

DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1995 y 1996

Prof. Dr. h.c. HANS-LEO WEYERS y Dr. THOMAS KADNER, LL.M.
Frankfurt am Main/Berlín

SUMARIO: I. *Nuevos problemas de la reunificación: un ejemplo.* II. *Legislación.* III. *Jurisprudencia.* 1.– Derecho de Obligaciones: a) Derecho contractual. b) Derecho de la responsabilidad extracontractual. 2.– Derecho de cosas. 3.– Derecho de familia. 4.– Derecho de la competencia.

En los años 1995 y 1996 el legislador¹ y los tribunales se ocuparon todavía de numerosos problemas que surgieron con la reunificación de Alemania². Puesto que el centro de nuestros dos últimos informes radicó ya sobre la consumación jurídica de la reunificación³, trataremos brevemente en esta ocasión ese problema. El punto principal de nuestra exposición residirá este año otra vez en la evolución general del Derecho Civil.

I. NUEVOS PROBLEMAS DE LA REUNIFICACIÓN: UN EJEMPLO

De los abundantes casos jurídicos que surgieron de la reunificación, nos gustaría exponer sólo uno, quizá especialmente original.

Desde su construcción en 1961, el muro que separó Alemania fue pintado en su parte occidental por numerosos artistas. También los demandantes de nuestro caso, dos artistas gráficos, habían pintado el muro entre los años 1985-1988. Tras la reunificación el muro fue desmontado y muchos de sus trozos enajenados a interesados de todo el

¹ Véase la Ley sobre la Adaptación de los Preceptos Patrimoniales y Otros (Ley de Adaptación Patrimonial), Bundesgesetzblatt, (BGBl) 1995 I 895.

² De las 208 resoluciones de Derecho privado que fueron recogidas en los tomos 128 a 132 de colección oficial del BGH (BGHZ), 32 tuvieron como objeto problemas jurídicos de este tipo.

³ ADC 1992, 211 ss., y sobre todo ADC 1996, 245 ss.

mundo. Las partes pintadas por los demandantes fueron vendidas por el demandado en una subasta en Montecarlo y, según aquéllos, alcanzaron un precio de 1,8 millones de marcos (en el catálogo de la subasta fueron nombrados expresamente los demandantes como los autores de las obras). Los artistas pretendieron participar de este precio y alegaron como justificación su derecho de autor sobre las pinturas del muro.

El Tribunal Supremo (BGH) señaló ante todo que las pinturas del muro eran obras de arte, sometidas a la protección de la Ley del Derecho de Autor (UrhG). El Tribunal decidió que el derecho a ofrecer la obra a la generalidad o a introducirla en el tráfico («el derecho de divulgación») correspondía también a los demandantes hasta incluso el momento en que había una subasta. En este derecho se habían inmiscuido los demandados mediante la enajenación en la subasta. Por tanto, correspondía a los demandantes una acción de enriquecimiento sin causa para una adecuada participación en el precio, conforme al § 812, pfo. 1, frase 1, 2.º inciso BGB (*condictio pro intromisión*)⁴.

Según la opinión del BGH, no se oponía a la pretensión de los demandantes el que hubieran realizado su trabajo sobre una propiedad ajena (el muro se encontraba en el territorio de Berlín oriental y era propiedad de la DDR). El derecho de propiedad sólo podía ser ejercido, pues, respetando el derecho de autor de los artistas. Este principio encuentra ciertamente algunos límites cuando la producción de la obra, como aquí, representa una vulneración de la propiedad (problema del llamado «arte impuesto» antijurídico). Así que podía el propietario, por ejemplo, retirar la obra artística e incluso destruirla. Sin embargo, cuando el propietario decidió aprovechar comercialmente la obra artística debía haber dado participación a los artistas en el beneficio.

El § 17, pfo. 2 UhrG, tuvo una posición central en la decisión. Si la obra artística había sido introducida en el tráfico con el asentimiento del artista, según este precepto sería admisible una divulgación de la misma obra. La cuestión era, pues, si la exposición pública de las pinturas en el muro soportaba esa «introducción en el tráfico», y si, consiguientemente, el derecho de autor de los artistas se había agotado. El BGH negó esto. En su opinión, conforme al § 17, pfo. 2 UhrG, se debe dar al artista la posibilidad de hacer depender de una contraprestación pecuniaria su asentimiento a la divulgación de la obra y, por tanto, de obtener un aprovechamiento comercial de su divulgación. Pero los demandantes no habían tenido tal posibilidad. Así pues, el derecho de divulgación les correspondía todavía a ellos, y no a los propietarios de los trozos del muro.

Las otras cuestiones jurídicas de las que se ocuparon los tribunales en los últimos años como consecuencia de la reunificación fueron extremadamente numerosas y tocaron muchos campos del Derecho privado—desde la

⁴ BGH 23-2-1995, BGHZ 129, 66.

Parte General del Derecho Civil, pasando por el Derecho de Obligaciones, los Derechos Reales, el de Familia y el Sucesorio, hasta el Derecho Mercantil, de Sociedades o el de Autor-. Además, surgieron cuestiones de interpretación de las nuevas leyes sobre adaptación de la situación jurídica en Derecho patrimonial ⁵, y de las otras leyes especiales, que el legislador había promulgado como consecuencia de la reunificación. En concreto, los problemas jurídicos condicionados por la reunificación afectaron a, por ejemplo, desde la cuestión de la prescripción de acciones que habían surgido conforme al Derecho de la DDR ⁶, o de la responsabilidad por expropiaciones en la antigua DDR ⁷, hasta la cuestión del efecto vinculante de un testamento mancomunado realizado todavía en la DDR ⁸, o las pretensiones legitimarias de un hombre que había abandonado hacía tiempo la DDR, y cuyos padres habían fallecido mientras tanto ⁹.

II. LEGISLACIÓN

De la legislación de los últimos dos años nos gustaría referirnos sólo a un aspecto: el 25 de julio de 1996 entró en vigor una modificación de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato (AGB-Gesetz). El legislador introdujo en la AGB-Gesetz un § 24a ¹⁰ y transpuso así al Derecho alemán la Directiva europea sobre Cláusulas Abusivas en Contratos celebrados con Consumidores ¹¹.

El § 1, pfo. 1, de la AGB-Gesetz define las condiciones negociales generales como «condiciones contractuales proformuladas para una pluralidad de contratos, que una parte contractual (predisponente) impone a la otra a la conclusión de un contrato». Hasta ahora, estaban sometidas al control de las AGB sólo las condiciones contractuales creadas para una aplicación reiterada y que una parte imponía a la otra.

El nuevo § 24a extiende la protección de la AGB-Gesetz a los contratos con los consumidores, es decir, a los contratos entre un empresario y un consumidor ¹², y ello en tres aspectos ¹³:

⁵ Véase sobre ellas ADC 1996, 245 ss.

⁶ BGH 28-4-1995, BGHZ 129, 282.

⁷ BGH 17-3-95, BGHZ 129,112.

⁸ BGH 18-1-95, Juristen-Zeitung (JZ) 1996, 105.

⁹ BGH 20-3-1996, JZ 1996, 971.

¹⁰ Ley sobre Modificación de la Ley de las AGB y de la Ordenanza Concursal, Bundesgesetzblatt I 1996, 1013; Proyecto de Ley del Gobierno Federal con Exposición de Motivos en el Boletín Oficial del Bundestag 13/2713. Recomendación final e Informe del Comité Jurídico en Boletín Oficial del Bundestag 13/4699.

¹¹ 93/13/EWG, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Nr. L 95, de 21-5-1993, p. 29.

¹² Una definición del contrato de consumo se encuentra en el § 24a, frase 1, inciso 1.

¹³ Hacen introducciones Helmut Heinrichs, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 2190; Friedrich Graf von Westphalen, Betriebs-Berater (BB) 1996, 2101; Hans-Werner Eckert, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1996, 1238; Hermannjosef Bunte, Der Betrieb (DB) 1996, 1389. Véanse además los nuevos comentarios a la AGB-Gesetz.

Primeramente, se sujetan ahora al control de las AGB las condiciones negociales en los contratos con consumidores, cuando aquéllas son aportadas por un tercero, como un Notario (valen «como impuestas por el empresario» en el sentido de la AGB-Gesetz). Están excluidas del control sólo aquellas condiciones que el mismo consumidor ha introducido en el contrato (§ 24a, núm. 1).

En segundo lugar, una serie de preceptos de control es ahora aplicable a las condiciones contractuales preformuladas «cuando se han establecido para un solo uso y en tanto el consumidor no pudo influir sobre su contenido por causa de la prerredacción» (§ 24a, núm. 2). A partir de ahora, en los contratos con consumidores el control no depende de que las cláusulas se usen repetidamente, apartándose, por tanto, del § 1, pfo. 1, frase 1 de la AGB-Gesetz. En tercer lugar, en el enjuiciamiento de si existe una desventaja inadecuada para el consumidor, se atenderá en el futuro, no sólo al tenor mismo de la cláusula, sino también a «las circunstancias concurrentes a la conclusión del contrato» (§ 241, núm. 3).

Al mismo tiempo, el § 12 de la AGB-Gesetz, que regula el campo de aplicación de la Ley en cuestiones internacionales, fue ligeramente ampliado, en consonancia con las exigencias de la Directiva.

III. JURISPRUDENCIA

1. DERECHO DE OBLIGACIONES

a) Derecho contractual

1. En marzo de 1996 el BGH se manifestó sobre los presupuestos de una acción indemnizatoria de daños por *culpa in contrahendo* (*cic*), en un caso de falta de conclusión de un contrato formal ¹⁴.

En un inmueble habían sido alquilados locales comerciales para el desarrollo de una imprenta. El propietario del inmueble se proponía dividirlo en propiedades separadas, y ofreció al arrendatario la venta de los locales comerciales. El precio de la venta alcanzaba la suma de 750.000 marcos. Confiando en la conclusión del contrato, el arrendatario realizó en los locales obras de reforma y una considerable inversión. Posteriormente, el propietario exigió un precio de venta de un millón de marcos en lugar de los 750.000, lo que condujo al fracaso de la venta. Finalmente, el propietario resolvió el arrendamiento y el arrendatario desocupó el inmueble.

¹⁴ BGH 29-3-1996, JZ 1997, 467, con nota de Kaiser, JZ, 1997, 448.

El arrendatario exigió al propietario el reembolso de los gastos de sus reformas. Alegó como fundamento que se estaba de acuerdo en la venta y que se había aplazado el término para la transmisión porque ello era fiscalmente ventajoso para el propietario. Las mejoras se habían hecho con consentimiento del propietario.

El *Landgericht* (LG, Tribunal de Primera Instancia) y el *Oberlandesgericht* (OLG, Tribunal de Segunda Instancia) concedieron la pretensión. La «revisión» («casación») condujo a la revocación de la sentencia de apelación y a un nuevo examen por parte del tribunal de apelación¹⁵.

El BGH señaló ante todo que, en el marco de la libertad contractual, cada parte tiene en principio el derecho a desistir del contrato hasta el momento de su conclusión. Quien realice gastos en espera de la conclusión del contrato, actúa en principio en riesgo propio. Sin embargo, cuando la conclusión del contrato aparezca como segura conforme a las negociaciones de las partes, y cuando por esta razón una de ellas realiza gastos para la ejecución del contrato, y entonces la otra parte rechaza la conclusión contractual sin una razón sólida, pueden tener que ser abonados excepcionalmente los gastos, por culpa en la ruptura de los tratos precontractuales. Con todo, tal pretensión indemnizatoria por *cic* puede crear de hecho un deber de concluir el contrato. Esto es especialmente problemático en los contratos formales, pues la función protectora de las prescripciones formales (en el caso concreto, § 313, frase 1 BGB, conforme al que un contrato de compraventa sobre un inmueble requiere documentación notarial para su eficacia) puede ser burlada. El BGH decidió que la función protectora de las prescripciones formales debe posponerse en el caso concreto, cuando otra solución no se acomoda decididamente a la buena fe, conforme a las circunstancias del caso. En los contratos formales sólo se puede considerar de forma general una acción indemnizatoria por *cic* a causa de la no conclusión de un contrato, si existe una infracción dolosa de la buena fe, como, por ejemplo, cuando una parte negociadora aparenta estar dispuesta con seguridad a la conclusión del contrato, aunque no fuera verdaderamente así. Una acción por *cic* sería además imaginable cuando una parte estuviera de hecho dispuesta a la conclusión del contrato, pero después hubiera decidido otra cosa, y no lo manifestara a la otra parte. Esto valdría especialmente cuando el vendedor portencial se hubiera declarado ya conforme con que el comprador comenzara con las obras de desmonte o reforma. En tal caso existe una especial situación de peligro, que crea una relación de especial confianza entre las partes, en la que surge la obligación de preservar al cocontra-

¹⁵ En materia de revisión («casación») el § 565 de la ordenanza Procesal Civil establece como regla general que «En caso de revocación de la sentencia se ha de remitir la causa al tribunal de apelación para una nueva tramitación y resolución» (N. del T.).

tante del error (y, en última instancia, de los daños) sobre la existencia o permanencia de la disposición a contratar. (En el caso concreto, el BGH sometió la causa al tribunal de apelación, para que se aclarase más la situación de hecho.)

2. En los años 1995 y 1996 continuó la larga lista de resoluciones del BGH sobre la cuestión de la eficacia de fianzas de los más cercanos parientes ¹⁶. En un caso ¹⁷, el marido necesitaba un crédito bancario de 280.000 marcos para su empresa. El banco condicionó la concesión del crédito a que la mujer lo afianzara. La mujer, por entonces de 34 años, que no poseía ningún patrimonio, carecía de instrucción profesional y cuidaba como ama de casa de tres niños de hasta 10 años de edad, accedió a la petición. El matrimonio se encontraba ya por entonces en crisis y se divorció posteriormente. Tras el divorcio, el banco reclamó a la mujer por la fianza. La mujer solicitó la declaración de nulidad de la fianza por contraria a las buenas costumbres (anteriormente, no se había opuesto a una ejecución forzosa por 50.000 marcos, que transcurrió sin éxito por falta de bienes que ejecutar).

El BGH confirmó en primer lugar que una fianza que un cónyuge o compañero otorga a requerimiento de un banco no es nula por el solo hecho de que exista una gran desproporción entre la cuantía de la fianza y la limitada capacidad patrimonial del fiador. La fianza de un cónyuge que sobrepasa ampliamente su capacidad económica tiene normalmente como objeto asegurar al banco de que bienes del patrimonio no serán transferidos al cónyuge que no participa en la empresa, de manera que dicho patrimonio sea sustraído a la intervención de los acreedores. Este peligro existe en la medida en que el matrimonio permanece incólume y el crédito redunda en definitiva en beneficio de la economía familiar. En esta situación tendría el concedente del crédito un interés justificado en la fianza del cónyuge, incluso cuando en el momento de la declaración de fianza no poseyera patrimonio o ingresos propios.

Sin embargo, si la fianza tiene como objeto evitar desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, falta su fundamento negocial cuando la relación matrimonial ha fracasado definitivamente, no ha tenido lugar ningún desplazamiento patrimonial, y ya no es de temer en el futuro. En ese caso, habría que considerar una adaptación del contrato o incluso una eliminación total de la responsabilidad del fiador, conforme a la buena fe (§ 242 BGB). No obstante, presupuesto de ello sería que la obligación para la que se prestó la fianza sobrepasara ampliamente el marco de los créditos al consumo usuales. En la ponderación de los intereses del acreedor con los del fiador habría que considerar especialmente cuánto duró

¹⁶ Véase ya ADC 1996, 264, y 1992, 226.

¹⁷ BGH 5-1-1995, BGHZ 128, 230 (hechos simplificados).

todavía la comunidad de vida tras la concesión del crédito y qué ventajas económicas le reportó el crédito al fiador.

En el caso concreto estos principios condujeron a que la fiadora sólo siguiera respondiendo frente al banco por 50.000 marcos, por los cuales ya se había sustanciado contra ella la ejecución forzosa ¹⁸.

3. En un caso de Derecho arrendaticio, confirmó el BGH su jurisprudencia sobre la cuestión de si al arrendador le corresponde una acción para el reembolso de los rendimientos que el arrendatario ha obtenido por el subarriendo de la cosa sin el necesario consentimiento del arrendador ¹⁹. El BGH señaló que, en caso subarriendo injustificado, el arrendador puede exigir al arrendatario que se abstenga de ello (§ 550 BGB), o bien puede resolver la relación arrendaticia sin sujeción a plazo (§ 553 BGB). Por el contrario, no le corresponderían al arrendador acciones legales para el reembolso de los rendimientos del subarriendo. Tales acciones no surgirían ni del Derecho del enriquecimiento injusto o de la gestión de negocios sin mandato (GoA), ni tampoco desde el punto de vista de la indemnización por daños: por tanto, no existía ninguna disposición del arrendatario sobre la propiedad del arrendador en el sentido de una transmisión, gravamen, modificación o extinción de un derecho, como presupone el § 816, pfo. 1, frase 1, BGB para la acción de enriquecimiento. El arrendatario tampoco recibía la renta a costa del arrendador, como sería necesario según el § 812, pfo. 1, frase 1, inciso 2 BGB, pues en el subarriendo se trataría de un negocio atribuible al arrendatario, no al arrendador. El arrendador había perdido con la conclusión del arrendamiento la posibilidad de aprovechar la vivienda mediante el subarrendamiento, de manera que no podía ya entregar a un tercero la cosa arrendada. Una acción derivada de la gestión de negocios ajenos sin mandato (§§ 687, pfo. 2, frase 1, 681, pfo. 2, 667 BGB) estaría excluida porque el subarrendamiento no es ningún negocio ajeno para el arrendatario. El arrendatario que subarrienda injustificadamente usa simplemente de la cosa arrendada de una forma que no le corresponde. Finalmente, se excluían también las acciones de los §§ 987, 990 BGB, pues éstos presuponen que el arrendatario no tiene título alguno para la posesión de la cosa.

b) Derecho de la responsabilidad extracontractual

1. En una sentencia de marzo de 1995, a la que nos gustaría referirnos brevemente, confirmó el BGH su opinión de que el deber de alimentos por un niño no deseado puede ser alegado civilmente como daño ²⁰.

¹⁸ Ulteriores detalles en BGH 2-11-1995, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 1996, 53, y BGH 25-4-1996, BGHZ 132, 328, especialmente sobre la cuestión de en qué medida se puede considerar la ejecución de los propios ingresos del fiador.

¹⁹ BGH 13-12-1995, BGHZ 131, 297.

²⁰ BGH 28-3-1995, BGHZ 129, 178, véase ya sobre este problema ADC 1996, 265 ss.

2. En los últimos años el BGH se ha ocupado en varias ocasiones de la responsabilidad por daños causados por botellas retornables de cristal²¹. En 1995 se añadió una nueva decisión interesante²². Otra vez, un niño, que cogió una botella de agua mineral del sótano de la casa de los padres, fue lesionado considerablemente en el ojo por la botella, que explotó repentinamente. La víctima exigió del productor y distribuidor del agua mineral una indemnización por daños materiales y morales.

El tribunal de apelación fijó como causa del estallido unas finas grietas en el cristal, que podían conducir a su rotura simplemente con un ligero contacto. En la botella existía una «fuga» que el demandado no había podido descubrir a pesar de amplios controles y de las máximas medidas de prevención. El fabricante no tendría, por tanto, culpa alguna en el daño. En el accidente habría operado más bien un riesgo residual, que sería inevitable en las botellas retornables de cristal. Por esta razón, estarían excluidas acciones derivadas tanto del Derecho general de la responsabilidad extracontractual como de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos. El BGH revocó la sentencia y estimó la demanda a la indemnización de los daños materiales. Concluyó que las acciones indemnizatorias del § 1, pfo. 1, frase 1, de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos (ProdHaftG) no están excluidas aunque el defecto del producto sea inevitable según el estado de la ciencia y técnica. Las grietas en la botella se debían a un fallo de fabricación, incluso tratándose de una fuga inevitable. Según el artículo 7, letra e, de la Directiva, y el correspondiente § 1, pfo. 2, núm. 5 de la ProdHaftG alemana, el deber de indemnizar del fabricante está ciertamente excluido cuando «el defecto no podía ser apreciado según el estado de la ciencia y la técnica en el momento en el que el fabricante puso en circulación el producto». Pero este precepto permitiría excluir sólo la responsabilidad por los llamados riesgos de desarrollo, o sea, por defectos de *configuración* cuya peligrosidad no podía ser apreciada con todos los medios de la ciencia y la técnica. Sin embargo, la peligrosidad potencial de las botellas de cristal retornables que contienen bebidas ácidas carbónicas era conocida desde hacía tiempo. Daños por defectos no evitables en la producción, o sea, fugas que surgen durante la *fabricación* o el proceso de llenado, no estaban comprendidas en la exclusión de responsabilidad. El fabricante podría excluir la responsabilidad en este caso sólo si probase que la grieta no existía todavía en el momento en que introdujo la botella en el tráfico. Y esto no lo logró.

A la víctima podría corresponderle además una acción indemnizatoria de responsabilidad extracontractual por daño moral. En cuanto a esto,

²¹ Véase la sentencia de 7-6-1988, BGHZ 104, 323; 8-12-1992, NJW 1993, 528; 16-3-1993, Versicherungsrecht (VersR) 1993, 845.

²² BGH 9-5-1995, BGHZ 129, 353.

el BGH consideró necesarias nuevas constataciones y comprobaciones, para lo que remitió de nuevo la causa al tribunal de apelación.

3. En otro caso, el BGH volvió²³ a encontrarse con una pretensión de indemnización de daños materiales y morales contra un productor de té para niños y zumos de fruta²⁴. En la sentencia se trató esencialmente la necesidad de indicaciones de advertencia sobre los peligros que están ligados a ciertas formas de consumo de las bebidas.

En el caso, un niño había tomado durante mucho tiempo té y zumos en biberones. Como consecuencia, sufrió una fuerte caries que llevó a que le tuvieran que ser extraídos los cuatro incisivos superiores. La enfermedad se debió a que, con las modernas tetinas, la bebida iba a parar a la parte posterior de los dientes frontales de la mandíbula superior. Aquí los dientes no están protegidos apenas por la saliva. Además, la succión se producía con frecuencia por la noche, cuando el fluido de la saliva es todavía más reducido. Este continuo perjuicio a los dientes llevó finalmente a una caries, el llamado «*nursing-bottle syndrome*» («síndrome del biberón»). A principios de los ochenta se había llamado la atención por primera vez en una revista especializada sobre los peligros de este hábito.

La demanda se dirigió, por una parte, contra el productor de zumos de fruta y verdura, y, por otra, contra el productor de la infusión de té para niños y de los biberones de plástico. El fabricante de té para niños había incluido en el envasado, de forma claramente legible, la siguiente advertencia: «Indicación importante: Tenga la botella consigo y no se la entregue al niño como chupete; la irrigación frecuente o continua de los dientes, por ejemplo, antes del sueño, puede causar caries».

Frente a la opinión del tribunal de apelación, el BGH consideró suficiente estas advertencias. Habían dejado suficientemente claro a todos los consumidores adultos del té los peligros que amenazaban a los niños. La advertencia tampoco estaba ya (como anteriormente) en un lugar relativamente escondido de las instrucciones de preparación, sino configurada como advertencia de modo claramente reconocible y visible. Con ello, el productor había cumplido su deber de informar.

Por el contrario, el productor del zumo de fruta y verdura, que no fabricaba por sí mismo las botellas, no había introducido ninguna advertencia en el envasado de las bebidas. Aquí vio el BGH una omisión antijurídica y culpable, que podía dar lugar a acciones del niño con base en el § 823 BGB. Aunque este productor no había agregado azúcar al zumo de fruta y verdura, también esta bebida había sido adecuada para desencadenar el «*nursing-bottle-syndrome*». A causa del ácido y del azúcar de fruta contenido en el zumo, el peligro de caries era aquí

²³ Véase ya BGH 12-11-1991, BGHZ 116, 60 («Kindertee I»); BGH 11-1-1994, NJW 1994, 932 («Kindertee II»).

²⁴ BGH 31-1-1995, NJW 1995, 1286.

todavía mayor que en el té de niños con azúcar. En esta situación hubiera sido también necesaria una advertencia en los zumos de fruta y verdura. Puesto que ello no se produjo, existía un fallo en las instrucciones, y le incumbía ahora al demandado explicar y probar que no tenía ninguna culpa.

El productor del zumo de fruta y verdura había sostenido que en aquel momento no le eran notorios a los dentistas, pediatras y expertos en nutrición los peligros del hábito de succión. Sin embargo, en opinión del BGH, no se trataba de eso. El productor habría debido indicar, si hubiera cumplido cuidadosamente su deber de control del producto, que sus zumos no fueran suministrados a niños pequeños mediante biberones. Entonces habría dado a conocer el peligro de caries. Puesto que en estas circunstancias faltaron las advertencias, existía aquí una culpa.

4. En una sentencia de noviembre de 1995, el BGH se apartó de su hasta ahora cautelosa jurisprudencia sobre la cuestión de en qué medida las prestaciones de trabajo poseen valor patrimonial ²⁵. Las partes creían haber concertado eficazmente un contrato de venta de una casa. La «compradora» se trasladó a la casa con su compañero, y éste reparó diversos daños y ejecutó obras de mejora. Posteriormente, resultó que el contrato de venta era nulo y el propietario solicitó el desalojo y la devolución de la casa. La «compradora» sólo estaba dispuesta a ello mediante (entre otras peticiones) indemnización del trabajo de su compañero.

El BGH decidió que las prestaciones de trabajo no sólo poseen un valor patrimonial cuando aquel que las realiza lo hace dentro del marco de su profesión o empresa, o cuando al mismo tiempo pierde otra ganancia. Más bien es decisivo si se puede determinar un valor patrimonial o de mercado para la prestación de trabajo. Como en el Derecho de daños, ello debe valer también para las impensas de un poseedor cuyo derecho posesorio es posteriormente suprimido (conforme a la decisión del legislador en los §§ 994 y 996 BGH, es además preciso para la indemnización que las prestaciones de trabajo fueran, bien necesarias, bien útiles, y que además exista un aumento de valor).

5. En los años 1994 a 1996 se produjeron en Alemania una serie de resoluciones nuevas sobre el conflicto entre la libertad de prensa y la protección civil de la personalidad.

Los demandantes eran, respectivamente, miembros de la familia ducal de Mónaco, sobre todo Carolina de Mónaco. Demandados fueron algunas editoriales de Hamburgo, que publicaban distintas revistas.

a) En el primer caso Carolina de Mónaco se dirigió contra tres historias de portada que habían aparecido en revistas alemanas ²⁶. El primer artículo tenía por objeto una «entrevista» con Carolina de Mónaco sobre

²⁵ BGH 24-11-1995, BGHZ 131, 220.

²⁶ BGH 15-11-1994, BGHZ 128, 1 (Carolina de Mónaco).

problemas de su vida privada y de su situación anímica, que los trabajadores de la redacción del demandado se habían inventado con toda libertad. En la segunda publicación fueron puestas en boca de la demandante declaraciones sobre relaciones muy personales («Carolina: tengo de nuevo una familia») que nunca había hecho, y fue publicada una foto que la mostraba en su ambiente privado y de la que se afirmaba en contra de la verdad que procedía del álbum de familia de Carolina de Múnaco. En el tercer artículo se suscitó la impresión de que la boda de la princesa se avecinaba inmediatamente y fue publicado el correspondiente fotomontaje. Posteriormente fueron reproducidas unas contradecaraciones de la demandante sobre las tres publicaciones.

La demandante pidió la condena a la retractación de las afirmaciones y a su rectificación en la portada de las revistas. Deberían aparecer con el mismo tamaño que la palabra «Carolina» en los textos respectivamente impugnados. Además, exigió una indemnización por daño moral de, como mínimo, 100.000 marcos.

En la primera y segunda instancia fueron concedidas las solicitudes de retractación y rectificación en la portada de las revistas, aunque en un tamaño algo menor al solicitado (a falta de un fundamento legal especial, sirvieron como fundamento de la acción retractación y rectificación los §§ 1004, pfo. 1, y 823, pfo. 1, BGB). Conforme a una constante jurisprudencia en Alemania, se concede una acción a una indemnización económica, además del derecho de retractación y rectificación, cuando la intromisión es especialmente grave y no puede ser compensada de otro modo. Esto fue aceptado en este caso por los tribunales de instancia. Concedieron a la demandante una indemnización por daño moral de 30.000 marcos.

En el procedimiento de revisión («casación») el BGH confirmó la condena de los demandados a la retractación y rectificación. Como los artículos originarios, las correcciones debían ser accesibles, no sólo a los compradores de la revista, sino también a los llamados «lectores de quiosco». Por tanto, fue ordenada la retractación precisamente en la portada. Pero la libertad de prensa y el principio de proporcionalidad exigían un grosor de la escritura algo menor al solicitado. En opinión del BGH, los intereses de los demandados exigían concederles un cierto ámbito para la configuración de la portada y para una remisión a otros folletos adjuntos.

El pasaje más relevante de la sentencia afecta a la indemnización por daño moral. El BGH estuvo ante todo de acuerdo con los tribunales de instancia en que era adecuada la condena a una indemnización pecuniaria por daño moral. El demandado ha «expuesto la esfera privada de la demandante a la curiosidad y al afán sensacionalista de cientos de miles de lectores, con el objetivo de aumentar la edición y por razón de su provecho económico». Se trataba de infracciones del derecho de la personalidad, «que se presentan como especialmente graves, conforme al conte-

nido y al grado de difusión de la publicación, así como por las razones de la actuación de los demandados y la medida de su culpa».

En opinión del BGH, una indemnización de 30.000 marcos, como la que habían concedido los tribunales de instancia, era demasiado baja. Según el criterio del BGH, en el caso de una indemnización por infracciones del derecho general de la personalidad no se trata sólo de un dinero por el dolor conforme al § 847 BGB, «sino de un expediente jurídico que se funda en el sentido protector de los artículos 1, pfo. 1, y 2, pfo. 1 de la Constitución» (estos preceptos de la Constitución se dirigen a la protección de la dignidad de la persona, de la personalidad y de la esfera privada). La indemnización pecuniaria es, con frecuencia, la única sanción eficaz por la infracción de la dignidad y el honor de las personas. Sin una indemnización pecuniaria que sea sensible para el demandado, estaría la demandada ampliamente desprotegida en manos de la comercialización forzosa de su personalidad. Por tanto, a diferencia de la acción indemnizatoria por daño moral, en el caso de indemnización pecuniaria por infracción del derecho de la personalidad se encontraría en primer plano el aspecto del desagravio de la víctima. Ciertamente, no se debe pretender una eliminación total de las ganancias en los casos de comercialización desconsiderada de la personalidad. No obstante, si la intromisión en el derecho de la personalidad del afectado se produce dolosamente o con el objetivo de un aumento de la edición y de obtención de ganancias, entonces, en opinión del BGH, la idea de la *prevención* impone incluir la obtención de ganancias como factor valorativo en la decisión sobre la cuantía de la indemnización económica (el BGH remite la causa al tribunal de instancia para la determinación de la cuantía de la indemnización).

Con esta clara toma de postura en favor de la prevención como una de las posibles funciones del Derecho de la responsabilidad en tales situaciones, esta resolución del BGH crea una relevante novedad en el Derecho alemán de la responsabilidad.

En julio de 1996, el OLG de Hamburgo decidió finalmente la cuantía exacta de la indemnización ²⁷. La demandante, apelando a las declaraciones del BGH sobre la prevención, solicitó ahora una indemnización de, como mínimo, 400.000 marcos. Según sus cálculos, esta cantidad todavía quedaba claramente por debajo del beneficio extra que los demandados habían obtenido de los artículos (mediante el empleo de distintos métodos de cálculo, la demandante consideró un beneficio extra de los demandados por los artículos impugnados de una cuantía de entre varios cientos de miles y más de cuatro millones de marcos).

Sin embargo, en opinión del OLG de Hamburgo, y frente a la interpretación de la demandante, la idea de la prevención no exigía que la indemnización económica sobrepasara de hecho la ganancia del infractor.

²⁷ OLG Hamburg 25-7-1996, NJW 1996, 2870.

Precisamente el BGH había rechazado una eliminación de las ganancias, y era suficiente que al determinar la indemnización se tuviera en cuenta la ganancia. El OLG fijó finalmente la indemnización por los tres artículos en 180.000. En su opinión, si esto basta o si en casos posteriores serán necesarias indemnizaciones económicas todavía más altas, dependerá del futuro comportamiento de los medios de comunicación.

b) En una sentencia de diciembre de 1995 el BGH confirmó su criterio de que la idea de compensación en la indemnización por lesión del derecho general de la personalidad debe aparecer en segundo plano en favor de la idea de prevención²⁸ (el demandado había suscitado en la portada de dos revistas la inexacta impresión de que Carolina padecía cáncer de mama).

6. En dos posteriores sentencias sobre el conflicto entre la libertad de prensa y la protección de la personalidad se trataba de pretensiones a la cesación, o bien a la indemnización pecuniaria, de la publicación de fotos en revistas. En el primer caso²⁹ las fotos mostraban a Carolina de Mónaco en compañía masculina en un local al aire libre. En el segundo caso³⁰ mostraban repetidamente al hijo de Carolina de Mónaco, por entonces de 8 años de edad, de camino al colegio o en la playa. Estaba claro que los retratados no estaban de acuerdo con la publicación de las fotos.

Conforme al § 23, pfo. 1, núm. 1 de la Ley del Derecho de Autor a las Obras de Arte Gráfico y de Fotografía (KunstUrhG) pueden ser difundidos retratos del ámbito de la actualidad social sin el consentimiento de los retratados. Una publicación es inadmisibles cuando a ello se opone un interés justificado de los retratados (§ 23, pfo. 2 KunstUrhG).

a) En el primer caso el BGH mantuvo ante todo que Carolina de Mónaco, como hija mayor del actual príncipe de Mónaco, es una, en el sentido técnico, «personalidad del mundo contemporáneo», y ha de admitir en principio la difusión de imágenes suyas. Sin embargo, también una persona del mundo contemporáneo puede reclamar para sí el derecho al respeto de su intimidad. Y también cuenta con el derecho a estar a solas consigo misma. El tribunal de apelación había sostenido el criterio, de acuerdo con una difundida opinión en jurisprudencia y doctrina, de que la esfera privada protegida de una personalidad contemporánea comienza sólo «tras la puerta de casa». Por el contrario, en lugares que son visibles para cualquiera los personajes públicos no podrían invocar la protección de la intimidad.

El BGH se opuso a este criterio. Decidió que la protección de la intimidad no se limita al ámbito doméstico, incluso para los personajes

²⁸ BGH 5-12-1995, NJW 1996, 984.

²⁹ BGH 19-12-1995, BGHZ 131, 332 = JZ 1997, 39, con nota de Hans Forkel.

³⁰ BGH, 12-12-1995, NJW 1996, 985.

públicos. Esto se aplicaría también a la publicación de retratos fotográficos. Si un personaje público se retira a un lugar solitario en el que quiere estar de modo objetivamente discreto, y se comporta en la concreta situación confiando en su recogimiento y de un modo que no haría ante un público amplio, disfruta también entonces de protección en lugares públicamente accesibles. En el caso concreto consideró el BGH que se daban estos presupuestos. La demandante se había retirado a su intimidad en una sección apartada de un local al aire libre. Pero fue secretamente fotografiada desde gran distancia con un teleobjetivo. Según la sentencia del BGH, existió en el modo de comportamiento del demandado una intromisión inadmisibles en la intimidad de la demandante, contra la que puede proceder mediante una demanda de abstención.

Por el contrario, la demanda no tuvo éxito en la medida en que la demandante se dirigió además contra el hecho de que había sido fotografiada montando a caballo, jugando al paddle, en bicicleta, de compras, con sus hijos en la calle o con amigos y conocidos en un restaurante, y que las fotos habían sido publicadas en revistas. Un personaje público debe aceptar tales publicaciones, incluso cuando afectan a su vida privada en un sentido amplio.

b) En el segundo caso, en el que habían sido publicadas fotos del hijo de Carolina de Mónaco, decidió el BGH que el niño no es un personaje público que haya de soportar semejante representación gráfica. Ciertamente, las concretas publicaciones gráficas en sí mismas consideradas no había que valorarlas de especial gravedad. Sin embargo, la infracción repetida y especialmente persistente del derecho a la propia imagen y el desprecio público y consciente a la voluntad del afectado, que se produjo por deseos de lucro del demandado, hizo especialmente grave la infracción del derecho general de la personalidad, que desencadena una acción de indemnización pecuniaria. A diferencia de las declaraciones que lesionan el honor, en las que el afectado puede reclamar retractación o rectificación, en la infracción del derecho a la propia imagen no tiene normalmente otro medio de defensa que la acción de indemnización pecuniaria. Por tanto, aquí hay que establecer requisitos más estrictos que en otros casos de infracción del derecho de la personalidad. Por otra parte, el BGH resaltó que la acción por infracción de la personalidad sirve en primer lugar a la satisfacción y a la *prevención*.

2. DERECHO DE COSAS

En otro caso el BGH se ocupó de la difícil delimitación entre acciones de protección de la propiedad (*eigentumsrechtliche Beseitigungsansprüche*) y acciones personales de indemnización de daños. Se

trataba de la cuestión de la responsabilidad civil por contaminación del suelo³¹: los demandantes habían adquirido una finca para construir allí un edificio de oficinas con garaje subterráneo. Durante los trabajos de excavación se comprobó la existencia de una considerable contaminación. El suelo contaminado debía ser retirado, lo que conllevaba costes en cuantía de unos 1,3 millones de marcos. La contaminación había partido de los terrenos de la industria del demandado, que había estado situada en la finca colindante. La industria del demandado había sido mientras tanto suprimida. Los demandantes solicitaron del demandado una indemnización por los costes. Las instancias precedentes habían rechazado la demanda.

Respecto de las eventuales acciones de culpa extracontractual, de la Ley de Responsabilidad por el Medio Ambiente, de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos, de la Ley Federal de Desechos, de la Ley del Suelo Regional o del Derecho de Vecindad, el BGH se adhirió a las declaraciones de las instancias previas. Sin embargo, en opinión del BGH, eran procedentes acciones por enriquecimiento injusto y por gestión de negocios ajenos sin mandato. Ambas presuponen que la empresa titular de la instalación contaminante, anteriormente existente y ahora demandada, estaba obligada a retirar y evacuar el terreno infectado; por tanto, con la retirada del terreno el demandante había cumplido una actividad que le correspondía al demandado. Denegada por las instancias previas, y también por el BGH, una acción a la reparación de los daños, sólo cabía considerar como fundamento del deber de eliminación la acción real de protección de la propiedad del § 1004 BGB. Según este precepto, el propietario puede exigir de aquel que perjudica su propiedad la eliminación del perjuicio. A diferencia de la acción indemnizatoria del § 823 BGB, la acción de protección del § 1004 BGB no depende de la culpa del perturbador.

En la doctrina alemana de Derechos reales se sostiene parcialmente la opinión de que la acción de protección real sólo se concede mientras el perturbador, mediante su comportamiento o mediante un bien que es de su propiedad, perjudica la propiedad del legitimado para ejercitar la acción, y de este modo ocupa una posición dominante que no le corresponde según la regulación de la propiedad³². Por el contrario, si el comportamiento perturbador hubiese concluido y el objeto o la sustancia perturbadora no se encontrara ya, en propiedad del demandado, como en este caso, correspondería únicamente contra él una acción de indemnización de daños.

Frente a esta opinión, el BGH confirmó una acción del § 1004, pfo. 1, frase 1 BGB de eliminación de la contaminación del suelo. Según el

³¹ BGH 1-10-1995, JZ 1996, 682, con nota crítica de Karl-Heinz Gursky.

³² Partiendo de Eduard Picker, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972, 82, 129; en el mismo sentido, por ejemplo, Gursky (nota previa).

BGH, dicha acción supone un perjuicio ininterrumpido de la propiedad del demandante, independientemente de si la sustancia perturbadora se encuentra (todavía) en poder del demandado. Fundamento de la acción real es simplemente que las sustancias hayan ido a parar a la finca ajena como consecuencia de un comportamiento (incluso aunque no culposo). El límite entre la acción real de protección de la propiedad y la acción de indemnización de daños extracontractual es «un problema irresuelto del § 1004 BGB». De hecho, existen problemas de delimitación con la acción de indemnización de daños, y se debe evitar el peligro de que «el Derecho de daños, estructurado sobre el principio de culpa, se confunda con la protección de la propiedad, independiente de culpa». Sin embargo, la Sala no debía intentar en el caso concreto solucionar de forma general este difícil problema.

En definitiva, la sentencia extiende esencialmente la responsabilidad independiente de culpa por perjuicios ambientales. Y tiene una gran relevancia para el Derecho privado de la responsabilidad ambiental.

3. DERECHO DE FAMILIA

En una sentencia de mayo de 1995 el BGH aclaró algunas cuestiones fundamentales sobre la acción de alimentos del menor nacido de inseminación heteróloga³³.

Un matrimonio, en el que el marido era estéril a consecuencia de una enfermedad, decidió someterse a una inseminación heteróloga. En un tratamiento de esta clase se introduce artificialmente en la mujer el semen de un donante. Los casados concertaron con la clínica en la que se debía realizar el tratamiento un contrato prerredactado en el que se obligaban recíprocamente a considerar y educar al niño así concebido como su propio hijo matrimonial. Al matrimonio se le indicó que un niño que nace durante la existencia de un matrimonio es considerado matrimonial (§ 1593 BGB). El marido se obligó a no impugnar la matrimonialidad del niño y a reconocerlo como su hijo matrimonial. Tras varios intentos de inseminación nacieron finalmente mellizos. Al año de nacimiento de los niños el matrimonio se divorció. Tras la separación, el marido impugnó con éxito la matrimonialidad de los niños y rechazó el pago de alimentos. Los menores ejercitaron contra él una acción de alimentos con base contractual. El BGH les dio la razón. Calificó el acuerdo entre los cónyuges y la clínica como contrato a favor de tercero en el sentido del § 328, pfo. 2 BGB, del que habían surgido en favor de los niños propias acciones contractuales de alimentos. Con la autorización a la inseminación

³³ BGH 3-5-1995, BGHZ 129, 297.

heteróloga, el marido se había obligado mediante un acto de voluntad a la asunción de la paternidad. En esto el acuerdo sería comparable con una adopción (§§ 1741 ss. BGB). El marido había manifestado que se ocuparía del hijo como un padre. Y esto incluye también el deber de alimentos. Ciertamente la previa renuncia mediante acuerdo a la impugnación de la paternidad era ineficaz. Pero, de todos modos, el deber de alimentos no se había suprimido por la impugnación de la paternidad. El deber de alimentos contractual había sido asumido precisamente con el conocimiento de que el marido no era el padre biológico. Finalmente, según la sentencia del BGH, tampoco el deber de alimentos debía ser eliminado o adaptado por falta de base del negocio. Ciertamente, la base negocial había desaparecido en la medida en que la no matrimonialidad de los niños fue constatada en una sentencia. Sin embargo, el marido no podía extraer de ello ningún derecho, pues él mismo había impugnado la matrimonialidad y había causado de modo intencionado las alteraciones que condujeron a la desaparición de la base negocial. Por tanto, el marido estaba obligado a prestar alimentos a los hijos y no podía remitir esta obligación al donante de semen.

4. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para concluir nos gustaría informar brevemente sobre dos resoluciones del campo del Derecho de la competencia.

1. La primera resolución se refería a la cuestión de la competencia ilícita por la cría de gallinas ponedoras³⁴. Una pequeña empresa, cuyo cotitular era el demandante, tenía gallinas ponedoras al aire libre. La gran empresa del demandado tenía gallinas en jaulas. El demandante reprochó al demandado que la limitada superficie de 450 cm cuadrados y la instalación de sus jaulas no permitía una cría adecuada. Las gallinas estaban demasiado limitadas de movimientos y no podían satisfacer sus necesidades básicas innatas de descansar en un asiento elevado y de poner tranquilamente sus huevos en un lugar protegido. Esto significaba que las gallinas tenían que soportar continuos y considerables dolores, sufrimientos y daños. El demandado obtenía mediante esta situación de las gallinas contraria a los buenos usos y a la Ley de Protección de Animales una ventaja competencialmente ilícita de 4 *Pfennig* por huevo.

El BGH rechazó la demanda. Se apoyó en que el demandado mantenía las gallinas de conformidad con los preceptos que habían sido establecidos en una Directiva de la Comunidad Europea para la protección de

³⁴ BGH 6-7-1995, BGHZ 130, 182.

las gallinas ponedoras en jaulas en serie ³⁵. El objetivo de esta Directiva era evitar, mediante exigencias comunes mínimas sobre la cría en jaulas, perturbaciones competitivas en la Comunidad Europea que pudieran surgir mediante prescripciones propias de cada Estado sobre protección de animales. La Directiva establecía no sólo una regla para el comportamiento de los partícipes en el mercado, sino que también tenía como consecuencia que la importación y distribución de huevos de un criadero que cumpliera las exigencias mínimas de la Comunidad Europea sobre la protección de las gallinas ponedoras, no debía ser impedida por el Derecho de la competencia nacional, en relación al artículo 30, 36 del Tratado de la Comunidad Europea. Si podían ser causados a los animales considerables dolores y sufrimientos a pesar de la observancia del criterio de la Directiva, ello debía ser remediado inmediatamente por el órgano legislativo competente. Los tribunales nacionales de la competencia no eran la instancia adecuada a este respecto.

2. La segunda resolución tenía como objeto la admisibilidad competitiva de cierta publicidad de la empresa «Benetton» ³⁶. Benetton distribuye productos textiles por todo el mundo. La empresa había publicado con finalidad publicitaria una serie de fotos en carteles y periódicos, que tenían como objetivo el grave sufrimiento de seres humanos y animales. Así, una foto en color mostraba un pato manchado de petróleo que nadaba sobre una capa de petróleo. En el borde inferior izquierdo aparecía la foto sellada con el lema «United Colors of Benetton».

La Central de Lucha contra la Competencia Desleal estimó que había una infracción del § 1 de la Ley contra la Competencia Desleal (UWG). Según esta norma, en el tráfico negocial con finalidad de competencia están prohibidos los comportamientos que chocan contra las buenas costumbres. La asociación solicitó que se prohibiera al demandado hacer publicidad con esta fotografía (la Central de Lucha contra la Competencia Desleal pertenece a las asociaciones con capacidad jurídica a las que conforme al § 13, pfo. 2 UWG se concede una acción de cesación en materia de Derecho de competencia).

El BGH dio lugar a la demanda. Ciertamente era admisible desde el punto de vista de la competencia un anuncio que no tenía ninguna relación con prestaciones o con oferta de productos del empresario. Además, no era incumbencia del juez controlar si un anuncio era carente de gusto o escandalizante. Finalmente, podía desde luego un empresario tomar postura también sobre temas relevantes desde el punto de vista político-social, que se encuentren fuera de su ámbito negocial.

Sin embargo, en el caso concreto el anuncio sobrepasó los límites de la admisibilidad de la competencia. Con la foto del ave cubierta de petró-

³⁵ Directiva del Consejo 88/166/EWG de 7-3-1988.

³⁶ BGH 6-7-1995, BGHZ 130, 196.

leo desencadenó la empresa en el observador sentimientos de compasión con la criatura afectada y de impotencia y decepción por el propio desvalimiento. Se provocaba al observador la impresión de que la empresa estaba tan afectada por el sufrimiento como él mismo. Surgía así el sentimiento de solidaridad entre el consumidor y la empresa y su actividad comercial. Esta situación emocional se utilizaba sin razón objetiva únicamente para difusión del propio nombre y para el incremento de las ventas. Quien en el tráfico comercial aprovecha de este modo y sin motivación objetiva sentimientos de compasión o de solidaridad con compromiso social para finalidades de competencia, actúa contra las buenas costumbres en el sentido del § 1 UWG.

Traducción de Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO
Universidad de Murcia