

## Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1984

Por el Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS y el Dr. DIRK LANGNER  
(Frankfurt)

Para la República Federal alemana y desde el punto de vista legislativo, ha sido el año 1984, a semejanza del anterior, un período relativamente tranquilo en lo que al Derecho civil se refiere. Sólo es digna de mención la regulación del divorcio, que es permanente objeto de controversia y respecto a la cual existe un Anteproyecto ministerial para la modificación de las pensiones entre cónyuges divorciados. Debido a esta ausencia de novedades legislativas, será también este año la Jurisprudencia el objeto de nuestro informe.

### I

Antes de introducirnos en la Jurisprudencia de los tribunales alemanes, hay que llamar la atención sobre dos sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, referidas a los derechos civil y laboral alemanes. Constituyen estas decisiones un oportuno comienzo para esta crónica dada la reciente integración española en la Comunidad Económica Europea y la posibilidad, a ello unida, de que se planteen en España situaciones semejantes.

Ambas sentencias (*Neue Juristische Wochenschrift*, en adelante *NJW*, 1984, 2021; *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, *EuGRZ*, 1984, 217; *Der Betrieb*, *DB*, 1984, 1042) se refieren a la indemnización que debe pagar un empresario que se niega a emplear a un trabajador sólo por razones de sexo. En esta materia existe una Directiva de la C. E. E., aplicación concreta de la prohibición de discriminación, que establece la equiparación entre hombres y mujeres no sólo respecto al salario sino también al acceso al puesto de trabajo. En aplicación de esta Directiva fue introducido en el *BGB* el parágrafo 611a cuyo párrafo segundo establece la obligación por parte del empleador de indemnizar al trabajador si éste no obtiene el puesto solicitado por haberse violado la prohibición de discriminación. Según la opinión mayoritaria esta in-

demnización se limita al interés negativo, esto es, los gastos que el trabajador ha realizado para hacer la solicitud, por ejemplo: tarifas de correo, copias de certificados, etc... Esta limitación se desprende del tenor del párrafo 611a y es acorde con los principios que rigen la reparación de daños.

En los casos resueltos por el Tribunal Europeo, las mujeres, cuyo empleo había sido rechazado por el empresario alegando la preferencia por hombres, habían solicitado una reparación más elevada. El tribunal resolvió que la Directiva de la C. E. E. exigía que en el Derecho de cada país se estableciera una indemnización efectiva y eficaz que no fuera simplemente simbólica; de acuerdo a este criterio los tribunales laborales alemanes terminaron por conceder a las mujeres afectadas no sólo una compensación de gastos sino una cantidad correspondiente a seis meses de sueldo.

## II

El tema de la pensión entre cónyuges divorciados y la problemática planteada en torno a ella por la reforma de 1976 —de ello informamos ya en la crónica correspondiente al año 1983, ADC 1984, 1.053 ss.— continúa siendo objeto de atención por parte de los tribunales. En este sentido destaca una decisión del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre dos familias, la primera y la segunda, respecto a los alimentos. La cuestión planteada en un principio era cómo deben dividirse los ingresos de una persona, cuya cuantía, tras pagar la pensión establecida por los tribunales a su primera esposa, no bastaba para atender a la segunda familia en igual medida.

La concurrencia entre las reclamaciones de alimentos de un cónyuge divorciado y uno nuevo está expresamente regulada en el párrafo 1.582 BGB. Aquí se establece la preferencia del primero en una serie de supuestos y en concreto cuando por el cuidado de los hijos comunes, situación que se producía en este caso, no puede ejercer una actividad laboral.

Cuando se pretendió que se rebajara la pensión correspondiente a la primera esposa, el Oberlandesgericht —OLG— (Tribunal Regional Superior) no pudo acceder a ello dado el tenor del párrafo 1582, pero remitió el caso al Tribunal Constitucional para que examinara la constitucionalidad de tal precepto. El OLG consideraba que lo más justo hubiera sido la distribución por partes iguales de los ingresos entre ambas familias, máxime cuando la segunda esposa se dedicaba también exclusivamente al cuidado de los hijos, y que el párrafo 1582 podía atentar contra el principio de protección a la familia establecido en el artículo 6 de la Constitución. Estas dudas no fueron compartidas por el Tribunal Constitucional que consideró el párrafo en cuestión de acuerdo a la Ley Fundamental y, entre otros, utilizó el argumento de que

la segunda esposa conocía el primer matrimonio y podía, por lo tanto, haber previsto las consecuencias que ello podía acarrear al suyo propio.

### III

Centrémonos ahora en la Jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo, en adelante BGH). Este tuvo oportunidad en la sentencia de 7-6-1984 (NJW 1984, 2279) de dar respuesta a una cuestión de Teoría general largamente discutida en la literatura jurídica. El extremo a decidir era qué elementos debe contener una declaración de voluntad para ser jurídicamente vinculante. La parte demandada, una caja de ahorros, había manifestado a la demandante, una empresa, la asunción para un cliente de esta empresa de una fianza sin beneficio de excusión; en la determinación de los hechos, sin embargo, se puso de manifiesto que el escrito enviado por la entidad de ahorro era una simple comunicación y no se trataba de una declaración jurídicamente vinculante. La vinculabilidad de una declaración se determina según una valoración objetiva, esto es, tal y como el destinatario de la misma debería haberla entendido y en este caso resultaba evidente que la empresa demandante podía entender la comunicación como aceptación de la fianza.

Una gran parte de la doctrina mantiene sin embargo que la «conciencia respecto a la declaración» —conciencia del declarante de haber emitido una declaración jurídicamente vinculante— es un requisito constitutivo de la misma y cuya ausencia provoca su nulidad. Según esta interpretación la declaración hubiera sido nula de pleno derecho, pues quien la emitió no deseaba vincularse jurídicamente y sólo existiría para el declarante una responsabilidad por *culpa in contrahendo* o por analogía con el parágrafo 122 BGB (este precepto establece una obligación de indemnizar a cargo de quien ha realizado una declaración de voluntad que, de acuerdo a determinadas disposiciones legales, bien resulta nula o bien es anulada con posterioridad; al destinatario de dicha declaración le deben ser compensados los daños sufridos por haber confiado en la validez de la misma).

El BGH, en contra de la opinión mayoritaria en la doctrina, consideró que la declaración emitida era válida a pesar de no existir tal conciencia en quien la emitió, si el destinatario así lo podía entender. Esta declaración podría haber sido anulada por error en base al parágrafo 119 BGB (quien al hacer una declaración ha errado en el contenido o no ha querido de ningún modo hacerla con tal contenido, puede en base a esta disposición proceder a su anulación), estando en ese caso obligado a una indemnización de acuerdo al parágrafo 122, pero el demandado quedó obligado a afianzar puesto que había pasado el plazo de anulación.

## IV

La segunda sentencia del BGH que presentamos en este informe está en relación con la problemática derivada del parágrafo 253 BGB, que establece la no indemnizabilidad de los daños no patrimoniales excepto en los casos establecidos por la ley. A la decisión del tribunal se sometió la patrimonialidad o no del uso de una embarcación deportiva que, debido a un accidente, no pudo ser utilizada durante un largo período de tiempo por su propietario. Por tal motivo, y en base al parágrafo 253, sólo podría concederse una indemnización si la imposibilidad de uso representa, según el criterio del tráfico jurídico, una pérdida patrimonial.

En este caso (sentencia de 15-11-1983; DB 1984, 291), al igual que en BGHZ 76, 179 y 86, 128 donde los bienes eran respectivamente una piscina privada y un vehículo vivienda, la respuesta fue negativa y no se concedió la reparación. Esta se obtuvo, sin embargo, en otras ocasiones y en concreto cuando el bien fuera de uso era un automóvil porque se consideró que de aquí sí se derivaban desventajas económicas.

## V

En la sentencia de 10-7-84 (NJW 1984, 2282) el BGH se ocupó de un tema de extensión de daños, curioso por lo poco frecuente. El conflicto se planteó por la destrucción de una embarcación en miniatura, capaz de navegar y dotada de un complicado sistema electrónico en cuya realización se habían invertido varios años. Los extremos a decidir por el tribunal eran si al demandante debía reponérsele el objeto en buen estado o bien indemnizársele en dinero, planteándose en este caso la cuestión del montante de la indemnización.

Como el barco había sido totalmente destruido, el tribunal de apelación (OLG) optó por una reparación pecuniaria que se extendía —y aquí se plantea el punto conflictivo— solamente al coste de los materiales utilizados, ya que al tratarse de un modelo único no existía respecto al mismo un valor de mercado. De este modo se concedía una reparación muy por debajo de la que se hubiera obtenido si se hubiera tratado de la destrucción de un modelo convencional.

El BGH no compartió el criterio de la instancia de apelación y devolvió el asunto a la misma, considerando que la reparación concedida era demasiado reducida y que resultaba posible calcular un valor en dinero por comparación con otros objetos similares que poseyeran un valor de mercado.

## VI

La normativa sobre el contrato de viaje —una materia que indirectamente puede afectar a empresas españolas— ha tenido en la República Federal alemana en los últimos años un enorme desarrollo debido a la aparición del fenómeno del turismo en masa.

En un principio el contrato de viaje no era objeto de regulación legal específica y se consideraba como un contrato de arrendamiento de obra. La Jurisprudencia, sin embargo, alejó progresivamente el derecho de viajes de su primitiva configuración, atribuyéndole una serie de rasgos peculiares, culminando este proceso con la introducción —mediante la Ley de 4-5-1979— de los parágrafos 651 a-k BGB donde se regula el contrato de viaje.

Según los parágrafos citados, sólo existe un contrato de viaje si el objeto del mismo es un conjunto de prestaciones (se trata de prestaciones aisladas que se ofrecen unidas por un agente) y quien las proporciona no actúa como un simple mediador sino que se responsabiliza del cumplimiento de los servicios ofrecidos. Debido a la primera característica resulta muy conflictiva la calificación jurídica de servicios únicos que a menudo realizan agencias, como por ejemplo el alquiler de un apartamento.

La dificultad señalada se puso de manifiesto en sentencia del BGH de 17-1-1985 (Wertpapier-Mitteilungen, WM en adelante, 1985, 319). El demandante había alquilado, mediante una agencia que se dedica a tal actividad, una casa de vacaciones elegida en un catálogo proporcionado por dicha agencia; en las condiciones generales del agente él figuraba simplemente como intermediario y tal condición aduce cuando el cliente, ante las muchas insuficiencias del alojamiento, abandona el mismo y pretende una amplia reparación que comprendía incluso una indemnización por el tiempo de vacaciones empleado sin utilidad (extremo este reconocido para el contrato de viaje en el parágrafo 651f).

Ciertamente si la «cláusula de mediación» es válida, el agente sólo respondería en caso de incumplimiento de su función como intermediario, pero no por los defectos en el bien o servicio proporcionado. El BGH, sin embargo, a pesar de decir expresamente que el caso en cuestión no era un contrato de viaje, consideró aplicable al mismo el parágrafo 651a II que establece la invalidez de la cláusula de mediación cuando de acuerdo a las circunstancias se haya creado la apariencia de que el agente asume la responsabilidad de los servicios previstos contractualmente. De este modo y dado que la agencia tenía larga experiencia y utilizaba un amplio y detallado catálogo, se entendió que dentro de su «cumplimiento» debía considerarse incluida la consecución de una vivienda libre de defectos.

Igualmente, y habida cuenta de la similitud de este contrato

con el viaje, entendió el BGH aplicable el párrafo 651f II, concediendo de esta manera una indemnización por los días de vacaciones invertidos en balde.

Llama la atención, y este es precisamente uno de los aspectos más destacados de la sentencia, como por vía analógica se ha ampliado la esfera de aplicación de la normativa sobre el contrato de viaje; de esta manera se intensifica la responsabilidad del agente en supuestos de prestación de servicios aislados que en principio no encajan en el tipo del párrafo 651a I. Para justificar la aplicación extensiva de la disciplina del contrato de viaje, señala el tribunal que la característica fundamental de tal contrato no es en realidad la prestación conjunta de distintos servicios sino la responsabilidad del agente por los servicios que proporciona, nota esta que le diferencia del contrato de mediación.

El tema de la reparación por los días de vacaciones frustrados ha sido muy controvertido tanto respecto a su fundamento como a sus ámbitos personal y temporal. Antes de la introducción del párrafo 651f II, tales daños se consideraban patrimoniales —salvando de esta forma la limitación que podía suponer el párrafo 253—; por ello se reconocían en caso de trabajadores o de personas que se dedicaban a las labores del hogar, para las cuales las vacaciones significaban algo así como una «recuperación de las energías para el trabajo» (trabajo que igualmente era valorable patrimonialmente). Posteriormente, y con apoyo en el 651f II —que puede verse como una excepción legal al párrafo 253—, el BGH extendió las posibilidades de indemnización a personas no empleadas, por ejemplo estudiantes y jubilados (BGHZ 85, 168ss = WM 1982, 1406).

Un último aspecto sobre el que hay criterios dispares es el del ámbito temporal al que la reclamación se debe referir, esto es, si son días frustrados sólo los transcurridos en un lugar de vacaciones que no cumple los requisitos establecidos o también los que transcurren en su casa si el viajero ha vuelto o incluso no ha podido partir porque, por ejemplo, las reservas de avión no se han hecho. Frente a una primera jurisprudencia de los tribunales de primera instancia (Amtsgericht), que tan pronto afirmaban como negaban tal cuestión, el BGH ha adoptado un criterio más flexible (BGHZ 77, 116, 122; 85, 168, 173) que exige que el período de vacaciones sea inaplazable y que con las mismas se persiga un fin «relevante». Así en el caso resuelto por la sentencia de 16-1-1985, se consideró que el que la demandante no pudiera estar durante las vacaciones con una antigua amiga era motivo suficiente para considerar las mismas frustradas.

Otra decisión relacionada con estas cuestiones es la del BGH NJW 1985, 132 ss. El tema planteado era si la reclamación de daños por tiempo de vacaciones frustrado requiere que, previamente, se haya avisado a tiempo de los defectos de la prestación (párrafo 651d II) o exigido, sin resultado, que los inconvenientes

se subsanaran (parágrafos 651c II y 651e II). Como tales requisitos sólo son establecidos legalmente para la disminución o cambio de la prestación, la doctrina opina mayoritariamente que no son necesarios para la reclamación de daños. Sin embargo el BGH exige que el viajero comunique, en el mismo lugar, el defecto al agente, para de este modo darle oportunidad de prestar correctamente su servicio; si esta comunicación no es realizada, se pierde el derecho a reparación a no ser que el defecto sea irreparable o el viajero no pueda ponerse en contacto con la agencia, por ejemplo, porque en el lugar de vacaciones ésta no tiene ningún representante. Además de este aviso, es necesario que en el plazo de un mes tras el término del viaje se presente una reclamación a la agencia (parágrafo 651g) y esto dio lugar a la controversia que resuelve la decisión BGH NJW 1984, 1752 ss. El demandante había dado, de viva voz, un aviso debido a los múltiples defectos encontrados en su alojamiento en Fuerteventura y al finalizar sus vacaciones escribió a la compañía reclamando una indemnización. La demandada, por su parte, adujo una cláusula del contrato por la cual en caso de defectos en el servicio éstos debían especificarse convenientemente por escrito, requisito que no se había cumplido puesto que en la comunicación escrita el demandante se remitía a lo ya expuesto oralmente. La cláusula fue declarada nula por el BGH en base al parágrafo 134 BGB (que establece la nulidad de los actos jurídicos que contravengan una prohibición legal) pues estimó que la misma contravenía el parágrafo 651k según el cual de la aplicación de las normas contenidas en los parágrafos 651a-k no pueden derivarse desventajas para los viajeros, y el hecho de exigir una forma escrita no requerida por la ley fue considerado desventajoso.

En la literatura jurídica había sido discutido si el usuario debe en su reclamación volver a especificar los defectos, extremo ante el cual el BGH se pronuncia negativamente. El sentido de tal reclamación es facilitar a la agencia la comprobación de la pertinencia de la misma, pero para ello se puede servir de su personal en el lugar donde se ha prestado el servicio, quienes ya deben conocer los motivos de descontento del cliente.

## VII

La diferencia entre el «aliud» y el «peius» fue el tema tratado por la sentencia BGH NJW 1984, 1955 ss. Al demandante le fueron entregados unos tubos de calefacción que no eran adecuados para agua caliente, sino para fría, y como había transcurrido el plazo de seis meses establecido para la reclamación por vicios de la compraventa (parágrafo 477 BGB), adujo que se trataba de la entrega de una cosa distinta para así poder acogerse al de treinta años establecido en el parágrafo 195 BGB.

El OLG dio la razón al demandante considerando que la entrega

de tubos para agua fría, cuando éstos se necesitaban para agua caliente, constituía un «aliud». El BGH mantuvo un criterio diferente; según éste, sólo se produce la entrega de algo distinto cuando esto se aleja en su sustancia de lo debido, y el que la calidad del material utilizado impida su uso en agua caliente no justifica que se considere un «aliud».

## VIII

En la cuestión de la garantía por vicios en la compraventa de coches usados, los criterios utilizados con anterioridad por el BGH, se han visto confirmados por dos sentencias de este tribunal sobre el tema.

En la primera de las decisiones (BGH WM 1984, 534) se mantiene la línea jurisprudencial según la cual también un vendedor privado —al igual que el profesional— puede establecer válidamente una exclusión de responsabilidad por vicios (ver BGHZ 74, 383, 386 ss.; BGH WM 1981, 323, 325; BGH WM 1982, 1382). Tal exclusión abarca también los vicios de entidad, entendiendo por tales los que impiden la consecución del permiso oficial de circulación para el vehículo. Igualmente se rechaza, por imperativos de seguridad jurídica, el que la exclusión total de responsabilidad que se ha establecido pueda ser limitada mediante una interpretación posterior.

En el caso en cuestión, se había adquirido un coche usado que poco después queda inutilizable porque su parte inferior estaba totalmente oxidada. El OLG había pretendido interpretar el contrato de forma que la exclusión de responsabilidad en él establecida no afectara a los defectos que impiden el uso del vehículo, pero el BGH, en contra de tal opinión, entendió que la voluntad del vendedor cuando realizó el contrato era la de no responsabilizarse en ningún caso. Además, las causas de los defectos importantes en mecanismos complicados, como pueden ser los de un vehículo, no siempre pueden ser detectados por el vendedor, por lo que también es válida la exclusión de responsabilidad en caso de vicios graves.

La otra sentencia sobre vicios en la compraventa de coches usados y en concreto, por la falta de cualidades aseguradas es la del BGH de 22-2-1984 (BGH WM 1984, 535). En aquella ocasión se había especificado en el contrato que el vehículo había recorrido 27.600 kms., pero más tarde se puso de manifiesto que, aunque la distancia señalada correspondía a la realidad, el motor, debido a la forma de conducir del anterior dueño, se hallaba en un estado equivalente a un uso de 70.000 kms. Por esta razón era necesaria una reparación del motor y el tribunal debía decidir sobre si, con el dato de los kilómetros recorridos, había de entenderse asegurado un desgaste que correspondiera a tal distancia.

A pesar de que en una sentencia anterior el BGH había considerado que la declaración de un vendedor profesional de coches usados sobre la distancia recorrida por un vehículo, suponía asegurar que el desgaste del coche estaba en concordancia con la misma, en este caso se mantuvo una opinión contraria. Fundamento de la decisión fue que un particular, debido a su falta de conocimientos técnicos, sólo puede asegurar la distancia recorrida pero no cómo ha afectado la misma al motor.

## IX

En los últimos años es muy frecuente que varias personas que no constituyen una familia vivan conjuntamente en una vivienda. Este fenómeno ha hecho que se planteen numerosos casos ante los tribunales y buen ejemplo de ello es la sentencia del BGH de 3-10-1984 (NJW 1985, 130). Los hechos eran los siguientes: un estudiante había alquilado una vivienda que, con posterioridad, pretendió compartir con otras personas y como éstas no podían considerarse su familia, tal hecho suponía un subarriendo. De acuerdo al parágrafo 549 I, éste sólo puede realizarse con consentimiento del arrendador; pero tal permiso puede reclamarse, según el parágrafo 549 II, si el arrendatario tiene en ello un interés justificado. Se trataba por lo tanto de comprobar si tal interés existía. El BGH estimó que el asunto debía analizarse tanto desde la perspectiva del derecho vigente como del orden social, y a éste corresponde que el arrendatario pueda desarrollar libremente su vida privada y por lo tanto vivir con otras personas. Por la misma razón, hoy sería insostenible la opinión de que la convivencia de personas no casadas de igual o distinto sexo atenta contra la moral. De este modo se considera fundada la pretensión del arrendatario de vivir con otras personas y obtener para ello el permiso del arrendador. El BGH sólo establece limitaciones si se pretende introducir a personas extrañas poco después de la realización del contrato de alquiler, porque ello permite presumir que el arrendatario buscaba de este modo evitar la oposición del dueño. Los intereses de éste están salvaguardados por el parágrafo 549 II que establece la posibilidad de rechazar a una persona por causa justificada.

## X

La última sentencia de esta crónica es la del BGH de 17-4-1984 (Juristenzeitung, JZ 1984, 940). En ella el BGH analizó con detenimiento el derecho de libre expresión de las ideas. En un calendario para no fumadores se había incluido un cartel, que era una «adaptación» de un anuncio de la marca «Malboro», para un

concurso. En el calendario podía leerse: ¡Gran poker Mordoro! (1) primer premio: úlcera de estómago; segundo premio: infarto; tercer premio: cáncer de pulmón.

El tribunal debía decidir si la empresa productora de los cigarrros podía solicitar que cesara la distribución de los calendarios. No eran aplicables al caso las normativas sobre marcas, competencia desleal o derecho al nombre porque la distribución de los calendarios no suponía competencia alguna ni pretendía inducir a error. Sólo era posible reclamar el cese de la distribución, análogamente a lo establecido en el párrafo 1004 BGB, en base al párrafo 823 BGB. Este precepto establece la obligación de indemnizar por actos ilícitos extracontractuales; sin embargo y a diferencia del artículo 1.902 C. c., sólo cabe reclamación cuando se violan determinados bienes jurídicos. Estos están en parte establecidos en el mismo párrafo 823, pero también su número ha sido ampliado por la Jursprudencia a lo largo del tiempo. A estos últimos corresponde el ejercicio de una industria establecida y en funcionamiento, bien jurídico que podía resultar afectado por el calendario en cuestión. En colisión estaban, por lo tanto, este bien jurídico y el derecho de libertad de expresión garantizado por el artículo 5 de la Constitución. El BGH dio preferencia al derecho fundamental y, en base a ello, rechazó la pretensión de la empresa demandante.

Traducción de CLARA ISABEL ASÚA  
Facultad de Derecho de San Sebastián

---

(1) Con «Mordoro» se alude a la palabra alemana «Mord», que significa asesinato.