

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1987 (*)

Profesor HANS-LEO WEYERS
Ayudante THOMAS KADNER
Frankfurt

I. LEGISLACION

En el ámbito del Derecho civil no se han producido modificaciones legislativas esenciales durante el año 1987 en la RFA.

La Directiva de la CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos, a la que ya se hizo referencia en el informe del año 1985, aún no se ha introducido en el Derecho interno alemán; si bien, los trabajos legislativos al respecto se encuentran muy avanzados.

II. JURISPRUDENCIA

1. Derecho de contratos

a) En el ámbito del Derecho de contratos destaca una fundamental sentencia del BGH (*Bundesgerichtshof*) que examina la posibilidad de aplicar las normas de la compraventa (en particular, parágrafos 459 y siguientes del BGB relativos al saneamiento por vicios) a los vicios ocultos del software (1).

Dicha aplicación plantea diversos problemas, pues el valor económico del software radica en la información almacenada, aunque ésta, naturalmente, se encuentre incorporada a un soporte material. Mas la información en sí representa, en principio, una prestación incorpóral, puesto que se trata de un bien inmaterial («informativo» podría decirse): «El software no se puede tocar». Los defectos que pue-

(*) Traducido por Isabel González Pacanowska, Universidad de Murcia.

(1) BGH, NJW («Neue Juristische Wochenschrift») 1988, p. 406; JZ («Juristische Zeitung») 1988, p. 460.

dan tener los programas se refieren precisamente a este aspecto inmaterial.

En la jurisprudencia, los contratos referidos a cesión de software han recibido diversas calificaciones según las circunstancias del caso concreto: compraventa, arrendamiento de cosas, arrendamiento de obra, leasing; en alguna ocasión se ha hablado de «contrato de licencia», contrato de know-how, o de «contrato de intercambio similar a la compraventa». Los criterios utilizados para conceder una u otra cualificación han sido igualmente variados: atender a si el contrato tenía como objeto principal la elaboración de un programa especial individualizado o, por el contrario, la simple cesión del uso de software standard ya existente. También se ha valorado si la cesión se produjo en el marco de una relación contractual duradera, o si se trataba simplemente de un acto de adquisición aislado.

Parte de la doctrina compara la cesión de software con el aprovechamiento del derecho de autor sobre la obra del ingenio, lo que conlleva reconocer una transmisión de los derechos de explotación. La introducción del programa en la memoria se contempla como un supuesto de reproducción de la obra. Y, en esencia, se considera el contrato como una venta de derechos.

En la citada sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1987 se declara en primer, que, a la hora de encontrar una solución al problema de los vicios, de poco sirve colocar el supuesto bajo la denominación de un contrato «especial» (sea de know-how, sea de licencia), ya que tales contratos, hasta el momento, carecen de una regulación sobre saneamiento por vicios.

De otro lado, se observa que no sólo en la cesión de software cabe decir que el vicio afecta en primer término al aspecto inmaterial de la prestación, pues también ocurre así, por ejemplo, cuando se vende un libro de instrucciones de contenido incorrecto, caso éste en el que el BGH había procedido a aplicar el parágrafo 463 BGB, una norma del contrato de compraventa.

El Tribunal destaca que en el presente supuesto el objetivo del contrato era un disco de datos con el programa grabado y, por lo menos desde este punto de vista, podía decirse que la prestación tenía por objeto una cosa corporal que debía servir como instrumento para el procesamiento de datos. Habiéndose cedido al cliente una copia de un programa standard, los eventuales defectos que presentare podrían equipararse con un defecto de fabricación de un producto fabricado en serie, mas que con el vicio o defecto de una creación intelectual.

Además, se estima que en el presente caso resulta más equitativo aplicar el plazo de caducidad previsto en la regulación de la compraventa (parágrafo 477: seis meses), que el plazo de 30 años dispuesto para pretensiones por inutilidad de una invención (cfr. parágrafo 195 BGB).

En definitiva, el Juez declara que las normas del BGB de la compraventa son aplicables por analogía a la cesión onerosa de las copias de programa.

mas. Lo que no se resuelve es si al adquirente de software le corresponde o no un derecho de reparación en especie, como el que otorga el parágrafo 633 II BGB (una norma del contrato de arrendamiento de obra).

De la lectura de esta sentencia se deduce que los problemas jurídicos ligados a la introducción del procesamiento de datos pueden superarse, al parecer, con justicia aplicando las normas vigentes del BGB. No parece por el momento necesaria la promulgación de un «Derecho especial del procesamiento electrónico de datos».

En el ámbito de las condiciones generales de los contratos destacan las siguientes dos sentencias:

b) En una sentencia del 12 de marzo de 1987 (2) el BGH tuvo ocasión de controlar si la denominada «cláusula de pago anticipado» (*Vorleistungsklausel*), de frecuente aplicación en las condiciones generales de las agencias de viaje, podía conciliarse con las disposiciones de la ley sobre condiciones generales de los contratos (en adelante, AGBG).

La cláusula discutida establece que el cliente debe pagar la totalidad del precio del viaje proyectado, a más tardar, cuando se le entregue por el organizador toda la documentación del viaje.

Una asociación de consumidores reclamó contra esta cláusula y exigió, de acuerdo con el parágrafo 13, I, II, núm. 1 AGBG que en el futuro se prescindiera de su utilización.

El BGH en primer lugar examinó si la cláusula infringía lo dispuesto en el parágrafo 9 II 1 AGBG; esta norma declara la invalidez de aquellas condiciones que se apartan de los principios fundamentales de la regulación positiva y no pueden conciliarse con los mismos.

El problema en el presente caso era averiguar la regulación de la que se apartaba la cláusula discutida, y ello porque los parágrafos 651 a)-k) del BGB, en los que se contiene desde el año 1979 la regulación legal del contrato de viaje, carecen de disposición alguna sobre la fecha de vencimiento del precio del viaje. Según el BGH, el silencio del legislador sobre este tema no implica una aprobación de la «*Vorleistungsklausel*», aunque se conociera, por lo demás, su frecuente aplicación en la práctica.

Del análisis de los tipos contractuales a los que se recurre para cubrir las lagunas legales de la regulación del contrato de viaje (arrendamiento de obra, arrendamiento de servicios, contrato de suministro, así como normas aplicables en general a relaciones contractuales duraderas) se desprende que en ocasiones se prevén obligaciones de pago anticipado a cargo del contratista o del empresario (por ejemplo, parágrafos 641, 646, 541 y 614 BGB); en otras, se establece el cumplimiento simultáneo de prestaciones por ambas partes (parágra-

(2) BGHZ 100, p. 157; NJW 1987, p. 1931; JZ 1987, p. 767.

fos 320, 651). Pero en ninguno de estos preceptos se contempla una obligación de pago anticipado a cargo del deudor de dinero en los contratos antes mencionados.

En el caso del contrato de viaje, parece evidente la inviabilidad de un cumplimiento simultáneo, por lo que puede decirse que el espíritu de la ley se inclina en todo caso por imponer la obligación de cumplimiento previo al agente de viajes, no al cliente.

No obstante, según la opinión de la Sala, la nulidad de la cláusula se derivaba, ante todo, de lo dispuesto en el parágrafo 9 I AGBG. Según este precepto, son inválidas aquellas cláusulas contenidas en condiciones generales de los contratos que causen un perjuicio desproporcionado a una de las partes, vulnerando el principio de la buena fe. En el marco de este parágrafo, se llevó a cabo una completa ponderación de los intereses en juego, con la siguiente conclusión: los intereses del organizador y del agente de viajes en la imposición de la cláusula de pago anticipado son, ciertamente, muy comprensibles y, comparados con los intereses del cliente, de mayor peso en muchos aspectos; mas lo decisivo en el supuesto es que la cláusula hace recaer sobre el cliente el riesgo de insolvencia de la agencia de viajes (cfr. parágrafo 17 de la Ley de concurso). Habida cuenta del creciente número de situaciones de insolvencia de estas agencias, el BGH opina que la cláusula controvertida representa un perjuicio desproporcionado del cliente en el sentido del parágrafo 9 I AGBG. Además, se tuvo en cuenta que el cliente tendría que soportar ese riesgo de insolvencia en contra de lo que puede deducirse del marco legal aplicable, conforme a lo expuesto más arriba; y se trata de un riesgo frente al cual no cabe contratar un seguro.

La sentencia dice que sólo cabría aceptar este tipo de cláusula, en la que el precio a pagar por anticipado supere una módica cantidad en relación con el precio total, cuando el organizador del viaje utilice los recursos pecuniarios puestos a su disposición para asegurar en lo posible el cabal cumplimiento de todos los aspectos del contrato. El BGH exige a tal fin que por medio de los pertinentes contratos a favor de tercero, se garantice al cliente por escrito la titularidad de pretensiones directas contra los que ejecutarán las principales prestaciones del viaje (empresas de transporte, o de hostelería). Sólo en este caso podrá afirmarse que el cliente queda al amparo de una posible insolvencia del agente de viajes cuando paga por anticipado el precio total del viaje.

c) En una segunda sentencia sobre las condiciones generales y la AGBG, el BGH se ocupó del problema que presentan las condiciones generales contenidas en la denominada garantía del fabricante («*Garantiekarten*») (3).

(3) Sentencia del BGH de 23-3-1988, en NJW 1988, p. 1726.

Los hechos eran los siguientes: el demandado era un fabricante de aparatos electrodomésticos que comercializaba a través de comerciantes minoristas. Junto con el aparato eléctrico se entregaba una garantía en la que se reconocía al consumidor final —entre otros derechos— un derecho de reparación a cargo del mismo fabricante. Esta garantía se entregaba al adquirente en el momento de la compra junto con el aparato. Una asociación de consumidores entabló una reclamación al amparo del parágrafo 13 I, II, 1.º AGBG para que la cláusula dejara de aplicarse en el futuro.

El BGH calificó esta tarjeta de garantía del fabricante como un contrato de garantía autónomo, por el que se otorgaban al consumidor final de los aparatos acciones directas de naturaleza contractual contra el fabricante, que vendrían a sumarse a las obligaciones de saneamiento a cargo del vendedor-minorista. Es decir, los derechos del adquirente frente a su vendedor en modo alguno resultaban afectados por la garantía ofrecida por el fabricante.

En la práctica, el problema planteado por este tipo de garantías radica en la confusión que a menudo crean en el comprador, quien no distingue con claridad las manifestaciones que proceden del fabricante y las del vendedor. Las denominadas «Garantiekarte» suscitan con frecuencia en el consumidor final medio, carente de conocimientos técnico-jurídicos, la falsa impresión de que sus derechos frente al vendedor se limitan al ámbito señalado en la tarjeta de garantía. Generalmente, los derechos que aquí se le reconocen son menos extensos que los otorgados por la propia ley a un comprador frente al vendedor; y la consecuencia que se obtiene es que el adquirente, inducido a error, se abstiene de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden frente al vendedor.

Con todo, la aplicación de las normas de la AGBG a efectos de controlar esta cláusula, tropezaba con dificultades, pues el parágrafo 8 de la ley declara sometidos a la AGBG aquellas condiciones negociales que contengan una regulación sustitutiva o complementaria de la regulación legal dispositiva aplicable al caso. La garantía del fabricante, como se ha señalado antes, da lugar a una relación de tipo contractual entre el fabricante y el consumidor final, pero no puede decirse que la cláusula sustituye o complementa la correspondiente regulación positiva (parágrafos 459 y siguientes BGB), pues los parágrafos 459 y siguientes que regulan el saneamiento en la compraventa no serían aplicables al faltar un contrato de compraventa entre fabricante y adquirente final de los productos.

En principio parece evidente que el fabricante es libre de otorgar al consumidor derechos suplementarios a los que por ley le corresponden, si así lo desea. El BGH, sin embargo, no se detuvo en esta consideración formal de la situación jurídica; lo decisivo era que el uso de esta cláusula inducía al consumidor a pensar que de alguna manera se habían modificado los derechos al saneamiento que legal-

mente le asisten frente al vendedor. La limitación derivada del párrafo 8 de la AGBG, a la que antes se ha hecho referencia, no tiene por finalidad, según el BGH, posibilitar al redactor de las condiciones generales una influencia de hecho sobre relaciones contractuales entre terceros, escapando a cualquier tipo de control.

De otro lado, el resultado al que podría conducir el sometimiento de la cláusula a las normas de la AGBG, si se declarara su invalidez, es la supresión total de la garantía, lo que empeoraría la posición jurídica del consumidor final. A pesar de ello, el BGH estima decisivo en el presente caso que la cláusula suscita en el comprador la errónea impresión de que sus derechos frente a tercero han sido cercenados; de hecho, en numerosas ocasiones, el comprador efectivamente se abstiene de hacer valer sus derechos legales frente al vendedor por esta causa.

Esta repercusión práctica de la cláusula de garantía llevó a someterla al control de las normas de la AGBG, aunque sea cierto que la garantía, en teoría, mejora la posición jurídica del cliente y, en principio, el fabricante es libre para otorgarle derechos complementarios a aquellos que la propia ley concede al comprador.

Si bien, el Tribunal manifestó que las condiciones generales contenidas en la garantía del fabricante no se controlan aplicando las normas de la AGBG que fijan los límites de cláusulas que sustituyen a la regulación legal en materia de saneamiento (párrafo 11, número 10, AGBG). El párrafo 11, número 10, de la Ley presupone la celebración de un contrato del que efectivamente se deriven obligaciones de saneamiento a cargo de las partes, lo que no ocurre en la relación fabricante-consumidor final. Aun cuando pueda decirse que el cliente sufre un error de derecho, eso no significa que el fabricante pueda identificarse con el predisponente suministrador directo del bien, contemplado por el párrafo 11, número 10, AGBG.

A lo anterior debe añadirse, según el BGH, que la promesa de garantía podría perfectamente moverse dentro de los límites válidos fijados por el párrafo 11, número 10, AGBG; y, a pesar de ello, sigue siendo susceptible de provocar en el adquirente final de los bienes la falsa impresión antes reseñada, dando lugar a que de hecho éste desista de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden. El BGH opina que en este caso existe la necesidad de protección.

Por todo ello, el BGH decidió que la cláusula de garantía debía controlarse aplicando el párrafo 9 I AGBG. Se estima que la cláusula representa una violación del «principio de transparencia» («Transparenzgebot») que debe presidir la redacción de las condiciones generales, porque efectivamente el consumidor final se abstiene de hacer valer los derechos que le asisten contra el vendedor. Y el principio de transparencia exige que la posición jurídica de las partes en el contrato esté regulada de forma clara, que no haya cláusulas oscuras. Desde el punto de vista del Alto Tribunal, la promesa de garantía,

por ir en contra del principio de transparencia y por inducir a error al consumidor final, implica un «perjuicio desproporcionado» en el sentido del parágrafo 9 I AGBG y, en consecuencia, es nula.

d) También este año el BGH ha tenido que ocuparse del eterno problema relativo a indemnizabilidad de los daños provocados por la privación del goce de un bien (Nutzungsentgang) (4). Los hechos que dieron lugar a la sentencia (5) fueron como sigue: una mujer divorciada se había obligado en el convenio regulador a poner a disposición de su ex-cónyuge y de los hijos comunes de ambos la casa de vacaciones que tenía en Suiza durante las vacaciones escolares. En los años sucesivos, el ex-marido reclamó el disfrute del chalet, pero se encontró siempre con la negativa de la mujer. Por esta razón, exige indemnización de daños y perjuicios: por habersele privado de la posibilidad de disfrutar la vivienda.

En sentencias anteriores recaídas sobre el tema de la privación del goce de un bien y la posibilidad de conceder indemnización por esta causa, siempre se había tratado de supuestos en los que el propietario mismo de un bien se había visto privado temporalmente de la posibilidad de disfrute por actos de tercero; en el presente caso, en cambio, la facultad de goce no derivaba de un derecho de propiedad, sino de un acuerdo contractual que otorgaba esta facultad sobre bienes ajenos, y la limitaba a un ámbito temporal determinado (el de vacaciones escolares).

De nuevo se le plantea el BGH la pregunta de si la privación temporal de la posibilidad de usar y gozar de una cosa representa un daño material indemnizable, aun cuando, de hecho, durante el tiempo en que no se pudo utilizar el bien, no se hubiesen tenido que afrontar otro tipo de gastos para suplir su falta (en este caso, por ejemplo, gastos de hotel o de pensión).

En el Derecho alemán es absolutamente decisivo, a efectos de conceder indemnización, averiguar si se ha producido o no un daño material, porque el parágrafo 253 BGB limita a unos supuestos muy concretos y reducidos la posibilidad de indemnizar daños inmateriales o morales; y en ninguno de estos supuestos encaja el caso que aquí se plantea.

El BGH declaró en primer lugar que, en principio, la indemnización de daños por haber provocado una privación temporal de goce de un bien puede derivarse no sólo de una actuación ilícita extracontractual, sino también del incumplimiento de una obligación de origen contractual que tuviera por objeto precisamente procurar el goce de ese bien.

De otro lado, y prosiguiendo con el desarrollo de una teoría gene-

(4) Cfr. ADC 1985, p. 1014; 1986, p. 860 y s.; 1988, pp. 225 y ss.

(5) Sentencia del BGH de 16-9-1987, en BGHZ 101, p. 325; NJW 1988, p. 251; JZ 1987, p. 196.

ral sobre los problemas jurídicos derivados de la privación del disfrute de un bien, se hicieron las siguientes afirmaciones: en el caso debía concederse una indemnización pecuniaria teniendo en cuenta que la obligación contractual de ceder el disfrute de la vivienda había de cumplirse durante una temporada concreta del año, y el tiempo ya perdido no puede recuperarse. Además se tuvo en cuenta que el acreedor se encontraba de hecho en situación de poder servirse de la casa (Criterio del denominado «Fühlbarkeit»: ser un daño real, que se «siente» efectivamente). Con este razonamiento se siguen los argumentos utilizados anteriormente por el Grosse Senat en supuestos en que la privación de goce había sido consecuencia de una actuación ilícita extracontractual y había afectado al propietario (6).

Según el BGH la obligación de indemnizar resulta además incuestionable a la vista de lo que se denomina el fundamento mismo de la responsabilidad («Zweck des Haftungsgrundes»), pues la obligación contractual incumplida tenía por objeto precisamente procurar el disfrute del chalet; al impedirse totalmente el goce, se estaba evidentemente incumpliendo la prestación principal que incumbía al obligado.

Para determinar la cuantía del daño, el Senado estima que debe acudirse en primer lugar a la valoración que las partes mismas hubieran otorgado al disfrute de la cosa en el convenio. En su defecto, debe acudirse a los criterios del tráfico relativos a cesión onerosa de disfrute. De la cantidad resultante deberá deducirse lo que, según esos criterios, corresponde al lucro cesante, a la ganancia que se pudiera haber obtenido con una aplicación económico-productiva de la vivienda, ya que la vivienda se dejaba para uso personal, y no para ulteriores cesiones totales o parciales.

Con esta sentencia se pone nuevamente de relieve que la jurisprudencia sobre indemnización de daños por privación temporal del goce de un bien está resultando ser progresivamente un terreno de libre construcción jurídica («freier Rechtsfortbildung») del BGH, sin que apenas ofrezcan puntos de apoyo los parágrafos 249 y siguientes del BGB. El tratamiento de estos temas sigue ofreciendo muchos aspectos problemáticos: por ejemplo, todavía no se han alcanzado criterios generales que puedan servir de guía para una configuración global del supuesto. Jurisprudencia y doctrina habrán pues de acometer en el futuro el completo abordaje de todas las cuestiones relacionadas con la indemnizabilidad de daños provocados por la privación temporal del disfrute de un bien.

(6) Cfr. ADC 1988, pp. 225 y ss.

2. Responsabilidad extracontractual

De las sentencias recaídas durante el año 1987, quizá la que mayor expectación ha despertado en la opinión pública sea una sentencia (7) en la que la BGH se enfrentó a la cuestión de una posible responsabilidad civil del Estado por los daños forestales provocados por repetidas inmisiones procedentes de instalaciones fabriles e industriales, alejadas del lugar en el que el daño efectivamente se produce.

En el caso sometido a la consideración del BGH, la demanda se había presentado por el propietario de una explotación agrícola y forestal que había sufrido un descenso considerable en la producción ordinaria de madera, lo que le había causado perjuicios globales por valor, al menos, de un millón de marcos.

Los daños que sufren los bosques en su conjunto forma parte de lo que se denomina «muerte del bosque» («Waldsterben») y, en primer término, se deben a la contaminación atmosférica que causa estragos en grandes espacios. La contaminación, a su vez, tiene su origen en emisiones procedentes de instalaciones fabriles e industriales, de los sistemas de calefacción, así como de automóviles, aeronaves y ferrocarriles.

El demandante exigía al Estado federal, así como al Estado de Baden-Württemberg indemnización por los daños causados.

En esta amplia sentencia, el BGH se detuvo primero en examinar las pretensiones derivadas del párrafo 14, párrafo 2, de la Ley federal de protección contra inmisiones («Bundesimmissionsschutzgesetz», en adelante BImSchG).

El párrafo 14.1 de la BImSchG dispone que no podrá exigirse la suspensión o supresión de una explotación industrial que tenga efectos perjudiciales sobre la vecindad, si aquella hubiere sido autorizada sin reservas; únicamente cabe pedir que se adopten las medidas pertinentes a fin de impedir la producción de los efectos dañinos. La segunda frase del párrafo 14 de la BImSchG, por su parte, prevé una compensación económica para el caso de que tales medidas no sean técnicamente viables o no sean defendibles desde un punto de vista económico.

El BGH rechazó una aplicación directa o analógica de esta norma al presente caso, así como una aplicación mediante la denominada interpretación constitucional de la norma.

En efecto, el párrafo 14.2 BImSchG no es una norma de Derecho público, sino que pertenece al ámbito privado de las relaciones de vecindad. No obstante, la pretensión derivada del párrafo 14.1 de la BImSchG, así como la compensación económica prevista en el párrafo 14.2 de la misma Ley, se dirige, en principio, contra el titular de la ex-

(7) Sentencia del BGH de 10-12-1987, en NJW 1988, p. 472; JZ 1988, p. 453.

plotación perjudicial, y no contra el funcionario del negociado que concede la correspondiente autorización para el ejercicio de la explotación industrial.

A efectos de aplicar el párrafo 14 de la BImSchG podría ciertamente calificarse como «autor de la perturbación» a aquel por cuya voluntad se llega a la situación causante de un daño en la propiedad de un tercero. Sin embargo, el BGH estima que la mera autorización que concede el Estado federal o el Land, permitiendo la industria perjudicial, no puede equipararse a una propia autoría del daño.

Además, el párrafo 14.2 BImSchG está pensado para relaciones de vecindad en las que los causantes de las inmisiones perjudiciales están claramente individualizados. En la producción de daños forestales, por el contrario, concurren un elevado número de agentes causales, a menudo muy alejados en el espacio, sin que parezca posible una imputación individualizada. Según el BGH, la aplicación analógica del párrafo 14.2 BImSchG a este caso supondría sobrepasar los límites de la analogía.

En correspondencia con lo anterior, el BGH también desestimó que el presente caso pudiera encajar en alguno de las hipótesis de responsabilidad desarrolladas por la jurisprudencia; en particular, los supuestos de responsabilidad por las denominadas intromisiones «expropiatorias» o «equivalentes a expropiación» (8).

Asimismo, el BGH se negó a afirmar una responsabilidad del legislador por haber eventualmente descuidado el deber constitucional de protección de la propiedad privada, consagrado en el artículo 14 de la Ley Fundamental. Por último, se estimó que tampoco concurrían las condiciones necesarias para apoyar una responsabilidad de la administración derivada del párrafo 839 BGB en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental.

A lo largo de su razonamiento jurídico, el Alto Tribunal destacó expresamente en diferentes lugares que las facultades de la jurisprudencia en la construcción de instituciones jurídicas encuentra una serie de límites, derivados del sometimiento de los Jueces a la Ley, que se sobrepasaría inequívocamente si ese fuera el camino elegido para establecer la responsabilidad del Estado por estos nuevos tipos de daños forestales.

Una decisión en tal sentido en modo alguno puede proceder de la jurisprudencia, sino que, de acuerdo con el principio de la división de poderes, debe reservarse al Parlamento; considerando, sobre todo, las graves consecuencias que tendría esta salida a los problemas de la compensación económica de los daños sobre las arcas del Estado

(8) En el año 1982 fracasó un intento de codificar estos supuestos por falta de competencia legislativa del Estado federal. Cfr. BVerGE 61, p. 149.

(existe la amenaza de reclamaciones de indemnización por valor de millones de marcos).

El Tribunal llegó así a la conclusión de que el Estado, según el Derecho vigente, no responde a las nuevas formas de daños forestales; esta decisión se basó más en las consideraciones jurídico-políticas que se han expuesto, que en razones jurídico-dogmáticas, aunque en verdad cada uno de los motivos aducidos por el demandante hubiera sido susceptible de ser tratado con mayor amplitud. Al mismo tiempo, no obstante, el Senado declaró expresamente que considera los daños forestales como daños que merecen y deben ser indemnizados.

En definitiva, se dirige una llamada al legislador alemán para que se ocupe del tema.

b) En una sentencia del 22 de septiembre de 1987 (9), acogida de forma muy crítica por la doctrina, el BGH se ocupó del alcance del deber de información de los médicos (10).

En el caso planteado al Tribunal, una paciente había sido sometida a un tratamiento siguiendo un método convencional y con utilización de instrumental ya existente. Se le había igualmente informado de los eventuales riesgos que conllevaba el método aplicado y ella había consentido la intervención.

Lo que no se le había comunicado, sin embargo, es que para llevar a cabo ese tipo de operaciones en otras clínicas se disponía ya de una técnica con menores riesgos, y en el mismo hospital en el que ella iba a ser intervenida, la nueva técnica pronto habría de ser introducida.

La operación le dejó importantes secuelas, por lo que exigía indemnización de daños materiales y morales, de acuerdo con los párrafos 823 I y 847 BGB.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia alemana y de gran parte de la doctrina, una intervención con fines curativos representa, en esencia, una lesión corporal que sólo puede calificarse de conforme a Derecho cuando el paciente la hubiere consentido válidamente.

En el presente caso, el BGH debía decidir si el consentimiento de la paciente estaba viciado por el defecto de la información que se le había facilitado.

En primer lugar se planteó el Tribunal si el método efectivamente aplicado debía considerarse en aquel momento obsoleto y, en consecuencia, «per se» defectuoso. La contestación fue que no siempre y necesariamente han de aplicarse las terapias más nuevas y los aparatos más modernos que existan; esto, a menudo, ni siquiera sería posible habida cuenta de los rápidos avances de la técnica médica, así como de los altos costes de nuevo instrumental. Y aunque se hubiera ya previsto la adquisición de nuevos aparatos, es lícito seguir

(9) Sentencia del BGH en NJW 1988, p. 763; JZ 1988, p. 411.

(10) Cfr. sobre Derecho médico, ADC 1984, p. 1057.

con el método anterior durante un cierto período de transición, incluso cuando el nuevo método implique indiscutiblemente un menor riesgo para el paciente. El tratamiento acorde con el sistema convencional anterior sólo deviene «per se» defectuoso cuando los avances médicos pongan de manifiesto su falta de fiabilidad.

Lo expuesto, según el BGH, no deja de afectar al contenido del deber de información del médico. Puesto que no cabe en todo momento contar con la aplicación del tratamiento más moderno que exista ni con la utilización de los aparatos más recientes, tampoco debe esperarse ni puede exigirse puntual información al respecto. Otra cosa sería si el nuevo tratamiento se hubiera impuesto ampliamente y ofreciera ventajas decisivas.

En el caso decidido ahora por el BGH, existía en los sectores especializados la unánime opinión de que en el futuro sólo se utilizaría el nuevo método; además, la intervención que había sufrido la paciente no era urgente y hubiera podido aplazarse hasta que el nuevo instrumental estuviese disponible. Finalmente, el nuevo método, comparado con el anterior, representaba una importante mejora en la prevención del riesgo de lesiones intestinales, provocadas con el antiguo.

Sin embargo, en la sentencia el BGH estima que lo decisivo era que la utilización del instrumental ya existente todavía era un procedimiento fiable. El tratamiento en sí no había sido modificado: sólo se habían introducido mejoras técnicas y las probabilidades de ulteriores complicaciones con el sistema anterior eran aproximadamente de uno por mil. Según el Tribunal sería contrario a los recursos prácticos de la previsión sanitaria establecer un deber de información sobre los métodos terapéuticos disponibles en otros lugares y más favorables para el paciente.

Queda por ver si con esta sentencia —como se ha dicho, muy criticada por la doctrina— el BGH simplemente perseguía un resultado deseable para el caso concreto que se le planteaba o si, por el contrario, es la manifestación efectiva de un cambio en la escala de valores de la jurisprudencia en el conflicto derecho de autodeterminación del paciente versus lo que el BGH denomina «posibilidades prácticas de la previsión sanitaria».

En la jurisprudencia anterior siempre se había concedido un lugar preeminente al libre consentimiento del paciente, a pesar de la opinión contraria de parte de la doctrina. También la jurisprudencia más reciente en materia de carga de la prueba en procesos de responsabilidad civil de médicos apoya la conclusión de que el BGH le sigue otorgando una importancia decisiva. Por ello, la sentencia comentada puede calificarse de carácter excepcional.

c) También destaca otra sentencia de 30 de junio de 1987 sobre responsabilidad civil de los médicos (11).

(11) BGHZ 101, p. 215; NJW 1987, p. 2925; JZ 1988, p. 150.

A un niño se le había extraído el único riñón que tenía, aunque, desde el punto de vista médico, la extracción no era lo adecuado. A consecuencia de la operación, la madre del niño le donó un riñón propio. El Juez tenía que resolver si el médico debía indemnizar a la madre, además de al niño, según los parágrafos 823 I y 847 BGB.

A diferencia del artículo 1.902 del Código civil, el parágrafo 823 I BGB presupone, a efectos de indemnización, que se ha producido un daño en un bien jurídico determinado protegido a través de la relación que contiene el propio parágrafo 823 I. Entre tales bienes se encuentra la salud, y el Senado había de comprobar si el médico había lesionado junto con la salud del niño la salud de la madre.

En este sentido, se decidió que el médico, al extraer, en contra de lo que era su deber, el riñón al niño, provoca una situación de peligro que puede inducir sobre todo a parientes próximos a plantearse una lesión de su propio cuerpo (en el caso, pérdida de riñón para donarlo) para salvar la vida y salud del niño. Podía hablarse, pues, de una relación de causalidad psíquica entre el comportamiento del médico y la donación de la madre, lo que era suficiente para afirmar que se había lesionado un bien jurídico de ésta: la conducta a la que se había visto «requerida» era comprensible y razonable, dadas las circunstancias.

Sólo podrá afirmarse que el causante de un daño no ha de responder también del riesgo que ha creado para un tercero (en este caso, la madre donante), cuando la conducta observada por este último hubiere sido desproporcionada al daño que se trataba de evitar.

El Senado recurre así a criterios que ya habían sido desarrollados por el Reichsgericht, así como por el propio BGH para supuestos en los que una persona hubiese sufrido daños al auxiliar o socorrer a otra en peligro. Parecidos son los argumentos de que se ha servido la Jurisprudencia para atribuir responsabilidad a una persona que causa daños a otra por medio de un tercero, o hubiese provocado una «auto-lesión» de otro (por ejemplo, en el caso de que el perseguidor de un delincuente sufre una caída y exige al delincuente indemnización por los daños resultantes de la caída).

Según el BGH, el hecho de ser «voluntaria» la donación de la madre, carece de significación por lo que respecta a la indemnización: aunque había donado su riñón voluntariamente, no puede negarse lesión de un bien jurídico propio por acto de tercero, que precisamente ha provocado ese acto de disposición sobre el propio cuerpo en la manera vista.

Finalmente, el BGH, teniendo en cuenta los valores imperantes y las circunstancias, considera que la donación realizada por la madre no podía simplemente calificarse de «mera ayuda» para que su hijo superase el daño sufrido, ayuda que a tenor del parágrafo 823 I BGB no sería indemnizable; más bien se había creado una situación de

urgente necesidad que había conducido a la lesión de un bien jurídico de la propia madre.

Sobre el tema de indemnización por daños morales («Schmerzensgeld») destacan dos sentencias de los Jueces de instancia.

d) En uno de los casos, sentenciado por el OLG (Oberlandesgericht, Audiencia territorial) Düsseldorf el 9 de noviembre de 1987 (12), la negligencia de un médico había causado la muerte de un niño pocas horas antes del nacimiento que debía haber tenido lugar. La madre alegó haber sufrido una lesión en su propio cuerpo, en el sentido previsto por el parágrafo 823 I BGB, y exigió indemnización por daño moral.

El OLG declaró que el feto no constituye una parte integrante del cuerpo de la madre, ni puede considerarse un órgano de la misma; desde el momento de la anidación del óvulo fecundado se trata de una vida independiente. Si el feto sufre daños en el seno materno, correspondería en todo caso al niño que naciera con secuelas por esa causa el derecho a obtener una indemnización, pero no a la madre.

Cierto es, según el Tribunal, que todas aquellas modificaciones anímicas, corporales y hormonales que sufre la madre a consecuencia del embarazo ya no tenían sentido y pueden decirse eran «inútiles» a consecuencia de la negligencia del médico. Mas, desde el punto de vista del Tribunal, eso no significa que los cambios provocados por el embarazo puedan ser calificados en sí de bienes jurídicos lesionados.

De otro lado, la mujer no había alegado una lesión corporal propia por shock psíquico. En definitiva, la demanda fue desestimada por no haberse producido daño de un bien jurídico propio de la demandante.

e) En una sentencia del 16 de marzo de 1987, el OLG Köln se ocupó del alcance que puede tener una indemnización por daño moral. El demandante, que a consecuencia de un accidente había necesitado una transfusión de sangre, temía que con la transfusión se le hubiese transmitido el SIDA. Por esta razón exigía una mayor indemnización por daño moral. El OLG, sin embargo, no concedió el aumento solicitado; lo que hizo fue llamar la atención del demandante sobre el hecho de que podía someterse sin peligro a un reconocimiento médico; si se abstenía de hacerlo, es una libre decisión suya que no puede correr a cargo del causante del accidente.

f) También durante este año los Jueces han proseguido con el desarrollo de la teoría jurisprudencial sobre la protección del «derecho general de la personalidad» («Allgemeines Persönlichkeitsrecht») en Derecho civil. Del extenso material cabe destacar las siguientes sentencias.

— El Tribunal Constitucional, ante una moción procedente del Tribunal de instancia de Tübinga, afirmó que la obligación que in-

(12) OLG Düsseldorf, en NJW 1988, p. 777.

cumbe a los cónyuges de llevar un apellido familiar común («Ehenamen») (cfr. parágrafo 1.355 I BGB), no lesiona el derecho a la personalidad, garantizado por el artículo 2 en relación con el artículo 1 de la Ley Fundamental, de aquel cónyuge cuyo apellido no ha sido el elegido para ser el apellido común del matrimonio (13).

— También el Tribunal Constitucional decidió que el dar publicidad a una sentencia de incapacitación por alcoholismo o por prodigalidad (cfr. parágrafo 657 de la Zivilprozessordnung) es incompatible con el debido respeto al derecho general de la personalidad (14).

— Según una decisión del OLG Stuttgart, aquellas llamadas telefónicas no solicitadas y procedentes de partidos políticos suponen una lesión del derecho general de la personalidad cuando se realizan durante el período de la campaña electoral (15).

— El mismo Tribunal se enfrentó con un caso en el que un hombre joven esperaba regularmente a su antigua novia ante la vivienda de ésta o en el camino al trabajo, y procedía a molestarla. El OLG llegó a la conclusión de que la prohibición de permanencia en un tramo de la calle con el fin de proteger el derecho general de la personalidad de la mujer es válida, por lo menos si es una prohibición temporal (16).

— El OLG Frankfurt declaró que existe una lesión del derecho general de la personalidad cuando un empresario realiza una toma de video de su empleado encontrándose éste ebrio y sin haber dado su consentimiento. Y lo mismo vale aunque la toma se hubiere realizado con el fin de probar precisamente el alcoholismo del trabajador (17).

— Según el «Landgericht» de Berlín, cuando un vecino se dedica a «vigilar» continuamente con una cámara de video la entrada al garaje que comparte con su vecino (que no consiente), lesiona el derecho general de la personalidad de éste (18).

Lo anterior pone de relieve que en la RFA el desarrollo de la protección jurídico-civil del derecho de la personalidad descansa todavía en la labor jurisprudencial —no se ha previsto por el momento introducir en el Código civil una regulación del tema. Según un punto de vista muy extendido, en el momento actual del Derecho alemán sería factible a lo más la formulación de una cláusula general. Presenta interés por tanto para el observador alemán seguir de cerca la legislación promulgada en España sobre protección de los derechos de la personalidad (19).

(13) BVerfG, Resolución del 8-3-1988, en JZ 1988, p. 451; la decisión del AG Tubinga se encuentra en FamRZ 1985, p. 1036.

(14) BVerfG, Resolución del 9-3-1988, en JZ 1988, p. 555.

(15) OLG Stuttgart, sentencia del 11-3-1988, en JZ 1988, p. 470.

(16) OLG Stuttgart, sentencia del 1-5-1987, en NJW 1988, p. 1270.

(17) OLG Frankfurt, sentencia del 21-1-1987, en NJW 1987, p. 1087.

(18) LG Berlín, sentencia del 22-8-1986, en NJW 1988, p. 346.

(19) Los proyectos realizados en los años 1959 y 1967 fracasaron.

