

Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)
de 8 de diciembre de 1987. Restitución «in natura».
Reparación pecuniaria. Aplicación de los párrafos 249
y 251 del BGB (*)

Por K. J. ALBIEZ DOHRMANN

SUMARIO.—I. Introducción.—II. Antecedentes de hecho.—III. Cuestiones litigiosas.—IV. Aplicación de los párrafos 249 y 251 del BGB.—V. Destrucción de una casa-vivienda por un incendio: valoración del daño.—VI. Otras consideraciones.—VII. Conclusión final.

I

Iniciamos nuestra andadura en el *Anuario de Derecho Civil* con un comentario sobre una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 8 de diciembre de 1987, que gira básicamente sobre la determinación de la reparación del daño patrimonial. El que hayamos elegido esta sentencia se debe fundamentalmente a su análisis exhaustivo, que puede calificarse de ejemplar, de cómo debe procederse en la determinación de la reparación del daño causado a un bien inmueble cuando la restitución «in natura» es prácticamente imposible. Tan acostumbrados al criterio jurisprudencial del principio de equidad como presupuesto determinante para compensar económicamente al perjudicado, esta sentencia nos invita a reflexionar en torno al contenido de la reparación del daño cuando no es factible la restitución de la cosa u objeto destruido, porque si bien hay que estar a lo que reclama el perjudicado, a los informes periciales, al mismo daño que debe ser reparado, los tribunales tienen el deber de aproximarse lo más exactamente posible a cuál es la cuantía a indemnizar cuando la reparación material ya no es posible. Debe prevalecer en estos casos —

(*) Publicado en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*, Tomo 102, pp. 323-332

como parece ser el «leitmotiv» de esta sentencia— el interés económico sobre cualquier construcción jurídico-dogmática si la finalidad de toda reparación-indemnización consiste en satisfacer plenamente al que sufre un daño, especialmente cuando este daño es patrimonial, el cual, por sus connotaciones esencialmente materiales, es susceptible casi siempre de una valoración económica objetiva.

II

El origen del pleito, que culmina finalmente en un recurso interpuesto por la parte actora ante el Tribunal Supremo Federal alemán, tiene su origen en los siguientes hechos: el 13 de enero de 1985, a causa de las bajas temperaturas, el depósito de gasolina de un coche quedó obstruido, por lo cual, uno de los demandados, propietario del automóvil, colocó un radiador eléctrico, con el fin de que más tarde estuviera a disposición aquél, abandonando poco después el garaje, junto con su amiga, la cual tenía en arrendamiento una vivienda y el garaje en la casa que unas horas después fue destruida en gran parte por un incendio, provocado por la explosión del depósito de gasolina.

En esta tesitura, la responsabilidad de los demandados no fue objeto de especial debate, por cuanto que era evidente su culpabilidad, aunque ellos también alegaron una posible corresponsabilidad del actor. El tema central de la *litis* versó sobre la cuantía de la reparación, de cuya cantidad total se dedujo en primera instancia el 10 por 100 en razón de la antigüedad del edificio, previa tasación de la entidad aseguradora, porcentaje que se aumentó en un 35 por 100 según estimación del Tribunal de Apelación, basándose ambas instancias en la frase segunda del párrafo 249 del BGB como fundamento jurídico de la pretensión del actor a obtener la reparación del daño causado por el incendio, criterio que, sin embargo, no fue compartido por el Tribunal Supremo Federal alemán, el cual en su sentencia argumentó que no era de aplicación aquel precepto, debiendo, en todo caso, prevalecer el párrafo 251, apartado primero, del mismo cuerpo legal, no estimando tampoco correcto el camino seguido para la fijación de la cuantía de la reparación, y también consideró que hubo infracción de los principios básicos que rigen en materia de valoración del daño.

III

Tres son las cuestiones objeto de debate en esta sentencia: a) aplicación correcta de los párrafos correspondientes del Código civil alemán en materia de reparación del daño, en concreto aquellos refe-

ridos expresamente a la reclamación de reparación; b) ¿cabe la restitución «in natura» cuando el objeto dañado es una casa destruida en gran parte por un incendio?, y c) los criterios a tener en cuenta para valorar lo más exactamente posible el daño producido para poder satisfacer así plenamente el derecho del perjudicado a ser reparado. Evidentemente, las cuestiones litigiosas que mayor interés nos ofrecen son las apuntadas en los apartados b) y c), ya que la primera, a falta de unas normas equivalentes en nuestro Derecho, se reduce a un problema de aplicación de Derecho interno, no extrapolable al Derecho español, aunque, no obstante, deba tratarse mínimamente por su incidencia directa en las restantes cuestiones debatidas.

IV

La aplicación del parágrafo 249, frase segunda, del BGB, que dispone que «si ha de prestarse indemnización de daños a causa de la lesión a una persona o por el deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir en lugar de la reposición la suma de dinero necesaria para ella», presupone el ejercicio alternativo de una acción por parte del perjudicado, en este caso, la de obtener la reparación pecuniaria en vez de la reposición. Pero para ello, como señala el Tribunal Supremo Federal alemán, es necesario que sea posible efectivamente la restitución «in natura», presupuesto ineludible tanto para la aplicación de la frase segunda como de la primera del parágrafo 249, la cual a su vez dispone que «quien está obligado a la indemnización de daños ha de reponer el estado que existiría si la circunstancia que obliga a la indemnización no se hubiera producido». Según el tenor literal y la finalidad normativa de este parágrafo debe existir siempre la posibilidad de una reposición, lo que significa volver a la misma situación como si no hubiera tenido lugar la destrucción o el deterioro del objeto cuya reparación ahora se reclama (en este sentido también las sentencias BGHZ 66, 239, 241; 81, 385, 388; 92, 85, 8). Si esto no es factible, el perjudicado sólo puede exigir, en vez de la reposición, la restitución de su valor conforme al apartado primero del parágrafo 251 del BGB «siempre que la reposición no sea posible o no sea suficiente para la indemnización del acreedor», de lo que se deduce, en concordancia con el otro parágrafo citado, que ante tal supuesto el perjudicado está imposibilitado de ejercer alternativamente una u otra acción —de reposición o indemnizatoria—, quedando reducida su pretensión a poder reclamar exclusivamente una compensación económica o pecuniaria, por que así lo ha querido el legislador alemán para proteger el causante del daño cuando la reparación para él puede resultar excesivamente onerosa.

Debe distinguirse, según el Tribunal Supremo Federal alemán entre el interés de mantenimiento («Erhaltungsinteress») y el interés de

valor («Wertinteress») que puede perseguir, según los casos, el perjudicado cuando pretende la reparación del daño. Por ello, el Código civil alemán ofrece a todo perjudicado la posibilidad de optar por defender uno u otro interés, con la interposición, bien de una acción de reposición, o bien de una acción indemnizatoria. Pero esta facultad alternativa que tiene todo perjudicado, desaparece cuando la reparación material es imposible o puede resultar especialmente gravosa para quien tiene el deber de reparación. Como dice este Tribunal, «las frases primera y segunda del párrafo 249 están sometidas a los límites del apartado primero del párrafo 251» (así también BGHZ 63, 295-297). En definitiva, una reposición en el sentido de aquel párrafo fracasa desde el momento que se está ante un objeto totalmente destruido, o cuando la reposición prácticamente es imposible (véase la sentencia BGHZ 92, 85, 87 y ss., publicada en JZ 1985, 39, con observaciones de Medicus, página 42 y recensión de Schmidt JuS 1986, páginas 517 y 520). Sin embargo, el Tribunal de Apelación («Berufungsgericht») partió de la posibilidad de una reparación de la casa destruida por el incendio, criterio no compartido por el Tribunal Superior. Aunque es cierto que las partes en litigio consideran que no se está ante una destrucción total, y también el informe pericial defiende que desde el punto de vista técnico cabe la reparación y el saneamiento de la casa, siendo incluso posible la utilización de algunos elementos del edificio; pero también se deduce de las actuaciones procesales que una reparación de la envergadura que requiere en el presente caso la reconstrucción de la casa, tendría como resultado un coste sustancialmente más elevado que el de un edificio nuevo. Es por ello, por lo que el Tribunal Supremo Federal alemán considera de aplicación más correcta la invocación del apartado primero del párrafo 251 del BGB.

Ahondando aún más en el significado y alcance de la restitución «in natura» cuando la destrucción de la casa es total, para valorar adecuadamente la reparación, en opinión de este Tribunal, no basta con tener en cuenta el valor de la casa, sino el valor del inmueble en su conjunto («Hausgrundstück»), porque sólo de esta manera se posibilita realmente la reparación («Ausbesserung»).

V

Lo que realmente preocupa al Tribunal Supremo Federal alemán —de ahí su extenso análisis reflexivo— es el alcance que se debe dar a la reparación cuando ésta consiste en una compensación económica que tiene por objeto satisfacer la restitución de un edificio cuya (re) construcción, si no resulta imposible, sí puede resultar excesivamente costosa. Toda la sentencia gira alrededor de la necesidad de una compensación económica a favor del perjudicado, pero cuya determina-

ción debe partir de unos presupuestos, que obviamente dependen de cada caso concreto, también cuando la reparación consiste en la construcción (reconstrucción) de un edificio.

No es suficiente con efectuar sólo una valoración de la casa, tampoco puede considerarse como idóneo el tener en cuenta la antigüedad del edificio (deducción del 10 o del 35 por 100, según las primeras instancias), sino que habrá que estar también al perjuicio real que se haya causado al inmueble en su conjunto, máxime cuando en los tiempos actuales existe una visión predominantemente económica del Derecho de daños, por lo que debe tenerse en cuenta tanto el valor de la casa como el valor del terreno en que está ubicada, que como factores de valor se influyen mutuamente, lo que permite una valoración global del edificio destruido. Ejemplar es, en este sentido, la sentencia de 13 de mayo de 1975, que, además de tener en cuenta la destrucción de un árbol, para una exacta valoración del perjuicio causado, estima los daños que se han causado al terreno por la desaparición de aquél; también la sentencia de 19 de marzo de 1964 considera que con la desaparición de un pinar nórdico a causa de un incendio se ha producido igualmente un daño al mismo terreno en el que está plantado; y, por último, es criterio de la sentencia de 27 de mayo de 1985 de que no existe perjuicio total cuando el daño no afecta al conjunto de la instalación y es posible la reparación por separado del extractor de aire.

¿En qué medida cabe establecer una relación de identidad entre el edificio antiguo destruido y el edificio nuevo, tanto cuando se pretende la reconstrucción como la reparación? Relación de identidad que, sin embargo, es necesaria para que la restitución sea factible y pueda ser compensado económicamente el perjudicado si se opta por una reparación pecuniaria al amparo del parágrafo 249 del BGB. Al menos desde un punto de vista constructivo-técnico y económico-funcional, difícilmente puede crearse una situación idéntica a la anterior. Especialmente cuando se trata de la reconstrucción de un edificio o construcción de un edificio nuevo, al interés del perjudicado de obtener una reparación total se le debe atribuir un valor alto para que de esta manera las posibilidades de una reparación no sean excesivamente limitadas. Con frecuencia, no supone al perjudicado una compensación económica plena cuando con la restitución del valor se le facilita solamente la adquisición de un nuevo terreno ya edificado o de un terreno a construir en un entorno y población parecida. Más bien en el marco del parágrafo 249 del BGB su interés de ser BGB su interés de ser reparado abarcará también valores ideales, como el poder utilizar de nuevo una casa-vivienda equivalente a la destruida, además en la misma población. Su interés de mantenimiento («Erhaltungsinteress») no será satisfecho plenamente, por el contrario, se recorta, si con base al parágrafo 249 del BGB se le concede la posibilidad de obtener la reparación del estado de la casa-vivienda

existente con anterioridad al incendio, lo que supone lógicamente en el marco de la restitución «in natura» una identidad total entre el edificio antiguo y el edificio reconstruido. Para el Tribunal Supremo Federal alemán es evidente que la «sustitución de viejo por nuevo» («neu für alt») no tiene por qué satisfacer plenamente el interés de mantenimiento del perjudicado. No es suficiente con que se tenga en cuenta la antigüedad del edificio. Y no se puede ignorar que desde entonces los materiales a emplear en la construcción han variado considerablemente, como también se han modificado las normas administrativas para la edificación y los criterios a seguir en la estática. Por el contrario, en tales casos por norma general sería posible una restitución, criterio no compartido, sin embargo, por la literatura jurídica más antigua, si la reparación o (re) construcción del objeto sólo es factible mediante el incremento de valor en comparación con el estado en que se encontraba el objeto con anterioridad al suceso que originó la destrucción total o parcial. Pero esto no significa que el propietario de una casa muy antigua, y, por tanto, de poco valor, pueda exigir conforme al citado párrafo del causante del daño la (re) construcción de un edificio nuevo o el pago de los costes de la obra con base a la sola imputación del crecimiento de valor que siempre se produce. Supóngase, por ejemplo, que el edificio destruido se caracterizaba por un estilo muy determinado de otra época, o que por las disposiciones administrativas de la construcción en su lugar sólo es posible la construcción de un edificio de líneas y fachada exterior concreta, y si ello tiene como resultado que el edificio nuevo en comparación con la casa destruida constituye un «aliud», incluso haciendo una valoración global desde el punto de vista constructivo-técnico y funcional-económico, entonces desde una perspectiva económica no cabe propiamente la restitución del objeto en su estado anterior. En un caso como éste, el perjudicado no puede reclamar los costes de un edificio nuevo, aun cuando tenga en cuenta la deducción «nuevo por antiguo». En semejante supuesto de hecho, desde la perspectiva del Derecho de daños, habrá que partir del valor que tiene el inmueble según el tráfico jurídico («Verkehrswert des Hausgrundstücks») inmediatamente anterior al evento del daño. Saber cuándo se está ante un caso en el que es factible la reconstrucción del edificio y cuándo ante una posible construcción de un edificio nuevo variará según las circunstancias de cada supuesto de hecho, debiéndose tener en cuenta especialmente la antigüedad del edificio, el estado y la función de la casa destruida y el tipo y ejecución de la obra a realizar en lugar del edificio anterior. En el presente caso, que es objeto de casación, el Tribunal inmediatamente inferior no ha realizado las oportunas comprobaciones si estos límites se han tenido en cuenta o se han rebasado, cuando los elementos más antiguos de la casa datan del año 1927, que, sin embargo, es consustancial para una correcta peritación de los daños, porque en el caso que sea imposible una

reposición, la cuestión de si la deducción «nuevo por antiguo» se ha realizado correctamente por el Tribunal de Apelación no tiene ya importancia, dado que entonces las computaciones del daño deberían efectuarse conforme al valor de tráfico («Verkehrswert»), según el párrafo 251, apartado primero, del BGB, pero para lo cual no existen datos suficientes (razón por la cual el Tribunal Supremo remitió al Tribunal inferior las actuaciones para que se efectuase una nueva valoración en concordancia con los razonamientos de esta sentencia).

Incluso cuando fuese posible la reconstrucción de un edificio conforme al mismo valor técnico y económico-funcional que el edificio anterior, existiendo, por tanto, la posibilidad de una reparación del inmueble, no puede exigir el actor el pago según el párrafo 249, frase segunda, del BGB, si la reposición supone unos costes desmesurados.

VI

Una vez determinado que no es procedente enfocar la reparación del daño bajo el prisma de la restitución, aun habiéndose tenido en cuenta la deducción del valor en razón de la antigüedad del edificio, por lo que no es de aplicación el párrafo 249, sino el apartado primero del párrafo 251, ambos del BGB, el Tribunal Supremo Federal alemán estima finalmente que además de faltar datos para una correcta valoración, se han infringido también los principios básicos que rigen en materia de peritación de daños, aun cuando el juez de instancia ciertamente puede, conforme al apartado primero del párrafo 287 de la Ley de Procedimiento Civil (ZPO) valorar discrecionalmente los daños, sujeto sólo restrictivamente a una nueva comprobación por el Tribunal de Revisión. Así, el Tribunal de Apelación, en la deducción general del 35 por 100 de los costes de construcción, dada la disminución del valor técnico del edificio destruido por el incendio, olvida que el perjudicado al que le asiste un derecho de pago conforme al párrafo 249, frase segunda, del BGB, no puede exigir aquellos costes de construcción que suponen para él un ahorro de inversiones, con el consiguiente atraso de reparaciones futuras o una mayor duración del edificio. Por ello, el valor mínimo no puede igualarse con el valor de una casa nueva, aun compensando el valor mínimo de la casa por antigüedad.

Igualmente el Tribunal de Apelación reduce globalmente los costes accesorios (honorarios de los arquitectos, las labores de la estática, instalación de maquinaria...), sin preguntarse si y en qué medida los costes causan en general al actor un incremento de valor. Por último, no se han tenido en cuenta las fluctuaciones de los precios en los materiales y de los salarios laborales que ha de soportar el causante del daño, sin que sea suficiente deducir sin más un 35 por 100 por disminución del valor de los costes de un edificio nuevo.

VII

La valoración del daño siempre es una cuestión de hecho difícil de equilibrar por las circunstancias tan dispares que concurren en cada caso. En una economía de renovación tecnológica constante la restitución «in natura» (la reposición exacta del bien destruido) se ha convertido en una regla especial, siendo lo común que la reposición consista en una reparación pecuniaria que por norma general sólo se aproxima al valor real de la cosa en el momento del suceso que produce la destrucción o el deterioro. De ahí que el problema esencial de toda valoración del daño, que supone su previa determinación, es la peritación, para la cual no existen unos parámetros fijos, sino que dependerán del objeto que en concreto ha sido dañado y la extensión y alcance del daño.

En el caso presente, ciertamente resulta difícil, por no decir imposible, una reconstrucción idéntica de la casa destruida parcialmente por un incendio. Pero aun en el caso de que fuera posible la construcción de una casa nueva en lugar de la destruida, lo normal es que por el transcurso del tiempo los materiales a emplear no sean los mismos, las técnicas sean sustancialmente diferentes a las de entonces, especialmente cuando el edificio pertenece a otra época de la arquitectura, por lo que también los criterios a seguir en la nueva redacción del plan sean otros..., todo lo cual puede tener como resultado que, aun admitiendo la posibilidad de la reconstrucción, no pueda establecerse una relación de identidad entre el edificio moderno y el antiguo, y, sobre todo, que suponga al perjudicado un excesivo coste que no tiene por qué soportar, porque, de admitirlo, daría lugar a un posible enriquecimiento injusto a favor del acreedor a la reparación del daño. Lógicamente siempre que se produzca un daño, el perjudicado pretenderá que se le satisfaga su interés de obtener al menos una reparación equivalente que cuando se traduce en una indemnización pecuniaria debe responder al valor real del objeto dañado. En el presente supuesto de hecho, el Tribunal Supremo Federal alemán no consideró correcta la correspondiente deducción en razón de la antigüedad del edificio del coste total de un edificio nuevo, que hubiera sido lo más lógico, y hubiera sido la postura de cualquier tribunal, máxime cuando así lo estimaron los informes periciales, aunque todo órgano judicial tiene facultad discrecional de interpretar los informes periciales en temas tan complejos, como el presente, en el que hay que tener en cuenta múltiples factores, incide poderosamente lo que aseveran los expertos en peritaje. El Tribunal de Casación consideró que al menos en esta tesitura la valoración del daño se debía hacer teniendo en cuenta el valor del inmueble en su conjunto en el momento inmediatamente anterior al hecho que originó el daño, evitando así que la indemnización fuera excesivamente onerosa para el obligado a la reparación, como puede suceder cuando se trata de

una reconstrucción o construcción de un edificio nuevo, que nunca es idéntico al anterior, y cuya reposición supone con frecuencia un coste por encima de lo normal. De ahí que la reparación pecuniaria no puede establecerse teniendo en cuenta la antigüedad del edificio para compensar así el valor de incremento que siempre se produce con la construcción de un edificio nuevo o su reconstrucción, y que nunca es idéntica al estado anterior en que se encontraba el edificio. A pesar de la deducción, en muchos de los casos la reparación pecuniaria, pagando los costes de la construcción o reconstrucción de un edificio, puede resultar muy gravosa si con ello se pretende una reposición total que casi siempre rebasa lo que en realidad debería reparar el causante del daño. Debe operar, como es criterio de este tribunal, la «*compensatio lucri cum damno*», pero no con base a tener en cuenta la antigüedad del edificio, sino calculando la reparación en función del valor del inmueble en su conjunto y no la casa aislada, dada la interdependencia económica entre la casa en sí y el terreno en que está ubicada. La opción por esta fórmula de determinación de reparación del daño satisface más plenamente al perjudicado que la mera deducción del coste total de un edificio nuevo por la antigüedad del edificio anterior, calculada en un tanto por ciento, porque con ello no se repara el interés que todo dañado tiene de mantener el mismo valor del objeto destruido o deteriorado, pero también puede suceder que atender este interés implique una carga indemnizatoria excesivamente onerosa para el obligado a la reparación. Es evidentemente una solución económica y quizá justa que adopta el Tribunal Supremo Federal alemán cuando se pretende que se repare el daño producido por el incendio de una casa-vivienda, pero no por ello deja de ser una solución discutible, que en nuestro Derecho se resuelve, al menos en parte, mediante el procedimiento de «*arbitraje*» previsto en el artículo 38 de la Ley de Seguros, cuando la reclamación se realiza en el marco de un contrato de seguro, como lo fue en aquel caso litigioso.

