenido § 16 n. m. 18 ss.
 - control de incorporación § 16 n. m. 10 ss.
 - exigencia de transparencia § 16 n. m. 21.
 - lenguaje con enfoque de género § 16 n. m. 22.
 - reducción para mantener la vigencia § 16 n. m. 25.
- Condictio de omisión de prestación § 10 n. m. 6.
- Condictio de prestación § 1 n. m. 28; § 10 n. m. 5.
- Condictio por intromisión § 10 n. m. 6.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

- Condonación § **19 n. m. 7**; § 51 n. m. 28, 32 s.; § 52 n. m. 5; § 54 n. m. 25.
Conducta alternativa conforme a Derecho § 30 n. m. 8; § 45 n. m. 10, **27 s.**
Conducta contradictoria § **4 n. m. 26 ss.**; § 7 n. m. 11; § 37 n. m. 25; § 50 n. m. 29.
Conexión de las prestaciones § 15 n. m. 4.
Confusión § 19 n. m. 10:
— en caso de deuda solidaria § 54 n. m. 26.
Consciencia de la injusticia § 23 n. m. 4.
Consecución § 4 n. m. 19.
Consecución del fin § 17 n. m. 2; § **21 n. m. 4 ss.**; § 35 n. m. 9; § 37 n. m. 25.
Consignación § **19 n. m. 1 ss.**; § 36 n. m. 13; § 54 n. m. 24.
Consultorios médicos colectivos § 54 n. m. 27.
Consumidor § 3 n. m. 9; § 5 n. m. 15, 17; § 12 n. m. 23; § 16 n. m. 4; § **41 n. m. 1 ss.**;
§ 42 n. m. 1 ss.
Contactos negociales similares § 8 n. m. 7.
Contenidos digitales § 2 n. m. 14; § 42 n. m. 30, 47, 50.
Contracrédito § 18 n. m. 4, 6; § 52 n. m. 48 ss.
Contrariedad a las buenas costumbres § 6 n. m. 6 ss.; § 11 n. m. 5, 8:
— de la cesión global § 52 n. m. 20, 68.
— de la negativa a concluir un contrato § 6 n. m. 6 s.
Contrato con efecto protector para terceros § **9 n. m. 2 ss.**; § 25 n. m. 7; § 46 n. m. 9
s.; § 51 n. m. 27.
Contrato con gimnasio, denuncia extraordinaria § 39 n. m. 9.
Contrato de dictamen arbitral § 11 n. m. 23 s.
Contrato de tratamiento médico:
— derecho de revocación § 41 n. m. 11.
— incorporación de terceros en el ámbito de protección § 49 n. m. 25, 30.
Contrato de viaje combinado:
— derecho de revocación § 41 n. m. 11.
— indemnización § 49 n. m. 19 s.
Contrato en favor de terceros § 51 n. m. 1 ss.:
— derecho de renuncia del tercero § 51 n. m. 7.
— falso § 51 n. m. 3.
— forma § 51 n. m. 22 s.
— momento de adquisición del derecho § 51 n. m. 18 s.
— para el caso de muerte § 51 n. m. 19, 23.
— verdadero § 51 n. m. 2 ss., 14.
— y representación § 51 n. m. 26.
Contrato en perjuicio de tercero § 51 n. m. 7 s.
Contrato extintivo § 19 n. m. 7; § **39 n. m. 1 ss.**

- Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles § 41 n. m. 10 ss.; § 42 n. m. 3 ss.:
- deberes de información § 42 n. m. 19 ss.
 - derecho de revocación § 42 n. m. 23 ss.
 - fianza § 42 n. m. 11 ss.
- Contratos con consumidores § 41 n. m. 1 ss.:
- concepto § 41 n. m. 7 ss.
 - deberes de información § 41 n. m. 13 ss.
 - derecho de revocación § 41 n. m. 22 ss.
- Contratos de crédito § 41 n. m. 1; § 53 n. m. 23.
- Contratos de préstamo a consumidores § 12 n. m. 3; § 26 n. m. 21; § 41 n. m. 4, 22, 29, 31, 38, 44, 48; § 42 n. m. 28, 51.
- Contratos de préstamo inmobiliario § 41 n. m. 39.
- Contratos de seguro § 2 n. m. 5:
- cesión legal § 52 n. m. 70.
 - como relaciones obligatorias de tracto sucesivo § 39 n. m. 4.
 - obligación de contratar § 6 n. m. 5.
 - prohibiciones de discriminación § 3 n. m. 11.
 - protección del consumidor § 41 n. m. 12.
 - seguro de vida § 51 n. m. 19, 21.
- Contratos de suscripción § 42 n. m. 25.
- Contratos de trabajo § 11 n. m. 25:
- control de las condiciones generales de la contratación § 16 n. m. 6, 14; § 38 n. m. 17.
 - extinción § 39 n. m. 1, 4 s.
 - inexigibilidad personal § 21 n. m. 26.
 - lesión de deberes de protección § 24 n. m. 14; § 25 n. m. 4.
 - mora en la aceptación § 36 n. m. 14.
- Contratos leoninos § 52 n. m. 20.
- Contratos relacionados § 41 n. m. 46 ss.
- Contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial § 41 n. m. 4, 11, 22, 29 s.
- Contratos supersticiosos § 21 n. m. 3; § 28 n. m. 5 ss.
- Contratos vinculados § 41 n. m. 36 ss.
- propagación de la revocación § 41 n. m. 40 ss.
 - propagación de las excepciones § 41 n. m. 49 ss.
- Contravenciones de la prestación, previo al § 20 n. m. 1; § 20 n. m. 2:
- en caso de contrato en favor de terceros § 51 n. m. 15 s.
- Control de contenido, véase condiciones generales de la contratación.
- Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa § **2 n. m. 11**; § 23 n. m. 3; § 37 n. m. 18.
- Convenio arbitral § 11 n. m. 24.
- Conversión § 52 n. m. 13.

Cónyuges:

- cuenta conjunta § 54 n. m. 8.
- negocios para atender las necesidades vitales § 54 n. m. 8, 14.

Corresponsabilidad:

- del acreedor § 33 n. m. 10 ss.; § 34 n. m. 3; § 35 n. m. 8 s.
- del perjudicado § 50 n. m. 1 ss.
- mitigación del daño § 32 n. m. 7; § **50 n. m. 18 ss.**
- y daños por conmoción § 45 n. m. 34.

Costes de alquiler § 49 n. m. 8.

Costes de entierro § 46 n. m. 3.

Costes de operación § 47 n. m. 9, 16.

Costes de reparación § 47 n. m. 14.

Crédito:

- adquisición de buena fe § 52 n. m. 14 ss.
- cesión, véase allí.
- concepto § 1 n. m. 7 ss.

Crédito activo, véase contracrédito.

Crédito pasivo, véase crédito principal.

Crédito principal § 14 n. m. 14 s., § 18 n. m. 4, 7.

Créditos remuneratorios § 12 n. m. 24; § **26 n. m. 15 ss.**

Criterios normativos de imputación § 45 n. m. 1, 12.

Cuenta común § 54 n. m. 8.

Cuenta indistinta § 54 n. m. 8.

Culpa:

- del acreedor § 33 n. m. 12; § 36 n. m. 12.
- del deudor § 23 n. m. 1 ss.
- véase también obligación de responder; corresponsabilidad.

Culpa en la asunción § 23 n. m. 11

Culpa en las negociaciones contractuales § 7 n. m. 11; § 8 n. m. 1 ss.; § 22 n. m. 20; § 25 n. m. 5.

Culpa in contrahendo, véase culpa en las negociaciones contractuales.

Culpa post contractum finitum § 22 n. m. 20; § 25 n. m. 6.

Cumplimiento § 17 n. m. 1 ss.; § 54 n. m. 24:

- PayPal § 17 n. m. 26.
- subrogados § 18 n. m. 2; § 19 n. m. 4; § 54 n. m. 17, 24.
- tarjeta de crédito o de débito § 17 n. m. 26.
- teoría de la realización final de la prestación § 17 n. m. 18, 20.
- teoría de la realización real de la prestación § 17 n. m. 19 s.
- teoría del contrato § 17 n. m. 17, 20.
- transferencia § 17 n. m. 23.

Cuota hereditaria legal § 7 n. m. 18; § 11 n. m. 8

Custodia de cosas ajenas § 46 n. m. 16

- Dación en pago § **13 n. m. 29**; § 17 n. m. 23.
- Daño § 44 n. m. 1 ss.:
- véase también daño inmaterial; daño patrimonial.
- Daño al objeto § 45 n. m. 25 s.
- Daño contrario a las buenas costumbres § 1 n. m. 22, 29; § 4 n. m. 14, 20; § 5 n. m. 9; § 6 n. m. 6 ss.; § 45 n. m. 5; § 49 n. m. 29.
- Daño inmaterial § 30 n. m. 4; §§ 44 n. m. 3 ss.; § **48 n. m. 1 ss.**; § 49 n. m. 5:
- véase también indemnización del daño moral.
- Daño consecuencia del vicio § 25 n. m. 9 ss.; § 27 n. m. 8.
- Daño por el vicio § 25 n. m. 10.
- Daño no patrimonial, véase daño inmaterial.
- Daño patrimonial § 44 n. m. 3 ss.:
- pérdida de capacidad de trabajo § 49 n. m. 15 s.
 - y daño no patrimonial § 44 n. m. 3 ss.; § 49 n. m. 5.
 - véase también gastos fallidos; tiempo de ocio; ventajas de uso; vacaciones; gastos de prevención.
- Daño por alimentos § **46 n. m. 4**; § 49 n. m. 23 ss.
- Daño por mora, véase daño por retraso.
- Daño por retraso § 20 n. m. 5; § 24 n. m. 2; § **26 n. m. 1 ss.**; § 51 n. m. 15.
- Daño secuencial § 45 n. m. 25 s.
- Daños a vehículos de motor § 47 n. m. 14.
- Daños personales § 45 n. m. 23; § 47 n. m. 3, 9, 16.
- Daños por conmoción § 45 n. m. 30 ss.; § 46 n. m. 6; § 48 n. m. 6.
- Deber de advertencia § 50 n. m. 20.
- Deber de contraprestación, desaparición, previo al § 32 n. m. 1 ss.; § 35 n. m. 2 ss.
- Deber de prestación § 1 n. m. 11 ss.; § 13 n. m. 1 ss.; § 40 n. m. 5:
- personalísimo § 17 n. m. 3.
- Deber de prestación anticipada § 15 n. m. 22 s.
- Deber personal de prestación § **12 n. m. 5 ss.**; § 17 n. m. 3.
- Deber principal de prestación § **1 n. m. 11 ss.**; § 15 n. m. 14, 17; § 22 n. m. 9:
- derivado de la buena fe § 4 n. m. 19.
- Deberes accesorios de prestación § 1 n. m. 11 ss.; § 22 n. m. 9.
- Deberes cardinales § 16 n. m. 22.
- Deberes de asesoramiento § 8 n. m. 10 ss.
- Deberes de información § 8 n. m. 10 ss.; § 14 n. m. 8 ss.; § 28 n. m. 9; § 34 n. m. 2:
- deber del empresario de indemnizar el daño § 41 n. m. 17; § 42 n. m. 22.
 - en el comercio electrónico § 42 n. m. 56 ss.
 - en el comercio en tienda § 41 n. m. 14 ss.
 - en los contratos a distancia § 42 n. m. 19 ss.
 - en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles § 42 n. m. 19 ss.
 - en los contratos con consumidores § 41 n. m. 2, 13 ss., 23; § 42 n. m. 19 ss., 31 s., 62.
 - y conducta alternativa conforme a Derecho § 45 n. m. 28.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Deberes de omisión § 1 n. m. 18; § 38 n. m. 10.

Deberes de protección § 1 n. m. 19 ss.:

- en caso de resolución § 40 n. m. 39.
- en las relaciones de complacencia § 5 n. m. 9 s.
- exigibilidad § 1 n. m. 25.
- precontractuales § 8 n. m. 1, **8 ss.**; § 44 n. m. 11.

Deberes del tráfico § 1 n. m. 22; § 8 n. m. 9; § 45 n. m. 19.

Delegación § 51 n. m. 24:

- y contrato en favor de terceros § 51 n. m. 24.

Denegación de la prestación § 21 n. m. 28; § 26 n. m. 12; § 27 n. m. 18; § 33 n. m. 3, 7.

Denegación del cumplimiento, véase denegación de la prestación.

Denominación falsa:

- consciente § 7 n. m. 14.
- por error § 7 n. m. 13.

Denuncia de relaciones obligatorias de tracto sucesivo:

- extraordinaria § 39 n. m. 6 ss.
- ordinaria § 39 n. m. 5.

Depreciación mercantil § 47 n. m. 12.

Derecho a denegar la prestación § 15 n. m. 15 ss.; § 19 n. m. 4; § 27 n. m. 20; § 52 n. m. 64:

- véase también excepción propia.

Derecho de crédito:

- conjunto § 54 n. m. 11 s.
- del tercero § 51 n. m. 5, 8, 11, 26.
- independiente § 52 n. m. 3; § 54 n. m. 6, 9, 17.
- propio § 51 n. m. 1 s., 25.

Derecho de daños § 2 n. m. 1; **§ 43 n. m. 1 ss.**; § 45 n. m. 17, 41; § 46 n. m. 11; § 47 n. m. 2; § 48, n. m. 12; § 49 n. m. 31.

Derecho de devolución § 41 n. m. 27.

Derecho de la UE:

- Directivas § 2 n. m. 9.
- libertades fundamentales § 2 n. m. 10.
- véase también Directiva sobre compraventa de bienes de consumo; Directiva sobre los derechos de los consumidores; Directivas antidiscriminación; Directivas sobre el derecho de revocación en los negocios a domicilio.

Derecho de la responsabilidad § 2 n. m. 6.

Derecho de retención **§ 15 n. m. 1 ss.**; § 22 n. m. 6:

- en caso de denegación del recibo § 17 n. m. 10.
- en la relación propietario-poseedor § 15 n. m. 13.
- mercantil § 15 n. m. 12.

Derecho de revocación § 41 n. m. 1, 3 s., 12, 22 ss.; § 42 n. m. 23 ss.; 1311 s.:

- abuso de derecho § 41 n. m. 35a.
- consecuencias jurídicas § 41 n. m. 33 ss.; § 42 n. m. 33 ss., 48 ss.

- en el caso de las ayudas financieras onerosas § 41 n. m. 4; § 42 n. m. 28; 50.
 - en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles § 42 n. m. 6, 11, 13 ss.
 - en el caso de los contratos de comercialización a distancia § 42 n. m. 23 ss.
 - en el caso de los contratos de entrega a plazos § 41 n. m. 4, 22, 29, 42; § 42 n. m. 28.
 - en el caso de los contratos de préstamo a consumidores § 41 n. m. 4, 22, 29, 38, 44, 48; § 42 n. m. 28, 51.
 - en el caso de los contratos sobre servicios financieros § 41 n. m. 31; § 42 n. m. 32, 48 ss.
 - en el caso de los contratos vinculados § 41 n. m. 37 ss.
 - en el comercio electrónico § 42 n. m. 61.
 - presupuestos § 41 n. m. 22 ss.; § 42 n. m. 23 ss.
 - retraso desleal § 41 n. m. 35b.
- Derecho de separación § 14 n. m. 5 ss.
- Derecho del trabajo:
- actividad motivada por la empresa § 23 n. m. 20 s.
 - prohibiciones de discriminación § 3 n. m. 11.
 - protección del trabajador § 3 n. m. 11.
 - responsabilidad por déficit del trabajador § 24 n. m. 10.
- Derecho dispositivo § 11 n. m. 3, 25 s.
- Derecho general de la personalidad § 23 n. m. 13; § 43 n. m. 2; § **48 n. m. 12 ss.**
- Derecho de redención de terceros § 12 n. m. 11 ss.
- Derechos absolutos § 1 n. m. 3, 22, 29; § 5 n. m. 10; § 25 n. m. 5.
- Derechos de garantía § 52 n. m. 32:
- accesorios § 17 n. m. 8; § 52 n. m. 32; § 53 n. m. 13 s.; § 54 n. m. 28.
- Derechos fundamentales § 2 n. m. 8; § 4 n. m. 9, 23; § 6 n. m. 7 s.; § 11 n. m. 4; § 48 n. m. 10; 12; § 49 n. m. 29.
- Derechos relativos § 1 n. m. 3, 29 s.
- Desaparición de la base del negocio, véase base del negocio, alteración.
- Desaparición del fin § 17 n. m. 2; § **21 n. m. 4 s.**; § 35 n. m. 9; § 37 n. m. 25.
- Destinatario de la promesa § 51 n. m. 9.
- Desplazamiento del daño, casual § 9 n. m. 12; § 46 n. m. 9, 15.
- Deterioro objetivo de la vida § 48 n. m. 11.
- Determinación de la liquidación § 17 n. m. 12, 18 s.
- Determinación de la prestación:
- por terceros § 11 n. m. 11, 18 ss.
 - por una parte § 11 n. m. 11 ss.
- Deuda § 1 n. m. 9, 27; § 3 n. m. 10; § 12 n. m. 7f, 10, 15, 17 ss.; § 13 n. m. 2 ss.; § 17 n. m. 20, 22; § 19 n. m. 10; § 21 n. m. 9; § 22 n. m. 8; § 23 n. m. 4, 29 s.; § 26 n. m. 21; § 33 n. m. 4; § 36 n. m. 7, 13, 16 s., 20; § 42 n. m. 13 s.; § 53 n. m. 3.
- Deuda a fecha fija, véase negocio a fecha fija.
- Deuda alternativa § 13 n. m. 2, 20 ss.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Deuda de recogida § 12 n. m. 15 ss.; § 13 n. m. 13; § 36 n. m. 7.

Deuda de remisión § 12 n. m. 15 s.; § 13 n. m. 14.

— cualificada § 12 n. m. 19 s.

Deuda de traslación § 12 n. m. 15, 18, 20; § 13 n. m. 15; § 22 n. m. 8; § 36 n. m. 16 s.

Deuda en divisa extranjera, véase deuda pecuniaria.

Deuda específica, véase deuda de cosa específica*.

Deuda genérica § 13 n. m. 3 ss.; § 21 n. m. 9, 24; § 23 n. m. 29 ss.; § 31 n. m. 3; § 36 n. m. 16:

— referida al mercado § 13 n. m. 9; § 23 n. m. 29.

— véase también deuda genérica limitada.

Deuda genérica limitada § 13 n. m. 11; § 23 n. m. 29:

— véase también deuda genérica.

Deuda parciaria § 54 n. m. 13 ss.

Deuda pecuniaria § 13 n. m. 32 ss.:

— atribución del riesgo § 12 n. m. 19 s.

— deuda de traslación § 12 n. m. 20.

— deuda en divisa extranjera § 13, n. m. 35.

— deuda en moneda concreta § 13 n. m. 36.

— imposibilidad § 21 n. m. 10.

— obligación de responder § 23 n. m. 33.

— retraso de la prestación § 22 n. m. 8.

Deuda solidaria § 54 n. m. 14 s., **18 ss.:**

— comunidad de fines § 54 n. m. 22.

— condonación § 54 n. m. 25.

— eficacia individual § 54 n. m. 24 ss.

— eficacia colectiva § 54 n. m. 24 ss.

— identidad del interés de prestación § 54 n. m. 21.

— igualdad de nivel § 54 n. m. 22 s.

— alterada § 50 n. m. 23; § **54 n. m. 33 ss.**

— regreso § 54 n. m. 28 ss.

— véase también pretensión de compensación.

Dignidad humana § 48 n. m. 10; § 49 n. m. 26.

Diligencia:

— en caso de resolución § 40 n. m. 23, 25, 28.

— en los propios asuntos, véase diligencia empleada usualmente en los propios asuntos

— exigible en el tráfico, véase negligencia.

Diligencia empleada usualmente en los propios asuntos § 23 n. m. 17 ss.; § 40 n. m. 23 ss.; § 54 n. m. 33 ss.

Diligentia quam in suis, véase diligencia empleada usualmente en los propios asuntos.

* **Nota de la traductora:** En el índice de materias del libro falta la voz «Deuda de cosa específica». Al respecto, véase § 13 n. m. 2 s., 16; § 21 n. m. 9.

- Directiva de comercio electrónico § 42 n. m. 57.
- Directiva sobre compraventa de bienes de consumo § 2 n. m. 9; § 41 n. m. 3.
- Directiva sobre los derechos de los consumidores § 2 n. m. 7, 9; § 41 n. m. 2 ss., 8, 24 ss., 30 s.; § 42 n. m. 1, 12 ss.
- Directiva sobre negocios a domicilio § 41 n. m. 6; § 42 n. m. 13 s.
- Directivas antidiscriminación § 3 n. m. 11.
- Discapacitados § 16 n. m. 13; § 23 n. m. 10; § 50 n. m. 13.
- Discriminación § 3 n. m. 11; § 6 n. m. 10 s.
- Disposición en favor de terceros § 51 n. m. 28 ss.:
- obligatoria § 51 n. m. 32 ss.
 - real § 51 n. m. 29 ss.
- Dolo § 5 n. m. 13 s.; § 7 n. m. 11; **§ 8 n. m. 16 s.**; § 9 n. m. 25; § 10 n. m. 5; § 11 n. m. 21; § 13 n. m. 10; § 17 n. m. 27; **§ 23 n. m. 4 s.**; § 24 n. m. 15; § 27 n. m. 19, 30; § 33 n. m. 13; § 35 n. m. 16; § 36 n. m. 16; § 45 n. m. 4; § 48 n. m. 8; § 50 n. m. 25; § 53 n. m. 16.
- Dolo agit § 4 n. m. 21.
- Dolus eventualis § 23 n. m. 5.
- Efecto protector para terceros, véase contrato con efecto protector para terceros.
- Eficacia individual § 54 n. m. 17, 24 ss.
- Empresario § 3 n. m. 9; § 5 n. m. 15, 17; § 12 n. m. 23; § 16 n. m. 4; **§ 41 n. m. 1 ss.**
- Engaño doloso, véase dolo.
- Enriquecimiento injusto § 10 n. m. 5 s.
- Entrega insuficiente § 27 n. m. 32; § 33 n. m. 9; § 35 n. m. 6.
- Envío equivocado § 5 n. m. 19.
- Error común § 37 n. m. 8, 10, 26.
- Establecimiento de negociaciones contractuales § 8 n. m. 5.
- Euro, véase medio legal de pago.
- Excepción § 51 n. m. 11, 17; **§ 52 n. m. 36 ss.**:
- derivada de la relación de cobertura § 51 n. m. 17.
- Excepción propia:
- de contrato no cumplido § 15 n. m. 14 ss.; § 22 n. m. 7.
 - en caso de imposibilidad § 21 n. m. 20, 26.
 - y compensación § 18 n. m. 6.
 - y retraso de la prestación § 22 n. m. 5 ss.
 - véase también derecho de retención; excepción propia de inseguridad; prescripción.
- Excepción propia de inseguridad § 15 n. m. 22 s.
- Exclusión por ley § 52 n. m. 22:
- prohibición contractual de la cesión § 52 n. m. 28.
- Exculpación § 1 n. m. 22; § 8 n. m. 2; § 9 n. m. 2; **§ 23, n. m. 43.**

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Excursión de café § 42 n. m. 9.

Exigencia de forma § 7 n. m. 1 ss.:

- en los negocios inmobiliarios § 7 n. m. 3 ss.
- funciones § 7 n. m. 1.
- legal § 7 n. m. 1 s.
- voluntaria § 7 n. m. 1 s.

Exigencia de publicidad § 51 n. m. 31.

Extensión de la fuerza de cosa juzgada § 52 n. m. 57.

Factoring § 52 n. m. 66.

Factura § 26 n. m. 15.

Falsa demonstratio non nocet § 7 n. m. 13.

Fianza § 52 n. m. 32, 70; § 53 n. m. 25 s.

- accesoriadad § 17 n. m. 8; § 52 n. m. 32.
- cesión legal § 52 n. m. 70.
- cofianza § 54 n. m. 19.
- como contrato celebrado fuera de los establecimientos mercantiles § 42 n. m. 11 ss.
- como negocio a domicilio § 42 n. m. 13.
- control de contenido § 3 n. m. 10.
- deuda solidaria § 54 n. m. 19.
- y adhesión a la deuda § 53 n. m. 25 s.

Finalidad de la norma, véase finalidad tuitiva de la norma.

Finalidad tuitiva de la norma § 45 n. m. 18 ss.; § 49 n. m. 10.

Fijación de un plazo § 27 n. m. 10 ss.; § 33 n. m. 2 ss.; § 39 n. m. 11 ss.; § 47 n. m. 4:

- innecesariedad § 27 n. m. 18 ss.; § 33 n. m. 3 ss.; § 39 n. m. 11; § 40 n. m. 12.
- razonabilidad del plazo § 27 n. m. 14 ss.

Fijación de un plazo adicional, véase fijación de un plazo.

Formas especiales de distribución § 41 n. m. 22; § 42 n. m. 1 ss.

Fórmula del bienestar y del sufrimiento § 9 n. m. 10 s.

Frustración de la recepción § 4 n. m. 25.

Función de compensación:

- de la indemnización del daño moral § 48 n. m. 11.
- de las relaciones obligatorias legales § 1 n. m. 6; § 10 n. m. 1 ss.
- del Derecho de daños § 43 n. m. 2, 4 s.

Función de prevención.

- de la indemnización del daño moral § 48 n. m. 14 s.
- del Derecho de daños § 43 n. m. 2.

Función satisfactiva de la indemnización del daño moral § 43 n. m. 3; § 48 n. m. 7 s., 10, 14.

Fundamento jurídico § 1 n. m. 28; § 51 n. m. 12.

Ganancia perdida § 25 n. m. 13; § 28 n. m. 12; § 44 n. m. 3, 10; § 46 n. m. 14; § **47 n. m. 17 s.:**

— facilidad probatoria § 47 n. m. 18.

Garantía § **23 n. m. 24 ss.**; § 27 n. m. 22; § 28 n. m. 10 s., 13.

Gastos § 10 n. m. 4; § 13 n. m. 34; § **14 n. m. 2 ss.**; § 44 n. m. 1:

— desproporcionados § 47 n. m. 1, 13 ss.

— fallidos § 14 n. m. 2; § 28 n. m. 6, 16; § **30 n. m. 1 ss.**; § 31 n. m. 9; § 44 n. m. 8, 10; § 48 n. m. 4; § **49 n. m. 9 ss.**

— inútiles, véase fallidos.

— y gastos en el bien § 40 n. m. 30 ss.

Gastos de prevención § 49 n. m. 12 ss.

Gastos en el bien § **14 n. m. 2**; § 22 n. m. 12; § 40 n. m. 29 ss.

Gestión de negocios § 10 n. m. 3.

Gestión de negocios sin mandato § 10 n. m. 3 s.; § 48 n. m. 3:

— resarcimiento de gastos § 14 n. m. 2.

Hallador § 2 n. m. 4; § 10 n. m. 10.

Hemofílico § 45 n. m. 4; § 45 n. m. 17; § 50 n. m. 13.

Herencia de un tercero aún vivo § 7 n. m. 18; § 11 n. m. 7 s.

Hijos:

— discapacitados § 49 n. m. 30 ss.

— no deseados § 49 n. m. 24 ss.

Hipótesis de la diferencia § **44 n. m. 3 s.**; § 45 n. m. 23; § 49 n. m. 25.

Homogeneidad de los créditos § 18 n. m. 5.

Huevos de Galizien § 23 n. m. 31.

Identidad de defecto § 52 n. m. 6.

Igualdad de nivel, véase deuda solidaria.

Imperativo económico § 47 n. m. 5; § 49 n. m. 7.

Impedimento de la prestación, véase imposibilidad.

Imposibilidad § 20 n. m. 2 ss.; § **21 n. m. 1 ss.**; § 27 n. m. 42 ss.; § 35 n. m. 1 ss.; § 40 n. m. 4, 13, 15:

— cualitativa § 22 n. m. 17.

— económica § 21 n. m. 25.

— jurídica § 21 n. m. 8.

— objetiva § 21 n. m. 11.

— originaria § 20 n. m. 16; § 21 n. m. 13; § **28 n. m. 1 ss.**; § 30 n. m. 5; § 35 n. m. 1.

— parcial § 21 n. m. 14 s.; § 27 n. m. 48; § 35 n. m. 3 s.

— personal § 21 n. m. 1, **26 ss.**

— por las leyes de la naturaleza § 21 n. m. 3.

— práctica § 21 n. m. 1, **20 ss.**

— real § 21 n. m. 1 ss.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

- responsabilidad de ambas partes § 35 n. m. 12 ss.
- sobrevenida § 20 n. m. 3; § 21 n. m. 13; **§ 27 n. m. 42 ss.**; § 35 n. m. 1.
- subjetiva § 21 n. m. 11 ss.
- transitoria § 21 n. m. 16; § 36 n. m. 4.

Impuesto sobre el valor añadido § 47 n. m. 8.

Impugnación:

- de la determinación de la liquidación § 17 n. m. 12.
- de la determinación de la prestación por terceros § 11 n. m. 21.
- y alteración de la base del negocio § 37 n. m. 8.
- y asunción de deuda § 53 n. m. 12, 16.
- y cesión § 52 n. m. 27, 38.
- y culpa en las negociaciones contractuales § 8 n. m. 15 ss.; § 10 n. m. 5.

Imputación objetiva § 45 n. m. 1 ss.

Indemnización a favor de los supervivientes § 45 n. m. 31; § 46 n. m. 4; **§ 48 n. m. 6.**

Indemnización del daño § 20 n. m. 15 s.; previo al § 24 n. m. 1; § 24 n. m. 2 ss.:

- en caso de resolución § 40 n. m. 34 ss.
- en lugar de la prestación § 25 n. m. 9 ss.; § 27 n. m. 1 ss.; § 44 n. m. 9; § 51 n. m. 16.
- en lugar de toda la prestación § 27 n. m. 27 ss.; § 28 n. m. 17.
- global § 38 n. m. 5.
- simple § 25 n. m. 1 ss.
- véase también daño por retraso.

Indemnización del daño moral § 5 n. m. 12; § 6 n. m. 11; § 25 n. m. 19; § 43 n. m. 3; § 45 n. m. 30; § 47 n. m. 16; **§ 48 n. m. 1 ss.**; § 49 n. m. 19; § 50 n. m. 15, 21:

- en caso de lesiones del derecho de la personalidad § 49 n. m. 12 ss.
- en caso de total destrucción de la personalidad § 48 n. m. 9 ss.

Indemnización nuevo por viejo § 43 n. m. 5; § 47 n. m. 2.

Inexigibilidad:

- en caso de denuncia de relaciones obligatorias de tracto sucesivo § 39 n. m. 7 s.
- en caso de imposibilidad personal § 21 n. m. 26 s.
- en caso de lesiones de deberes de protección § 27 n. m. 35, **38 ss.**; § 34 n. m. 1 s.
- y buena fe § 4 n. m. 23.

Instalación § 14 n. m. 5.

Intención § 23 n. m. 5.

Interés económico propio § 9 n. m. 21.

Interés de afección § 44 n. m. 6 s.; § 47 n. m. 11.

Interés de confianza § 28 n. m. 9, 18; **§ 44 n. m. 8 ss.**:

- indemnización en caso de ruptura de las negociaciones contractuales § 8 n. m. 12.

Interés de cumplimiento § 44 n. m. 8 ss.:

- indemnización en caso de imposibilidad originaria § 28 n. m. 9.
- indemnización en caso de ruptura de las negociaciones contractuales § 8 n. m. 12.

Interés de integridad § 1 n. m. 10, 19, 24; § 24 n. m. 19; § 25 n. m. 9, 12; § 27 n. m. 9; § 47 n. m. 1; § 51 n. m. 15.

Interés del valor § 47 n. m. 1 ss., 11, 13.

Interés negativo, véase interés de confianza.

Interés positivo, véase interés de cumplimiento.

Intereses § **13 n. m. 37 ss.**; § 36 n. m. 19:

— tipo de interés legal § 13 n. m. 39.

— véase también intereses moratorios; intereses procesales; tipo de interés básico.

Intereses intermedios § 12 n. m. 22.

Intereses moratorios § 17 n. m. 15; § **26 n. m. 21 ss.**

Intereses procesales § 13 n. m. 38 s.

Interpretación:

— conforme a la Constitución § 2 n. m. 8.

— conforme a las Directivas § **2 n. m. 9**; § 26 n. m. 2; § 27 n. m. 20; § 33 n. m. 6.

— de las cláusulas generales § 4 n. m. 4.

— de los contratos § 4 n. m. 11 s.

Interpretación de los contratos § 11 n. m. 3.

Interrupción fallida del embarazo § 49 n. m. 28.

Intimación § 26 n. m. 3 ss.; § 27 n. m. 7; § 33 n. m. 1.

Inventario de existencias § 14 n. m. 12 s.

Justicia contractual § 3n. m. 4.

Juzgador ideal § 45 n. m. 14.

Legítima, contratos sobre la, § 7 n. m. 18; § 11 n. m. 7 s.

Legitimación procesal § 52 n. m. 10.

Lesión contractual positiva § 2 n. m. 15; § 20 n. m. 11; § 24 n. m. 3.

Lesión de deberes de protección § 20 n. m. 7, 11; § **22 n. m. 19 s.**; § 25 n. m. 2 ss.; § 27 n. m. 34 ss.; § 34 n. m. 1 ss.; § 39 n. m. 13.

Lesión del deber § **20 n. m. 12 ss.**; § **22 n. m. 1 ss.**; § 32 n. m. 4; § 54 n. m. 10:

— concepto § 22 n. m. 1.

— e imposibilidad originaria § 20 n. m. 14; § 28 n. m. 1.

— en caso de imposibilidad sobrevenida § 22 n. m. 21 ss.

— irrelevante § 27 n. m. 29 s.; § 33 n. m. 9.

— y obligación de responder § 24 n. m. 9 ss.

Lesión positiva del crédito, véase lesión contractual positiva.

Ley de derechos del paciente § 45 n. m. 28.

Ley general de igualdad de trato § **3 n. m. 11**; § 48 n. m. 1; § 54 n. m. 18.

Ley para la modificación del Derecho de daños § 47 n. m. 8; § 48 n. m. 2.

Liberación obligatoria del riesgo § 46 n. m. 12 s.

Libertad contractual § 3 n. m. 1 ss.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

— véase también autonomía privada; libertad de configuración; libertad de contratación; libertad de modificación.

Libertad de actuación § 50 n. m. 13.

Libertad de configuración § 3 n. m. 3; § 11, n. m. 2, 4, 9.

Libertad de contratación:

— negativa § 6 n. m. 1, 3 ss.

— positiva § 6 n. m. 1 ss.

Libertad de decisión § 1 n. m. 21; § 8 n. m. 16; § 30 n. m. 7; § 38 n. m. 3.

Libertad de disposición del perjudicado § 47 n. m. 6 ss.

Libertad de elección del Derecho aplicable § 3 n. m. 3.

Libertad de extinción § 39 n. m. 1.

Libertad de forma § 3 n. m. 3; § 7 n. m. 1 s.

Libertad de modificación § 11 n. m. 2:

— límites § 11 n. m. 4; § 11 n. m. 9.

Límites § 11 n. m. 4 ss.

Liquidación de daños a terceros § 1 n. m. 30; § 9 n. m. 12; § **46 n. m. 8 ss.:**

— delimitación respecto del contrato con efecto protector para terceros § 46 n. m. 9 s.

— función § 46 n. m. 9.

— grupos de casos § 46 n. m. 11 s.

— liberación obligatoria del riesgo § 46 n. m. 12 s.

Lugar de cumplimiento § 12 n. m. 14.

Lugar de prestación § 12 n. m. 14 ss.

Lugar del resultado § 12 n. m. 14.

Mancomunidad de acreedores § 54 n. m. 3, 7, **11 s.**

Marco Común de Referencia § 2 n. m. 13.

Medio legal de pago § 13 n. m. 35 s.

Medios telemáticos § 42 n. m. 55 s.

Menores de edad, véase niños.

Mínimo ético social § 4 n. m. 14

Mitigación del daño § 30 n. m. 6; § 32 n. m. 7; § **50 n. m. 10, 18 ss.**

Modalidades de la prestación § 12 n. m. 1 ss.

Montar a caballo § 50 n. m. 30 s.

Mora, véase mora del deudor.

Mora creditoris, véase mora en la aceptación.

Mora del deudor § 2 n. m. 4; § 12 n. m. 4, 21; § 15 n. m. 2, 19; § 17 n. m. 24; § **26 n. m. 1 ss.;** § 27 n. m. 7; § 36 n. m. 3 s., 6, 12; § 54 n. m. 10:

— en los créditos remuneratorios § 26 n. m. 15 ss.

— véase también intimación.

Mora en la aceptación § 12 n. m. 4, 21; § 13 n. m. 15, 17, 24, 32; § 19 n. m. 2, 5 s.; § 33 n. m. 13; § 35 n. m. 16 s., 19 ss.; § **36 n. m. 1 ss.;** § 54 n. m. 10.

Muerte:

- indemnización del daño moral § 48 n. m. 6.
- pretensiones indemnizatorias de terceros § 46 n. m. 3 ss.
- véase también daños por conmoción.

Negligencia § 23 n. m. 6 ss.:

- grave § 23 n. m. 18.
- patrón § 23 n. m. 9 ss.; § 50 n. m. 14.

Negocio a fecha fija:

- absoluto § 21 n. m. 17.
- relativo § 21 n. m. 18; § 33 n. m. 4.

Negocio dispositivo § 1 n. m. 28; § 52 n. m. 5 s.

Negocio jurídico unilateral § 5 n. m. 3.

Negocio simulado § 7 n. m. 14; § 52 n. m. 15.

Negocios a domicilio § 42 n. m. 3, véase también contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Negocios de la vida diaria § 17 n. m. 20; § 41 n. m. 16.

Negocios inmobiliarios, véase exigencia de forma.

Niños:

- capacidad de culpa § 23 n. m. 12 ss.
- conculpa § 50 n. m. 15.
- responsabilidad § 23 n. m. 12 s.; § 43 n. m. 4.

Normas imperativas § 11 n. m. 9 s.

Normas semiimperativas § 11 n. m. 9.

Normativa común de compraventa europea § 2 n. m. 13 s.

Notificación de la cesión § 52 n. m. 60 ss.

Novación § 19 n. m. 9.

Obligación de contratar § 3 n. m. 11; § 6 n. m. 3 ss.

Obligación de responder § 23 n. m. 1 ss.; § 24 n. m. 9 ss.; § 32 n. m. 5; § 33 n. m. 12; § 36 n. m. 12; § 40 n. m. 21 s.:

- véase también culpa.

Obligación natural § 1 n. m. 27.

Omisión de prestación, véase retraso de la prestación.

Operario:

- deber del consumidor de resarcir el valor § 42 n. m. 46.
- deberes atenuados de información § 42 n. m. 19.
- negligencia § 23 n. m. 9.

Orden de liquidación § 17 n. m. 11 ss.

Órgano § 23 n. m. 37.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Pacta sunt servanda § 37 n. m. 2 s.; § 41 n. m. 22.

Pago a cuenta § 5 n. m. 22.

Parciariedad activa § 54 n. m. 3, **4 ff.**

Paridad negociadora § 3 n. m. 5 ss.

Patrimonio presente § 7 n. m. 17.

Patrimonio total:

— exigencia de forma § 7 n. m. 17.

— donación § 7 n. m. 17.

Pena convencional § 7 n. m. 7; **§ 38 n. m. 1 ss.**

Pena de arrepentimiento § 5 n. m. 22.

Pérdida de utilidad § 25 n. m. 13 ss.; § 44 n. m. 9; § 45 n. m. 26; § 49 n. m. 8.

Periódicos, derecho de revocación § 42 n. m. 25.

Plazo de revocación **§ 41 n. m. 28 ss.**; § 42 n. m. 22, 30 ss.

Plazos de pago § 12 n. m. 24.

Pluralidad de acreedores § 54 n. m. 2 ss.

Pluralidad de deudores **§ 54 n. m. 13 ss.**

Pluralidad de personas § 54 n. m. 1 ss.

Poder, forma § 7 n. m. 9.

Posibilidad de cesión § 52 n. m. 22 ss.

Posibilidad de cumplir § 12 n. m. 21.

Predisposición al daño § 45 n. m. 23.

Preparación de un contrato, véase culpa en las negociaciones contractuales.

Prescripción:

— saneamiento en la compraventa § 22 n. m. 18.

— y compensación § 18 n. m. 6.

— y derecho de resolución § 40 n. m. 4.

— y derecho de retención § 15 n. m. 5.

— y excepción propia de contrato no cumplido § 15 n. m. 18.

Prestación:

— a efectos de cumplimiento § 17 n. m. 24 ss., 29.

— a terceros § 17 n. m. 5 ss.

— conjunta § 54 n. m. 11.

— divisible **§ 12 n. m. 2**; § 54 n. m. 3, **14, 19.**

— en lugar del cumplimiento § 17 n. m. 21 ss., 27.

— no solicitada § 5 n. m. 15 ss.

— por terceros § 12 n. m. 5 ss.; § 17 n. m. 3.

— indivisible § 54 n. m. 3, 5.

Prestación defectuosa § 15 n. m. 23; § 20 n. m. 6, 9, 11; **§ 22 n. m. 9 ss.**; § 24 n. m. 12, 19; § 25 n. m. 8 ss.; § 27 n. m. 2 ss.; § 28 n. m. 17; § 33 n. m. 1 ss.; § 35 n. m. 5 s.; § 40 n. m. 4:

— irreparable **§ 22 n. m. 17**; § 27 n. m. 8, 47, 49; § 28 n. m. 17; § 33 n. m. 1; § 35 n. m. 5 s., 23; § 35 n. m. 26 s.

- Prestación parcial § 12 n. m. 2 ss.; § 15 n. m. 20.
- Prestación simultánea:
- en caso de mora en la aceptación § 36 n. m. 11.
 - excepción propia de contrato no cumplido § 15 n. m. 15, 21; § 16 n. m. 21.
- Prestaciones de servicios:
- deber de resarcir el valor § 42 n. m. 46, 49.
 - sociales § 41 n. m. 12.
- Prestaciones de servicios financieros § 41 n. m. 12, 14, 31; § 42 n. m. 21, 32, **48 ss.**
- Prestaciones no solicitadas § 5 n. m. 15 ss.
- Presunción de rentabilidad § 30 n. m. 2 ss., 9; § 49 n. m. 11.
- Pretensión contenida § 17 n. m. 10.
- Pretensión de compensación:
- del acreedor solidario § 54 n. m. 9.
 - del deudor solidario § 54 n. m. 18, 28 s., **34 ss.**
- Pretensión de liberación § 14 n. m. 4:
- posibilidad de cesión § 52 n. m. 24.
- Prima de captura, véase robo en tienda.
- Primer causante del daño § 54 n. m. 34 ss.
- Principio consensual § 1 n. m. 28.
- Principio contractual § 5 n. m. 1:
- quiebra § 51 n. m. 6.
- Principio de abstracción § 1 n. m. 28; § 10 n. m. 5; § 52 n. m. 6.
- Principio de confianza § 8 n. m. 3.
- Principio de culpa § 10 n. m. 8; § 23 n. m. 1.
- Principio de determinación § 52 n. m. 18 ss.
- Principio de especialidad § 52 n. m. 18 ss.
- Principio de igualdad de trato § 50 n. m. 2, 17.
- Principio de prioridad § 52 n. m. 31.
- Principio de reparto por cuotas § 50 n. m. 3, 8.
- Principio de reposición § 47 n. m. 1.
- Principio de separación § 1 n. m. 28.
- Principles of European Contract Law § **2 n. m. 12**; § 18 n. m. 15; § 37 n. m. 18; § 51 n. m. 5.
- Prohibición de abuso § 4 n. m. 14.
- Prohibición de contratación § 6 n. m. 2.
- Prohibición de enriquecimiento § 43 n. m. 5; § 45 n. m. 41; § 47 n. m. 2; 8.
- Promesa pública de recompensa § 5 n. m. 3.
- Promitente § 51 n. m. 9.
- Propagación de la revocación § 41 n. m. 38, 44 ss.
- Propagación de las excepciones § 41 n. m. 49 ss.
- Protección del deudor, véase cesión.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Provocación:

— del perjudicado § 45 n. m. 35 ss.

— por terceros § 45 n. m. 40.

Proximidad a la prestación del tercero § 9 n. m. 9.

Punitive damages § 43 n. m. 5.

Realización de la prestación § 17 n. m. 2.

Recibo § 17 n. m. 6, 10.

Reconocimiento negativo de deuda § 19 n. m. 7.

Reconoscibilidad § 9 n. m. 13; **§ 23 n. m. 7 s.**; § 46 n. m. 14.

Reducción § 13 n. m. 31; § 22 n. m. 14, 16; § 35 n. m. 3 ss., 27; § 54 n. m. 6.

Reforma del Derecho de obligaciones § 1 n. m. 4; **§ 2 n. m. 15 ss.**; § 4 n. m. 18; § 5 n. m. 9; § 8 n. m. 4, 16; § 13 n. m. 3; § 16 n. m. 2; § 17 n. m. 9; § 20 n. m. 9 ss., 19 s.; § 22 n. m. 4; § 23 n. m. 28, 35; § 30 n. m. 4; § 35 n. m. 13; § 39 n. m. 6; § 40 n. m. 7 ss.; § 41 n. m. 5; § 42 n. m. 1.

Régimen jurídico de la compraventa, saneamiento § 22 n. m. 12 ss.; § 23 n. m. 25; § 27 n. m. 26, 31.

Régimen jurídico del enriquecimiento § 1 n. m. 28; § 5 n. m. 19; **§ 10 n. m. 5 s.**

Regreso § 52 n. m. 70:

— círculo de regresos § 54 n. m. 35.

Relación de cobertura **§ 51 n. m. 9 ss.**, 22 s.:

— excepciones § 51 n. m. 17.

Relación de complacencia § 5 n. m. 5 ss.:

— atenuación de responsabilidad § 5 n. m. 11 ss.; § 23 n. m. 16.

Relación de ejecución § 51 n. m. 9, 14 ss.

Relación de reciprocidad § 15 n. m. 3; **14 ss.**; § 51 n. m. 16.

Relación de valuta § 51 n. m. 9, 12 s.

Relación de vecindad § 10 n. m. 10.

Relación jurídica § 1 n. m. 29 s.

Relación obligatoria § 1 n. m. 1 ss.; § 11 n. m. 1 ss.:

— análoga a la negocial § 1 n. m. 4, 6; § 9 n. m. 6; § 20 n. m. 8.

— en sentido amplio § 1 n. m. 7 ss.

— en sentido estricto § 1 n. m. 7 ss.; § 17 n. m. 8.

— incorporación de un tercero § 9 n. m. 1 ss.

— legal § 10 n. m. 1 ss.

— precontractual § 8 n. m. 1 ss.

Relación obligatoria de restitución § 40 n. m. 5; 10 ss.:

— véase también resolución.

Relación obligatoria de tracto sucesivo:

— cambio de proveedor § 42 n. m. 53 s.

— concepto § 39 n. m. 3 s.

- denuncia § 4 n. m. 13; 30; § 37 n. m. 19; § **39 n. m. 3 ss.**
- y alteración de la base del negocio § **39 n. m. 3 ss.**
- Relación propietario-poseedor § 10 n. m. 10; § 24 n. m. 4.
- Relaciones fiduciarias § 46 n. m. 15.
- Relaciones obligatorias análogas a las negociales § 4 n. m. 5; § 9 n. m. 6; § 25 n. m. 5 ss.:
 - véase también culpa en las negociaciones contractuales; contrato con efecto protector para terceros; responsabilidad del abogado.
- Relaciones obligatorias legales § 10 n. m. 1 ss.
- Relaciones obligatorias precontractuales § 8 n. m. 1 ss.; § 9 n. m. 5:
 - véase también culpa en las negociaciones contractuales.
- Remisión al fundamento jurídico § 22 n. m. 14; § 50 n. m. 23.
- Remisión a las consecuencias jurídicas § 40 n. m. 19, 32; § 50 n. m. 23.
- Rendición de cuentas § 14 n. m. 9.
- Renta vitalicia § 51 n. m. 3.
- Reorientación profesional § 50 n. m. 19.
- Reparación, véase subsanación.
- Reparación íntegra § **43, 4 s.**; § 47 n. m. 1.
- Representación:
 - indirecta § 46 n. m. 14.
 - y contrato en favor de terceros § 51 n. m. 26.
- Representante legal § **23 n. m. 34 ss.**, 44; § 50 n. m. 10, 21, 23.
- Resarcimiento del valor § 44 n. m. 7; § 47 n. m. 5, **10 ss.**:
 - en caso de resolución § 40 n. m. 9 ss.
 - en caso de revocación § 41 n. m. 34; § 42 n. m. 19, 24, **41 ss.**, 49.
- Reserva de dominio ampliada § 52 n. m. 17, 19, 29, 68.
- Resolución § 20 n. m. 17 s.; previo al § 32 n. m. 1 ss.; § 35 n. m. 26 ss.; § **40 n. m. 1 ss.**; § 51 n. m. 16; § 54 n. m. 6:
 - de todo el contrato § 33 n. m. 8; § 35 n. m. 28.
 - e indemnización del daño § 32 n. m. 6 s.; § 40 n. m. 34 ss.
 - efectos § 40 n. m. 5.
 - resolución parcial § 33 n. m. 8.
 - y gastos en el bien y utilidades § 40 n. m. 30.
 - y resarcimiento del valor § 40 n. m. 11 ss.
- Responsabilidad § 1 n. m. 31.
- Responsabilidad de expertos § 9 n. m. 11 s., 24:
 - véase también caso del perito inmobiliario.
- Responsabilidad del abogado § 1 n. m. 30; § 9 n. m. 12, **19 ss.**; § 25 n. m. 7.
- Responsabilidad del tercero § 9 n. m. 19 ss.
- Responsabilidad en el deporte § 50 n. m. 29.
- Responsabilidad por déficit del trabajador § 24 n. m. 10.
- Responsabilidad por equidad § 23 n. m. 14.
- Responsabilidad por garantía § 23 n. m. 25; § 28 n. m. 11; § 50 n. m. 9.

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Responsabilidad por riesgo § 2 n. m. 6; § **10 n. m. 9**; § 45 n. m. 17; § 48 n. m. 1, 3, 8; § 50 n. m. 2, 9, 16 s., 25, 30.

Restitución in natura § 44 n. m. 3 ss.; § **47 n. m. 1 ss.**

Restitución sustitutoria, véase *commodum representationis*; facultad de sustitución § **13 n. m. 27 ss.**; § 17 n. m. 23.

Resultado de la prestación § 1 n. m. **16**; § 17 n. m. 2.

Retraso de la prestación § **20 n. m. 4 s.**; § 22 n. m. 3 ss.; § 27 n. m. 2 ss.; § 33 n. m. 1 ss.:

— parcial § 27 n. m. 27 s.

— véase también *mora del deudor*.

Retraso desleal § 4 n. m. 28 s.:

— del derecho de revocación § 41 n. m. 35b.

Riesgo de adquisición § 23 n. m. 29 ss.:

— y saneamiento por vicios § 23 n. m. 32; § 27 n. m. 22.

Riesgo de explotación § 50 n. m. 2, 17, 25.

Riesgo de explotación del empleador § 23 n. m. 20; § 35 n. m. 20.

Riesgo de la contraprestación § 13 n. m. 17; § 35 n. m. 7 ss.

Riesgo de la prestación § 12 n. m. 19; § **13 n. m. 16, 32**; § 21 n. m. 9; § 36 n. m. 15 ss.

Riesgo del precio, véase riesgo de la contraprestación.

Riesgo general de vida § 14 n. m. 2; § 45 n. m. 20 s., 31 s., 38.

Riesgo profesional § 45 n. m. 38.

Robo en tienda:

— costes de tramitación § 38 n. m. 6.

— prima de captura § 38 n. m. 6.

Ruptura de las negociaciones contractuales § 8 n. m. 11 s.

Saneamiento por vicios § **22 n. m. 10 ss.**; § 25 n. m. 9 ss.; § 27 n. m. 26 ss.; § 33 n. m. 1, 6; § 35 n. m. 6:

— en caso de prestación en lugar del cumplimiento § 17 n. m. 27 s.

— en el régimen jurídico de la compraventa § 22 n. m. 12 ss.; § 23 n. m. 25, 33; § 27 n. m. 30.

— véase también prestación defectuosa; vicio jurídico; vicio material.

Sector del tráfico § 23 n. m. 10; § 45 n. m. 14; § 50 n. m. 14.

Segundo causante del daño § 54 n. m. 34 ss.

Seguro de responsabilidad civil § 43 n. m. 2, 6.

Seguro de vida § 51 n. m. 1, 3, 19, 21:

— y compensación de beneficios § 45 n. m. 43.

Sentencia de la cama de agua § 42 n. m. 41 ss.

Sentencia del maestro constructor de carrocerías § 47 n. m. 14 s.

Servicios perdidos § 46 n. m. 5.

Sinalagma § 15 n. m. 14 ss.; véase también relación de reciprocidad.

Siniestro total:

— económico § 47 n. m. 14.

— técnico § 47 n. m. 11.

Sobregarantía, véase contrariedad a las buenas costumbres de la cesión global.

Sociedad civil § 5 n. m. 5; § 54 n. m. 5, 27, 41.

Sociedad del BGB, véase sociedad civil.

Solidaridad activa § 54 n. m. 3, **7 ss.**

Solución del botón, véase comercio electrónico.

Subasta § 42 n. m. 26.

Subastas en internet § 42 n. m. 26.

Subsanación § 21 n. m. 23; **§ 22 n. m. 14 ss.**; § 27 n. m. 12, 20.

Subsanación de defectos formales § 7 n. m. 2, 15 s.

Sustitución de la responsabilidad por el seguro § 43 n. m. 6.

Sustitución en la deuda, véase novación.

Tasas, límites del acuerdo § 41 n. m. 18 ss.

Teoría de la adecuación **§ 45 n. m. 13 ss.**; § 45 n. m. 32, 42.

Teoría de la diferencia **§ 29 n. m. 2 ss.**

Teoría de la equivalencia § 45 n. m. 7 ss.

Teoría de la excepción § 15 n. m. 15.

Teoría de la subrogación § 29 n. m. 2 ss.

Teoría del contrato, véase cumplimiento.

Teoría del intercambio, véase teoría de la subrogación.

Terceros:

— conculpa de terceros § 9 n. m. 16; **§ 50 n. m. 21 ss.**

— prestación a terceros § 17 n. m. 5 s.

— prestación por terceros § 12 n. m. 5 ss.; § 17 n. m. 3.

— véase también contrato con efecto protector para terceros; contrato en favor de terceros; disposición en favor de terceros; liquidación de daños a terceros, responsabilidad del abogado.

Tiempo de la prestación § 4 n. m. 22; **§ 12 n. m. 21 ss.**; § 36 n. m. 10:

— conforme al calendario § 26 n. m. 9 ss.; § 36 n. m. 8.

Tiempo de ocio § 49 n. m. 17.

Tipo de interés básico § 13 n. m. 39 s.; § 26 n. m. 21.

Título de deuda § 17 n. m. 10; § 52 n. m. 35.

Toma de contacto telefónica § 41 n. m. 13.

Trabajo peligroso, véase actividad motivada por la empresa.

Trabajo sumergido § 6 n. m. 2.

Trabajos de reparación y mantenimiento § 42 n. m. 19, 27:

— ficticios § 47 n. m. 7 s.

Transferencia § 13 n. m. 34; § 17 n. m. 23; § 22 n. m. 8; § 26 n. m. 4

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

Traspaso legal del crédito § 12 n. m. 13; § 45 n. m. 43; § **52 n. m. 2**, 59, 70; § 54 n. m. 23, 28.

Tratos privilegiados en materia de responsabilidad § 54 n. m. 33 ss.

UNIDROIT Principles § **2 n. m. 12**; § 37 n. m. 18.

Usos del tráfico § 4 n. m. 10 ss.

Utilidades § 36 n. m. 20; § 40 n. m. 5, 27 s.; § 42 n. m. 45.

Valor de reemplazo § 47 n. m. 5, 10.

Vehículo de reemplazo § 49 n. m. 13.

Vencimiento § **12 n. m. 21 ss.**; § 22 n. m. 4.

Venire contra factum proprium § **4 n. m. 26 s.**; § 7 n. m. 11; § 37 n. m. 25; § 50 n. m. 29.

Venta con envío § 13 n. m. 17; § 22 n. m. 8; § 35 n. m. 19; § 46 n. m. 13.

Venta pendiente de especificación § 11 n. m. 17.

Venta por uno mismo § 19 n. m. 1, 5 s.

Ventajas de uso § 49 n. m. 2 ss.

Ventas party § 42 n. m. 6.

Viaje de la suerte § 11 n. m. 15.

Viajes de favor en el tráfico rodado § 5 n. m. 12; § 23 n. m. 16.

Vicio corrosivo § 25 n. m. 12.

Vicio jurídico § 17 n. m. 27; § **22 n. m. 13**; § 27 n. m. 20.

Vicio material § 17 n. m. 27; § **22 n. m. 12**; § 27 n. m. 30.

Voluntad de vinculación jurídica § 5 n. m. 6 s.

Voluntad hipotética de las partes § 11 n. m. 3.

Wrongful birth, véase hijos, no deseados.

Wrongful life, véase hijos, discapacitados.

REGISTRO DE SENTENCIAS

(El orden sigue el curso de la exposición. Las indicaciones remiten a los números marginales).

1. La relación obligatoria

EuGH NJW 2004, 3547; 2006, 2465; BGH NJW 2012, 1073	Interpretación conforme a la Directiva y perfeccionamiento jurídico.	§ 2 n. m. 9
EuGH NJW 2010	Competencia para reprobación.	§ 2 n. m. 9
BVerfGE 89, 214	Alteración de la paridad negociadora.	§ 3 n. m. 5
BGH NJW 2005, 1045	Buena fe en el Derecho europeo.	§ 4 n. m. 3
BGH DB 1976, 1957	Dolo agit.	§ 4 n. m. 21
BGH LM § 242 [Cd] Nr. 118	Desproporción.	§ 4 n. m. 22
BAG NJW 1986, 85; JZ 1990, 139	Inexigibilidad personal.	§ 4 n. m. 23
BGH NJW 1999, 2883	Adquisición deshonesto del derecho.	§ 4 n. m. 24
BGHZ 137, 205	Frustración de la recepción.	§ 4 n. m. 25
BAG NJW 1998, 1659; NJW 2005, 844	Denuncia verbal.	§ 4 n. m. 27

2. El nacimiento de las relaciones obligatorias

BGH MDR 1992, 555	Coche compartido.	§ 5 n. m. 5
BGH NJW 2015, 2880	Viajes de favor a eventos deportivos.	§ 5 n. m. 5
BGH NJW 1974, 1705	El caso de la lotería.	§ 5 n. m. 7
BGH NJW 1966, 41; 1993, 3067	Recogida de autoestopistas.	§ 5 n. m. 12
BGH NJW-RR 2017, 272	Favor entre vecinos.	§ 5 n. m. 13
BGHZ 198, 141; BGH NJW 2014, 1805	Trabajo sumergido.	§ 6 n. m. 2
OLG Stuttgart NJW 2012, 1085	El caso de la discoteca.	§ 6 n. m. 10
BGHZ 48, 396	Contravención de la forma y § 242 (el caso del comerciante).	§ 7 n. m. 11
BGHZ 87, 150 (153 s.); BGH NJW 2008, 1658	Falsa demonstratio en caso de exigencia de forma.	§ 7 n. m. 13
BGH NJW 2017, 885	Donación de todo el patrimonio.	§ 7 n. m. 17
RGZ 78, 239	El caso de los rollos de linóleo.	§ 8 n. m. 2
BGH NJW-RR 1998, 1343	Información bancaria.	§ 8 n. m. 7
BAG JZ 1964, 324)	El caso del ingeniero de sonido.	§ 8 n. m. 11s.
BGH NJW 1998, 302; WM 2007, 1182; NZM 2008, 379	Liquidación retroactiva del contrato en caso de lesión del deber de información.	§ 8 n. m. 14 ss.
BGH 180, 205	Relación de la c. i. c. con los §§ 434 ss.	§ 8 n. m. 17
BGHZ 66, 51	El caso de la hoja de verdura.	§ 9 n. m. 2
BGH MDR 2017, 73	Contrato con efecto protector para terceros (criterios).	§ 9 n. m. 2, 4, 8 ss.
BGH NJW 2010, 3152	Incorporación del trabajador del acreedor en el ámbito de protección del contrato.	§ 9 n. m. 9 s.
BGHZ 51, 91	Gripe aviar.	§ 9 n. m. 10
BGHZ 127, 378	El caso del perito inmobiliario.	§ 9 n. m. 11, 24
BGHZ 200, 188	Ausencia de necesidad de protección del tercero (el caso del remolque).	§ 9 n. m. 14
BGH JZ 1966, 141	Doble herencia.	§ 9 n. m. 17
BGHZ 63, 382; 79, 281	Responsabilidad del representante.	§ 9 n. m. 22

3. La determinación del contenido de las relaciones obligatorias

BGH 26, 320	Herencia de terceros vivos.	§ 11 n. m. 8
LG Frankfurt a. M. NJW 1985, 143	Viaje de la suerte.	§ 11 n. m. 15
EuGH EuZW 2008, 277 = NJW 2008, 1935	Puntualidad del pago mediante transferencia bancaria.	§ 12 n. m. 20
BGH NJW 2017, 1596	Asunción del riesgo en caso de transferencia bancaria.	§ 12 n. m. 20
BGH NJW 2003, 3341	Concreción.	§ 13 n. m. 16
OLG Köln NJW 1995, 3128	El caso de los discos duros.	§ 13 n. m. 18
BGHZ 46, 338; BGH NJW 2008, 2028; OLG Hamm NJW-RR 2009, 1505	Facultad de sustitución en caso de admisión en pago de un coche usado.	§ 13 n. m. 29
BGHZ 98, 24	Pago sin dinero en efectivo.	§ 13 n. m. 34
BGHZ 33, 251	El caso de las ruinas.	§ 14 n. m. 2
BGHZ 95, 285; 97, 188; BGH NJW-RR 2005, 1408	Pretensión de información derivada de la buena fe.	§ 14 n. m. 8
BGH NJW 2010, 1272	Excepción propia de inseguridad.	§ 15 n. m. 22 s.
BAG NZA 2004, 727; 2006, 872; 2009, 370	CGC en contratos de trabajo.	§ 16 n. m. 6
BGH NJW 2000, 1110; 2010, 1131	Acuerdos individuales.	§ 16 n. m. 9
BGHZ 61, 282; BGH NJW 1991, 1605	CGC contradictorias.	§ 16 n. m. 14
BGH NJW 2008, 2172	La «interpretación más desfavorable» para el cliente.	§ 16 n. m. 16
BGH NJW 2018, 1671	Lenguaje con enfoque de género en CGC.	§ 16 n. m. 22
BGHZ 103, 316; BGH NJW-RR 2005, 1496	Deberes cardinales.	§ 16 n. m. 22
BGHZ 89, 363	El caso del almacén frigorífico.	§ 16 n. m. 22

4. La extinción del deber de prestación

BGHZ 167, 337	Derecho a determinar la liquidación con posterioridad.	§ 17 n. m. 12
BGH NJW 2018, 537 = WM 2018, 37	PayPal.	§ 17 n. m. 26
BGHZ 94, 132	Cláusulas de compensación de grupo.	§ 18 n. m. 4
BGHZ 101, 244	Compensación en caso de prescripción.	§ 18 n. m. 6
BGH NJW 2009,3508	Compensación en caso de pelea.	§ 18 n. m. 13

5. Las alteraciones de la relación obligatoria

BGH NJW 2011, 756	Asesoramiento vital mediante cartomancia.	§ 21 n. m. 3; § 28 n. m. 5ss.
BGH NJW 2010, 1282	Consecución del fin.	§ 21 n. m. 4
BGHZ 83, 197; BGH NJW 2007, 3777	Imposibilidad transitoria.	§ 21 n. m. 16
OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912	El caso de la estancia de la chimenea.	§ 21 n. m. 17; § 30 n. m. 3
AG Herne-Wanne NJW 1998, 3651	Asistencia a concierto (Backstreet Boys).	§ 21 n. m. 17; § 49 n. m. 21s.
BGH NJW 2009, 2743	Negocio a fecha fija absoluto.	§ 21 n. m. 17
BGH NJW 2009, 1660; NJW-RR 2010, 315	Grave falta de proporcionalidad del esfuerzo de prestación.	§ 21 n. m. 20s.
BGHZ 163, 234	El caso del perro salchicha.	§ 21 n. m. 23
RGZ 57, 116	El caso de las hojas de roble.	§ 21 n. m. 24
BGH NJW 2007, 3777	Imposibilidad originaria y vicio jurídico.	§ 21 n. m. 16; § 22 n. m. 13; § 23 n. m. 26; § 24 n. m. 14; § 28 n. m. 11, 13
BVerwG NJW 2000, 88; BAG JZ 1990, 139	Denegación de la prestación por motivos de conciencia.	§ 21 n. m. 28
RGZ 135, 339	Roble en el agua.	§ 22 n. m. 17

BGHZ 24, 21; BGH NJW 1994, 2232	Parámetro de la negligencia.	§ 23 n. m. 9
BGH VersR 1997, 834	El caso de la naranja.	§ 23 n. m. 10, 12
BGH NJW 2009, 1482; OLG Hamm NJW-RR 2000, 62	Limitación de responsabilidad en caso de coche compartido.	§ 23 n. m. 16
BGH NJW 2013, 3572	Diligentia quam in suis.	§ 23 n. m. 18
BGHZ 46, 313; 53, 352	Diligencia individual en el tráfico rodado.	§ 23 n. m. 19
BGHZ 170, 86	Asunción de una garantía.	§ 23 n. m. 24 ss.
BGHZ 50, 200	El caso de los paneles de cubierta.	§ 23 n. m. 27
BGH NJW 2011, 756	Asesoramiento vital mediante cartomancia.	§ 21 n. m. 3; § 28 n. m. 5 ss.
BGH NJW 1993, 2103; 1995, 1673	Garantía en el comercio de obras de arte (Burra).	§ 23 n. m. 28
RGZ 99, 1	Huevos de Galizien.	§ 23 n. m. 31
BGH NJW 1994, 515	Coche deportivo de fábrica.	§ 23 n. m. 32
BGH NJW 2014, 2183	Fabricante y proveedor no son auxiliares para el cumplimiento.	§ 23 n. m. 35
BGH NJW 1978, 1157	El caso de las válvulas de la calefacción.	§ 23 n. m. 35
BGHZ 31, 358	El caso del soplete.	§ 23 n. m. 41
OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1165	Auxiliar para el cumplimiento incapaz de culpa.	§ 23 n. m. 42
BGH NJW 2013, 2959	Compra de cobertura.	§ 24 n. m. 20
RGZ 66, 289	Semillas de ricino.	§ 25 n. m. 11
BGH NJW 2009, 2674	Indemnización del daño por pérdida de utilidad.	§ 25 n. m. 15
BGHZ 174, 290	Daño por pérdida de utilidad en caso de resolución.	§ 25 n. m. 16; § 32 n. m. 7
BGH NJW 2008, 50	Retraso mediante factura.	§ 26 n. m. 6, 9
BGH NJW 1963, 1823	Reparación de barco a motor.	§ 26 n. m. 13
OLG Köln NJW-RR 1999, 4	Cambio de domicilio.	§ 26 n. m. 13
BGH NJW 2009, 3153; BGH NJW 2015, 2564	Requisitos de la fijación del plazo.	§ 27 n. m. 11

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

BGH NJW 1996, 1814	Momento de la fijación del plazo.	§ 27 n. m. 13, 17
LG Offenburg VersR 1998, 247	Razonabilidad del plazo.	§ 27 n. m. 16
BGH NJW 1974, 1080	El caso de la nave de producción.	§ 27 n. m. 18
BGH NJW 1978, 260	Caso Carrera.	§ 27 n. m. 19
BGH NJW 2007, 835; 2008, 1371; 2010, 1805	Innecesariedad de la fijación de un plazo en caso de dolo del deudor.	§ 27 n. m. 19
BGH NJW 2006, 1960; 2008, 1517; 2009, 508; BB 2010, 1175; BGH NJW 2014, 3229	Relevancia de la lesión del deber.	§ 27 n. m. 30
OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553	Dies Fausti.	§ 28 n. m. 5
BGHZ 132, 55; BGHZ 136, 94; BGH NJW 2007, 2111	Relevancia del consumo excesivo de gasolina.	§ 28 n. m. 17
BGHZ 123, 96	Presunción de rentabilidad.	§ 30 n. m. 2
BGHZ 99, 182	Caso del pabellón comunal.	§ 30 n. m. 2 s.
BGH NJW 2005, 2848	Accesorios de coche inútiles.	§ 30 n. m. 4, 6
BGH NJW 2012, 3714	Fijación de plazo y resolución antes del vencimiento.	§ 33 n. m. 2, 7
BGH NJW 2010, 146	Resolución en caso de prestación parcial.	§ 33 n. m. 8
Tribunal Superior de Arbitraje escénico de Hamburg, NJW 1995, 903	Caso de la cantante en el escenario.	§ 35 n. m. 8
OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 435	Imposibilidad de la que son responsables ambas partes.	§ 35 n. m. 12 s.
RGZ 103, 328	Fábrica de hilados de vicuña.	§ 37 n. m. 3 y 22
BGHZ 191, 139; NJW 2019, 145	Relación del § 313 y los §§ 434 ss.	§ 37 n. m. 6
BGHZ 128, 230; 163, 42; BGH NJW-RR 2006, 1037	Base del negocio (concepto).	§ 37 n. m. 9
BGH NJW 1984, 1746	Suministro de cerveza en Irán.	§ 37 n. m. 12
BGH NJW-RR 1995, 1117	El caso del almacenamiento de trigo.	§ 37 n. m. 16
BGH NJW 2012, 373	Colaboración en la adaptación del contrato.	§ 37 n. m. 18

BGH NJW 1960, 91	Concesión de farmacia.	§ 37 n. m. 23
BGH NJW 1969, 233	Propiedades del terreno.	§ 37 n. m. 24
OLG Karlsruhe NJW 1992, 3176	El caso de la Guerra del Golfo.	§ 37 n. m. 25
BGH NJW 1976, 565	Escándalo en la Primera División.	§ 37 n. m. 26
AG Schöneberg NJW 1974, 1823	Pena convencional en caso de robo en tienda.	§ 38 n. m. 6
BAG NZA 2009, 370	Pena convencional en el Derecho del trabajo.	§ 38 n. m. 7, 17

6. Extinción y liquidación retroactiva de las relaciones obligatorias

BGH NJW 2016, 3718	Denuncia extraordinaria de un contrato con un gimnasio.	§ 39 n. m. 9
BGH NJW-RR 2007, 1520	El caso del gerente.	§ 39 n. m. 11
AG Passau NJW 1993, 1473	Asistencia a concierto.	§ 40 n. m. 12
BGH NJW 2009, 63	Resarcimiento del valor en caso de gravamen de la cosa objeto de prestación.	§ 40 n. m. 13
BGH NJW 2009, 1068	Caballo a cambio de clases de conducir.	§ 40 n. m. 16
AG Burgwedel NJW 1986, 2647	Caracol en la ensalada.	§ 40 n. m. 20
BGH NJW 1997, 3164	Incautación.	§ 40 n. m. 22
OLG Karlsruhe NJW 2008, 925	Diligencia empleada usualmente en los propios asuntos en caso de derecho legal de resolución.	§ 40 n. m. 23

7. Particularidades en el caso de los contratos con consumidores

BGH NJW 2009, 3780	Consumidor.	§ 41 n. m. 7 s.
BGHZ 167, 40	Empresario.	§ 41 n. m. 9
BGHZ 169, 109; BGH NJW 2008, 1585	Indemnización del daño en caso de falta de información.	§ 41 n. m. 32
EuGH NJW 2005, 3551	Schulte.	§ 41 n. m. 32

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

EuGH NJW 2005, 3555	Crailsheimer-Volksbank.	§ 41 n. m. 32; § 42 n. m. 10
BGH NJW 2010, 610	Aparato detector de radares.	§ 41 n. m. 35
BGH NJW 2016, 1951	Abuso de derecho en el derecho de revocación.	§ 41 n. m. 35a
BGHZ 211, 105; NJW 2018, 1390	Retraso desleal del derecho de revocación.	§ 41 n. m. 35b
BGH NJW 2009, 3780	Consumidor.	§ 41 n. m. 7 s.
EuGH NJW 1998, 1295; BGHZ 139, 21; 165, 363	Derecho de revocación en caso de fianza.	§ 42 n. m. 11 ss.
BGHZ 149, 129; BGH NJW 2005, 53	Derecho de revocación en caso de subastas por internet.	§ 42 n. m. 26
EuGH NJW 2010, 1941; BGH NJW 2009, 66; NJW 2010, 2651	Costes de envío.	§ 42 n. m. 36
BGHZ 187, 268	Resarcimiento del valor por deterioro (cama de agua).	§ 42 n. m. 41, 44
EuGH NJW 2009, 3015	Resarcimiento de utilidad en caso de revocación (Messner).	§ 42 n. m. 42
BGH NJW 2017, 878	Resarcimiento del valor por deterioro (catalizador).	§ 42 n. m. 44

8. Derecho de daños

BGHZ 128, 1; BGH NJW 1996, 984	Caroline.	§ 43 n. m. 2; § 48 n. m. 14
BGHZ 18, 149	Indemnización del daño moral (función).	§ 43 n. m. 3; § 48 n. m. 7
BGHZ 92, 85	El caso del torpedero.	§ 44 n. m. 7
BGH VersR 1983, 731	El caso de la piscicultura.	§ 45 n. m. 8 s.
OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2011, 14474	Regalos de boda perdidos.	§ 45 n. m. 18
OLG Karlsruhe VersR 1966, 741	Trastornos circulatorios.	§ 45 n. m. 20
BGHZ 107, 359	Hipertensión.	§ 45 n. m. 21

BGHZ 29, 207	Causalidad hipotética.	§ 45 n. m. 26
BAG NJW 1981, 2430; 1984, 2846	Costes publicitarios.	§ 45 n. m. 27
BGHZ 90,103	Lesión del deber médico de informar.	§ 45 n. m. 28
BGHZ 56, 163; 172, 263; BGH VersR1986, 240	Daños por conmoción.	§ 45 n. m. 30 ss.
BGHZ 63, 189; BGH JZ 1996, 1178; NJW 2012, 1951	Casos de provocación.	§ 45 n. m. 35 ss.
BGH NJW 1993, 2234	El caso del bombero.	§ 45 n. m. 38
BGHZ 101, 215	El caso del riñón.	§ 45 n. m. 39
BGHZ 58, 162	El caso de la vereda.	§ 45 n. m. 40
BGHZ 55, 329	El caso del profesor de conducir.	§ 45 n. m. 45
BGH 7, 30	Lesión del trabajador.	§ 46 n. m. 1
BGH NJW 2016, 1089	Liquidación de daños a terceros en caso de desplazamiento contractual del daño.	§ 46 n. m. 9 ss.
OLG Köln NJW-RR 1989, 1457	El caso de los collages.	§ 46 n. m. 12
BGHZ 25, 250; 40, 91; 133, 36	Representación indirecta.	§ 46 n. m. 14
BGH VersR 2013, 637	Alcance del § 249 II 2.	§ 47 n. m. 8
BGHZ 97, 14	El caso de las cicatrices.	§ 47 n. m. 9
BGHZ 115, 364; 154, 395; 162, 270; 163, 180; BGH NJW 2007, 2918	Cálculo de los daños de automóviles.	§ 47 n. m. 14
BGH VersR 2016, 60	El caso del perro lobo.	§ 47 n. m. 15
BGH NJW 2009, 3025	Indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual.	§ 48 n. m. 5
BGHZ 120, 1; BGH NJW 1993, 1531	Indemnización del daño moral en caso de graves daños cerebrales.	§ 48 n. m. 10
BVerfGE 34, 269; BGHZ 13, 334; 26, 349; 30, 7; 35, 363	Lesión del derecho general de la personalidad.	§ 48 n. m. 12
BGHZ 98, 212	Ventajas de uso (casa).	§ 49 n. m. 4 ss.
BGHZ 96, 124; BGH NJW 1993, 1793	Ventajas de uso (garaje).	§ 49 n. m. 6

■ DERECHO DE OBLIGACIONES. PARTE GENERAL

BGH NJW 2018, 1393	Ventajas de uso (motocicleta).	§ 49 n. m. 6 s.
BGHZ 45, 212	Ventajas de uso (automóvil).	§ 49 n. m. 7
BGHZ 55, 146	Arrendamiento de caza.	§ 49 n. m. 9 s.
BGHZ 32, 280	Vagón de tranvía.	§ 49 n. m. 13
OLG Celle NJW 1988, 2618	El caso del fraile.	§ 49 n. m. 15
BGH NJW 1956, 1234; 2005, 1047	Vacaciones malgastadas (contrato de viaje).	§ 50 n. m. 17 ss.
BGHZ 86, 212	Vacaciones perdidas (responsabilidad extra-contractual).	§ 49 n. m. 19 ss.
BGH NJW 1985, 906	Casa de vacaciones en Dinamarca.	§ 49 n. m. 20
BGHZ 80, 366	Estancia en una clínica.	§ 49 n. m. 20
BVerfGE 88, 203; 96, 375; BGHZ 124, 128; 129, 178; BGH NJW 2000, 1782; 2007, 989	Hijo como daño.	§ 49 n. m. 24 ss.
BGH NJW 2007, 3120; VersR 2010, 268 y 270	Contribución del riesgo de explotación.	§ 50 n. m. 2, 17
BGH NJW 2014, 2493	Montar en bicicleta sin casco.	§ 50 n. m. 13
OLG Koblenz VersR 1987, 1225	El caso de la motocicleta.	§ 50 n. m. 13
LG Düsseldorf VersR 1966, 95	Cura en Arosa y Merano.	§ 50 n. m. 18
BGHZ 67, 129; BGH NJW 2016, 2737	Atribución del riesgo por animales conforme a los §§ 254 I y 833 inciso 1.	§ 50 n. m. 17
BGH NJW-RR 2009, 175; 2010, 909	Deber de advertencia del expedidor.	§ 50 n. m. 20
OLG Hamm NJW 1993, 542	Accidente de un niño.	§ 50 n. m. 21 ss.
BGHZ 34, 355	El caso del coche compartido.	§ 50 n. m. 28
BGHZ 63, 140; 154, 316; BGH NJW 2008, 1591; VersR 2009, 1677	Responsabilidad en el deporte.	§ 50 n. m. 29

9. Posición de los implicados en la relación con pluralidad de personas

BGHZ 93, 271	El caso del vuelo charter.	§ 51 n. m. 17
BGHZ 41, 95; BGH NJW 1964, 1124	Contratos reales a favor de terceros.	§ 51 n. m. 29
BGH NJW 1991, 2955	Cesión de los créditos por honorarios médicos.	§ 52 n. m. 12
BGHZ 30, 238; BGH NJW 1995, 1668	Cesión de créditos futuros.	§ 52 n. m. 17, 19
BGH NJW 2009, 438	Efectos del § 354a HGB.	§ 52 n. m. 29
BGH NJW 1986, 919	El caso del comercio de pieles.	§ 52 n. m. 38
RGZ 90, 273	Documento de cesión.	§ 52 n. m. 43
BGHZ 137, 212	Cesión global.	§ 52 n. m. 68
BGH NJW 2012, 1718	Asunción fallida del contrato.	§ 53 n. m. 20
BGH NJW 2010, 861	Libertad de elección del acreedor en el § 421.	§ 54 n. m. 18
BGHZ 43, 227; 51, 275	Constructor y arquitecto como deudores solidarios.	§ 54 n. m. 21 s.
BGH NJW 2012, 1071	Efecto de la condonación en caso de deuda solidaria.	§ 54 n. m. 25
BGH NJW 2010, 60; 2010, 62	Compensación entre deudores solidarios.	§ 54 n. m. 28 s.
BGH NJW 2010, 868	Disposición en contrario.	§ 54 n. m. 30
BGHZ 103, 338	El caso de la zona infantil de juegos.	§ 52 n. m. 33
OLG Hamm VersR 1998, 328	El caso de la reunión de empresa.	§ 54 n. m. 39

La Ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el uno de enero de 2002, ha modificado de manera fundamental la estructura del Derecho alemán de obligaciones. La rápida entrada en vigor de la Ley, cuya versión definitiva no se decidió hasta finales de septiembre de 2001, ha planteado grandes desafíos no solo a la práctica sino también a la doctrina. Esto es especialmente aplicable a la cuestión de cómo se puede transmitir mejor el nuevo Derecho de manera didáctica.

La presente obra se basa en las clases magistrales del autor sobre Derecho general de obligaciones que impartió en el semestre de invierno de 2001/2002 en la Universidad de Düsseldorf. Como se dirige (también) a los estudiantes que no están familiarizados con el antiguo Derecho, se ha renunciado deliberadamente a las comparaciones detalladas. Antes bien, la situación jurídica anterior solo se trata en la medida en que ello sea absolutamente necesario para comprender el nuevo Derecho.

El libro contiene numerosos ejemplos, que mayoritariamente se han tomado de la jurisprudencia. De este modo, se trata de dejar clara al lector la forma en que los problemas debatidos pueden ser relevantes al resolver los casos. Ciertamente es que las correspondientes sentencias se emitieron sobre la base del antiguo Derecho. Sin embargo, las sugerencias de solución se ajustan, por supuesto, a la situación jurídica actual en Alemania (del prólogo a la primera edición, 2003).

Dirk Looschelders

Es un jurista alemán. Looschelders estudió derecho en la Universidad de Mannheim. En 1990 aprobó el examen de evaluador y se convirtió en asistente de investigación en la Universidad de Mannheim. En 1995 se doctoró y en 1998 se graduó como profesor en Mannheim. En 1999 obtuvo una cátedra en Heidelberg, y en ese año se le ofreció una cátedra en Düsseldorf. Desde 1999 ha desempeñado la docencia sobre derecho civil, derecho de seguros, derecho internacional privado, derecho comparado y sobre la teoría del derecho en la Universidad de Düsseldorf.

Esther Gómez Calle es catedrática de derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Es miembro del Consejo Asesor del Anuario de Derecho Civil y de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC). Ha realizado la traducción de la 17ª edición de esta obra.