

PROF. DR. WERNER FLUME
Profesor emérito en la Universidad de Bonn

EL NEGOCIO JURÍDICO

Parte general del Derecho civil

TOMO SEGUNDO

Cuarta edición, no modificada

Traducción:

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

y

ESTHER GÓMEZ CALLE
Profesora Titular de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO

plir o que haya exigido la restitución, ya no puede pretender de nuevo la validez del contrato sin la conformidad del otro contratante.

Desde la perspectiva de la inadmisibilidad del aprovechamiento desleal del error del cocontratante deben contemplarse todos los casos que no se encuadran en el supuesto de hecho del error en la declaración, pero en los cuales no considerar el error sería incompatible con la idea de lo justo. Respecto de los casos de la firma en blanco ya se ha indicado que la cumplimiento abusiva no vincula al firmante, conforme a la regulación del mal uso de un poder, si el abuso es reconocido por el destinatario de la declaración o es evidente para él¹. Del mismo modo, en caso de firma de un documento sin leerlo hay que resolver que el otro no puede exigir la validez de la declaración si reconoce o si es evidente para él que el firmante no aprueba la declaración no leída. En general hay que decir que el destinatario de la declaración no puede invocar una declaración, si al tener conocimiento de ella se da cuenta, o en ese momento es evidente para él —como hombre razonable—, que la declaración «no puede ser exacta». Con ello también encuentran su regulación, en particular, los casos de error de cálculo unilateral en los que, aunque la base del cálculo no se incorpore al contrato, no parece compatible con la idea de lo justo mantener el contrato por el precio mal calculado.

§ 26. EL ASÍ LLAMADO ERROR SOBRE LA BASE DEL NEGOCIO Y LA DOCTRINA DE LA BASE DEL NEGOCIO

1. El error sobre la base de la transacción (§ 779)

Según el § 779 una transacción es ineficaz «si las circunstancias que, según el contenido del contrato, se han establecido como base no responden a la realidad y la controversia o la incertidumbre no se hubiera producido de haberse conocido la situación». El régimen del § 779 no atiende a las representaciones de las partes como un dato que se sitúe junto al contrato, sino a las «circunstancias que, según el contenido del contrato, se han establecido como base». La transacción toma su sentido, exclusivamente, de las circunstancias en que se basa. Las «circunstancias que se han establecido como base» en la transacción tienen para

¹ Véase *supra* § 23, núm. 2c.

la reglamentación de la transacción el mismo significado que los antecedentes de hecho para la sentencia. Las «circunstancias en que se basa» son «transaccionalmente reguladas» en sus consecuencias, y el § 779 no dice otra cosa que la transacción carece de eficacia jurídica. Si resulta que «las circunstancias en que se basa» no se ajustan a la realidad, la transacción, como reglamentación de esas circunstancias supuestas, resultará incorrecta y «carente de objeto» en el más exacto sentido de la palabra.

Si las partes no establecieran esas circunstancias como base, entonces o las elevarían a condición de la transacción o tomarían en cuenta la incertidumbre al regular la situación. Sin embargo, dado que las partes establecen esas circunstancias como base, orientan a ellas la reglamentación. Puede decirse que las circunstancias «están en la base» de la reglamentación adoptada transaccionalmente. Pero el que las circunstancias «se tomen como base» es una parte del contrato.

El precepto del § 779 ha de aplicarse en todos los casos de reglamentación similar a la transacción, esto es, en todos los casos en que un contrato tiene por contenido regular las consecuencias jurídicas de una supuesta situación de hecho. A este respecto hay que pensar, ante todo, en los convenios de partición de herencia, ya sea que «se tome como base» un testamento que es incorrecto, o que la partición se haga sobre un determinado valor de la herencia que resulta inexacto¹, o que incorrectamente se hayan supuesto obligaciones de colación o de imputación². Si con contratos de este tipo no se trata de otra cosa que de reglamentar las consecuencias jurídicas de una supuesta situación, la problemática es la misma que en el supuesto de hecho del § 779, de modo que se impone la misma regulación. Sin embargo, la jurisprudencia encuadra estos casos en la doctrina de la base del negocio y busca la solución conforme al § 242³.

2. La posición de jurisprudencia y doctrina sobre la doctrina de la base del negocio

La doctrina de la base del negocio, tal como hoy es defendida en general, fue formulada en su contenido básico por OERTMANN en su libro «*Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*», [«La base del negocio, un nuevo concepto jurídico»] aparecido en 1921. OERTMANN creía hallar

¹ BGH LM, § 779, Nr. 2.

² Cfr. BGH LM, § 242 (Bd), Nr. 1.

³ Véase también BGH 62, 20 y ss. y, al respecto, SCHMIDEL, *Festschr. v. Caemmerer*, 1978, 231 y ss.

en múltiples disposiciones del BGB un apoyo para el concepto jurídico de la base del negocio por él desarrollado y, en la cima de los «casos legales de aplicación de la base del negocio en el Derecho vigente alemán» tratados por él, situó la regulación del error en la transacción del § 779¹.

OERTMANN² formuló la siguiente definición de base del negocio: «Base del negocio es la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial». La formulación se encuentra en la jurisprudencia, tan sólo con cambios mínimos carentes de significación, hasta la época más reciente³.

Se distinguen los casos de inexistencia de la base del negocio al tiempo de concluir el contrato y de posterior desaparición o de posterior modificación de la base del negocio. Además, en la doctrina se distingue con frecuencia entre base subjetiva y objetiva del negocio⁴. Base subjetiva del negocio sería lo que las partes realmente se han imaginado y han hecho base de sus decisiones conscientemente. La falta o desaparición de la base objetiva del negocio se daría si, por circunstancias no tenidas en cuenta por parte de los contratantes, el contrato queda privado de su sentido; en particular, se admite la modificación o la desaparición de la base objetiva del negocio si, a consecuencia de un cambio de las circunstancias respecto de la situación existente al tiempo de concluir el contrato, el cumplimiento de la prestación a que está obligado el deudor queda considerablemente dificultado o la relación entre prestación y contraprestación ha quedado esencialmente alterada.

En la doctrina de la base subjetiva del negocio pervive la doctrina de la «presuposición» de WINDScheid⁵, mientras que en la doctrina de la desaparición o de la modificación de la base objetiva del negocio ha revivido la vieja doctrina de la *clausula rebus sic stantibus*⁶.

Actualmente se está de acuerdo en que las consecuencias jurídicas de la falta de la base subjetiva del negocio no han de determinarse con-

¹ *Geschäftsgrundlage*, pp. 63 y ss.

² *Loc. cit.*, p. 37.

³ Cfr., por ejemplo, BGH LM, § 242 (Bb), Nr. 18; BGH 25, 390 y ss., 392.

⁴ Ver LARENZ, *Geschäftsgrundlage*; *Allgem. T.* 4, pp. 343 y ss.; *Schuldrecht*, I, 11, § 21, II y cit.; BEUTHEN, *Zweckerreichung*, 1969, especialmente pp. 53 y ss. y cit.; ULMER, AcP 174, 178 y ss.

⁵ WINDScheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (1850).

⁶ Cfr. el panorama doctrinal en MERZ, *Berner Kom. Schweiz. ZGB Art. 2*, N. 181 y ss.; OERTMANN, *vor* §§ 158 y ss., N. 1.

forme al § 779. Más bien, la doctrina de la base del negocio se relaciona en general con los §§ 157 y 242 y, en particular por lo que se refiere a la desaparición o la modificación de la base del negocio, se está al § 242¹⁰. El parecer de la jurisprudencia se describe en la sentencia del BGH, LM § 779, Nr. 2, como sigue: «Una alegación fundada en la ausencia de la base del negocio de ningún modo conduce siempre a la nulidad negocial absoluta o a un derecho de resolución a favor de una o ambas partes. Antes bien, la extensión y el contenido de los derechos y obligaciones de los contratantes, resultantes del negocio jurídico, han de juzgarse y medirse en tal caso de acuerdo con el sentido interno y la finalidad del negocio, considerando todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la «verdadera» base del negocio que ha sido desconocida, según los §§ 157 y 242 BGB, esto es, que, en su caso, han de adaptarse a la situación real, tal como sería justo y equitativo en caso de existencia de un comportamiento de las partes determinado por la buena fe, especialmente por la idea de la fidelidad a la palabra dada. A este respecto, sólo han de realizarse en la relación jurídica establecida aquellas intervenciones que parezcan absolutamente necesarias para alcanzar un resultado compatible con la buena fe». La diferencia decisiva de referirse al § 242 en lugar de al § 779 radica en que la jurisprudencia se considerará facultada, a causa de la inexistencia, desaparición o modificación de la base del negocio, para configurar la relación jurídica «conforme a la buena fe» desviándose de la reglamentación contractual.

La doctrina de la base del negocio vinculada al § 242 es hoy generalmente admitida en la doctrina¹¹. Es cierto que el supuesto de hecho de la ausencia o desaparición relevantes de la base del negocio también se define de forma distinta a como lo hace la jurisprudencia¹², y que en parte se critica que la práctica de los tribunales sobre el problema de la base del negocio se ha transformado en una jurisprudencia de equidad¹³. Pero en lo esencial la doctrina coincide generalmente con la jurisprudencia¹⁴. Desde los años treinta y en particular desde 1945, la

¹⁰ Cfr. SOERGEL-SIEBERT, § 242, N. 227 y ss.; así también OERTMANN, *loc. cit.*

¹¹ Cfr., sin embargo, FLUME, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. Deutscher Juristentag* (1960), I, pp. 207 y ss.

¹² Cfr. ENN-NIPPERDEY, § 177, III, y citas.

¹³ Cfr. por ejemplo LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*.

¹⁴ Según LARENZ, *loc. cit.*, prólogo a la 3.ª ed., «provisionalmente, la discusión del problema se ha agotado». Sobre doctrina reciente véase WIEACKER, *Festschr. Wilburg*, 1965, pp. 229 y ss.; STÖTTER, AcP 166 (1966), pp. 149 y ss.; ROTHGOTT, *System der Irrtumslehre* (1968); BEUTHEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis* (1969).

doctrina de la base del negocio está enteramente influida por la Jurisprudencia.

3. *La problemática de los casos contemplados por la doctrina de la base del negocio como problemática de la relación entre contrato obligatorio y realidad*

El problema del que trata la doctrina de la base del negocio afecta a la relación entre negocio jurídico y realidad. Todo negocio jurídico se refiere a una realidad y la cuestión es qué influencia tiene sobre la reglamentación negocial el que la referencia del negocio jurídico a la realidad sea incorrecta o el que la realidad cambie tras realizarse el negocio jurídico, es decir, que cambie respecto de la realidad que tuvo en cuenta el negocio jurídico.

La problemática de la relación de negocio jurídico y realidad se contempla por el Ordenamiento en múltiples normas. Mediante el establecimiento de una condición puede hacerse depender la validez de una reglamentación negocial de cualquier circunstancia. La aceptación de una garantía permite trasladar a uno de los contratantes el riesgo de la realidad. Mediante la interpretación y, en especial mediante la interpretación integradora, se puede resolver parte de los casos en que la realidad es distinta de la que correspondería al negocio jurídico (cfr. *supra* § 16).

En el supuesto de disposición por causa de muerte existe la impugnación por error en los motivos según el § 2078.II, junto a la interpretación y a las numerosas disposiciones legales sobre casos en que la realidad es otra de la que corresponde a la disposición *mortis causa*, sobre todo cuando la misma cambia posteriormente. Aunque la regulación legal en el caso de las disposiciones por causa de muerte enlaza con el error en los motivos, no se trata del error en los motivos como tal, sino de que la realidad es o se convierte en otra distinta de la que corresponde a la disposición por causa de muerte. La disposición por causa de muerte afecta, en el caso del § 2078.II, a una realidad a la que no iba referida y la Ley encuentra la solución en la posibilidad de impugnar. En otros casos la Ley permite que la disposición *mortis causa* devenga ineficaz cuando la realidad no concuerda con ella, así por ejemplo conforme al § 2077 o § 2169.

En los negocios jurídicos *inter vivos*, la problemática de la relación entre negocio jurídico y realidad se muestra sobre todo en los contratos

obligatorios. El Derecho de obligaciones está repleto de normas sobre la referencia del contrato obligatorio a la realidad y, en efecto, estas normas se encuentran tanto en el Derecho general de obligaciones como en las reglas sobre los tipos contractuales en particular. Ante todo han de mencionarse las reglas para el caso de imposibilidad, tanto la imposibilidad inicial como la sobrevenida, en la medida en que no esté justificada una responsabilidad por el propio comportamiento; las reglas sobre la aceptación de riesgos; sobre el derecho de resolución por modificación de las circunstancias; las reglas de los §§ 321 y 610; del derecho de desistimiento unilateral por justa causa; del saneamiento por vicios ocultos y defectos jurídicos; del derecho de repetición del donante por empobrecimiento, etc. En todos estos casos lo que importa es que el contrato obligatorio afecta a una realidad que no había tenido en cuenta. Por ello, el Ordenamiento jurídico no deja que se produzcan las consecuencias jurídicas estipuladas o establece lo que es justo integrando o corrigiendo la reglamentación pactada.

En la doctrina de la base del negocio, igual que en las mencionadas normas legales, lo que importa es la relación entre negocio jurídico y realidad. La doctrina de la base del negocio no es otra cosa que una integración de las normas legales del Derecho de los contratos obligatorios para los casos que se consideren no regulados legalmente. En la base del negocio, como supuesto de hecho existente junto al contrato, se cree poder incluir estos casos.

El punto de partida de OERTMANN en la construcción de la doctrina de la base del negocio era psicológico, aunque el propio OERTMANN destaca que la base del negocio no forma parte del proceso psicológico¹⁵. En la conclusión del contrato, separa la representación del contratante de la realidad y de la voluntad negocial. Ejemplos clásicos de su doctrina son los casos de error en las cualidades. OERTMANN sigue la doctrina de ZITELMANN de que la representación de las cualidades no puede ser parte de la voluntad negocial, sino sólo «base» suya. Lo mismo supone respecto de todas las demás representaciones de la realidad.

Por lo que se refiere a la representación de las cualidades, en la actualidad está superada la opinión de que no pueden ser parte de la voluntad negocial. No obstante, a la representación sobre otras circunstancias de la realidad le es aplicable lo mismo que a la representación de las cualidades. El concepto «base del negocio» es, en la doctrina de OERTMANN, francamente paradójico, porque OERTMANN no atiende al «nego-

¹⁵ *Loc. cit.*, p. 33.

cio» sino a las representaciones del contratante como un supuesto de hecho especial al lado del negocio. Sin embargo, sólo el «negocio» puede ser determinante. «Base del negocio» es la realidad a la que se refiere el «negocio».

De qué manera se refiere un negocio a la realidad se determina, de una parte, atendiendo al tipo de negocio. Pero los contratantes, desviándose del tipo contractual, pueden incluir otras circunstancias en su reglamentación contractual o excluir la referencia del contrato a circunstancias a las que se refiere el tipo contractual «en sí».

Como «caso ejemplar» de la doctrina de la base del negocio sirve, desde siempre, el caso del desfile de la coronación¹⁶. Para presenciar el desfile de la coronación se alquila un puesto en una ventana, pero el desfile no tiene lugar. En Inglaterra se resolvió el caso en el sentido de que el contrato no tenía validez¹⁷. En este caso, la circunstancia de que el desfile de coronación se celebrara no era sólo contenido de la representación de los contratantes como factor que estuviera al lado del contrato. Antes bien, el contrato mismo estaba referido a dicha circunstancia. No sólo se había pactado la cesión de la plaza en la ventana. Este pacto no hubiera tenido ningún sentido. Lo que se había acordado había sido la cesión del puesto en la ventana para presenciar el desfile de coronación.

La solución del caso se deduce en el Derecho alemán, obviamente, del régimen de la imposibilidad. La prestación acordada, la cesión del uso del puesto en la ventana para presenciar el desfile de coronación, devino imposible. El arrendador queda liberado, pero también pierde la pretensión a la contraprestación¹⁸.

Cuando el contrato obligatorio está referido a una realidad, no contiene, sin embargo, en los casos que se han adscrito a la doctrina de la base del negocio, ninguna reglamentación negocial para el supuesto de

¹⁶ Cfr. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, p. 47; OERTMANN, *Geschäftsgrundlage*, p. 26; LOCHER, ACP 121, 55.

¹⁷ Cfr. KRELL v. NEHRV 1903 LR 2 KB 740.

¹⁸ ENN-NIPPERDEY, § 177, N. 18, opina que la finalidad que el arrendatario persigue en este caso con la conclusión del contrato no es objeto de la obligación de prestación del arrendador, aun en el caso en que se erigiera en contenido del contrato. Frente a esto hay que decir que de lo que se trata no es de un objetivo del arrendatario, ni tampoco de un objetivo contractual especial que deba distinguirse de las prestaciones contractuales. Efectivamente, el arrendador no tiene que prestar el desfile de la coronación. Quien vende un objeto determinado tampoco tiene que producir ese objeto, sino sólo transmitir el objeto existente. Si el objeto no existe, la prestación es imposible para el vendedor. Lo mismo ocurre en el caso de la coronación.

que la referencia del contrato a la realidad sea inexacta o de que la realidad cambie en contra de la referencia establecida. En esto radica la distinción entre los casos de base del negocio y los casos en que una circunstancia de la realidad se ha elevado a condición del contrato o a objeto de una asunción de garantía. Por ello, para los supuestos en que la realidad no concuerda con la referencia del contrato o ha cambiado posteriormente en contra de dicha referencia, hay que establecer primero una regulación jurídica.

Ahora bien, los casos adscritos a la doctrina de la base del negocio son tan diferentes que en absoluto pueden concebirse de forma unitaria¹⁹. La referencia incorrecta del contrato a la realidad puede conducir a que se vea directamente afectado el contenido de la reglamentación contractual, con la consecuencia de que concurren dos regulaciones, y la cuestión es si exclusivamente es aplicable una de ellas, o cómo ha de resolverse la concurrencia de las dos regulaciones, si ambas son de igual rango. De esta problemática se trata en el llamado «caso de los rublos», en los «casos de la cotización bursátil» y, en general, en los casos de error sobre la base del cálculo, cuando el contrato se refiere a una base de cálculo incorrecta (véase al respecto *infra* núm. 4).

Al margen de los supuestos en que el contenido de la reglamentación contractual se ve directamente afectado por la inexacta referencia a la realidad, en todos los casos que se han adscrito a la doctrina de la base del negocio se gira en torno a esta cuestión: ¿quién soporta el riesgo de la realidad?²⁰. No hay soluciones generales unitarias para esta cuestión, de igual modo que también las regulaciones legales de la «base del negocio» son distintas, en cuanto a presupuestos y consecuencias jurídicas, en cada concreto tipo contractual.

La opinión dominante se reserva la posibilidad de decidir de forma diferente, ya que atiende al § 242, y así puede hallar una solución teniendo en cuenta qué es conforme a la «buena fe». Sin embargo, nada se ha ganado en realidad con la remisión a la «buena fe». Que una decisión jurídica ha de ser conforme a la «buena fe» es obvio. La cuestión es sólo qué decisión es conforme a la «buena fe». Por eso tampoco nos lleva más lejos decir que, en los casos de modificación o desaparición de la base del negocio, se producirían aquellas consecuencias jurídicas

¹⁹ Cfr. HEINRICH LANGE, *Festschr. Gieseke* (1958), p. 21.

²⁰ Planteando correctamente el problema KEGEL, 40. *Juristentag*, I, p. 197; cfr. también RAHEL, *Recht des Warenkaufs*, I, p. 357; véase además A. BLÖMEYER, *Allgem. Schuldrecht*, § 27, IV.

«que razonablemente unas partes que pensaran de forma honesta habrían pactado»²¹. Esta formulación no es otra cosa que un circunloquio para decir que ha de buscarse una solución justa. No obstante, tampoco es afortunada la formulación como tal, aunque desde siempre haya sido muy corriente en las decisiones jurídicas la argumentación de que un hombre «razonable» hubiera adoptado esa regulación²². Al valorar jurídicamente, lo que importa no es que las partes pensarán honestamente y qué habrían hecho éstas, sino cómo *hic et nunc*, y no bajo la perspectiva de un *tunc* virtual normativo, hay que ordenar en la reglamentación del contrato concluido por las partes la referencia inexacta del contrato a la realidad por medio de la valoración jurídica.

Cuando la realidad no concuerda con la referencia del contrato o se modifica posteriormente, como se ha dicho, el contrato no determina cuál de las partes soporta el riesgo de la realidad. Sin embargo, la regla ha de establecerse en relación con el contrato como *naturalis negotii*, lo que respecto de los *naturalia negotii* siempre ha sido tarea de la jurisprudencia. El abandono del *numerus clausus* de los tipos contractuales y el establecimiento de la abstracción del contrato obligatorio nada ha cambiado acerca de que la valoración jurídica respecto de los *naturalia negotii* sólo es posible si el concreto contrato obligatorio sobre el que ha de decidirse jurídicamente, no se concibe como singularidad sino como tipo contractual. En lugar de las soluciones únicas a las que se han dirigido los esfuerzos de la doctrina de la base del negocio y que, finalmente, han conlucido a una simple solución de equidad, de lo que se trata es de establecer en cada caso, para el concreto tipo contractual como *naturalis negotii*, la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de la realidad.

Las reglas tradicionales de los *naturalia negotii* para los tipos básicos de los contratos obligatorios abarcan directamente una gran parte de los casos que se han adscrito a la doctrina de la base del negocio. Más allá de esto, para los casos no regulados ha de establecerse con apoyo en las reglas elaboradas para los tipos básicos en vasta tradición jurídica, la solución que concuerde con esas reglas.

Las reglas tradicionales de la problemática de cuál de los contratantes soporta el riesgo de la realidad en un contrato obligatorio no se orientan a los sucesos de la realidad social, especialmente, no a los cambios originados por la guerra o incidentes similares a ella. No obstante,

²¹ Así, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 11, § 21, II, apoyándose en muchos ejemplos.

²² Cfr. Lord WATSON en *Dahl v. Nelson*, Donkin u. Co. LR 1881 AC Vol. VI, 38, 59.

en parte también estos cambios pueden abarcarse con las reglas tradicionales, igual que los de la imposibilidad o aceptación de riesgos. Pero restan muchos casos en que esto no es posible. Precisamente por estos casos ha adquirido tal significación la doctrina de la base del negocio. Éstos habremos de tratarlos en particular (véase *infra* núm. 6).

4. Los casos en que, a consecuencia de una referencia incorrecta a la realidad, concurren dos reglamentaciones

a) Preferencia y vigencia excluyente de una reglamentación

El ejemplo clásico para estos casos es el llamado caso de los rublos²³. En el año 1920 el demandante había adelantado en Moscú al demandado, que era prisionero de guerra, 30.000 rublos soviéticos para su viaje de regreso a su patria y para ello había hecho que el demandado le entregara un comprobante de deuda, mediante el cual el demandado se obligaba a devolver al demandante dentro de los dos meses posteriores al regreso a la patria 7.500 marcos. Las partes habían partido de que, al tiempo de la concesión del préstamo, el rublo tenía un valor de 25 Pfennig, mientras que sólo lo tenía de 1 Pfennig. LG y OLG estimaron la demanda de 7.500 marcos²⁴. El Reichsgericht admitió que, respecto de la declaración de compromiso, el demandado había padecido un error sobre la base del negocio jurídico que debía valer como error relevante según el § 119 I.

Si los comprobantes de deuda eran promesas abstractas de pago, tenían su fundamento jurídico en el negocio de préstamo y en la pretensión del demandante, basada en aquél, a la devolución del préstamo. Es evidente que si la promesa abstracta de pago que se hace para el cumplimiento se admite por la cifra fijada de 7.500 marcos, carece de fundamento jurídico en la medida que sobrepase la cantidad de 300 marcos realmente prestada. Por consiguiente, el demandado podía reclamar la devolución de las promesas de pago en esa medida y frente a la demandada era oponible la *exceptio doli*.

En cambio, si no se trataba de promesas de pago abstractas, si los comprobantes de deuda se formulaban, más bien, en el sentido de que

²³ RG 105, 406 y ss.

²⁴ En la sentencia se reconoció que se había hecho un juramento al demandante, aunque eso no importa para la valoración de la sentencia.

el demandado se obligaba a la devolución del préstamo obtenido por la cantidad de 7.500 marcos, es igualmente evidente que por el acuerdo se había pactado sólo la devolución del préstamo, pero no el pago de un múltiplo de la cantidad prestada. Obviamente, atendiendo al sentido del negocio, el acuerdo de devolución del préstamo es preferente a la formulación hecha mediante la inexacta referencia al cambio, según la cual tenían que restituirse 7.500 marcos. Por tanto, el demandado se había obligado sólo a la devolución en marcos de la cantidad obtenida según el cambio vigente en el día de la concesión del préstamo²⁵.

- b) Los casos de reglamentaciones de igual rango a consecuencia de una referencia incorrecta del contrato a la realidad

Representativos de este grupo de supuestos son los llamados «casos de cotización bursátil»²⁶. Cuando en un contrato de compraventa de títulos valores se «toma como base» una determinada cotización bursátil, la reglamentación contractual tiene el sentido de que el título debe venderse al precio determinado, pero también que debe venderse al tipo de mercado. El contrato de compraventa de valores bursátiles tiene este sentido, con independencia de si las partes han hablado en particular sobre el tipo de cotización. Porque cualquiera sabe que los valores bursátiles, si no se pacta otra cosa, se negocian «sobre la base» de la cotización en bolsa. Este es el contenido de la compraventa de valores bursátiles como tipo negocial.

Ahora bien, cuando en un contrato de compraventa se fija como base un tipo de cotización incorrecto, el contrato comprende dos disposiciones contradictorias entre sí: se debe vender al precio mencionado y al mismo tiempo al tipo de cotización. Si se está al precio pactado, el vendedor sería el perjudicado si la cotización en bolsa fuera mayor, y el comprador sería el perjudicado si la cotización fuera menor. Ocurriría lo contrario si se diera preferencia al acuerdo de que se vende al tipo de mercado sobre el acuerdo del precio fijado numéricamente.

Ambos acuerdos tienen igual rango en los casos de cotización bursátil en cuestión. Podría pensarse que el contrato es nulo a causa de la contradicción. Pero no hay motivo para ello. Simplemente, ninguno de

²⁵ Así, con razón, ENN-NIPPERDEY, § 167, N. 27, mientras que LARENZ, *loc. cit.*, p. 24, trata el caso como supuesto de base subjetiva del negocio.

²⁶ Cfr. 94, 65 y ss.; 97, 138 y ss.; 101, 51 y ss.; 116, 15 y ss.

los contratantes puede someter al otro a la regulación que le sea más desfavorable, igual que, del mismo modo, cualquiera de los contratantes ha de tener el derecho a insistir en el mantenimiento del contrato en las condiciones más favorables para el otro. Además, es preciso que cualquiera de los contratantes, después de advertir el error, declare al otro sin demora si se atiene al contrato de acuerdo con la reglamentación que le es más favorable al otro. No obstante, si ninguno de los contratantes sujeta al otro a la reglamentación que a éste le es más favorable, el contrato queda sin efecto.

El Reichsgericht ha reconocido el derecho a impugnar conforme al § 119 I en los «casos de cotización bursátil». Esta solución coincide con la aquí propuesta en la medida en que el perjudicado por la determinación del precio puede sujetar al negocio a la otra parte. La solución conforme al § 119 I, sin embargo, tiene el inconveniente de que no es justa la responsabilidad del § 122 vinculada a la impugnación.

De la compraventa a un tipo de cotización inexacto han de distinguirse necesariamente los casos en que alguien da a su banco una orden de compra o de venta basándose en la «común» suposición errónea de una determinada cotización, orden que el banco ejecuta como mandatario. Es obvio que el mandante debe soportar por sí mismo las consecuencias de su error. Tiene que dejar valer la orden de venta y, en el caso de orden de compra, tiene que proporcionar al mandatario el precio de compra para cubrir los gastos²⁷. No obstante, en cada caso hay que examinar si al mandatario no le afecta una responsabilidad por daños y perjuicios por culpa, sea en la conclusión del contrato, sea en la ejecución de la orden.

Como en los casos de compraventa de un título valor sobre la base de una cotización bursátil inexacta, también en los casos del error de cálculo puede ocurrir que, junto al precio fijado numéricamente, sea contenido del acuerdo la base «correcta» para el cálculo. Es ilustrativo el llamado «caso de la plata» resuelto por el Reichsgericht²⁸. El vendedor ofreció al comprador 200 kg de plata de pureza 800 al precio de 320 marcos el kilo. Puesto que el comprador quería recibir plata de pureza 1.000, el vendedor calculó de nuevo el precio sobre una pureza de 1.000, pero se equivocó y ofertó el precio de 360 marcos, mientras que la cuenta correcta arrojaba un resultado de 400 marcos. En este caso era

²⁷ Incorrectamente equipara la compraventa y la orden el RG, 94, 65 y ss. y RG 116, 15 y ss. y, siguiendo estas sentencias —aunque no respecto de la aplicación del § 119 I—, LARENZ, *loc. cit.*, pp. 27 y ss.

²⁸ RG 101, 107 y ss.

contenido del contrato de compraventa que el precio debía ascender a 360 marcos pero, al mismo tiempo, que el precio debía ser el que resultara del de 320 marcos para plata de pureza 800. El Reichsgericht aceptó que el contrato se había celebrado al precio de 360 marcos, pero que el vendedor estaba legitimado para impugnar conforme al § 119.I por error en la base del cálculo. Según LARENZ²⁹, el contrato de compraventa debe considerarse celebrado al precio de 400 marcos y el comprador le- gitimado para impugnar. En contra de estos criterios, debería resolverse, como en los casos de la cotización bursátil, que cada contratante está autorizado para sujetar al otro al pacto sobre el precio que le sea más favorable a este último, pero también que ninguno puede exigir la validez del contrato conforme al acuerdo que a él mismo le sea más ventajoso.

Precisamente un ejemplo clásico del error de cálculo es el caso de la sentencia RG, JW 1927, 1362 (comentada por TITZE). En una oferta de transporte a 4,65 florines la tonelada, el oferente había hecho oralmente su oferta en el sentido de que el transporte ferroviario costaba 1,35 RM* la tonelada. En realidad, esta era la tarifa para el transporte de 100 kg. El transporte ferroviario costaba 13,50 RM por tonelada. El Reichsgericht estimó en el caso la anulación por error.

En este caso no se podrá decir que la declaración del precio de 4,65 florines se había hecho contenido del contrato por la referencia al transporte ferroviario. Tiene un carácter demasiado incidental para eso. Por lo que se refiere a la solución del Reichsgericht, y al margen de si el caso puede siquiera encuadrarse en el § 119.I, lo que sólo es posible si se amplía el supuesto de hecho del error en la declaración (ver *supra* § 23, núm. 4e), es muy discutible que la declaración oral del precio sea un elemento tan importante que haya que estar a él. En realidad, la problemática es la misma que cuando el oferente omite la declaración. El riesgo por la corrección del cálculo del transporte ferroviario corresponde al oferente, a no ser que el error sea evidente para el destinatario de la oferta, en cuyo caso no podría invocar la validez del contrato.

En el «caso de los trozos de hierro»³⁰, al venderse un almacén de chatarra se calculó que un montón de restos de hierro de 80 vagones de ferrocarril era de 40 vagones y, con base en esa estimación, se determinó el precio de compra según los precios corrientes de los diversos tipos de

²⁹ *Loc. cit.*, p. 31.

* N. del t.: RM son las iniciales de «Reichsmark», el marco en la época del Reich (1924-1948).

³⁰ RG 90, 268 y ss.

metales. Si, como es de suponer, no era un negocio aleatorio, atendiendo al sentido del contrato ni el comprador estaba obligado a la recepción al doble del precio, ni el vendedor lo estaba a suministrar todo lo almacenado al precio de compra determinado con base en la estimación. No obstante, dado que las partes habían partido de los precios corrientes para fijar el precio de compra cabe decir, en una interpretación integradora del contrato, que, a petición del vendedor, existiría la obligación de retirar la cantidad de 40 vagones a los precios corrientes y que, a petición del comprador, existiría la misma obligación de suministro, a no ser que el vendedor pudiera probar que para él era decisivo desocupar todo el almacén³⁰. Asimismo el vendedor estaría obligado, a solicitud del comprador, a suministrar todo el almacén a los precios corrientes aceptados.

De la Jurisprudencia del BGH es especialmente digna de mención la sentencia BGH, LM § 119 BGB, Nr. 8, aunque los hechos sólo se deducen de los fundamentos de la decisión. Un estudiante había comprado un automóvil a plazos con un desembolso inicial de 3.600 DM y no pudo pagar los plazos. A consecuencia de ello un tercero ingresó en la posición del estudiante en el contrato. El acuerdo del tercero con el vendedor establecía que el tercero debía adquirir el automóvil por una suma de amortización para cuyo cómputo debían tomarse en consideración la parte del precio de compra ya pagado por el estudiante y los ahorros de costes de financiación y seguro por razón del pago al contado. A consecuencia de un error de cuenta del vendedor, del cálculo de la suma de amortización se descontó dos veces el desembolso inicial de 3.600 DM del precio de compra del auto. El BGH siguió el parecer del tribunal de apelación, según el cual el tercero ha «podido confiar en la indicación errónea de la suma de amortización y considerar también correcta la cantidad, de modo que el demandante (esto es, el vendedor) tenía que admitir en su contra la oferta con ese contenido». Por tanto, en opinión del BGH, el contrato se había perfeccionado por la suma de amortización incorrectamente calculada.

El OLG resolvió, basándose en la Jurisprudencia del Reichsgericht, que el error sobre la base del cálculo podía ser un error en la declaración relevante conforme al § 119.I y admitió la impugnación del vendedor como justificada. El BGH reconoció en favor del vendedor que la insistencia del tercero en el contrato «sólo puede ser valorada como un ejercicio inadmisibles de un derecho, incompatible con los principios del § 242».

³⁰ En otro sentido, la edición anterior; véase, no obstante, Medicus, *Festschr. Flume*, 1978, I p. 647.

Ciertamente, hay que estar de acuerdo con la sentencia en cuanto al resultado. Sólo que no era preciso el recurso al § 242 y al concepto indeterminado del ejercicio inadmisibles de un derecho. Pese a la fijación numérica de la suma de amortización, al mismo tiempo se había pactado entre el vendedor y el tercero que como suma de amortización había de pagarse la cantidad que resultara de deducir los pagos hechos y el ahorro que supusiera el pago al contado. Los dos acuerdos eran de igual categoría, de modo que ninguno de los contratantes podía sujetar al otro al pacto que fuera más desfavorable para este último³⁰. Por tanto, el contrato quedaba sin efecto si el vendedor no estaba de acuerdo con la suma de amortización incorrectamente calculada.

La regulación de los casos en que, por una referencia incorrecta del contrato a la realidad, concurren dos acuerdos de igual rango, debe orientarse a mantener el contrato en lo posible, pero sin que ninguno de los contratantes pueda ser perjudicado, en contra de su voluntad, respecto del acuerdo que le es más favorable. Conforme a esta máxima, también puede deducirse otra regulación distinta de la que hasta ahora se ha discutido. Es ilustrativo el siguiente caso, resuelto por el Reichsgericht³¹: Un municipio adjudicó la instalación de una canalización a una determinada altitud sobre el nivel del mar a unas tarifas únicas fijas. Al mismo tiempo indicó incorrectamente la altitud de la calle, de modo que el empresario, para instalar la tubería a la altitud sobre el nivel del mar que se había determinado, tenía mayores gastos porque tenía que instalar los tubos a una profundidad mayor de la que hubiera sido precisa si la indicación sobre la altitud de la calle hubiera sido correcta. El acuerdo tenía un contenido contradictorio por la indicación incorrecta de la altitud de la calle: Los tubos debían instalarse a una determinada altitud sobre el nivel del mar y, al mismo tiempo, a la profundidad correspondiente a la indicación incorrecta de la altitud de la calle³². Es seguro que el municipio no podía exigir al precio acordado la instalación

³⁰ Véase también el caso BGH LM, § 155, Nr. 2. El comprador no podía sujetar al vendedor a la compraventa de 441 metros cuadrados; en contra de la sentencia, no se trataba de un caso de error en la declaración.

³¹ RG 95, 58 y ss.

³² Es interesante cómo en el caso el Kammergericht y el Reichsgericht interpretaron de forma contrapuesta el acuerdo entre el municipio y el empresario. El Kammergericht supuso que se había pactado la instalación de los tubos a una determinada profundidad por debajo de la altura de la calle, mientras que el Reichsgericht consideró decisivo el acuerdo de que la tubería tenía que instalarse a la altura sobre el nivel del mar que se había determinado. La distinta interpretación del Kammergericht y del Reichsgericht se resuelve con la interpretación defendida en el texto.

de la tubería a la altitud sobre el nivel del mar que había sido determinada, si el empresario, para lograr esto, tenía que instalar la tubería a más profundidad de lo que hubiera sido necesario según la indicación de la altitud de la calle. Dado que en este caso las estipulaciones contradictorias se referían a la prestación material y no al precio, la solución del caso es más compleja que en los casos de la cotización bursátil. Es cierto que en un caso como éste ha de considerarse al empresario legitimado para exigir la validez del contrato también según el acuerdo que le es más desfavorable. Sin embargo, esto generalmente no le sirve de nada. Si el comitente quiere la ejecución de la obra conforme a las circunstancias reales, también tiene que pagar por ello el precio correspondiente. Generalmente el empresario estará de acuerdo con una corrección del contrato como ésta. Incluso habrá que considerar al empresario obligado a ejecutar el contrato conforme a la corrección si la prestación no cambia sustancialmente³³.

c) Recapitulación

En todos los casos de error en la base del cálculo, o hablando más generalmente, en todos los casos en que al acordar una prestación ésta se determina atendiendo a una base incorrecta, hay que preguntarse en primer lugar, si se trata de un error unilateral en la base del negocio, que como error en los motivos es irrelevante por regla general³⁴, o si la incorrecta referencia a esa base es parte del negocio. En los últimos casos concurren dos acuerdos, y lo que importa es si uno de ellos es preferente —así, en el caso de los rublos³⁵— o si los dos acuerdos son de igual rango. En los últimos casos el contrato sólo ha de mantenerse de tal modo que ninguno de los contratantes pueda ser sometido por el otro al acuerdo que le sea más desfavorable.

Los casos discutidos son los principales casos que la opinión dominante encuadra en el supuesto de hecho de la llamada base subjetiva del

³³ El Reichsgericht resolvió el caso en el sentido de que la ciudad respondía frente al empresario por *culpa in contrahendo*. En los casos aquí discutidos naturalmente siempre hay que preguntarse si existe una responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

³⁴ Véase *supra* § 25.

³⁵ Igual era el caso de la sentencia del OLG München MDR 1950, 672. En un contrato de arrendamiento se había pactado el alquiler de acuerdo con la «renta limitada», pero ésta se había supuesto con una suma incorrecta conforme a la cual se había determinado numéricamente la cantidad. Con razón, el OLG München admitió que el acuerdo según el cual lo decisivo era la renta limitada era preferente a la determinación numérica.

negocio. Sin embargo, en contra de la opinión dominante, no hay que atender a las representaciones de los contratantes como a una situación de hecho existente junto al contrato. Antes bien, lo decisivo es si la representación incorrecta ha entrado en el contrato. No cabe considerar la base subjetiva del negocio como una situación de hecho existente al lado del contrato.

5. *La reglamentación de la relación entre contrato y realidad con base en la normativa sobre los tipos legales de contratos obligatorios*

Si la referencia incorrecta de un contrato a la realidad no afecta a la determinación de la prestación (como en los casos del epígrafe 4) o, sobre todo, si la realidad cambia después de concluirse el contrato, siempre hay que resolver, partiendo del contrato, quién tiene que soportar el riesgo de la realidad. Del vigente Derecho de los contratos se desprende mucho más de lo que comúnmente se cree en relación con la regulación de los casos que se han encuadrado en la doctrina de la base del negocio. Esto puede comprobarse en los tipos esenciales de contratos obligatorios.

a) Contrato de compraventa

El contrato de compraventa tal como está regulado en el Derecho vigente, es decir, el contrato de compraventa como tipo contractual, se refiere a la realidad de tal manera que el vendedor tiene que entregar la cosa al comprador con las cualidades normales o pactadas. Cómo verifica la entrega el vendedor es cosa suya. La realidad sólo es tomada en cuenta por la regulación del contrato de compraventa en la medida en que el vendedor queda liberado en caso de imposibilidad objetiva o en que, en caso de deficiencias, entran en juego las acciones de saneamiento en vez de la acción de cumplimiento. Por tanto, según el Derecho vigente el vendedor no soporta el riesgo de la realidad en el caso de imposibilidad objetiva y, en tanto permanezca vinculado, en el de deficiencias, pero pierde el derecho a la contraprestación. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad por defectos jurídicos, el vendedor soporta el riesgo de la imposibilidad subjetiva. Podría pensarse que la regulación del Derecho vigente es, por una parte, demasiado amplia en la consideración de la realidad y, por otra parte, no suficientemente extensa. Así, el vendedor

queda liberado de la obligación a la prestación pactada en caso de imposibilidad inicial o imposibilidad sobrevenida inimputable³⁶, aun cuando la imposibilidad fuere reconocible o previsible para él, y aunque se pudiera pensar en muchos casos de imposibilidad que el vendedor debiera responder por ella con más razón que de la imposibilidad subjetiva en el ámbito de la responsabilidad por defectos jurídicos. Por otra parte, la responsabilidad por defectos jurídicos, es decir, el no tomar en cuenta la realidad que motiva la imposibilidad subjetiva del vendedor, podría parecer demasiado riguroso³⁷. Sin embargo, los casos de base del negocio no regulados han de serlo en consideración al Derecho vigente y al tipo de contrato de compraventa por él determinado.

Dado que la imposibilidad objetiva es tenida en cuenta por la Ley, obviamente se plantea la cuestión de si, en determinadas circunstancias, no han de equipararse a la imposibilidad objetiva las dificultades para la prestación³⁷. Esta cuestión no puede zanjarse *a priori* con la fórmula «*pacta sunt servanda*», porque en lo esencial la problemática de la imposibilidad objetiva y la de las dificultades para la prestación es la misma. Si una modificación de la realidad conduce a obstáculos para la prestación, la carga del vendedor si, no obstante, tiene que cumplir, puede incluso ser mucho más grave de lo que sería en algunos casos de imposibilidad objetiva la responsabilidad por el interés de cumplimiento. Si en la consideración de la realidad se pasa del caso de la imposibilidad a prestar atención también al caso del agravamiento de la prestación, la cuestión sigue siendo simplemente la de precisar cuándo ha de equipararse la «imposibilidad económica»³⁸ a la «imposibilidad objetiva». Es seguro que

³⁶ Si entonces entra en juego una responsabilidad por el propio comportamiento -§ 307 o la responsabilidad general por culpa in contrahendo-, es otra cuestión.

³⁷ Cfr. al respecto OSTLER-STAUDINGER, § 440, N. 6 y citas. La exposición de OSTLER es llamativa por el método. No importa si «es conveniente la argumentación a contrario o la analogía». Además, tampoco es preciso para fundamentar la responsabilidad del vendedor la «ficción» de una «asunción de garantía». OSTLER, etc., trabajan con la vigencia apriorística del dogma de la imposibilidad de proporcionar el derecho, mientras que la historia jurídica enseña que éste es un prejuicio infundado. El BGB no ha creado un nuevo estatuto jurídico con la responsabilidad por defectos jurídicos por imposibilidad subjetiva, sino que simplemente ha conservado la regulación que *-mutatis mutandis-* ha estado vigente desde los romanos. No se puede decir que esta regulación hiera la sensibilidad jurídica. Tampoco descansa en una valoración errónea, sino solamente en otra distinta de aquella a la que atienden OSTLER, etc.

^{37a} Cfr. sobre la problemática de la imposibilidad y el dificultamiento de la prestación JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969.

³⁸ Cfr. KECCEL, *loc. cit.*, pp. 150 y ss.; en los dos casos tratados por KECCEL, *loc. cit.*, RG 42, 114 y RG 57, 116, existía imposibilidad «objetiva» de la prestación pactada.

no hay que tomar en cuenta toda obstaculización de la prestación. La adquisición de la cosa comprada por el vendedor no forma parte de la reglamentación del contrato de compraventa, sino que es asunto del vendedor, a no ser que excepcionalmente haya sido incluida en la reglamentación del contrato de compraventa. Aunque el comprador sepa dónde obtiene su mercancía el vendedor, la adquisición de dicha mercancía no se convierte por ello en contenido del contrato de compraventa, en particular el precio de la adquisición es asunto del vendedor³⁹.

Con la imposibilidad se tiene un rasgo de delimitación claro y general de la toma en consideración de la realidad. En combinación con la responsabilidad por el propio comportamiento, la regulación se orienta al «caso normal» en que, por regla general, no le es imputable al vendedor en caso de imposibilidad sin culpa una responsabilidad por el interés de cumplimiento. Según el Derecho vigente no hay que preguntarse si en el caso concreto, por las especiales circunstancias del mismo, le es imputable al vendedor en caso de imposibilidad –y al margen del caso de culpa– una responsabilidad por el interés de cumplimiento. Por contra, la irrelevancia de los obstáculos a la prestación se apoya en la consideración de que, en el «caso normal», el vendedor tiene que soportar el riesgo de la realidad por el agravamiento de la prestación. Si no se quiere tocar esta regulación en lo esencial, ni renunciar al contrato de compraventa como tipo contractual, sólo pueden ser tenidos en cuenta los obstáculos a la prestación que sean extraordinarios. Debe tratarse de circunstancias que, atendiendo a la situación existente al concluirse el contrato, quedasen fuera de toda experiencia y de toda previsión, de modo que, a consecuencia de dichas circunstancias, el cumplimiento sería una carga extraordinaria para el vendedor, el cumplimiento no sería exigible al vendedor⁴⁰. También se va en dirección similar cuando en el artículo 85 del Proyecto para la unificación del Derecho de compraventa internacional, sin que en él se trate especialmente el caso de la imposibilidad, se determina en general que un contratante no es responsable por el incumplimiento en el caso de que pruebe que el incumplimiento se basa en un impedimento que,

³⁹ Efectivamente, también puede hacerse contenido contractual un determinado precio para que el vendedor adquiera la cosa comprada. El contrato de compraventa entonces condicionado a que el vendedor pudiera procurarse la mercancía al precio de terminado. Sin embargo, tales condiciones son bastante inusuales.

⁴⁰ Se trastornaría la idea de imposibilidad económica si en un contrato sinalagmático, la imposibilidad económica de una prestación se justifica con la falta de valor o falta de utilidad de la contraprestación. Cfr. al respecto, de la época más reciente, BGH MDR 1953, 282 y ss., 283 y cit. = LM, § 242 (Bb), Nr. 12.

atendiendo a las intenciones de las partes al celebrar el contrato, no estaba obligado a tomar en consideración ni a evitar o superar; a falta de intenciones de las partes, hay que probar los propósitos que normalmente tienen personas del mismo tipo en la misma situación⁴¹.

En cambio por lo que se refiere al comprador, según el Derecho vigente es en principio asunto suyo si quiere utilizar la cosa comprada y cómo. En esa medida soporta el riesgo de la realidad. No viene al caso tomar en cuenta la base del negocio⁴². No obstante, si en caso de error sobre la realidad el comprador no tiene ningún interés en el cumplimiento del contrato y tampoco hay ningún interés por parte del vendedor en «deshacerse» de la mercancía, seguramente se podrá permitir también para el contrato de compraventa, de acuerdo con la regulación aún más general del § 649 para el contrato de obra, que el comprador tenga derecho a desvincularse del contrato, en la inteligencia de que el vendedor tiene que descontar lo que se ahorra en gastos⁴³.

b) Contrato de arrendamiento

En el contrato de arrendamiento el arrendador soporta, respecto del derecho a la renta, el riesgo de la realidad por que el uso acordado de la cosa arrendada sea posible. Además, el arrendador soporta incluso el riesgo de la prestación en la medida en que está obligado a indemnizar si la cosa arrendada es defectuosa al tiempo de la entrega según el § 538. Por lo demás, es el arrendatario quien carga con el riesgo de la prestación. También es asunto suyo si no sabe qué hacer con la cosa arrendada⁴⁴. Injustificadamente, la Jurisprudencia ha tratado

⁴¹ *Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, La Haye 1956; DÖLLE, *Festschrift Wagatsuma*, Tokio, 1958, Sonderdruck, p. 5; cfr. también ya RABEL, *Warenkauf*, I, p. 357.

⁴² En otro sentido BGH MDR 1953, 282 y ss. = LM § 242 (Bb), Nr. 12; véase sobre esta sentencia FLUME, *Festschr. Deutscher Juristentag* (1960), I, pp. 220 y ss.

⁴³ Así pueden resolverse, por ejemplo, casos en los que se compra un ajuar y el comprador no se celebra –también, v. gr.–, por muerte de uno de los prometidos–. LANGE, NJW 1958, 623 –cfr. también LANGE, *Festschr.* Gieseke, p. 39, N. 92–, piensa que si se vende un ataúd y resulta que el pariente tan sólo había parecido que estaba muerto, la ausencia de la base del negocio puede ser útil, ya que ambas partes habían partido de ella. No obstante, el caso no es distinto al de la compra del ajuar. Es sólo que la falta de sentido del cumplimiento de la compra para el comprador es especialmente evidente. La solución que proponemos también es adecuada para este caso.

⁴⁴ También en este caso el arrendatario conserva, naturalmente, los derechos que derivan del carácter defectuoso de la cosa arrendada, cfr. BGH, NJW 1958, 785.

desde la perspectiva de la base del negocio casos que claramente se encuadran en la responsabilidad por defectos jurídicos. Es instructiva una sentencia del BGH⁴⁵ sobre un caso de arrendamiento de una finca rústica en que los contratantes habían partido de que un contrato de arrendamiento que ellos conocían y que no estaba extinguido, ya no podría ser ejercitado por el anterior locatario. Sin embargo, el locatario anterior podía, en efecto, entrar de nuevo en la posesión de la finca y, por su derecho arrendaticio, el arrendador no podía cumplir el contrato de arrendamiento. El arrendatario conocía en este caso el anterior arrendamiento. Conforme a la regulación de la responsabilidad por defectos jurídicos, el arrendador no tenía que responder por defectos jurídicos al darse ese conocimiento del arrendatario⁴⁶. Si el arrendatario no quería asumir el riesgo debería haber establecido un pacto desviándose del tipo contractual del arrendamiento, en el sentido de que el arrendador tenía que compartir el daño que eventualmente padeciera.

El riesgo a cargo del arrendador por lo que se refiere a la pretensión sobre la renta, se determina según la clase de aprovechamiento para la que se celebra el arrendamiento. La cosa arrendada tiene que ser adecuada al «uso que sea conforme al contrato» y, así, el arrendador soporta el riesgo de la realidad por todas las circunstancias por las cuales quede imposibilitado o perjudicado el uso conforme al contrato.

El Reichsgericht tuvo que resolver varias veces en la Primera Guerra Mundial casos en que se habían alquilado restaurantes o bares para establecer una sala de baile o un local nocturno, y esa utilización ya no era posible a consecuencia de las prohibiciones policiales de bailes y actividades nocturnas dictadas con motivo de la guerra⁴⁷. En la sentencia RG 91, 54 y ss., se planteaba un caso en que se había alquilado una tienda en la isla de Borkum «para el establecimiento de un negocio mientras durase la actividad turística estival que tenía lugar en Borkum todos

⁴⁵ LM § 242 (Bb), Nr. 20 = MDR 1956, 404. Sobre la misma problemática se trata en la sentencia del LG de Kiel comentada por LARENZ, *loc. cit.*, p. 145. Incorrectamente sobre la sentencia, LARENZ, *loc. cit.*, pp. 145 y ss., 147.

⁴⁶ El BGH no valoró en su sentencia los preceptos sobre la responsabilidad por defectos jurídicos, como es preciso, como una regulación del reparto de riesgos. No podía haber ninguna duda acerca de que, conforme al contrato, era riesgo del arrendatario que el anterior locatario hiciera valer de nuevo su contrato de arrendamiento, ya que había celebrado el contrato conociendo la existencia del anterior arrendamiento.

⁴⁷ Cfr. RG 87, 277 y ss.; 88, 96 y ss.; 89, 203 y ss.

los años» y con el estallido de la Guerra Mundial se prohibió la actividad turística estival en Borkum. En la sentencia 94, 267 y ss., se trataba del arrendamiento de una gasolinera que ya no podía utilizarse a consecuencia de la «incautación realizada por las autoridades tras estallar la guerra y de la prohibición de ventas así como de la desaparición del comercio de la gasolina». El Reichsgericht resolvió en todos los casos que el arrendador no tenía pretensión sobre la renta y basó la decisión en los §§ 537 y 323. En la sentencia mencionada en último lugar se dice: «Atendiendo a la especial clase de la relación contractual, se perfila la posibilidad de utilizar la cosa para el uso fijado en una parte de la prestación que incumbía al arrendador en el sentido del § 323; es cierto que por la desaparición de esta posibilidad la cosa no queda directamente afectada por un vicio en el sentido del § 537, pero produce el mismo efecto, la cosa ya no resulta apta para el uso que era conforme al contrato».

La jurisprudencia del Reichsgericht ha de seguirse. Se trata de la misma problemática que en el caso de la coronación: El uso conforme al contrato no es posible y por ello el arrendador no tiene derecho a la renta, porque él soporta en esa medida el riesgo de la realidad. Que el uso conforme al contrato de la cosa arrendada no sea posible por las cualidades de la misma o por otras circunstancias, especialmente por normas jurídicas, no comporta ninguna diferencia por lo que se refiere a la consecuencia jurídica de que el arrendador pierda la pretensión sobre la renta. Si el uso conforme al contrato de la cosa arrendada es posible en sí, será riesgo del arrendatario el que él pueda hacer ese uso. Es ilustrativo el caso resuelto por el OLG de Bremen⁴⁸, en que un pabellón de deportes había sido arrendado para la celebración de un espectáculo con Marika Röck y, a causa de un accidente de la artista, el espectáculo no pudo tener lugar. En este caso la cuestión no era que el arrendador no hubiera cumplido conforme al contrato por lo que se refería al uso de los espacios. Antes bien, la organización del espectáculo con Marika Röck era asunto exclusivamente del arrendatario y por ello era riesgo suyo que Marika Röck no pudiera aparecer. El hecho de que el arrendador hubiera exigido como renta una participación del 15% en la facturación y una cantidad mínima de 1.500 marcos, no convertía el espectáculo en objetivo del arrendador, en contra del parecer de LARENZ⁴⁹ en atención a la canti-

⁴⁸ NJW 1953, 1393.

⁴⁹ *Loc. cit.*, p. 151.

dad mínima. El arrendador debía cobrar los 1.500 marcos en todo caso para poner a disposición las salas el día acordado, en esa medida no debía cargar con el riesgo de si en realidad iba a celebrarse el espectáculo y de qué manera. El OLG de Bremen resolvió, injustificadamente, en contra. Sin embargo, fue correcto que el tribunal examinara el caso desde el punto de vista de la imposibilidad y no del de la base del negocio.

En la medida en que los casos aquí tratados se han encuadrado en la doctrina de la base del negocio, no se admite como contenido del contrato de arrendamiento el que la posibilidad de utilizar la cosa arrendada para el uso establecido en el contrato sea la prestación por la que el arrendatario ha de pagar la renta. Por ello ha sido necesario establecer una finalidad contractual especial al lado del acuerdo de prestación y contraprestación, de modo que la frustración o no consecución del fin contractual han de contemplarse como casos de base del negocio⁵⁰. Teniendo en cuenta la función del *numerus clausus* de los contratos obligatorios, sólo en casos excepcionales es posible «perseguir conforme al contenido del negocio jurídico un resultado» o «finalidad contractual» distintos de las prestaciones acordadas contractualmente —así, por ejemplo, al entregar el ajuar o dote o, en general, cuando una finalidad no puede convertirse directamente en objeto de un pacto de prestación⁵¹. Dejando aparte los contratos societarios o similares⁵², sólo existen fines autónomos de las partes. La finalidad contractual en la que repara LARENZ, como otros antes que él, es en realidad el fin de una de las partes. En ese sentido, es completamente consecuente que, según LARENZ, la parte cuyo fin se frustra, deba siempre estar obligada frente al otro contratante a reintegrarle los gastos. Pero, dado que la problemática no puede contemplarse sólo desde la perspectiva de una de las partes, la solución de LARENZ no es correcta. LARENZ no muestra claramente por qué el otro contratante debe conformarse con la indemnización de los gastos, ni por qué puede exigirla en todos los casos de frustración del fin supuesto por LARENZ.

⁵⁰ Así, repitiendo opiniones anteriores, LARENZ, *loc. cit.*, pp. 97 y ss.

⁵¹ Un ejemplo especialmente interesante ofrece RG 132, 238, con la venta de un inmueble para obras de fortificación.

⁵² De un contrato de este tipo se trata en el caso RG 169, 249 y ss.

c) Contrato de servicios

En el contrato de servicios las circunstancias del tipo contractual son distintas a las de la compraventa o contrato de arrendamiento, porque, por regla general, la prestación del servicio sólo puede cumplirse si en el acreedor del servicio también se dan los presupuestos bajo los cuales —y sólo bajo ellos— es posible la prestación del servicio. La mora del acreedor en la recepción o la imposibilidad de la prestación es la alternativa establecida legalmente para el reparto del riesgo entre acreedor del servicio y obligado a prestarlo, quien soporta el riesgo de la realidad. Sin embargo, de esta alternativa no resulta ninguna delimitación clara. Es conforme al tipo contractual del contrato de servicios, tal como es contemplado por la Ley en lo tocante al reparto de riesgos, que el acreedor del servicio cargue con el riesgo propio de su ámbito, esto es, especialmente con el riesgo propio de la actividad. De lo que se trata es de hallar en cada caso la distribución de riesgos que corresponda al tipo contractual del contrato de servicios⁵³, para lo cual hay que tener en cuenta en particular que la regulación legal no presta atención a la realidad social, ni a como sus modificaciones influyen en la realización de servicios. En todo caso, no es admisible, en general, contradecir la distribución legal de riesgos, y, como por ejemplo ha propuesto LEHMANN⁵⁴, vincular la mora en la recepción con la idea de culpa⁵⁵. No cabe aplicar la doctrina general de la base del negocio en relación con la cuestión, orientada al tipo contractual, del reparto de riesgos.

De cardinal significación para la problemática de la relación entre contrato obligatorio y realidad es la determinación del § 626 sobre el derecho de desistimiento unilateral por justa causa. Con razón se dice en BGH 24, 96: «En el contrato de servicios, si desaparece la base del negocio existe la posibilidad, mediante la regulación especial del § 626 BGB, de desistir por una justa causa. Por eso ya no hay lugar, a su lado, para la excepción de desaparición de la base del negocio».

d) Contrato de obra

En el contrato de obra el empresario soporta el riesgo de la realidad por lo que se refiere a la obra —riesgo de la prestación y riesgo del pre-

⁵³ Cfr. sobre esta problemática NIPPERDEY-STAUDINGER, § 615, VIII.

⁵⁴ ENN.-LEHMANN, § 57, II, 1b.

⁵⁵ En el ejemplo propuesto por LEHMANN —cfr. también LARENZ, *loc. cit.*, p. 73—, en que se contrata a un profesor privado y el niño fallece, el reparto adecuado de riesgos podría ser, en contra de LEHMANN y LARENZ, el del § 615.

cio— hasta la recepción o terminación (§§ 644 y 646). El comitente soporta el riesgo sólo en el caso de vicios en el material según el § 645. Por contra, lo que el comitente haga con la obra es asunto suyo^{55 a}. Si a consecuencia de un juicio incorrecto de la realidad —también si es común— la obra carece de sentido para el comitente desde el principio o deja de tenerlo con posterioridad, esto es asunto del comitente. El es dueño de la obra. Sólo tiene que suavizar el riesgo el derecho a desistir conforme al § 649 y así puede rebajar, en su caso, su compromiso.

Si se encarga una puerta para una iglesia y la iglesia se quema después de concluida la puerta pero antes de instalarla, el caso ha de resolverse —dejando aparte la cuestión de qué ocurriría si se tratara de los efectos de la realidad social, por ejemplo en el caso de guerra— en el sentido de que la remuneración ha de pagarse contra recepción de la obra⁵⁶. El empresario no soporta el riesgo de la posibilidad de utilización por el comitente. En cambio, si un pintor asume mediante un contrato de obra la restauración de las pinturas de los techos de una iglesia y después de iniciados los trabajos la iglesia se quema, según la regulación legal del contrato de obra el pintor soporta el riesgo de la conclusión de su obra⁵⁷. Tan sólo cabría preguntarse si para casos de este tipo no sería «más correcta» otra distribución de riesgos distinta de la que la Ley establece.

Plantear esta cuestión no significa criticar en general la distribución legal de los riesgos en el contrato de obra. Cabría pensar que el riesgo no puede afectar al pintor porque el sustrato de la prestación pertenece al comitente y por ello, en todo caso respecto del trabajo ya realizado, no corresponde al pintor el riesgo por el sustrato de la prestación del comitente. Sin embargo, el § 645 está en contra de esto, ya que sólo en el caso de que el material proporcionado por el comitente sea defectuoso se suprime la atribución general del riesgo al empresario hasta la recepción de la obra. También cabría pensar que, en la medida en que el pintor ha trabajado, su prestación ya ha sido transmitida al comitente y que por ello, en esa misma medida, el riesgo correspondería al comitente. Con ello se descartaría la regulación del § 644 como solución unitaria. Finalmente, cabría pensar que el pintor lleva a cabo una prestación personal, que en tales casos el contrato se aproxima al tipo del contrato de servicios, y que la regulación del contrato de obra no se ajusta a la re-

^{55 a} Incorrectamente, BGH, LM § 242 (Bb), Nr. 12; véase *supra* nota 42.

⁵⁶ En otro sentido, LARENZ, *loc. cit.*, p. 99, 178.

⁵⁷ Incorrectamente, LARENZ, *loc. cit.*, p. 73, 178 ss.

ferencia personal de la relación contractual. Si de tales consideraciones se extraen consecuencias jurídicas, entonces se trata siempre de comprender el concreto contrato como tipo, y de hallar la distribución de riesgos que se ajusta a ese tipo.

Que el régimen legal del contrato de obra es incompleto por lo que se refiere al reparto de riesgos entre comitente y empresario, se aprecia de forma especialmente clara en los casos de contratos de obra en que típicamente hay que contar con que, en determinadas circunstancias, el trabajo no llegue a ejecutarse —un médico es llamado a una operación que no puede llevarse a cabo, porque el paciente no la soportaría, o porque ya ha fallecido antes de presentarse el médico; a un empresario de remolques se le encarga remolcar un auto, pero el coche ya no precisa de auxilio, etc.—. En estos casos no puede exigirse la remuneración por la obra, ni siquiera solamente el abono de los gastos⁵⁸. Antes bien, lo que el comitente ha de pagar es la retribución correspondiente de los trabajos realmente realizados. En estos contratos que típicamente implican un riesgo, de su propio sentido se desprende que el comitente tiene que soportar el riesgo tal como se ha expuesto.

e) Ejemplos de la Jurisprudencia reciente en los que la decisión tomada por el BGH con apoyo en la doctrina de la base del negocio resultó del contrato

La doctrina de la base del negocio se ve constantemente corroborada por sentencias que son correctas en cuanto al resultado y que, por que se apoyan en la doctrina de la base del negocio, hacen creer que esa doctrina es necesaria y que conduce a resultados correctos, mientras que en realidad el contrato mismo ofrece la solución. Esto podría ilustrarse con algunas sentencias recientes.

Suegro y yerno habían acordado⁵⁹ que el suegro, tras tomar un crédito, adquiriera un inmueble en nombre propio, que el yerno administraría el inmueble, devolvería el crédito y que, entonces, el suegro tendría que transmitir la finca al yerno. Tras el divorcio del yerno, la suegra como causahabiente de su esposo no quería cumplir con el compromiso de transmitir la propiedad por desaparición de la base del negocio. La adquisición del inmueble se había realizado por cuenta del yerno. El

⁵⁸ Así, LARENZ, *loc. cit.*, pp. 178 y ss.

⁵⁹ BGH, BB 1953, 248 = LM § 242 (Bb), Nr. 13.

suegro tenía la propiedad sólo como garantía. Obviamente el yerno tiene derecho a la transmisión de la propiedad tras reembolsar el crédito, sin que venga al caso la doctrina de la base del negocio. Tan sólo podría cuestionarse si el yerno estaba obligado al pago anticipado. El suegro, tras tomar un crédito, se lo había transmitido a él como yerno. De acuerdo con el contrato, no en contra del mismo contrato, el suegro ya no tenía que garantizar el préstamo del yerno si el matrimonio de éste se había disuelto.

De un caso similar de inclusión de relaciones familiares en una reglamentación contractual trata el RG 169, 249 y ss. Un esposo transmitió su negocio a su mujer para sustraérselo a sus acreedores. Más tarde el matrimonio se divorció y el marido exigía de su mujer la devolución del negocio. El Reichsgericht entendió que no era necesario «suponer una verdadera relación fiduciaria» y basó su sentencia en la desaparición de la base del negocio. Sin embargo, la solución del caso resulta del contrario. El sentido de tales contratos entre esposos no es que la mujer deba hacerse con el negocio «definitivamente». Antes bien, ella debe conservar el negocio para ambos cónyuges y para la familia. De esta disposición se deriva que la esposa no estaba legitimada para quedarse con el negocio en caso de divorcio. El esposo hace valer sus derechos, no en contra del contrato, sino conforme a él.

En el «caso de la transmisión de una explotación agrícola», muy problemático a la vista de la sentencia del BGH⁶⁰, lo que importa es sólo si había una donación o si, en realidad, la transmisión de la explotación sólo era una reglamentación temporal mediante la cual el intercambio de bienes aún no debía poner fin a las relaciones entre las partes. Determinar esto es cuestión de interpretación y al interpretar no hay que tener en cuenta qué suerte hayan corrido las partes posteriormente. Si el pacto de transmisión de la explotación agrícola tuviera que interpretarse en el sentido de que sólo es una reglamentación temporal y que hay que aguardar a si el transmitente arraiga en otro lugar de la manera esperada, la reglamentación terminaría si esto no ocurriera. Pero, si no, tampoco sería aplicable la doctrina de la base del negocio.

Especialmente interesante es el caso resuelto por el BGH⁶¹ en el que al liquidarse una sociedad en comandita, un socio se hizo cargo de la empresa a cambio de una concreta participación en el volumen de facturación de los que se habían separado. Quien se había hecho cargo de

la empresa no pudo continuar con ella por las constantes pérdidas y la transfirió gratuitamente al Estado, que asumió la continuación deficitaria por razones socio-políticas. La demanda exigiendo que se siguiera pagando la participación en el volumen de facturación fue desestimada, con razón, por el BGH. El BGH apoyó la decisión en la desaparición de la base del negocio. En cambio, había que atender al contrato. De acuerdo con el mismo, la entrega gratuita al Estado se equiparaba al cierre de la empresa. De igual modo que en el último caso el derecho a la participación en el volumen de ventas carecería de objeto, lo mismo ocurría en el caso de transferencia gratuita al Estado.

Podrían multiplicarse tanto como se quisiera los ejemplos⁶² en que la jurisprudencia ha decidido con la doctrina de la base del negocio de forma ciertamente correcta en cuanto al resultado, pero en los que la decisión se deduce de la comprensión correcta del acuerdo contractual. Para terminar aún pueden citarse a este respecto dos sentencias para demostrar qué extraños frutos ha producido la doctrina de la base del negocio. Así, en un caso el BGH⁶³ tuvo que ocuparse de una demanda con la cual se hacía valer una reclamación por el fracaso de unas negociaciones contractuales desde la perspectiva de la desaparición de la base del negocio (sic!). En otro caso⁶⁴ alguien había pactado al comprar un coche que iba a entregarse, como parte del pago, un coche de fábrica de otra marca que había comprado de un tercero y con el que no quería quedarse. Ambos contrahentes habían partido de que el comprador no podía invalidar la compra del coche que debía entregar como parte del precio. Además, esta suposición era correcta en el momento de concluirse el contrato. Sin embargo, posteriormente el tercero vendedor sí que quería anular el contrato por que no deseaba que el coche llegara a manos de un competidor. A partir de este momento, el comprador ya no quería admitir la validez del contrato de compra en virtud del cual él se había obligado a dar en pago el coche del otro fabricante. El tribunal de apelación dejó sin efecto el contrato de compraventa por desaparición de la base del negocio. El BGH resolvió, correctamente, que el contrato tenía que mantenerse. Pero llegó a esta decisión sólo porque, en su opinión, en este supuesto no se daba el caso de que «la consecuencia de atenderse estrictamente al contrato no fuera materialmente exigible al deudor por el cambio de situación». Por contra, había una clara ruptura del contrato por parte del comprador.

⁶² Cfr. por ejemplo BGH, LM § 242 (Bb.), Nr. 23-25; BGH 54, 57.

⁶³ LM § 242 (Bb), Nr. 21; igual que el BGH decidieron los tribunales inferiores.

⁶⁴ LM § 242 (Bb), Nr. 27 = NJW 1958, 1772.

⁶⁰ LM § 242 (Bb), Nr. 18 = NJW 1953, 1585.

⁶¹ LM § 242 (Bb), Nr. 22 = JR 1956, 416.

6. Efectos de los cambios de la realidad social en los contratos

a) Fluctuación monetaria y depreciación monetaria

En el tratamiento jurídico de la fluctuación monetaria generalmente se elige la alteración de la equivalencia de ella resultante como punto de conexión para la regulación jurídica. Sin embargo, la alteración de la equivalencia tiene que verse como una alteración del contrato. Cuando en un contrato se fija un precio, esa determinación toma su sentido de la realidad social existente al tiempo de la conclusión del contrato. Por ejemplo, la reglamentación contractual del año 1912 sobre el pago de una cantidad de marcos, ya no podía cumplirse conforme al contrato en 1923 con la cantidad fijada en marcos porque, por el cambio de la realidad social, el marco de 1923 ya no se correspondía al de 1912. Quien en 1923 se negaba a cumplir el contrato por la cantidad de marcos en él fijada, actuaba de acuerdo con el contrato, no así quien exigía el cumplimiento en esos términos. Esto debería ser indiscutible, con independencia de si en la práctica se sigue la teoría nominalista. Que, como antes de 1948, se sancionara por Ley la fórmula marco = marco, en nada cambia el que el cumplimiento de los contratos de la época anterior a la depreciación del Reichsmark mediante pagos en RM después de la depreciación no era conforme al contrato. La regla legal $RM = RM$ derogó en realidad la reglamentación autónoma de los contratos de la época previa a la devaluación del RM, sustituyéndola por una regulación soberana, aunque ésta también coincidiera con el tenor literal del contrato.

La fluctuación monetaria conduce a una alteración de la equivalencia del contrato. Por no atender al contrato, la problemática no se ha enfocado correctamente, sobre todo la argumentación jurídica se ha aplicado al contratante que no se debía. Según esto, al obligado a una prestación material se le apremia, de forma completamente injustificada, a defenderse teniendo que justificar la inexigibilidad, en vez de reprochar al obligado a una prestación dineraria que su prestación no es conforme al contrato.

Si respecto de la cuestión de la repercusión de los cambios del valor del dinero se parte del contrato en particular, es de importancia decisiva cuándo se ha concluido el contrato. Los casos de los contratos de explotación de potasa de la época próxima al cambio de siglo⁶⁵ no pueden

⁶⁵ Ver las sentencias BGH LM § 242 (Bb), Nr. 34, 39, 49. En un contrato de explotación de potasa del año 1898 se había pactado una indemnización en concepto de espera de 1.200 marcos al año. El demandante argumentó en su demanda que tenía que aumen-

equipararse a los contratos de la época de la inflación de los años 20 y, aún más, los de después de las dos grandes inflaciones de este siglo. Desde entonces todo el mundo está informado de la depreciación del valor. Por ello, si en contratos recientes a largo plazo no se toma en cuenta el cambio del valor del dinero, hay que suponer, por regla general, que aquel a quien hubiera favorecido una cláusula de depreciación monetaria no la ha podido imponer al tiempo de contratar, porque el otro contratante no hubiera aceptado los riesgos que podrían derivarse de una cláusula de ese tipo. Pero entonces, por regla general, tampoco debería poder el juez cambiar el contrato con posterioridad en favor de uno de los contratantes. En los casos resueltos por el BGH de los contratos de explotación de potasa, en cambio, hay que suponer que los contratantes no habían contado con la posibilidad de una variación esencial del valor del dinero, de modo que para ellos tampoco había ningún motivo para incluir una cláusula de depreciación monetaria en el contrato. Pero entonces la omisión de la estipulación de una cláusula de depreciación monetaria no debería ir de forma unilateral a cargo del contratante al que casualmente afecta. Antes bien, el precio y la retribución acordados por prestaciones aún por cumplir ha de adaptarse a la variación del valor monetario.

El BAG^{66a} y el BGH^{66b} han admitido respecto de las promesas de pensión por retiro que si el coste de la vida aumenta en más de un 40%, el empresario está obligado al incremento «según cálculo equitativo». El problema de estas sentencias estriba, sobre todo, en que con ellas se interviene en la institución de los planes empresariales de pensiones como totalidad, y para ello carece de competencia jurídica y también material una sala del Bundesgerichtshofs o del Bundesarbeitsgerichts.

Si la pérdida de valor del dinero se convierte en devaluación monetaria, la jurisprudencia tendrá que buscar una solución al problema. Pero, en realidad, con esto se está exigiendo demasiado al juez. Tan seguro es que en el caso de devaluación monetaria la cantidad nominal

tarse la cantidad de acuerdo con la disminución del poder adquisitivo desde 1898. El BGH partió de que el poder adquisitivo se había hundido hasta quedar en una tercera parte. Pese a ello se adhirió al juicio del tribunal de apelación, en el sentido de que la relación contractual no se había visto afectada por el cambio del poder adquisitivo. La sentencia no ha de seguirse. Las afectados apenas podrán comprender que el Derecho no tome en cuenta la ya producida disminución del precio de compra a un tercio (!), porque esto podría «hacer perder la confianza en la estabilidad de la moneda».

^{66a} NJW 1973, 959 y ss.

^{66b} BGH 61, 31 y ss.

pactada ya no es la prestación estipulada contractualmente, como lo es, de otra parte, que no puede determinarse claramente cuál es la prestación «conforme al contrato». Además, la devaluación monetaria influye en un sinnúmero de contratos y es prácticamente imposible introducir en todos ellos el cambio correspondiente a la devaluación por sentencia judicial. Si la jurisprudencia estima una devaluación monetaria y ya no admite que valga la cantidad nominal pactada como prestación conforme a lo convenido, el legislador tiene que intervenir, porque de otro modo queda cuestionada la existencia del Ordenamiento jurídico.

El problema de la fluctuación monetaria es básicamente distinto cuando, para asegurarse frente a una variación de la propia moneda, el contrato se concluye, no en la propia moneda, sino en una extranjera. En este caso, los contratantes asumen conscientemente, cada uno para sí, el riesgo de esa moneda⁶⁶, mientras que esta asunción de riesgos no es admisible si el contrato se concluye en la moneda propia de ambas partes. Cuando se celebra en una divisa extranjera sólo cabe cuestionarse si la asunción de riesgos carece de límites⁶⁷.

b) Cambios de legislación

Un cambio legislativo puede afectar a las relaciones contractuales de las más diversas maneras. Punto de partida para enjuiciar la incidencia de las Leyes en los contratos ha de ser el principio *casum sentit dominus*. Por ejemplo, si el vendedor ya ha cumplido el contrato de compraventa, es asunto del comprador que luego, por un cambio legislativo, no pueda utilizar la cosa comprada, y por ello el negocio resulte carente de sentido para él con posterioridad. Tiene que pagar el precio de compra y no puede exigir la devolución del precio ya pagado. Asimismo el vendedor soporta el riesgo por su prestación, hasta donde la haya realizado.

Si una Ley prohibitiva prohíbe el cumplimiento del contrato, éste queda sin efecto. En los contratos sinalagmáticos, la acción de restitución de la contraprestación ya realizada se rige por las normas del enriquecimiento.

⁶⁶ Lo mismo vale cuando en el tráfico internacional se elige la divisa de una de las partes. En cambio, HENRICH LANGE, *Festschr. Giseler*, p. 38, cree que en el caso de acuerdo en moneda extranjera un cambio de la divisa merece atención con mayor motivo.

⁶⁷ Cfr. al respecto RG 163, 324 y ss., como la sentencia definitiva de la Jurisprudencia del Reichsgericht.

Los casos en que un cambio legislativo dificulta la prestación acordada son problemáticos. Es paradigmático el caso del impuesto sobre bebidas alcohólicas, que fue resuelto de forma distinta por el Reichsgericht según el Derecho Común y según el ALR⁶⁸. El legislador había omitido, a propósito⁶⁹, regular la cuestión de qué efectos tenía la introducción del impuesto sobre bebidas alcohólicas en los contratos en curso. En los casos resueltos, los contratantes y, por tanto, el contrato como reglamentación, no habían contado con el referido impuesto. Podría decirse que bebidas alcohólicas sujetas a impuesto y libres de impuestos son cosas diferentes —aunque no en el sentido de un *aliud*— y que, por tanto, el suministro de bebidas alcohólicas sujetas a impuesto no era la prestación acordada. En todo caso, sería incorrecto cargar sobre uno de los contratantes el riesgo derivado del cambio de la realidad social para la ejecución del contrato. El contrato no puede ejecutarse tal como se había pactado. La solución ha de estar dirigida a que ninguna parte pueda cargar sobre la otra una prestación adicional por el cambio legislativo, pero tampoco puede ninguno negar el cumplimiento del contrato al otro, si éste toma a su cargo el cambio legislativo. Se trata del mismo principio que ya ha quedado acreditado respecto de la regulación de los casos de la cotización⁷⁰. El vendedor no está obligado a la entrega a cambio del precio pactado, y el comprador sólo puede exigir la entrega al precio acordado más el impuesto. Pero si el comprador no está dispuesto a ello, el contrato no puede ejecutarse, queda sin efecto. De forma análoga hay que decidir cuando, al revés, se da el inusual caso de que el valor del objeto de la prestación disminuye por un cambio legislativo después de la conclusión del contrato y antes del cumplimiento. En este supuesto el acreedor no tiene que tomar la prestación a cambio de la contraprestación acordada. Por contra, el deudor carga con la disminución del valor del objeto conforme al principio «*casum sentit dominus*» y, así, también podría considerarse correcto que estuviera obligado a la entrega a cambio del precio rebajado⁷¹.

Por regla general, sin embargo, los cambios de legislación se encuadran sin más en la regulación de los riesgos propia del tipo contractual.

⁶⁸ Cfr. RG 21, 178 y ss.; 22, 82 y ss.

⁶⁹ Cfr. RG 22, 82.

⁷⁰ Ver *supra* núm. 4b.

⁷¹ Es interesante la sentencia BGH NJW 1959, Nr. 46 = LM § 242 (Bb), Nr. 33, respecto de un caso de venta de una concesión real de farmacia. En el caso resuelto por el BGH, sin embargo, el comprador soportaba el riesgo posterior a la adquisición, de modo que, en contra de la sentencia del BGH, el precio de compra no tenía que rebajarse.

Igual que en el contrato de compraventa o en el de obra es el vendedor o al empresario a quien afecta el aumento del precio de coste de la prestación a que está obligado, el vendedor o empresario soporta, por regla general, el riesgo de que el precio de coste aumente por Ley o convenio colectivo, del mismo modo la ventaja es para él si el precio de coste disminuye. Si el gravamen fiscal de la propiedad inmobiliaria varía, esto no afecta al pacto sobre la renta si legalmente no se ha fijado otra. El tráfico jurídico cuenta con tales cambios, que son del mismo tipo que las modificaciones sobre las que se ha acuñado la distribución de riesgos en cada tipo contractual⁷¹. Ha de tratarse de una intervención legislativa extraordinaria para que —como en el caso del impuesto de bebidas alcohólicas— el reparto de riesgos típico del contrato ya no tenga lugar. Al intervenir así, el legislador debería regular al mismo tiempo la incidencia de la Ley sobre los contratos en curso que se hubieran concluido sin tener en cuenta esa intervención.

A veces, cuando se modifica la legislación, la regulación resulta con claridad de los criterios rectores de la interpretación integradora. Es ilustrativo el caso resuelto por el BGH⁷², en el que antes de entrar en vigor la Lastenausgleichsgesetz* alguien había donado una propiedad inmobiliaria muy valiosa y, según la LAG, el donante tenía que pagar por esta propiedad el impuesto para la compensación de daños. El sentido claro de este contrato de donación era que el donante simplemente se desprendía de la propiedad inmobiliaria en favor del donatario, pero no que, además, tuviera que soportar las cargas derivadas de esa propiedad. Por ello el contrato de donación tenía que integrarse por medio de la interpretación, en el sentido de que el donatario tenía que cargar con el impuesto para la compensación de daños⁷³.

⁷¹ Con razón el BGH, LM § 535, Nr. 11, en los casos en que según un contrato de arrendamiento el arrendatario tenía que soportar las cargas e impuestos que gravaran un inmueble, ha resuelto que el impuesto sobre el patrimonio y el impuesto de ayuda urgente no forman parte de las cargas que el arrendatario tiene que soportar. La sentencia del BGH es conforme tanto al contrato como a la Ley sobre la implantación de los impuestos, ya que la Ley los atribuía al propietario y no pueden recaer sobre otra persona distinta con base en un pacto que no la ha tenido en cuenta.

⁷² LM § 61 LAG, Nr. 1.

* N. del T.: La «Lastenausgleichsgesetz» (LAG) o «Ley para la compensación de daños» estableció un impuesto para la compensación de los daños producidos a consecuencia de la II Guerra Mundial.

⁷³ La regulación en los contratos sinalagmáticos no resulta con la misma claridad de la interpretación integradora. Cfr. al respecto BGH LM § 157 (D), Nr. 10; NJW 62, 29; MDR 62, 556.

La Jurisprudencia se ha ocupado con frecuencia de casos en que los contratantes han incorporado a su reglamentación contractual una Ley que ellos esperaban, resultando luego que esa Ley tiene un contenido distinto del que las partes habían supuesto. Tal es el caso, sobre todo, de aquellos contratos que se celebraron anticipándose a la regulación legal de la compensación de daños⁷⁴. En estos casos lo que importa es si el acuerdo contractual tenía el sentido de que cada parte asumía por completo el riesgo derivado de la regulación legal, fuera cual fuera su contenido, o si, aunque la normativa aún no estaba determinada, se había contado con una regulación imaginada de modo aproximado y de acuerdo con ello se habían determinado las prestaciones contractuales, sin que cada parte tuviera que cargar con el riesgo derivado de la regulación legal. Si al vender un inmueble el vendedor asumió las cargas que pudieran resultar de la compensación de daños, era obvio que a él le afectaría la ventaja o el inconveniente de una regulación legal que se desviara de lo que se imaginó al celebrar el contrato. El precio de compra se fijó para un inmueble libre de la compensación de daños. Sin embargo, la cuestión era distinta si la contraprestación se determinó en consideración al impuesto de compensación de daños, estimado en una determinada cantidad, que tendría que pagar el comprador⁷⁵. En cambio, de forma incorrecta, la sala quinta del BGH en su sentencia⁷⁶ trata el caso desde la perspectiva de la desaparición de la base objetiva del negocio, apoyándose en LARENZ. En opinión de la sala quinta, un cambio de la retribución fijada numéricamente en el contrato, sólo debe plantearse en el caso «de que una parte tampoco pueda considerar la prestación de la otra como aproximadamente equivalente a su contraprestación». Tendría, continúa la sentencia, que «tratarse de una superación del límite de sacrificio, de un resultado insostenible, incompatible, en fin, con el Derecho y la justicia».

Ciertamente, no toda desviación de la regulación legal respecto de la representación que determinó la fijación contractual del desembolso, debe conducir a modificarlo. Una cierta tolerancia subyace en el sentido de tales acuerdos. Sin embargo, en contra de la opinión de la sala quinta del BGH, no se trata de aumentar o disminuir el desembolso en contra

⁷⁴ Cfr. BGH 9, 273 y ss. = LM § 157 (D), Nr. 2 (com. BENKARD); BGH, MDR 1958, 226 = LM § 242 (Bb), Nr. 25, 38, 40, 41; BGH MDR 1958, 922, Nr. 42 = LM § 157 (C), Nr. 6; BGH MDR 1958, 322, Nr. 43 = LM § 157 (D), Nr. 7.

⁷⁵ Bastante indeciso WÖBELAUER, NJW 1952, 1356 y ss.

⁷⁶ LM § 242 (Bb), Nr. 25; correctamente, en cambio, la sentencia de la sala quinta LM § 157 (D), Nr. 7.

del contrato —de esto sólo se podría hablar si cada parte hubiera asumido el riesgo derivado de la regulación legal—. Precisamente porque no ha habido una asunción de riesgo, la cantidad numérica ha de corregirse, con mayor razón, según el contrato, para que se satisfaga la retribución deseada, es decir, para que —por ejemplo en la compra— el comprador no pague más de lo que debía pagar, pero el vendedor tampoco obtenga menos de lo que debe obtener. No se trata de nada distinto a lo que ocurre cuando en un contrato de compraventa el comprador, «a cuenta del precio de compra», asume cargas que en realidad no existen o son más altas de lo que los contratantes habían supuesto.

- c) Guerra, sucesos políticos similares a la guerra y catástrofes naturales como fenómenos de la realidad social común a ambos contratantes

Atenerse al reparto de riesgos propio del tipo contractual o especialmente pactado en el contrato en casos de guerra, sucesos similares a la guerra y acontecimientos políticos⁷⁶ y de catástrofes naturales en general, es injusto según la actual conciencia jurídica, a no ser que uno de los contratantes haya asumido ese riesgo especialmente. El riesgo de la realidad social afecta por igual a quienes toman parte en la misma vida social. Todo deudor ha de responder por sí de su solvencia. Si un deudor, por la quiebra de su deudor, no puede pagar sus propias deudas, eso es asunto suyo. Cualquier desgracia personal ha de soportarla aquel a quien afecta. En cambio, esta máxima ya no responde a las convicciones jurídicas actuales cuando la desgracia surge de la realidad social común a ambos contratantes. El riesgo derivado de la realidad social tiene que ser soportado por la colectividad. Una solución rigurosa haría que los acontecimientos políticos no afectaran a las relaciones jurídicas privadas y concedería a aquel que padece un daño según el reparto de riesgos habitual el derecho a obtener una compensación total de la comunidad. Pero esta solución rigurosa no es realizable. La problemática en todos los casos «de incidencia de la guerra en los contratos» radica en que la colectividad no realiza la compensación o lo hace sólo de forma insuficiente y, entonces, aún con retraso, y por ello hay que esforzarse en repartir el riesgo entre las partes.

El contrato mismo puede no dar apoyo alguno para la compensación, porque la distribución contractual de los riesgos no comprende

precisamente el riesgo de la realidad social, a no ser que una de las partes lo haya asumido en particular.

También hay que tener presente, en relación con la influencia de la realidad social, el principio «*casum sentit dominus*». El propietario de una casa, por ejemplo, soporta frente al arrendatario el daño de la pérdida o de la imposibilidad de usar su casa, dado que el arrendatario ya no está obligado al pago de la renta. La máxima «*casum sentit dominus*», sin embargo, no significa en este contexto que el propietario aún tenga que pagar el precio de compra o la hipoteca por la casa si la misma ha sido destruida por efecto de la guerra. El «riesgo» por la deuda del precio de la casa o de la hipoteca es algo distinto al riesgo por la casa. De igual modo, si la realidad social influye después de que una de las partes haya cumplido, el receptor no carga según el principio «*casum sentit dominus*» con el riesgo de quedar obligado a la contraprestación —sin importar lo que pase con la mercancía obtenida a resultados del acontecimiento social, en concreto sin importar si el Estado se la ha tomado o no y si se la ha pagado—. En cambio, es conforme a la regla «*casum sentit dominus*» el que las relaciones contractuales completamente desarrolladas por ambas partes ya no queden afectadas por la realidad social.

La compensación de los riesgos de la realidad social entre los contratantes en contratos aún no cumplidos totalmente por ambas partes es, en realidad, una compensación de cargas de carácter privado. Puesto que el contrato no ofrece ningún apoyo para la distribución de riesgos respecto de los sucesos de la realidad social y el reparto de riesgos no puede ser regulado por normas jurídicas generales, no queda otra solución que la decisión basada en la equidad. Cada uno de los contratantes puede verse afectado de diversa manera por el mismo suceso, dejando aparte su influencia sobre la relación contractual. Por ello, una decisión «justa» ha de tener en cuenta, no sólo la repercusión del evento social sobre la relación contractual en cuestión, sino que también hay que considerar cómo ha afectado el suceso por lo demás a los contratantes. Según esto, no caben soluciones unitarias⁷⁷, sino que, como han hecho legislación (procedimientos para la adaptación del contrato por vía judicial) y jurisprudencia, la compensación ha de realizarse mediante una decisión de equidad que tome en consideración cómo el suceso social ha afectado a las partes en todos los aspectos. Naturalmente, esta decisión siempre ha de resolver si el acuerdo contractual tiene que cumplirse

⁷⁷ Tampoco puede seguirse la salomónica solución de KEGEL, *loc. cit.*, p. 204, de que, como principio general, el daño tiene que repartirse.

⁷⁶ Sobre bibliografía cfr. KEGEL, *Gutachten* 40. *Discher. Juristentag*, I, 139 y ss.

se, y si, en esa medida, hay que partir del contrato. Sin embargo, la problemática no se comprenderá correctamente en lo esencial si se cree que se está ayudando al deudor por equidad, y que en realidad rige el principio «*pacta sunt servanda*». No se trata de una desviación del principio «*pacta sunt servanda*», sino de distribuir los riesgos de la realidad social que no se han regulado en el acuerdo contractual. El deudor no aparece como peticionario, sino que hace valer sus derechos para que los daños que le ha ocasionado la realidad social no recaigan sólo sobre él.

7. Conclusión

Para terminar, acerca de la doctrina de la base del negocio hay que señalar lo siguiente: La doctrina general de la base del negocio tiene que ser abandonada. Si la realidad no concuerda con el contrato en los casos de la así llamada por KECHEL «pequeña» base del negocio, es decir, en todos los casos adscritos a la doctrina de la base del negocio con excepción de los supuestos de incidencia de la realidad social en las relaciones contractuales, el contrato pierde su validez total o parcialmente —imposibilidad total o parcial—, o una parte queda sujeta a responsabilidad por disposición de la Ley —saneamiento por vicios ocultos o defectos jurídicos—, o las prestaciones cambian al adaptarse el contrato a la realidad —así especialmente en los contratos sobre el deber de alimentos—, o el contrato conduce a una reglamentación contradictoria —por ejemplo los casos de la cotización bursátil— y, dado que ninguna de las partes soporta el riesgo, ninguna puede ser sometida por la otra a la reglamentación que le es más desfavorable, de modo que si una de las partes no acepta la reglamentación que a ella le es más desfavorable, la otra puede cancelar el contrato. Si cambia la realidad respecto de la situación existente al concluirse el contrato, cada una de las partes soporta el riesgo contractual típico que a ella le corresponda, a no ser que el reparto de los riesgos esté regulado de otra manera por pacto especial.

Respecto de la cuestión de cómo influyen los cambios de la realidad social sobre los contratos tampoco hay una solución unitaria. Para las modificaciones de la legislación «normal» y la fluctuación monetaria, la solución ha de buscarse a partir del contrato. En caso de guerra y acontecimiento social similar, que modifica toda la realidad social, pero que afecta a los particulares de las formas más variadas, ya no es posible una distribución «justa» del riesgo teniendo en cuenta sólo el concreto con-

trato y la relación contractual surgida de él, sino que ha de tomarse en consideración cómo el acontecimiento social ha afectado también por lo demás a los contratantes. También en estos casos fracasa la fórmula general de la base del negocio.

No existe una figura jurídica unitaria de presuposición, base del negocio, reserva virtual, etc., con las cuales se creyó poder reemplazar la doctrina de la cláusula. Antes bien, el reparto justo del riesgo de la realidad, si no existe un especial acuerdo contractual adicional, se determina conforme al correspondiente y particular tipo contractual y, además, el acontecimiento social ha de contemplarse independientemente, en su incidencia sobre los contratos⁷⁸. La doctrina de la base del negocio ha conducido a no tomar ya en serio el contrato y a no esforzarse ya en hallar la solución jurídica a partir del contrato. En muchos de los casos resueltos por la Jurisprudencia con la doctrina de la base del negocio, una solución orientada al acuerdo contractual habría conducido al mismo resultado. Por eso podría pensarse que no importa, o que es sólo un problema de formulación, si se atiende a la base del negocio o al acuerdo contractual. Pero no es así. La orientación al acuerdo contractual proporciona una delimitación más precisa de la realidad a tener y a no tener en cuenta para la valoración jurídica, y ofrece por sí sola la garantía de que, si no se ha dispuesto otra cosa por acuerdo individual de las partes, se ponga en práctica la distribución típica contractual de los riesgos, esto es, una distribución de riesgos como la que en larga tradición jurídica ha dado buenos resultados en la mayor parte de los casos.

Pensar en la doctrina de la base del negocio es una tentación constante para librarse de obligaciones contractuales. La misma es una tentación para el abogado para defender tales aspiraciones, y es una tentación para el juez para sustituir el Ordenamiento jurídico y el reparto de riesgos determinado por el Ordenamiento jurídico con su propia idea de la equidad. El juez cree que las especiales circunstancias del caso exigen la resolución que se deduce de la doctrina de la base del negocio. Pero si niega el reparto de riesgos establecido por el Ordenamiento jurídico, resuelve en contra del Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es legítima tarea de la Jurisprudencia examinar si a la regulación jurídica admitida hasta ahora respecto de determinados tipos contractuales no ha de anteponerse, para tipos especiales de esta categoría contractual, una distribución distinta de riesgos, precisamente por la especialidad del tipo. Del mismo modo, hay que examinar en cada caso

⁷⁸ Cfr. también MERZ, Berner Kom. zu Art. 2 Schweiz. Zivilgesetzbuch N. 214 y ss.

si de cláusulas contractuales añadidas a un determinado tipo contractual no resulta una distribución de riesgos distinta de la que en principio se admite para el tipo contractual. Por último, para algunos tipos contractuales no hay ninguna regulación legal especial, y puede ser que las normas generales sobre contratos obligatorios no se ajusten bien a la especialidad del tipo contractual.

Es paradigmático el contrato sobre el deber de alimentos⁷⁹. La referencia personal típica del contrato sobre el deber de alimentos exige –tal como ha admitido la Jurisprudencia⁸⁰– que deban tenerse en cuenta las variaciones de las circunstancias personales de los contratantes. Según la Jurisprudencia, esto debe ocurrir –con razón– incluso en contra de un acuerdo expreso. Parecida al caso de los contratos sobre el deber de alimentos, es la situación en los contratos de pensión. Que la referencia personal típica en una relación contractual ha de tomarse en cuenta al distribuir los riesgos, se deduce ya de la regulación legal de tales contratos. Así, el establecimiento del derecho de desistimiento por justa causa en las relaciones contractuales a largo plazo con referencia personal típica, como las relaciones de sociedad o de servicios, significa que se toma en cuenta el riesgo de una modificación de las circunstancias personales.

Las reglas legales para los casos en que la realidad no concuerda con el contrato o varía respecto de la situación existente al concluirse el contrato, tienen generalmente por contenido que los contratos pierden su validez o perderán su validez en el futuro. No obstante, si atendiendo al sentido del contrato se ofrece otra solución general determinable, también ésta se pone en práctica por la Ley, como por ejemplo en el § 321 BGB, en el sentido de que la modificación patrimonial puede ser com- pensada ofreciendo garantías.

Este principio de nuestro Ordenamiento de respeto a la autonomía privada, según el cual, por regla general, la configuración judicial no sustituye a la que es fruto de la autonomía privada, también debería tenerse en cuenta cuando la Jurisprudencia establece nuevas reglas para la distribución de los riesgos en caso de cambio de la realidad, desviándose o integrando el Derecho hasta entonces existente. No obstante, no siem-

⁷⁹ Cfr. a este respecto –con datos sobre la jurisprudencia– LARENZ, *loc. cit.*, pp. 48 y ss. Respecto de un contrato de pensión por retiro cfr. BGH 25, 293 y ss. = LM § 157 (C), Nr. 5 (comentada por PRITSCH). Sin razón, LARENZ clasifica la consideración de la modificación de las circunstancias personales en los contratos sobre el deber de alimentos como caso de base subjetiva del negocio.

⁸⁰ Con razón, el RG, Warn. 1925 Nr. 103, se refiere a la «naturalidad» de los contratos sobre el deber de alimentos.

pre hay que poner en práctica el principio, como demuestra el ejemplo del contrato sobre el deber de alimentos.

Cuando las especiales circunstancias de un caso despiertan dudas acerca de si el reparto de riesgos admitido hasta la fecha para un tipo de contrato es «justo», el juez no puede inferir la decisión «justa» de las circunstancias del caso. Estas circunstancias –a diferencia del contenido del acuerdo contractual a determinar por medio de la interpretación– tan sólo pueden ser un estímulo para él si el tipo contractual regulado por la Ley es demasiado general y ha de dividirse en tipos particulares que precisen un reparto especial de riesgos, o si la norma existente para el tipo contractual respecto de la distribución de los riesgos ha de diferenciarse según las distintas circunstancias. El juez, por tanto, tiene que hallar una norma que esté orientada al tipo contractual y esta norma tiene que encuadrarse en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Si se contempla así la tarea judicial, es evidente que esta creación jurídica no puede ser el quehacer de cada día, aunque cada día puede ofrecer estímulos para ello.

CUARTA PARTE

INTIMIDACIÓN Y ENGAÑO DOLOSO

§ 27. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA INTIMIDACIÓN Y DEL DOLO

1. *Los supuestos de hecho de la intimidación y del engaño doloso como influencia ilícita en la decisión de la voluntad*

El tratamiento jurídico de la intimidación y el dolo en el negocio jurídico puede estar orientado a quien intimida o engaña y su comportamiento, o al intimidado o engañado y al hecho de que éste ha emitido su declaración de voluntad por razón del engaño o la intimidación. Los autores del BGB encontraron ambos aspectos en la doctrina jurídica y en la legislación que precedió al BGB, así como en los proyectos legislativos previos¹. Según el Derecho Común más reciente, las consecuencias

¹ Cfr. Mot. I, 204 (MUGDAN, I, 465); GEBHARD, *Vorentau. Allgem. Teil* II, 2, pp. 111 y ss. en una exposición digna de ser leída aún hoy.