

La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el § 313 BGB

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL CONCEPTO GERMÁNICO DE «PÉRDIDA DE LA BASE DEL NEGOCIO»: 1. TESIS DE WINDSCHEID. 2. TESIS DE LENEL. 3. TESIS DE KRÜCKMANN. 4. TESIS DE OERTMANN. 5. TESIS DE LOCHER. 6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS Y LAS SUBJETIVAS: LA TESIS DE LARENZ.—III. PERFILES ACTUALES DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»: EL NUEVO § 313 BGB.—IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE». UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. CAMBIO DE ALGUNA CIRCUNSTANCIA QUE FORMA PARTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO. 2. INEXISTENCIA DE ASUNCIÓN CONTRACTUAL O LEGAL DEL RIESGO. 3. RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES INEXIGIBLE. 4. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLE. 5. INIMPUTABILIDAD DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.—V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE».—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de la base del negocio («Geschäftsgrundlage»), de construcción alemana, ha tenido una gran influencia en los países de nuestro entorno cultural, así como en nuestra doctrina y jurisprudencia (1). Mediante la mencionada doctrina se trata de hacer frente al problema de la modificación

(1) Por ejemplo, en nuestra jurisprudencia se hace mención expresa del término «base del negocio» en la STS de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 5005); STS de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1252); STS de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9927); STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9226); STS de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8539); STS de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862); STS de 14 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7323).

sobrevenida de las circunstancias contractuales no imputable a ninguna de las partes y que tiene como consecuencia una alteración en el reparto contractual del riesgo.

Esta doctrina tiene un origen doctrinal y jurisprudencial, ya que en la época de la Codificación alemana surgió una fuerte polémica entre los autores acerca de la conveniencia de introducirla en el nuevo Código por los problemas que ello podría tener para la seguridad del tráfico jurídico, como se sabe, uno de los valores más importantes que inspiraron el movimiento codificador.

No obstante, la realidad acabó imponiéndose y debido a los efectos devastadores de las inflaciones de posguerra, la jurisprudencia terminó por aplicar mecanismos tendentes a restaurar el equilibrio entre las prestaciones con fundamento en el § 242 BGB, referido a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

Con motivo de la reforma del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor en enero de 2002, el legislador alemán se planteó la conveniencia de introducir en el BGB la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), que durante mucho tiempo había venido siendo aplicada por los tribunales. En este sentido, la mencionada institución hoy goza de su propia regulación legal en el § 313 BGB.

Mediante el presente trabajo se trata de llevar a cabo un análisis extenso de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Así serán objeto de estudio sus antecedentes doctrinales y su regulación actual, sin dejar de lado la aplicación jurisprudencial de la misma.

II. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL CONCEPTO GERMÁNICO DE «PÉRDIDA DE LA BASE DEL NEGOCIO»

En el momento de la codificación alemana surge una polémica doctrinal representada por WINDSCHEID y LENEL (2) acerca de la conveniencia de intro-

(2) WINDSCHEID y LENEL protagonizaron una auténtica «batalla doctrinal» en el momento de la redacción del primer proyecto de BGB. Este proyecto, que estaba inspirado en el Derecho común, fue presentado en 1887 por la comisión nombrada al efecto (entre cuyos miembros se encontraba WINDSCHEID). Finalmente no prosperó debido a las fuertes críticas a las que fue sometido. Por ello, en 1890 se nombró una segunda comisión bajo la dirección de GOTTLIEB PLANCK. De este modo, el segundo proyecto de BGB fue presentado en 1895, separándose del Derecho común e intentando dar solución jurídica a las cuestiones sociales y económicas suscitadas en aquel momento. Finalmente, después de incorporar algunas modificaciones sugeridas por la «Justizausschuß» (Comisión de Justicia) surgió el tercer proyecto de BGB. Básicamente, con algunas modificaciones en materias como el matrimonio y el testamento, éste fue el texto definitivamente aprobado por el Parlamento alemán el 18 de agosto de 1896. Como sabemos, su entrada en vigor fue el 1 de enero de 1900.

ducir en el futuro Código la institución de la «presuposición» («Voraussetzung») ideada por el primero de los autores citados.

El problema que pretende resolver la doctrina de la «presuposición» de Windscheid es más bien antiguo, puesto que ya había sido tratado fundamentalmente por la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y que, resumido, se podría formular en el «principio de la relevancia de la verdadera y más profunda voluntad de las partes». Es decir, se trata de dar respuesta a la cuestión de si el principio *pacta sunt servanda* puede hacerse valer bajo cualquier circunstancia, sin excepción alguna, o si por el contrario, pueden tenerse en cuenta determinadas representaciones de una o de ambas partes decisivas para la conclusión del negocio, pero que no han sido elevadas a la categoría de condición (3).

La elaboración de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* fue debida a la doctrina medieval influida por la filosofía tomista y la canonística. Con ella se pretendía resolver si era posible debilitar el efecto vinculante del contrato en caso de un cambio de las circunstancias *personarum et negotiorum*. En el fondo de esta doctrina se podía encontrar la idea formulada por Aristóteles y recogida por la doctrina tomista de una justicia sustancial, inmanente al contrato, representada por un nexo de equivalencia entre las prestaciones, cuya desaparición facultaba para la extinción de los efectos del contrato. También defensores de la mencionada cláusula fueron los autores de la escuela culta holandesa y alemana que influyeron notablemente en las codificaciones del siglo XVIII (4). En estas codificaciones se hace primar

(3) Cfr. WINDSCHEID, 1892: 161 y sigs. Sobre esta cuestión se pronuncia IMBRUCK, 1932: 4 y MESENBACH, 1938: 1. En opinión de este último autor, se trata de resolver con esta doctrina cuáles son los efectos del negocio cuando una de las partes o ambas basan su declaración en una circunstancia pasada, presente o futura, sin hacer depender expresamente la validez, así como el mantenimiento del negocio de tal circunstancia. Por otro lado, según WACUP (1928: 1 y sigs.), tanto la doctrina de los presupuestos del negocio jurídico-contractual, de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la «Geschäftsgrundlage» tratan de aclarar la cuestión de si y en qué medida, el deudor está obligado al cumplimiento de la prestación cuando las circunstancias bajo las cuales el mismo debe cumplirse son distintas a aquéllas que se daban en el momento de la conclusión del contrato.

(4) Sobre la evolución histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*, cfr. ABAS, 1993: 7 y sigs. Los canonistas desarrollaron una cláusula para el supuesto de que tuviese lugar un cambio de circunstancias con respecto al momento de la celebración del contrato. Destaca sobre todo BARTOLUS, para quien toda negociación lleva implícita una cláusula en cuya virtud, cuando alguien de cualquier modo compromete su derecho, ello solamente puede suceder mediante la reserva *rebus sic stantibus*, es decir, siempre que el estado de cosas permanezca inalterado. El pensamiento de tal cláusula fue posteriormente ampliado por JASON DE MAYNO. Para este autor, la mencionada cláusula afecta no sólo a los contratos, sino también a los testamentos y a las determinaciones legales. Su pensamiento influyó decisivamente sobre la doctrina de los siglos XVII y XVIII. En 1784 aparece la primera propuesta de lo que fuera con posterioridad el Derecho prusiano en la que se prevé una aplicación de esta cláusula. Más tarde, en determinados párrafos del *Landrecht* del año

el aspecto llamado objetivo de la mencionada cláusula, que se traduce en el control acerca de la funcionalidad objetiva de la relación jurídica. Se subordina la operatividad del remedio a la circunstancia de que el cambio de la cosa debida en la obligación no se deba a culpa o a un hecho del deudor, así como a la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida. Con posterioridad, las codificaciones del entorno germanista adoptarían una posición diferente frente a la mencionada cláusula. De este modo, si bien la misma tuvo acogida en las codificaciones del siglo XVIII fue totalmente abandonada por la Pandectística, a pesar de la contribución de WINDSCHEID con una reformulación del problema mediante su teoría de la presuposición.

1. TESIS DE WINDSCHEID

Como se ha mencionado, la tesis de WINDSCHEID, cuyo origen es de 1850, no tuvo demasiado éxito entre sus contemporáneos. Frente a las críticas surgidas en torno a su doctrina, responde el autor con su célebre frase: «estoy firmemente convencido de que los presupuestos tácitos de la declaración de voluntad siempre se harán valer, aun cuando se pretenda no tenerlos en cuenta. Expulsados por la puerta vuelven a entrar por la ventana» (5). Parece que no le faltaba razón al autor alemán, ya que de su teoría se han tomado numerosos elementos por aquellos que han tratado de dar cierta relevancia al cambio de las circunstancias fácticas respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato (6).

1794 de los países prusianos, se contemplaba la posibilidad de resolver el contrato en los supuestos en los que tuviera lugar un cambio de circunstancias. En este cuerpo normativo la regla general viene establecida en el § 377, según este precepto, salvo en los casos en los que devenga una verdadera imposibilidad, no se puede rechazar el cumplimiento del contrato, no obstante, el § 378 se presenta como una excepción a la regla anterior para los casos en los que, como consecuencia de una circunstancia imprevisible no se pueda alcanzar el fin según la naturaleza del negocio, o según las declaraciones expresas de las partes al respecto. En el caso de resolución cabe la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios cuando el cambio de circunstancias haya sido debido a la libre actuación de una de las partes (ex § 379). Sin embargo, esta doctrina tuvo muchos detractores, por ejemplo en el Derecho del reino de Sajonia de 1863 se establece expresamente que no se puede desistir unilateralmente del contrato cuando se ha producido un cambio de las circunstancias o cuando existe un desequilibrio de las prestaciones, a no ser que exista una ley que expresamente lo permita. Sobre la evolución histórica también resulta interesante el trabajo de WEISS, 1927: 11 y sigs.

(5) WINDSCHEID, 1892: 197.

(6) SIMSHÄUSER, 1972: 20. Cfr. MESENBACH, 1938: 5. Según este último autor, la importancia de WINDSCHEID es fundamental en el tratamiento de este tema, ya que es el primer autor que trató de formular una doctrina general respecto a la importancia de las circunstancias sobre las que se construye la voluntad negocial.

WINDSCHEID sitúa la presuposición («*Voraussetzung*») entre los límites de la declaración de voluntad, junto a la condición y el término. La presuposición constituye una limitación a la declaración de voluntad que, sin embargo, no ha alcanzado el suficiente grado de desarrollo como para alcanzar el *status* de condición (7). La presuposición es, como la condición suspensiva, una declaración de voluntad; en ambos casos la declaración de voluntad solamente surte efectos bajo determinadas circunstancias. En el caso de la condición, el declarante es consciente de la incertidumbre acerca de una determinada circunstancia, de la que se hace depender la condición, y en consecuencia, hace que los efectos jurídicos de su declaración de voluntad queden supeditados a la subsistencia de tales circunstancias, llegando a un acuerdo con su contraparte («quiero solamente si...»). Mientras que, tratándose de una presuposición, el declarante parte de la certeza de la circunstancia presupuesta, y en consecuencia, no pacta condición alguna («quiero, no hubiera querido si no...»). Por lo tanto, si con posterioridad se descubre que tal circunstancia no se daba o desaparece de modo sobrevenido, la declaración de voluntad no se corresponde con el verdadero querer del contratante, ya que éste ha hecho público mediante tal presupuesto que no habría querido las consecuencias jurídicas de su declaración de voluntad, de no haber partido de la certidumbre acerca de las circunstancias presupuestas (8).

Sin embargo, la condición y la presuposición afectan de manera distinta a la eficacia del negocio jurídico. El cumplimiento de la condición hace que el negocio despliegue efectos (en el Derecho alemán la condición tiene efectos suspensivos), mientras que la pérdida de la presuposición hace que el contrato devenga ineficaz. En este segundo caso, el contratante puede defenderse de la pretensión de cumplimiento de su contraparte mediante el ejercicio de una excepción («*Einrede*») o si ya ha realizado la prestación a su cargo, podría recuperar lo entregado mediante el ejercicio de la *condictio*, no porque el negocio haya devenido nulo, sino por el hecho de la falta de su presupuesto.

La presuposición puede ser expresa o tácita, esta última debe estar presente en las representaciones de ambas partes contratantes, bastando, en este sentido, que dichas representaciones sean propias de una de las partes, pero reconocibles por la contraparte. Sin embargo, no es necesario que la otra parte tenga un conocimiento efectivo de la misma, sino que basta con que en el momento de la emisión de la declaración de voluntad fuera reconocible por ésta, según se desprende de su contenido o de las circunstancias que la acompañan (9).

(7) WINDSCHEID, 1892: 195. El presupuesto es una limitación a la declaración de voluntad, como la condición, el autor de la misma no dice «quiero si», pero afirma «quiero, pero no hubiera querido, si no».

(8) WINDSCHEID, 1892: 166 y 195.

(9) WINDSCHEID, 1892: 174.

Esas circunstancias a las que se refiere la presuposición pueden ser pasadas, presentes o futuras. En todo caso, se trata de circunstancias que son necesarias para la consecución del fin principal («ersten Zweck») que se persigue con la declaración de voluntad. Es decir, este propósito está tan vinculado a la declaración de voluntad que sin aquél, ésta carece de sentido. Dicho propósito es reconocible para la contraparte, de acuerdo con las circunstancias que acompañan a la declaración de voluntad, de modo que es posible hacer valer frente a ella el presupuesto de su consecución, es decir, la contraparte podría verse afectada de no conseguirse aquella finalidad. Ahora bien, dentro de la presuposición podrían, en su opinión, incluirse otras circunstancias siempre que para la contraparte sea reconocible que el declarante no hubiera querido obligarse sin la presencia de las mismas. WINDSCHEID considera irrelevante que con ello se ponga en peligro la seguridad del tráfico (10).

En conclusión, la presuposición es un motivo elevado a la categoría de parte del contrato, que se diferencia del simple motivo o motivo irrelevante en que aquélla ha sido comunicada a la contraparte o es al menos reconocible por ella.

La doctrina de WINDSCHEID representa un tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* en su formulación más general. Ambas fórmulas parten de la consideración de que sería injusto obligar a una de las partes al mantenimiento de su promesa cuando se hubiese producido un cambio sustancial de las circunstancias más importantes. La solución propuesta es diferente en cada caso: según la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, existe una condición tácita en el negocio, mientras que según WINDSCHEID, existe una limitación a la declaración de voluntad que no es una condición. De acuerdo con la doctrina de la presuposición, esas circunstancias han influido en la declaración de voluntad, mientras que en el caso de la cláusula *rebus sic stantibus* las partes no han pensado ni siquiera en las mismas, se trata de una pura ficción. Ambas fórmulas presentan, sin embargo, un problema común cual es el de que atribuyen el riesgo contractual enteramente a la contraparte del perjudicado concediéndole a éste la posibilidad de verse liberado de su obligación. Ello a pesar de que WINDSCHEID exige al menos que tales presupuestos sean reconocibles. No obstante, no tiene en cuenta que en la mayoría de los casos, tanto los presupuestos de carácter expreso como de carácter tácito, pueden considerarse irrelevantes para la contraparte (11). La afirmación de la teoría de WINDSCHEID supondría que se haría recaer sobre una de las partes el riesgo de que su contraparte haya pensado erróneamente acerca de la existencia de determinadas circunstancias o el desarrollo de determinados acontecimientos. Con ello se podría llegar al

(10) Cfr. KAPS, 1927: 8.

(11) BIRSCHENK, 1933: 15.

injusto resultado de que el deudor siempre pudiera escudarse en una presuposición de carácter tácito reconocible por la contraparte. El problema de la tesis de WINDSCHEID reside en que las fronteras entre los conceptos de motivo, voluntad y declaración de voluntad se encuentran borrosas.

2. TESIS DE LENEL

Frente a la concepción de WINDSCHEID entiende LENEL que lo que aquél llama presuposición no son sino simples motivos, con lo que dar relevancia a los mismos pondría enormemente en peligro la seguridad del tráfico. En efecto, la doctrina de WINDSCHEID podría llegar a conducir a que cada una de las partes contratantes que se viese decepcionada en cuanto a los móviles que le llevaron a celebrar el contrato, podría impugnarlo, lo que supondría el fin de la seguridad del tráfico. En su opinión, quien emite una declaración de voluntad, como dice WINDSCHEID, limitada por una presuposición, desconoce el hecho presupuesto, ya que si le es conocido declarará la existencia del mismo, «quien declara expresamente la existencia de un presupuesto no lo oculta y quien lo oculta no declara» (12). El que emite una declaración de voluntad debe dejar clara constancia de que es su intención que la misma despliegue efectos siempre que sea correcta su opinión acerca de determinadas circunstancias que le son desconocidas, ello se materializa en la introducción de un derecho de resolución, de una condición o de cualquier medio que le facilite el ordenamiento jurídico. Si no lo hace así, parece justo atribuirle las consecuencias derivadas de su comportamiento negligente (13).

La teoría de WINDSCHEID, en cuya virtud el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocible como una limitación de la voluntad, es lo mismo que decir que el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocido como tal motivo. Frente a ello entiende LENEL que una verdadera limitación de una declaración de voluntad solamente puede producir efectos contractuales en la medida en que la contraparte la ha aceptado sometiéndose a la misma. Si la rechaza, no se perfecciona contrato alguno, y si la acepta, no se puede hablar de una presuposición, sino de una verdadera condición. No existe algo intermedio entre el motivo y la condición como pretende WINDSCHEID (14).

No obstante, según LENEL, este error no es exclusivo de WINDSCHEID sino que se aprecia también en las teorías dominantes en el Derecho común,

(12) LENEL, 1892: 53.

(13) LENEL, 1892: 96.

(14) En este mismo sentido, KAPS, 1927: 15.

así como en la llamada «teoría de la voluntad» («Willenstheorie») (15) y la confusión presente en la misma acerca de la causa de un negocio, incluyendo junto a lo obtenido como consecuencia de un contrato (causa del desplazamiento patrimonial) el fin perseguido por las partes que forma parte del contenido del negocio. De este modo, WINDSCHEID con su teoría trata de resucitar la doctrina de la causa romana (16). Frente a ello refuta LENEL que la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto no se hace depender de la reconocibilidad de la causa para la contraparte, sino que la *condictio indebiti*, por ejemplo, puede ejercitarse aun en el caso de que el que paga por error efectúe una transferencia sin

(15) La tesis de WINDSCHEID guarda relación con la polémica surgida en el siglo XIX entre los partidarios de la teoría de la voluntad («Willenstheorie») y la teoría de la declaración («Erklärungstheorie»). Según la teoría de la voluntad es necesario tener en cuenta la verdadera voluntad del declarante; de este modo, no debería tener efectos jurídicos la declaración de voluntad que no coincide con la verdadera voluntad. Por el contrario, según la teoría de la declaración, la declaración de voluntad debe tener efectos jurídicos aunque no coincida con la verdadera voluntad del declarante. Con ello se pretende proteger los intereses del receptor de tal declaración de voluntad. Los redactores del BGB no se decidieron expresamente por una o por otra teoría. Las únicas reglas sobre la eficacia de la declaración de voluntad (§§ 116 y sigs.) son fruto de un compromiso entre ambas teorías. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores se inclinan por la teoría de la declaración. Como fundamento de esta inclinación se encuentra, por un lado, la autorresponsabilidad del declarante, en el sentido de que ésta es libre para decidir los medios para su declaración. Por otro lado, la contraparte es digna de protección, ya que ésta normalmente sólo puede conocer el sentido objetivo de la declaración de voluntad. Según la doctrina alemana mayoritaria, razones de seguridad jurídica aconsejan no tener en cuenta la voluntad no declarada.

(16) Esta opinión es compartida por un autor más reciente como SIMSHÄUSER (1972: 21 y sigs.). Para éste, la doctrina de los presupuestos de WINDSCHEID fue principalmente una doctrina acerca de la *condictio* y su origen hay que buscarlo en el Derecho del enriquecimiento injusto. La monografía de WINDSCHEID sobre los presupuestos es un trabajo concebido con base en la *condictio* de las prestaciones. El autor ve como incorrectas las doctrinas anteriores: la de DONELLUS, en cuya virtud, se debe cumplir la prestación, teniendo en cuenta una condición tácita; GLÜCK, para quien la *condictio* procede de un cuasi-contrato, o de SAVIGNY, para quien un error en los motivos del que ha de efectuar la prestación faculta para el ejercicio de la *condictio*. WINDSCHEID vio la justificación de la *condictio* en una limitación de la voluntad del contratante a la que dio el nombre de presuposición («Voraussetzung»). Quien adquiere algo en virtud de una declaración de voluntad, cuando fallan los presupuestos de la misma, retiene sin causa lo que legitima a la contraparte para el ejercicio de la *condictio*. Las críticas a la teoría de WINDSCHEID, formuladas principalmente por LENEL con fundamento en la doctrina general del negocio jurídico, hacen que cuando OERTMANN en 1921 crea su teoría de la base del negocio, tomando como referente la obra de WINDSCHEID, se centre sobre todo en la cuestión acerca de cuáles debían ser las circunstancias cuyo cambio determinase la subsistencia o no de la prestación, prestando escasa atención al aspecto de la restitución de las prestaciones según la *condictio*. Por ello se ha sostenido que la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición se trataba más bien de una doctrina del negocio jurídico en punto a la transmisión de la propiedad.

que la misma venga acompañada de manifestación alguna por parte del presunto acreedor (17).

LENEL trata de demostrar que la doctrina de la «presuposición» tiene un fundamento insostenible (18). Cada disposición patrimonial tiene un fin, que debe poder conseguirse mediante el mismo. La consecución de este fin no es posible sin una determinada configuración de la relación jurídica (19). Estos fines deben entenderse en sentido económico. En su opinión, se puede hablar de fin en sentido económico cuando el equivalente por cuya causa se realiza la prestación se puede reconocer como tal en el tráfico económico. Esos fines en sentido económico son los siguientes: *solvendi*, *credendi*, *do ut des*, ... se trata de fines perfectamente determinados, cuya consecución o no tiene unas consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el autor combate la teoría de WINDSCHEID desde el punto de vista de su propia concepción acerca de la causa romana. Por ejemplo, en el contrato de transacción, WINDSCHEID propone la impugnación del contrato, ya que los presupuestos bajo los que se ha celebrado el contrato resultan ser falsos. Por el contrario, para LENEL (20), basta con la categoría de falta del fin del negocio, entendiéndose por tal no algo extraño al contenido del contrato, sino un fin que existe en su contenido, cuya falta convierte en nulos todos los contratos causales. De este modo, como el contenido de la transacción no es si no un medio de consecución del fin del mencionado contrato, cuando el fin falla aquél no sólo es impugnable, sino nulo. Esa es la razón por la que lo entregado en virtud de tal transacción puede recuperarse mediante la *condictio indebiti*.

Un argumento más a su favor es que en el contrato de compraventa, si la cosa vendida adolece de un vicio oculto, en las fuentes romanas no se puede encontrar que la solución sea el ejercicio de la *condictio*, sino la resolución del contrato o la reducción del precio. En el contrato de compraventa la *actio redhibitoria* satisface del modo más amplio exigencias de justicia, que se pretenden cubrir mediante la impugnación del contrato en virtud de vicios tales como el *error in substantia*, *in persona* (21).

LENEL reformula la teoría de WINDSCHEID en el siguiente sentido: «lo determinante no es lo que se ha propuesto, sino solamente lo que se está legitimado para presuponer frente a la contraparte de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe» (22).

-
- (17) Según LENEL, 1892: 50.
 - (18) LENEL, 1892: 61.
 - (19) LENEL, 1892: 70 y sigs.
 - (20) LENEL, 1892: 80 y sigs.
 - (21) LENEL, 1892: 103.
 - (22) LENEL, 1892: 105.

Estas críticas tuvieron una gran repercusión en el momento. Ello provocó un rechazo del primer proyecto de BGB redactado bajo la influencia de WINDSCHEID. En este proyecto se incluía un § 742, dentro de las normas sobre el enriquecimiento injusto, según el que, la pérdida de la presuposición era también un supuesto de enriquecimiento injusto. No obstante, esa norma desapareció en el texto definitivo.

A pesar de ello no se logró poner fin a la polémica, sino que comienzan a surgir teorías que tratan de delimitar grupos de supuestos a los que se les puede otorgar relevancia. Surgen también doctrinas que tratan de conciliar posiciones encontradas.

3. TESIS DE KRÜCKMANN

Este último es el caso de la doctrina de KRÜCKMANN, para quien tanto la teoría de WINDSCHEID como la de LENEL tratan desde diferentes puntos de vista el mismo problema, cual es el de que cada contrato mantenga su sentido práctico (23). WINDSCHEID, por su parte, enfoca la cuestión desde el punto de vista de la voluntad, no de la exigibilidad o inexigibilidad, mientras que en opinión de LENEL, es necesario acudir al principio de buena fe para resolver este problema. La buena fe tiene desde su punto de vista una doble función: por un lado, se debe interpretar de acuerdo con la buena fe qué es lo que se ha presupuesto; por otro lado, según la buena fe se debe resolver si lo que ha sido presupuesto se puede hacer valer frente a la contraparte.

KRÜCKMANN, respecto a estos problemas, distingue entre la reserva actual y la reserva virtual: la primera es aquella que el declarante ha presupuesto efectivamente, mientras que la segunda es siempre parte de la declaración de voluntad y tiene como consecuencia que la declaración de voluntad no se hubiera emitido si el declarante hubiese apreciado correctamente la realidad. Esta reserva virtual es la cláusula *rebus sic stantibus*, que es inmanente a los contratos bilaterales en virtud de su lógica interna, en cuanto que dicho contrato tiende al intercambio de una prestación a cambio de una contraprestación por un valor equivalente (24).

La contraparte tiene un derecho de denuncia siempre que la fijación unilateral del fin presente en la reserva virtual deba entenderse frustrado, según las exigencias derivadas de la buena fe. Además, el declarante dispone del remedio de la *exceptio* y de la resolución o denuncia del contrato para el caso de que la vinculación al mismo no le resulte exigible.

(23) KRÜCKMANN, 1929: 7.

(24) Frente a ello entiende OERTMANN (1921: 46) que no basta en simple cambio de circunstancias en sentido objetivo, sino más bien el fracaso de aquellos acontecimientos que las partes consideraron esenciales.

En consecuencia, es decisivo para el autor el concepto de inexigibilidad (25). KRÜCKMANN encuentra la solución al problema en la carencia original de sentido, finalidad u objeto del negocio, así como en su pérdida con carácter sobrevenido, lo que determina la inexigibilidad de la prestación en la medida en que se ha producido una frustración del interés de las partes.

Este concepto explica, por ejemplo, por qué el vendedor o el arrendador no deben soportar el riesgo de frustración del fin del negocio, en el sentido de que el comprador o el arrendador no puedan aplicar la cosa vendida al fin pretendido. Ello es debido, en su opinión, a que se trata de acontecimientos que se encuentran más próximos a su esfera de riesgo. De este modo, el comprador debe alegar importantes razones para hacer recaer tal riesgo sobre su contraparte y el modo de conseguirlo sería mediante la introducción de una condición.

Cuando se produce una frustración del fin contractual se debe analizar si dicha frustración tiene su origen en acontecimientos que debe soportar la parte que está más próxima a los mismos o hay que ver si se quiere atribuir el riesgo a la contraparte. En este sentido, juega un papel fundamental la inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit»): no es exigible el mantenimiento del contrato en el que el fin perseguido no responde a exigencias de justicia. La inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit») realiza un doble control. Por un lado, un control material cuando el fin de la declaración («Erklärungszweck») no se corresponde con el fin contractual («nicht vertragsmäßig ist»). La inexigibilidad se debe probar en cada caso concreto. Por otro lado, la inexigibilidad cumple un fin técnico: el contratante se libera del contrato solamente mediante una declaración de inexigibilidad.

El principal problema que presentan fórmulas tales como frustración del fin, fin del negocio, contenido del negocio, base del negocio, etc., es que no ofrecen fórmulas útiles con las que poder operar en la práctica. Éste no es, sin embargo, en opinión de KRÜCKMANN, el caso de la inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit») (26).

En cuanto al remedio previsto por el ordenamiento jurídico para los casos de pérdida del fin del negocio es, según KRÜCKMANN, la *condictio causa data causa non secuta*, que se contiene en el § 812 I 2 BGB (27). La *condictio* es la expresión del principio de igualdad del Derecho Civil, ya que nadie puede ser obligado a permitir un desplazamiento patrimonial en contra de su voluntad (28). No obstante, en su opinión, este remedio más radical no sería

(25) KRÜCKMANN, 1929: 36.

(26) KRÜCKMANN, 1929: 69.

(27) Según el § 812: I. 1. Quien obtiene de otro una prestación sin justa causa, está obligado a restituir lo obtenido. 2. Dicha obligación de restituir también se da en aquellos casos en los que la causa desaparece sobrevenidamente o cuando no se consigue el fin de la prestación según el contenido del negocio.

(28) Según KRÜCKMANN, 1929: 82.

defendible en aquellos supuestos en los que es posible adaptar el contrato a las circunstancias concretas.

Lo que caracteriza en mayor medida las conclusiones de KRÜCKMANN es la tendencia a lograr lo que él denomina un «equilibrio de intereses», es decir, a hacer que prevalezcan también equitativamente, según las circunstancias, los intereses de la otra parte. Este equilibrio de las prestaciones podrá recuperarse, a juicio de KRÜCKMANN, reconociendo a la parte lesionada un derecho a la indemnización por los daños sufridos por la confianza en la efectividad inalterable del contrato (interés contractual negativo), por los desembolsos hechos para recuperar su prestación, por los perjuicios que le ocasione haber rechazado otras ofertas, pero no por las ganancias perdidas. En este sentido, como hemos visto anteriormente, al deudor sobre el que pesa una prestación agobiante se le podría privar de la facultad de resolver el contrato siempre que el acreedor se prestase a elevar proporcionalmente la contraprestación convenida.

4. TESIS DE OERTMANN

La doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición fue retomada por su discípulo OERTMANN (29), llegando este autor a resultados diferentes. OERTMANN reacciona frente a las críticas que se habían formulado a la teoría de WINDSCHEID. En su opinión, a este último autor nunca se le hubiese ocurrido dar relevancia a los simples motivos. Según OERTMANN, las críticas de LENEL a la doctrina de WINDSCHEID no están justificadas, ya que para WINDSCHEID no toda falsa representación podría fundamentar el ejercicio de la *condictio*, sino solamente la frustración del fin del negocio.

La presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID, representa un acuerdo complementario o una limitación autoimpuesta de la voluntad, como la condición o la limitación temporal de la voluntad, pero podría haberse emitido también sin ella. No es un *essentiale negotii*, sino más bien *accidentale*.

El autor habla de una causa común a ambas partes en el contrato bilateral, que no forma parte de la esfera interna de cada uno de los contratantes, sino que constituye la razón de ser de la totalidad del negocio, se trata de la «Geschäftsgrundlage», concepto que aparece por primera vez en la literatura (30).

(29) Con la publicación de su obra en 1921 titulada «Geschäftsgrundlage», el autor crea un nuevo concepto jurídico. Sobre el impacto de la doctrina de OERTMANN en la literatura y en la jurisprudencia de la época versan los trabajos de SEIDLER (1928), KRONENBERGER (1936) y SEYBOLD (1934).

(30) OERTMANN, 1921: 25.

Para que la base del negocio («Geschäftsgrundlage») sea relevante es necesario que tenga un carácter objetivo, es decir, no son suficientes aquellos motivos que llevaron a las partes a contratar. En este aspecto se diferencia la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) de los simples motivos, pero también de la presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID. El motivo es algo psicológico que queda a disposición de una sola de las partes, se puede hablar de motivo de una declaración de voluntad, pero no de al menos dos declaraciones de voluntad que concurren para la perfección del contrato. La «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) no se refiere simplemente a una de las declaraciones de voluntad que integran el contrato, sino más bien al negocio en su totalidad.

En cuanto a la terminología, hemos visto que el autor adopta el concepto de base del negocio («Geschäftsgrundlage») abandonando el término de presuposición («Voraussetzung»). La presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID, es la base de la declaración de una sola de las partes, no de la totalidad del contrato bilateral.

El concepto de presuposición se refiere a un proceso psicológico que desarrolla una de las partes contratantes y que constituye una limitación de la declaración de voluntad de una de aquéllas. Por el contrario, la base del negocio no forma parte del contenido de la declaración de voluntad, y por ende, del negocio, sino que consiste en representaciones de ambas partes y constituye el fundamento del negocio en su totalidad. En este sentido, no es necesario que la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) se haya convertido en parte del negocio porque de ser así, el ámbito de aplicación de esta teoría sería más bien restringido (31). Además, en este caso, las partes habrían incluido una verdadera condición en su negocio.

La «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) no es una causa en sentido tradicional. Por otro lado, la causa no es cualquier fin psicológico de las partes, sino solamente la causa del desplazamiento patrimonial (32). El autor

(31) En contra, vid. RHODE, 1925: 292. Este autor, pese a reconocer que su postura está próxima a la de OERTMANN, concede relevancia solamente a los presupuestos comunes a ambas partes en la medida en que han pasado a formar parte del contenido del contrato. De este modo, se debe comprobar si los presupuestos son de carácter expreso, o si los presupuestos comunes a ambas partes constituyen la base de las negociaciones entre las mismas, de manera que pueden considerarse contenido del contrato. En la mayoría de los casos cuestionados se trata de que las partes presuponen estar en lo cierto acerca de una determinada circunstancia, y fundamentan sobre la misma su voluntad negocial. Al contrario de OERTMANN, en su opinión, estas circunstancias pueden no tener ninguna importancia si solamente han sido tenidas en cuenta por una de las partes y son desconocidas por la contraparte. En consecuencia, la solución a los problemas de cambio de los presupuestos fácticos se debe buscar en la corrección del contrato mediante la interpretación de su contenido.

(32) OERTMANN, 1921: 23 y sigs.

se ve obligado a efectuar esta distinción precisamente por las críticas que sufrió la doctrina de WINDSCHEID en punto a la posibilidad de ejercitar la *condictio* cuando faltan los presupuestos de la declaración de voluntad. De este modo, OERTMANN parte de la afirmación de que la justificación jurídica para los diferentes tipos de *condictio* tanto en el Derecho romano como en el BGB, es únicamente la falta de causa del desplazamiento patrimonial. El negocio jurídico que justifica el desplazamiento patrimonial puede tener una *causa*, por ejemplo, la causa del contrato de compraventa sería quizá el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la conclusión del contrato; cuando una de ellas no existe o desaparece sobrevenidamente no se puede ejercitar la *condictio*, sino la resolución del contrato.

Según OERTMANN, por base del negocio se debe entender aquellas representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial.

Con esta definición el autor pretende hacer frente a las críticas que se habían formulado a la doctrina de WINDSCHEID; ya que la presuposición propia de una de las partes, reconocible por la otra y sin embargo, no reconocida, no tiene ninguna importancia según la doctrina de OERTMANN (33).

En otro orden de ideas, por lo que respecta a las diferencias entre la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y otras figuras afines, como es el caso de la condición («Bedingung»), en opinión del autor, la discusión entre WINDSCHEID y LENEL sobre este tema no tiene demasiado sentido, ya que la condición es verdaderamente una parte del negocio. Además, la circunstancia a la que se refiere la condición es de dudosa existencia, mientras que en el caso de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), la voluntad negocial de las partes se ha formado en consideración a una determinada circunstancia de cuya existencia no se duda.

Entiende OERTMANN que en todos los supuestos que se califican como de imposibilidad jurídica («juristischen Unmöglichkeit») donde no se puede exigir razonablemente la prestación del deudor ni la aceptación del acreedor, se debe ofrecer a las partes una posibilidad de desvincularse del contrato. Ahora bien, el tratamiento jurídico más correcto de este problema no es ni la imposibilidad ni la inexigibilidad («Zumutbarkeit»), sino la pérdida de la base negocial (34).

(33) OERTMANN, 1921: 37-38.

(34) OERTMANN, 1921: 60. Con motivo de la inflación acaecida después de la primera guerra mundial, los tribunales alemanes acuden a instituciones codificadas como la imposibilidad sobrevenida para facilitar la liberación del deudor en los supuestos de graves desequilibrios contractuales.

En cuanto al § 779 BGB (35), precepto que regula la transacción que toma como referencia una situación fáctica inexistente, el autor no lo considera una manifestación de la teoría de la base del negocio, sino más bien lo que significa esta norma es que realmente no existe el supuesto de hecho del contrato (36). La base del negocio («Geschäftsgrundlage») no es necesario que forme parte del contenido del negocio; sin embargo, para la transacción, el § 779 BGB exige que la realidad que las partes toman como existente de acuerdo con el contenido del contrato no sea tal y como la han previsto. Con ello, la ley parece apartarse de la tesis defendida por OERTMANN de la relevancia de la simple base del negocio que no forma parte del contenido del mismo.

El autor rechaza también que en el caso del § 459 II BGB (que regulaba la responsabilidad del vendedor por los defectos que afecten a la cosa vendida) nos encontremos ante un supuesto de pérdida de la base del negocio, ya que la garantía de que la cosa vendida esté dotada de una determinada cualidad más que de una simple base del negocio, se trata de una parte del contrato de compraventa o bien forma parte de un contrato accesorio al principal. No obstante, existen casos intermedios en los que el comprador no ha garantizado que la cosa tiene determinadas propiedades, pero ha indicado que las tiene. En este caso, siempre que el contrato se base realmente en la existencia de tal cualidad, parece justo conceder al comprador la posibilidad de elegir entre el cumplimiento del contrato o su resolución, no obstante, no se podría exigir una reducción del precio («Minderung») porque se trata de una consecuencia legal cuyo ámbito de aplicación no podría ser objeto de ampliación (37).

Respecto de las consecuencias jurídicas que se deben derivar de la pérdida de la base del negocio, entiende el autor citado que en todos los supuestos de pérdida de la base del negocio el desarrollo de los acontecimientos lleva consigo que la ejecución del contrato ya no satisfaga los intereses de la parte afectada (38). En consecuencia, la misma puede pedir la liberación de sus obligaciones contractuales (39). Para ello puede valerse de la resolución con lo que la invalidez del negocio tendría efectos retroactivos, o puede denunciar el contrato, con lo que la invalidez desplegará efectos en el futuro. La primera de las posibilidades es propia de aquellos supuestos en los que la base del

(35) De acuerdo con esta norma: «Aquel contrato en el que las partes tratan de poner fin a una contienda o a una situación de inseguridad sobre una relación jurídica, realizando a tal efecto cesiones mutuas es inválido siempre que la situación de hecho tenida en cuenta por las partes como contenido de tal contrato no coincida con la realidad. Además es preciso que si se hubiese tenido un conocimiento cierto, esta situación de incertidumbre o de contienda no hubiese tenido lugar».

(36) OERTMANN, 1921: 66 y sigs.

(37) OERTMANN, 1921: 73 y sigs.

(38) OERTMANN, 1921: 154.

(39) OERTMANN, 1921: 124 y sigs.

negocio no ha llegado a existir, mientras que la segunda se aplicaría en aquellos casos en los que la base del negocio existente desaparece sobrevenidamente.

Sin embargo, la acción de enriquecimiento injusto queda descartada para los supuestos de pérdida de la base del negocio, ya que la *condictio* no se refiere al contrato como tal, sino a las prestaciones y a determinados desplazamientos patrimoniales.

En cuanto al fundamento legal de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) podría encontrarse en el § 157 o el § 242 BGB. Entre ambos existe una diferencia sustancial en opinión del autor, el § 157 BGB se refiere al «mundo del ser» («Welt des Seins»), mientras que el § 242 BGB se refiere al «mundo de lo que debería ser» («Welt des Sollens»). Los partidarios del § 157 BGB quedan limitados a los efectos derivados de la voluntad («Willenswirkung»). El autor se inclina por el § 242 BGB porque la base del negocio, a diferencia de las declaraciones de voluntad, no forma parte del contenido del negocio, precisamente eso es lo que diferencia su tesis de la WINDSCHEID. En opinión de OERTMANN, su doctrina se encuentra a medio camino entre el subjetivismo y el objetivismo en el tratamiento del problema (40).

Sin embargo, la aplicación de la mencionada doctrina está sujeta a unos límites (41). En primer lugar, es posible que una de las partes haya asumido libremente en el contrato el riesgo de una variación futura de los precios: en este caso no podría hacer recaer sobre la contraparte las consecuencias derivadas de la frustración de sus fines especulativos. Es decir, allí donde existe una expresa asunción de riesgos no es posible la aplicación de la doctrina de

(40) OERTMANN, 1921: 140 y sigs. Según IMBRUCK (1923: 95), entre la doctrina de WINDSCHEID y la de OERTMANN se podrían señalar, entre otras, las siguientes diferencias: mientras que la presuposición debe ser reconocible, la base del negocio ha de ser reconocida, desde el punto de vista de la contraparte. En segundo lugar, la presuposición representa un momento subjetivo en la construcción de la voluntad, mientras que la base del negocio es un elemento objetivo del mismo negocio. En tercer lugar, la presuposición puede ser unilateral, mientras que la base del negocio debe ser común a ambas partes. En cuarto lugar, la presuposición tiene su fundamento jurídico en las normas sobre el enriquecimiento injusto, mientras que la base del negocio en el § 242 BGB. Por último, la falta de la presuposición determina la ineficacia de la declaración de voluntad y en consecuencia, faculta para el ejercicio de la *exceptio dolio* de la *condictio*, mientras que la pérdida de la base del negocio anula el mismo y otorga a los legitimados un derecho de resolución o de denuncia del negocio o de modificación de su contenido. No obstante, hay quien ha dicho que la doctrina de OERTMANN sobre la «Geschäftsgrundlage» no es más que un subterfugio de la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición. Cfr. en este sentido, KLEINHERNE (1923: 101 y sigs.), para este autor las diferencias entre ambas construcciones, la de OERTMANN y la de WINDSCHEID no son tan grandes, ambas parten de los mismos principios y llegan a resultados próximos. Lo mismo sucede a juicio de EISENSTAEDT (1923: 4), para quien ambas doctrinas se construyen en atención a la misma problemática, aunque hayan adoptado fórmulas de solución aparentemente distintas.

(41) OERTMANN, 1921: 174 y sigs.

la base del negocio, así como tampoco en aquellos casos en los que el cambio de circunstancias es debido a un comportamiento que se puede imputar a una de las partes.

Como hemos visto hasta aquí, la doctrina de OERTMANN no está tampoco exenta de ambigüedades. Así, se ha afirmado que la base del negocio se trata de un concepto que solamente puede hacerse valer como una construcción dogmática, ya que debido a su vaguedad, su aplicación en la práctica resulta difícil (42). Efectivamente, tal y como la concibe OERTMANN, la base del negocio supone valorar jurídicamente determinadas circunstancias que han sido tenidas en cuenta por las partes en sus representaciones, sin que sea necesario manifestación alguna al respecto.

5. TESIS DE LOCHER

Posterior a la teoría de OERTMANN es la de LOCHER, quien concibe el problema de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) como una cuestión de delimitación de los efectos de la declaración de voluntad. Entiende LOCHER que la Guerra Mundial y las revoluciones han traído a la actualidad la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición, a pesar de su rechazo por la comisión redactora del BGB, entre cuyos máximos detractores se encontraba LENEL, como hemos visto anteriormente. En su opinión, OERTMANN es el encargado de reinterpretar con su teoría sobre la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) aquella doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición. El problema es el mismo: principalmente resolver la influencia del *status rerum* sobre la subsistencia de las relaciones jurídicas. El objetivo de su teoría es allanar el camino para facilitar al máximo el conocimiento de los intereses más relevantes en el caso concreto y al mismo tiempo, sopesar estos intereses de acuerdo con los parámetros de valoración establecidos por el ordenamiento jurídico. Según el autor citado, la teoría de OERTMANN supone un avance; sin embargo, sigue un camino equivocado, ya que las representaciones de las partes acerca del significado de una circunstancia, en la mayoría de los casos no son un criterio decisivo para determinar si tal circunstancia se incluye o no dentro de la base del negocio (43).

Por lo que respecta al ejercicio de la *condictio*, en opinión del autor, la historia del § 812 BGB se encuentra vinculada a la del concepto de presuposición según la teoría de WINDSCHEID (44). Hemos visto que el § 742 (referido al concepto de «Voraussetzung») del primer proyecto de BGB fue rechazado

(42) BIRSCHENK, 1933: 29.

(43) LOCHER, 1923: 2 y sigs.

(44) LOCHER, 1923: 50.

por los detractores de la teoría de WINDSCHEID, principalmente por LENEL. No obstante, según LOCHER, en los supuestos de inalcanzabilidad del fin se podría aplicar el § 812 I 2 BGB (45). Frente a ello se había entendido que el éxito del negocio jurídico causal como tal (consistente en el traspaso eficaz de la propiedad) no encaja en el tenor de la norma «el fin previsto con la pretensión» («mit der Leistung bezweckter Erfolg») en el sentido de la *condictio ob causam datorum*, porque entonces existiría una concurrencia de normas con la *vindicatio*.

El autor se plantea una serie de cuestiones tales como si las normas sobre el enriquecimiento injusto ofrecen criterios para diferenciar fines relevantes de los que no lo son, y si en consecuencia, ofrecen medios adecuados para el tratamiento del problema de la base del negocio. También se pregunta si ese criterio de diferenciación reside en que las partes han establecido un fin según se desprende del contenido del negocio o incluso si han hecho formar parte del contenido del negocio el mencionado fin. La respuesta a esta última pregunta se puede hallar mediante una labor interpretativa (46). Respecto a la primera de las cuestiones, el problema de la frustración del fin no está relacionado con las normas que regulan el enriquecimiento injusto, sino, más bien, el problema de la base del negocio es un problema de fijación de los límites de la eficacia de la voluntad negocial. La solución contiene un elemento de tipo psicológico, ahora bien, más adecuado que el de las consideraciones comunes a ambas partes (concepción de OERTMANN) es el de los elementos de tipo económico que han sido tenidos en cuenta por las partes a la hora de concluir el negocio.

El objetivo de la interpretación es determinar si existe un acuerdo de las partes acerca del fin del negocio. En los contratos típicos, el fin del negocio está más o menos claro, pues las partes persiguen la finalidad típica del negocio. Ahora bien, es posible que se persiga un fin diferente, como sucede en los llamados casos de la coronación («Coronation cases») (47). En estos

(45) Según esta norma, quien obtiene de otro una prestación sin que medie justa causa está obligado a la restitución. Esta obligación subsiste en aquellos casos en los que la causa desaparece sobrevenidamente o cuando no se consigue el fin perseguido con la prestación según el contenido del negocio.

(46) LOCHER, 1923: 61.

(47) Se trata de una serie de casos decididos por los tribunales ingleses, llamados así porque fueron motivados por los festejos programados con motivo de la Coronación de Eduardo VII, que finalmente no llegaron a realizarse debido a la enfermedad del monarca. Entre estos se encuentra el caso *Krell v. Henry*, en el que el demandante era propietario de algunas habitaciones en Pall Mall desde donde se divisaba la ruta que la procesión de la Coronación iba a seguir el 26 y 27 de junio de 1902. El demandante aceptó que el demandado poseyese las habitaciones para presenciar la Coronación a un precio de £ 75, £ 25 de las cuales se pagaron como depósito en el momento de la celebración del contrato. El tribunal de apelación entendió que se debía poner fin al contrato como consecuencia de la «frustration of contract».

resulta difícil decidir si nos encontramos ante simples motivos de las partes, por tanto, irrelevantes, o bien, si se trata de un fin que efectivamente ha pasado a formar parte del contenido del negocio. En este sentido, uno de los fines de la interpretación consistirá en decidir si ese fin especial se ha hecho formar parte del contenido del negocio. Esto tendrá lugar cuando la contraparte haya tenido conocimiento del mismo y no haya formulado ninguna objeción. Pero todavía más importante es la elección del verdadero criterio de interpretación. El § 812 I 2 BGB habla del fin de la prestación según el contenido del negocio jurídico. De este modo, el motivo de una de las partes no se convierte en contenido del negocio simplemente porque se comunique a la otra. Tampoco cuando una de las partes reconozca expresamente frente a la otra que no hubiese concluido aquel negocio de conocer que no podría obtener ese fin, ya que cada una de las partes debe soportar, según las exigencias del tráfico jurídico, que se frustre el fin que va más allá del fin típico según el contenido del negocio jurídico (48).

La solución está en emplear un criterio objetivo de interpretación del contrato; en consecuencia, quien obtiene un beneficio a cambio de hacer posible que la otra parte obtenga una determinada finalidad («Erfolg») asume el riesgo de que la misma sea posible. Ello no es sino una señal inequívoca de que el mencionado fin pertenece al contenido del negocio, en la medida en que existe un equilibrio entre las prestaciones (entre el mayor valor de la prestación y la mayor utilidad que obtenga la otra). El equilibrio económico entre las prestaciones, que es lo que exige el principio del sinalagma, no significa en modo alguno que deba existir una equivalencia objetiva entre las mismas (ello sólo sucede en los casos más excepcionales), sino más bien dicho principio exige el equilibrio entre las prestaciones tal y como ha sido fijado por la voluntad de las partes en el negocio (49).

Por lo tanto, en opinión de LOCHER, las circunstancias que constituyen la base del negocio son aquellas que son imprescindibles para la consecución del fin negocial, de tal forma que están relacionadas causalmente con aquél en el sentido de que la consecución del mismo depende de su existencia, permanencia o de su entrada en vigor, es decir, se encuentran en una relación de *conditio sine qua non* con el fin del negocio. Por lo tanto, si esa circunstancia no existe desde un principio, es decir, si el negocio se presenta como un instrumento inadecuado para la consecución del fin o si deviene con posterioridad inadecuado, ello no es decisivo para el concepto de «Geschäftsgrundlage» (base del negocio).

La doctrina de LOCHER no resulta tampoco pacífica. En primer lugar, no carece de un cierto componente psicológico, ya que el fin particular de una

(48) LOCHER, 1923: 64 y sigs.

(49) LOCHER, 1923: 70.

de las partes puede convertirse en fin del negocio. Al autor se le ha reprochado que la fijación de un fin negocial podría conseguirse más bien introduciendo una condición o un derecho de resolución o de denuncia (50). Sin embargo, el mayor problema que presenta la doctrina de LOCHER es que admite para los negocios causales la fijación de un fin en el sentido del § 812 I 2 BGB, justificando su teoría en los principios básicos de los negocios abstractos. En la medida en que el § 812 BGB solamente sirve para los negocios abstractos, no se puede pensar en el ejercicio de la *condictio* contemplada por aquel precepto para los negocios causales.

6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS Y LAS SUBJETIVAS:
LA TESIS DE LARENZ

Para resumir lo hasta aquí expuesto, las teorías examinadas se pueden clasificar en dos grupos: doctrinas de tipo subjetivo y de tipo objetivo. Dentro del primer grupo se puede considerar como pionero a OERTMANN, que como hemos visto, pretende hacer suyas las ideas de WINDSCHEID sobre la presuposición, con algunos cambios. Por otro lado, dentro de las doctrinas de tipo objetivo se incluye la de KRÜCKMANN, según quien no existe ninguna objeción en el sistema legal de lesión del crédito para aceptar la liberación del deudor no solamente en el caso de imposibilidad de la prestación, sino también cuando la misma se hace excesivamente onerosa. No obstante, el verdadero fundador de las teorías objetivas se considera LOCHER, que como se ha analizado, considera determinante para la apreciación de la doctrina de la pérdida de la base negocial, la frustración del fin que las partes pretendían conseguir mediante la celebración del negocio.

En la doctrina posterior, la separación entre las teorías subjetivas y las objetivas se debe fundamentalmente a LARENZ, que distingue dentro de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) entre elementos subjetivos y objetivos (51).

(50) BIRSCHENK, 1933: 37.

(51) Cfr. LARENZ, 1952: 361: La doctrina de la «Geschäftsgrundlage» tiene su origen en dos raíces distintas. Por un lado, en la teoría de WINDSCHEID sobre la presuposición y por otro lado, en la antigua doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esas dos doctrinas agrupan dos conjuntos de casos diferentes. Esta misma opinión se puede encontrar en su monografía sobre la «Base del negocio y el cumplimiento del contrato», obra de la que existen tres ediciones (la primera de 1953, la segunda de 1957 y la tercera de 1965). Yo he manejado la segunda edición de 1957 (la primera edición está traducida al castellano por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., con el título de «Base del negocio y cumplimiento de los contratos», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956). LANGE (1958: 622 y sigs.) realiza una recensión de la segunda edición de la obra de LARENZ sobre la base del negocio. En su opinión, esta segunda edición ha sido mejorada con respecto a la primera

Dentro del concepto de la base del negocio en sentido subjetivo se incluyen aquellas representaciones comunes a ambas partes, que coinciden en el momento de conclusión del contrato y que fueron determinantes para su celebración. Mientras que la base del negocio en sentido objetivo comprende aquellas circunstancias que deben darse para que el contrato se presente como una regulación dotada de sentido. Manifestaciones importantes de la base del negocio objetiva son la «ruptura de la equivalencia de las prestaciones» («Äquivalenzstörung») y la «frustración del fin el negocio» («Zweckvereitelung»). Según LARENZ (52), el apoyo legal para la aplicación de esta doctrina se halla en los §§ 242 y 157 BGB.

En lo que respecta al fin del contrato, LARENZ distingue entre el fin inmediato y el fin mediato: por un lado, en un contrato bilateral el fin inmediato de cada parte contratante es la obtención de la contraprestación, este fin es común a ambas partes; por otro lado, en un contrato de compraventa, por ejemplo, el

edición de 1953. En su primera edición, el autor distingue estrictamente entre la base del negocio en sentido subjetivo y en sentido objetivo también en cuanto a las consecuencias jurídicas, fijando para la primera la nulidad en el sentido del § 779 BGB. En su segunda edición, el autor sigue distinguiendo entre ambas figuras, pero las equipara en sus efectos, prefiriendo frente a la resolución del contrato, la adaptación de su contenido. Los problemas derivados de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» los comprende el autor dentro del ámbito de la interpretación correctiva del contrato. De este modo, el principio *pacta sunt servanda* es un principio que goza de preferencia. En consecuencia, la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» solamente puede tomarse en consideración cuando el mantenimiento del contrato pudiera llevar consigo para ambas partes o para una de ellas una rigurosidad excesiva. La interpretación correctiva del contrato es, según LARENZ, el último paso de la interpretación integradora en el sentido del § 157 BGB, esta posibilidad se desprende del § 242 BGB. La resolución del contrato no solamente sería procedente en los casos de gravamen inesperado en sentido económico para una de las partes, sino también en los casos de inexigibilidad personal. A la obra de LARENZ también se refiere ESSER, 1958: 113 y sigs. Según este autor, en la primera edición de su obra, LARENZ trata de combatir el «estado salvaje» en el que se encontraba la jurisprudencia en cuanto a la aplicación desmedida del § 242 BGB. El principal logro del trabajo de LARENZ consiste en analizar esa jurisprudencia y en demostrar dónde la aplicación de esa nueva doctrina resulta ajustada y dónde se trata simplemente de encontrar una solución ecuatoriana. Los esfuerzos de LARENZ se centran en analizar los presupuestos para la concreción del término inexigibilidad («Unzumutbarkeit»). En lo que afecta a las consecuencias jurídicas, la adaptación del contrato no se realiza simplemente mediante una interpretación correctora del mismo, ya que esto no es debido a la ficción propia de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que se debe realizar una interpretación integradora de aquél. En cuanto a la «Geschäftsgrundlage» en sentido subjetivo LARENZ trata de encontrar criterios de tipo objetivo que permitan diferenciar la «Geschäftsgrundlage» de los simples motivos, aunque a falta de criterios normativos LARENZ acaba también cayendo en ese psicologismo que quiere evitar. En su opinión, es precisamente ese psicologismo el que impide un control eficaz de las sentencias. Para evitarlo solamente puede tener éxito el criterio de los intereses típicos o los especiales intereses implicados en el negocio jurídico, también cómo debe repartirse el riesgo en el contrato. Sin embargo, en opinión de ESSER, esta cuestión la resuelve LARENZ con una fórmula bastante genérica.

(52) LARENZ, 1957: 156 y sigs.

fin mediato sería el destino que el comprador quiere dar a la cosa comprada. Este fin mediato de una parte no afecta a la otra, a no ser que de cualquier modo esta última lo haya hecho propio. Por ejemplo, este fin es conocido como determinante de su prestación o se ha tenido en cuenta para fijar el valor de la contraprestación. En este sentido, no es necesario que el mencionado fin se haga constar expresamente como tal en el contrato, sino que basta con que se pueda deducir de su contenido. Cuando ese concepto más amplio de fin no se ha hecho constar expresamente, no se puede decir que en caso de no realización del mismo el contrato hubiese quedado sin sentido, puesto que al comprador siempre le queda la posibilidad de hacer uso de la cosa de otra forma (53).

El autor ve en las normas del contrato de compraventa que regulan la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos una regulación especial para los supuestos de inalcanzabilidad del fin del contrato en sentido objetivo. Incluso, según LARENZ, en aquellos casos en los que la posibilidad de alcanzar el fin del contrato se viese seriamente perjudicada, la contraparte podría hacer uso de la «exceptio no adimpleti contractus» para no realizar la prestación que le corresponde (§ 320 BGB). Asimismo podría acudir al § 321 BGB negándose a cumplir hasta que la otra parte garantizase el cumplimiento de la prestación a su cargo (54).

En su opinión, no todo cambio de circunstancias debe tomarse en consideración a efectos de la aplicación de la doctrina de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En este sentido, no se considerará relevante el cambio de circunstancias (55):

- a) Cuando el mismo ha podido preverse o cuando según el carácter del negocio, ese cambio de circunstancias forma parte del riesgo contractual (por ejemplo, se trata de un negocio especulativo).
- b) Cuando este cambio de circunstancias es imputable a la persona que sufre el perjuicio.
- c) Cuando ha desplegado sus efectos sobre el contrato porque una de las partes se encontraba en mora.

En principio, solamente puede hablarse de pérdida de la base negocial respecto de aquellos contratos, cuyas prestaciones no han sido enteramente cumplidas. No obstante, se podría aplicar la institución mencionada, a pesar del completo cumplimiento de las prestaciones:

- a) Cuando la base del negocio desde un principio no existió.
- b) Cuando el fin del contrato debería conseguirse en el futuro y sin embargo, ello no es posible.

(53) LARENZ, 1957: 104 y sigs.

(54) LARENZ, 1957: 95 y sigs.

(55) LARENZ, 1957: 184-185.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, la resolución del contrato opera en aquellos casos en los que su ejecución carece de sentido, en particular ello sucede en los supuestos de frustración del fin. Por otro lado, si se mantiene el contrato en interés de ambas partes se debe proceder a su revisión. En este último caso, se debe valorar la particular relación contractual y no la total situación económica de ambas partes. Además, la adaptación del contrato debe realizarse de modo que cada parte asuma una porción del riesgo. Por otro lado, en los casos de contratos de tracto sucesivo, el cambio en la regulación de intereses desplegaría efectos en el futuro (56).

En los supuestos de frustración del fin, la parte que promueve la resolución del contrato debe satisfacer a la otra el interés contractual negativo o al menos los gastos que haya podido sufrir como consecuencia del cumplimiento del contrato. No obstante, si la consecución del fin ha devenido imposible para ambas partes, cada una de ellas puede resolver el contrato, siendo la indemnización de daños y perjuicios de carácter excepcional, solamente para aquellos casos en los que una parte ha provocado mediante su libre comportamiento el cambio de circunstancias (ya que en este caso está obligado a responder de dicho cambio de circunstancias).

III. PERFILES ACTUALES DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»: EL NUEVO § 313 BGB

En la literatura posterior a LARENZ se pueden encontrar diversas ideas sobre el tema. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) es hoy en día una auténtica institución jurídica en Alemania, con sus propios perfiles y su propio desarrollo doctrinal, antes de la reforma del Derecho de Obligaciones con fundamento jurídico en el § 242 BGB, a partir de la reforma con su propia regulación legal, el § 313 BGB, como se verá a continuación.

Dicha doctrina resulta aplicable a situaciones diversas. En general, los supuestos de desaparición de la base del negocio responden a la pregunta de qué efectos debe tener sobre un contrato un cambio imprevisible de la situación fáctica o jurídica con respecto a la existente en el momento de su conclusión (57).

Algunos autores llegan a la conclusión de que la jurisprudencia hace una aplicación de la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) con el único objetivo de mantener la justicia material del caso concreto frente al principio *pacta sunt servanda*. De este modo, la jurisprudencia, a la hora

(56) LARENZ, 1957: 170 y sigs.

(57) EMMERICH, 1997, 309 y sigs.

de determinar si se dan los requisitos de la pérdida de la base negociada, realiza un juicio de razonabilidad (58).

Dentro de este grupo, algunos autores muestran recelo respecto de la aplicación de esta institución (59), sin embargo, otros consideran ventajoso que no se fijen unos presupuestos tasados para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Al contrario, basta para la aplicación de tal doctrina conceptos generales como «buena fe», «razonabilidad», «consideración de las circunstancias del caso», «razonable voluntad de las partes». Puesto que con el instituto de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) se trata de sanar un contrato que estaba enfermo en su nacimiento o que deviene enfermo con posterioridad, estos mismos criterios se deben tener en cuenta a la hora de determinar las consecuencias jurídicas. Sobre todo, se debe valorar el principio de la proporcionalidad, así como el reparto de riesgos efectuado por las partes en el contrato (60).

(58) Vid. HUBMANN, 1956: 89 y sigs., autor perteneciente a la «Tübinger Schule» (escuela de Turingia) sobre la jurisprudencia de intereses.

(59) LEHMANN (1952: 12 y sigs.) sostiene que debería delimitarse el ámbito de aplicación del § 242 BGB para que este precepto no se convierta en una norma que faculte al juez para modificar el contrato en todo caso, sin tener en cuenta las particularidades del supuesto enjuiciado. Si se acepta sin limitaciones la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» se produce un debilitamiento injustificado del principio de vinculación del contrato. En su opinión, es interesante que el Código Civil italiano mejore la situación del acreedor a la vez que endurece la del deudor en determinados ámbitos. Pero también el Código Civil italiano reconoce la fundamentación jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus* en los artículos 1.467-1.469 del Código Civil, el artículo 1.469 rechaza la aplicación de la cláusula en aquellos contratos en los que, según su naturaleza o la voluntad de las partes, tienen un carácter aleatorio. Si se quiere mantener una economía de libre mercado no se puede emplear indiscriminadamente la «muleta» de la «Geschäftsgrundlage». También es partidario de la aplicación cautelosa de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» SCHMIDT-RIMPLER (1955: 5).

(60) Ésta es la tesis de HAARMANN, 1979: 88 y sigs. En contra se encuentra LITTBARSKI (1981: 8 y sigs.) que realiza una recensión de la obra de HAARMANN. En opinión del último autor citado, HAARMANN no consigue convencer de que no se debe formular objeción alguna frente a la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Ello depende, según el autor, del concepto de buena fe que se mantenga. Si se defiende, como hace HAARMANN, que la buena fe es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, se debe llegar necesariamente a la conclusión de que cualquier manifestación de este principio debe estar presente en todo tipo de relaciones de derecho privado. Por el contrario, LITTBARSKI es escéptico en cuanto a la existencia de un Derecho justo («Billigkeitsrecht») construido sobre la base del § 242 BGB que deba abarcar todas las relaciones de Derecho privado. En contra de LITTBARSKI y a favor de HAARMANN se encuentra MÜLLER (1981: 338), para este autor no resulta convincente la teoría de LITTBARSKI en su rechazo a la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, ya que como KÖHLER (1971: 152) sostiene, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» supone una reafirmación de tal principio. Además, no se puede negar que a pesar del BGB se ha impuesto la figura de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Ello debe verse como un indicador de que dicha doctrina es necesaria, en particular, en aquellos supuestos en los que existe un desequilibrio entre prestación y contraprestación, de manera que pese

Otros autores se habían mostrado en contra de la aplicación por los tribunales de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), ya que muchas veces mediante la aplicación de esta doctrina de lo que se trata es de encontrar una solución para las lagunas que se presentan en el contrato. Entonces lo lógico sería recurrir a las normas sobre la interpretación contractual, porque la misma puede conducir a una corrección del contrato. Y cuando no se ha determinado otra cosa por parte de la voluntad negocial, entonces se debería acudir a las normas sobre el reparto de riesgos previstas en cada tipo contractual (61).

Por su parte, la jurisprudencia alemana había adoptado el concepto de «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) según la definición de OERTMANN, como representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial (62). En realidad, la

al tenor literal del contrato, se debe hacer prevalecer un mínimo de justicia contractual. No existe una sistematización en cuanto a los presupuestos para la aplicación de la figura, tampoco respecto a sus consecuencias, pero ello no se debería imputar a dicha doctrina, ya que está más bien orientada a la justicia del caso concreto y una sistematización exagerada sería contraproducente.

(61) Ésta es la posición de FLUME, 1979: 495 y sigs. Para este autor, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage», solamente sería de aplicación en casos excepcionales (catástrofes naturales o sociales). También en opinión de ULMER (1974: 179 y sigs.), la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» resulta ser un medio para colmar lagunas contractuales. Su ámbito de actuación se presenta en todos aquellos casos en los que el contrato, las normas sobre tipos contractuales o las negociaciones excepcionales de las partes no ofrecen una norma para solucionar el conflicto de intereses que surge de tal perturbación. La determinación de una laguna en el reparto de riesgos abre la posibilidad de una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Tal y como él interpreta la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» como medio para colmar lagunas contractuales, ello supone que no se produce vulneración alguna del principio *pacta sunt servanda*. Por otro lado, según el autor (ULMER, 1974: 201), el § 242 BGB es un precepto de gran importancia para decidir cómo se debe adaptar el contrato. En contra de la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» también se encuentra BAUR (1987: 138), según quien solamente en casos excepcionales se debe admitir la intervención del juez en el contrato de larga duración adaptando su contenido a las nuevas circunstancias. Esas situaciones excepcionales se dan cuando se produce una modificación grave e imprevisible de la relación, ya que si se trata de una situación previsible las partes deben prevenirse mediante la introducción de cláusulas contractuales.

(62) Por ejemplo, ZEITLMANN (1952, 270 y sigs.) cita una sentencia del BGH de 15-6-1951 (NJW 1952, 836), en la que el tribunal hace referencia al concepto de «Geschäftsgrundlage», tal y como fue entendida por OERTMANN: «die bei Abschluss des Geschäftes zutage getretene, auch dem Geschäftsgegner erkennbare Vorstellung des einen Vertragsteiles oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsteile über das Vorhandensein oder den künftigen Eintritt oder den Fortbestand gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille sich aufbaut». Respecto a esta cuestión me remito a la exposición de algunas sentencias alemanas realizada en este trabajo. Más recientemente esta afirmación la comparte PEER, 2001: 67.

inexigibilidad y la justicia material del caso son los criterios por los que se han guiado principalmente los jueces alemanes en la solución de este tipo de controversias.

En conclusión, no obstante la polémica, como se ha señalado anteriormente, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) es una institución consolidada en el Derecho alemán pese a que durante mucho tiempo careció, como tal, de regulación legal (63).

En este sentido, aprovechando la reforma del Derecho de Obligaciones, el legislador alemán no ha querido dejar pasar la oportunidad de incluir en el BGB la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. En este sentido, en opinión de la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones, se debe valorar negativamente que instituciones jurídicas que durante varias décadas han sido aplicadas por los tribunales, queden excluidas de la codificación (64). De ahí que se incluyese en el texto del proyecto el § 307 DiskE (65), según el que: «si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la celebración del contrato, de manera que las partes, de haber tenido conocimiento de ese cambio no hubiesen celebrado el contrato o no con ese contenido, se puede demandar una adaptación del contrato, en tanto que no se le pueda exigir a una de las partes la sujeción al contrato inicial. El juicio de exigibilidad se debe realizar en función de todas las circunstancias que rodean el caso, asimismo, se habrá de tener en cuenta cómo se ha efectuado el reparto de los riesgos en el contrato o en la ley».

Fue debatida la cuestión de si se debía incluir en el ámbito de la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) los supuestos de falta inicial de misma. Finalmente se respondió afirmativamente a esta cuestión mediante la inclusión de un párrafo 2.º en la propuesta de reforma, en cuya virtud se debe equiparar a la hipótesis anterior los supuestos de falsa representación de la realidad en el momento de celebrarse el contrato. Dentro de esa base del negocio inicial se comprenden las representaciones comunes en los motivos de las partes, así como aquellos supuestos en los que solamente una de las partes se representa erróneamente la realidad, mientras que la otra ha soportado dicho error (sin que él mismo valore erróneamente la realidad). La forma de llevar a cabo la adaptación la deja la Comisión en manos de la jurisprudencia. En los casos extremos, la pérdida de la «Geschäftsgrundlage»

(63) En opinión de JUNG (1995: 76), la doctrina moderna sobre la «Geschäftsgrundlage» es una mezcla de las soluciones de carácter psicológico y de carácter normativo, cuyo fundamento normativo se encuentra en el § 242 BGB.

(64) Vid. «Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums» de 4 de agosto de 2000, pág. 355.

(65) «Diskussionsentwurf» (Propuesta de Discusión).

(base del negocio) puede conducir a la resolución del contrato, así se recoge en el párrafo 3.º del § 307 de la propuesta de reforma (66).

Con estos antecedentes, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (67) incorporó expresamente en el BGB una norma relativa a la pérdida de la base del negocio, se trata del § 313 BGB, cuyo contenido coincide prácticamente en su totalidad con el proyecto de reforma:

«1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato» (68).

Como se puede observar, el § 313 BGB prescinde de las distintas posiciones doctrinales sobre la base del negocio y se ciñe a la definición que de la misma venía recogiendo la jurisprudencia.

En cuanto a los requisitos que se recogen en el párrafo 1.º del § 313 no aparece expresamente el de la imprevisibilidad («Unvorherbarkeit») del cambio de circunstancias que sí que exigía la jurisprudencia. No obstante, se debe entender incluido en el precepto en la medida en que el mismo habla de aquellos cambios que de haber sido previstos por las partes, éstas no hubiesen celebrado el contrato o se hubiese celebrado con otro contenido. Además, cuando la norma se refiere a la asunción contractual o legal del riesgo, se presupone que el cambio de circunstancias es imprevisible porque si no sería un riesgo que debería asumir la parte que no lo previo pudiendo hacerlo (se

(66) Sobre esta cuestión, cfr. ROLLAND (1993), www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm. y MEDICUS, 1992: 2378 y sigs.

(67) Ley de 26-11-2001 (Bundesgesetzblatt núm. 61 de 29-11-2001), que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

(68) CASHIN-RITANE (2001: 92) señala diferencias en la redacción del § 313 RegE y el texto de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT: el § 313 RegE habla de circunstancias que forman parte de la base del negocio, mientras que el texto de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT no reconocen esa condición, no obstante, coinciden en que el cambio de circunstancias no haya sido previsible en el momento de la celebración del contrato.

trata de un riesgo contractual). Lo mismo sucede respecto de aquellos riesgos que una de las partes puede dominar, dichos riesgos deberían ser asumidos por ella (69).

Por otro lado, en relación con los contratos de larga duración, la mencionada Ley introduce en el BGB el § 314 que regula que el derecho de denuncia por causa justificada («aus wichtigem Grund») que anteriormente se incluía dentro del deber general de buena fe del § 242 BGB. De acuerdo con el § 314 BGB:

«1. Los contratos de larga duración se pueden denunciar por causa justificada sin necesidad de un plazo de denuncia. Una razón de este tipo se da cuando a la parte denunciante, en atención a todas las circunstancias del caso y valorando los intereses de ambas partes, no se puede exigir el mantenimiento de la relación contractual hasta el término acordado o hasta el transcurso del plazo de denuncia.

2. Si dicha razón consiste en la violación de un deber contractual, es posible la denuncia después del transcurso del plazo concedido para la corrección o después de que se hubiese interpelado infructuosamente al deudor. Resulta aplicable el § 323 Abs. 2 (70).

3. El legitimado solamente puede denunciar en un plazo razonable, después de que haya tenido conocimiento de la razón de la denuncia.

4. La pretensión de indemnización de daños y perjuicios no queda excluida por la denuncia».

En el caso de que tuviera lugar un conflicto entre la aplicación del § 313 y del 314, en opinión de los autores del texto de la propuesta, la adaptación del contrato en el sentido del § 313 sería preferente frente a la denuncia del § 314 BGB (71).

IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE». UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Según la doctrina y la jurisprudencia alemanas y ahora también la ley, los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) son los siguientes (72):

(69) Cfr. PEER, 2001: 69 y sigs.

(70) Referido a la resolución por incumplimiento del deudor.

(71) Vid. «Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums» de 4 de agosto de 2000, pág. 363.

(72) Cfr. JUNG, 1995: 80 y sigs.

Es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forma parte del contenido del negocio. Además, es preciso que no exista previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible su determinación mediante la interpretación integradora del contrato o mediante la aplicación de las normas contractuales típicas.

Asimismo se considera presupuesto para la aplicación de tal doctrina una perturbación del equilibrio de las prestaciones de entidad suficiente, siempre que la mayor onerosidad en el cumplimiento se considere inexigible. La prueba de la inexigibilidad lleva al juez a una valoración de los intereses implicados en cada contrato en particular.

La imprevisibilidad juega también un papel muy importante en la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Incluso algunos autores lo han considerado como un elemento del supuesto de hecho del criterio de la inexigibilidad («Unzumutbarkeitskriterium»). Este requisito se cumple en todos aquellos casos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial de que se trate, mediante el empleo de medios exigibles, no hubiera podido prever la posibilidad del desequilibrio contractual.

Además es preciso que el cambio de circunstancias no sea imputable a ninguna de las partes. Tampoco se aplica la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando una de las partes se encuentra en mora.

Veremos a continuación como tales criterios son tenidos en cuenta por la jurisprudencia alemana a la hora de resolver los litigios relacionados con la pérdida de la base del negocio.

1. CAMBIO DE ALGUNA CIRCUNSTANCIA QUE FORMA PARTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO

Se entiende que se da este presupuesto en el caso de la *sentencia BGH de 23 de marzo de 1966* (73) [JZ (74) 1966, 409]. Los cónyuges demandantes habían celebrado en mayo de 1960 un contrato con el demandado en cuya virtud adquirirían de éste casitas de madera ya construidas por un precio de 14.000 DM. El demandado debía instalar dichas casitas en un determinado inmueble. En las negociaciones contractuales los demandantes habían expresado que querían construir su vivienda al aire libre y en un sitio bonito. En septiembre las autoridades administrativas denegaron la licencia para la instalación de tales viviendas. Los demandantes pensaron que con ello habían decaído sus obligaciones en cuanto a la aceptación de tales viviendas y podían exigir la restitución del dinero que habían entregado anticipadamente. Basaron su de-

(73) STÖTTER, 1967: 147 y sigs. También DIEßELHORST, 1980: 153 y sigs.

(74) *Juristenzeitung*.

manda en los §§ 323, 459 y siguientes, 346 BGB, ya que las viviendas construidas por los demandados no eran susceptibles de uso al no conceder las autoridades la pertinente autorización, así como en la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En opinión del demandado, esta obligación continuaba subsistente, además de que los demandantes lo único que tenían que hacer para vencer tales dificultades era encontrar el inmueble apropiado.

El LG (75) llegó a la conclusión de que no existía un defecto de la casa en el sentido de los §§ 459 y siguientes BGB (referidos a la obligación de evicción por vicios ocultos), así como tampoco se podía aplicar el § 323 BGB (relativo a la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida), pues el demandado no había asumido la obligación de conseguir la instalación de las casitas en el inmueble apropiado. En consecuencia, los demandantes estaban obligados al pago del precio y a la aceptación de las casitas.

El OLG (76), instancia superior, entiende que se ha producido la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y los demandantes no están obligados al cumplimiento del contrato, ya que de haber tenido conocimiento preciso de la situación no hubiesen optado por su celebración.

Interpuesto recurso ante el BGH (77), este tribunal valora las falsas representaciones de las partes en el momento de la conclusión del contrato no como un error común en los motivos, sino como expectativa errónea. En consecuencia, no se debe producir la liberación del deudor, sino la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Según el BGH, se trata de un supuesto de representaciones comunes a ambas partes y en consecuencia, éstas deben compartir el riesgo derivado de la frustración de sus expectativas. La parte demandante asume el riesgo de que las autoridades no concedan autorización para la instalación de las casitas sobre el inmueble arrendado. El vendedor, por su parte, debe responder de que efectivamente las casitas van a poder instalarse (en el inmueble que sustituya al anterior) (78).

También se estima una alteración de circunstancias que forman parte de la base del negocio en la *sentencia OLG Oldenburg de 23 de julio de 1991 [NJW (79) 7992, 1461]*. Dichas circunstancias vienen representadas por las ayudas económicas concedidas por las partes a la hija y al yerno para construir la vivienda familiar, que se entienden realizadas bajo el presupuesto

(75) *Landgericht* (equivalente español al Juzgado de 1.^a Instancia).

(76) *Oberlandesgericht* (Tribunal de apelación).

(77) *Bundesgerichtshof* (Tribunal de casación, última instancia).

(78) STÖTTER, 1967: 149. Este caso es, en opinión del comentarista, un ejemplo más de la inseguridad que rodea a la jurisprudencia a la hora de decidir si en un caso en concreto se puede hablar de pérdida de la base del negocio. Además hay que tener en cuenta otro factor de inseguridad, cual es el de determinar las consecuencias derivadas de la pérdida de la base del negocio.

(79) *Neue Juristische Wochenschrift*.

tácito de la subsistencia del matrimonio. Si con posterioridad los cónyuges se separan, los padres tienen derecho a recuperar del yerno la parte de ganancia obtenida por él según la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En este caso, el demandado estuvo casado con la hija de los demandantes desde 1977 hasta 1989. El matrimonio pensó construir una casa familiar y con tal fin compraron un inmueble. Los padres de la esposa transfirieron a la cuenta del matrimonio una cantidad de 60850 DM para ayudarles económicamente en la construcción de la vivienda familiar. A comienzos de febrero de 1988, los cónyuges se separaron. El LG desestimó la pretensión de restitución ejercitada por los padres. El OLG estimó el recurso interpuesto por los demandantes. En consecuencia, el demandado debía restituir la cantidad de 30425 DM porque la vigencia del matrimonio constituía la base del negocio de la donación realizada por los padres.

Asimismo, el caso sometido a decisión de la OLG Karlsruhe y resuelto por *sentencia de 15 mayo 1992 (NJW 1992, 3176)* era el siguiente: Los demandados, una asociación musical de deportes y festejos de una determinada localidad debía organizar los preparativos de la fiesta de carnaval. Para ello contrataron a un grupo de cinco músicos, que deberían encargarse de la actuación musical. Los honorarios de los músicos se calcularían en función de un tanto por cien del precio de entrada. No obstante, como consecuencia del estallido de la guerra del Golfo, las autoridades prohibieron la cesión del local donde deberían llevarse a cabo las actuaciones. En consecuencia, los músicos demandan el pago de sus salarios porque parten de la idea de que la realización de las actuaciones, a pesar de la guerra del Golfo, todavía sigue siendo posible. Los demandados, no obstante, alegan no ser culpables de que las normas de orden público no hayan hecho posible la celebración de la fiesta.

En primera instancia se reconoce el derecho de los demandantes a obtener 12.528 DM. El OLG estima la apelación y sentencia que no procede la indemnización de daños con fundamento en la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) porque la disponibilidad del local fue base del negocio para ambas partes contratantes. El riesgo afecta, pues, a ambas. Los demandados tenían tanto interés como los demandantes en que se llevase a cabo la actuación. Por tanto, es contrario a la buena fe obligar a los demandados a indemnizar (80).

(80) Se estima asimismo la pérdida sobrevenida de la «Geschäftsgrundlage» en el caso de la BGH de 25-10-1989 (NJW 1990, 314). Las partes habían celebrado un contrato de «leasing» que tenía por objeto una máquina que el arrendatario iba a emplear en su clínica dental y que debía elegir de entre las que se encontraban en los almacenes de la sociedad X (vendedor). Después de la entrega del aparato se produjo la aceptación por el arrendatario, pero al mismo tiempo le comunicó al arrendador que la cosa adolecía de defectos que impedían su utilidad. Finalmente, el arrendatario resolvió el contrato de compraventa debido a los vicios que presentaba la cosa. A partir de entonces, el arrenda-

2. INEXISTENCIA DE ASUNCIÓN CONTRACTUAL o LEGAL DEL RIESGO

No se cumple con este requisito en la *sentencia BGH de 8 de febrero de 1978 (JZ 1978, 235)* cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: la ciudad demandante había celebrado con la empresa demandada un contrato de suministro de petróleo para calefacción, pactándose un precio fijo para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1973. Como consecuencia de la crisis del petróleo, a principios de diciembre de 1973 el precio del barril se incrementa en más de 600 DM.

En julio de 1973 el demandado exige a la demandante una adaptación del precio a las nuevas circunstancias, ya que su empresa se encontraba en una situación económica difícil. Ante la negativa del demandante de modificar el precio, en septiembre de 1973, la empresa suministradora comunicó al demandante su decisión de denunciar el contrato. En consecuencia, la ciudad ejercita demanda de indemnización de daños y perjuicios frente a la empresa suministradora. La demanda es estimada en todas las instancias.

El problema central del litigio es la aplicación de doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que había sido invocada por el demandado para liberarse de responsabilidad.

La jurisprudencia ha venido desarrollando una serie de criterios que excluían la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) a pesar del cambio de circunstancias (81). Por ejemplo, queda excluida la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando una de las partes ha asumido expresamente en el contrato el riesgo de la realidad. Esta asunción del riesgo está implícita en los contratos especulativos, así como en contratos de determinada naturaleza, por ejemplo, en el caso de la compraventa de cosa fungible, en ella el vendedor asume el riesgo de la obtención de la misma, a no ser que se haya asegurado expresamente frente a tal riesgo incluyendo una condición. También la jurisprudencia viene entendiendo que existe una asunción implícita del riesgo en el caso de prestaciones dinerarias y no solamente en el caso de que se haya estipulado un precio fijo. No obstante, respecto de las deudas dinerarias se contemplan excepciones para el supuesto de contratos de larga duración en los casos de inflación.

tario dejó de satisfacer los plazos fijados en el «leasing». En consecuencia, el arrendador financiero reclamó el pago de los no satisfechos hasta el momento, así como los futuros junto a los intereses de demora. El arrendatario alegó que se había producido una pérdida de la base del negocio al tener lugar la resolución de la compraventa. En este caso entiende el BGH que procede la aplicación de la mencionada doctrina, con lo que el arrendatario tiene derecho a que se le reintegren los plazos que ha satisfecho al arrendador según las normas del enriquecimiento injusto, sin que esa cantidad se deba minorar como consecuencia del aprovechamiento que haya podido obtener el arrendatario del uso de la cosa, pues ya en el momento de la entrega declaró que no le era útil.

(81) Cfr. comentario realizado de la sentencia por BRAUN, 1979: 696.

En el caso de la sentencia comentada, el BGH rechaza la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En primer lugar, por el acuerdo adoptado por las partes acerca del precio. La alteración de los precios no es una circunstancia imprevisible, por lo que el suministrador debería haber incluido una cláusula contractual para prevenirse de tal riesgo (previsibilidad). El otro aspecto analizado por la sentencia es que según el BGH el demandado debe responder de las pérdidas porque en atención a la crisis debería haber incrementado sus reservas de petróleo (imputabilidad). Además de que el vendedor de cosa fungible está obligado a desplegar un esfuerzo mayor en el cumplimiento.

Respecto de esta cuestión resulta interesante la sentencia *BGH 29 noviembre 1996 (JZ, 1998, 143)*. En este caso, el 19-12-1980 concluyen las partes (dos hermanos) con sus padres un contrato documentado en escritura pública en cuya virtud la hermana renuncia a su parte de la herencia a cambio de obtener un crédito (de 19.000 DM) para financiar la construcción de una vivienda. Ello con el presupuesto de que el hermano se convertiría en heredero único de la granja familiar y continuaría en la explotación de la misma. No obstante, en diciembre de 1994 el hermano enajena la mencionada granja. La demandante desea obtener información sobre las ganancias obtenidas como consecuencia de la explotación de la granja sobre la base de que el rechazo de la herencia no excluye posteriores pretensiones de mejora (en contra de la opinión mayoritaria en la literatura y en la jurisprudencia). El tribunal de apelación (OLG) había admitido la pretensión de la demandante.

Interpuesto recurso ante el BGH, entiende el tribunal que existe una cuestión jurídica que debería tenerse en cuenta que hasta ahora ha sido pasada por alto y es la posible adaptación del contenido del contrato a causa de la pérdida de la base del negocio representada por la voluntad de los padres de que el hijo continuase con la explotación familiar. La demandante alegó que había renunciado a la herencia simplemente debido al deseo de sus padres de mantener el negocio familiar bajo la explotación de su hermano y de sus descendientes. Si esa era la base del negocio («Geschäftsgrundlage») entonces se debe entender que ha desaparecido cuando después de diez años el hermano ha enajenado la granja.

En este caso entiende el tribunal que la protección de uno de los herederos en perjuicio del otro tenía su sentido en el mantenimiento de la explotación familiar en manos del hermano. En consecuencia, estima la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que debe tener como consecuencia en el caso enjuiciado la participación de la demandante en las ganancias del hermano (82).

(82) KUCHINKE (1998: 143 y sigs.) comenta esta sentencia y llega a una conclusión distinta. El riesgo de un contrato de mejora reside en que el renunciante desconoce cómo

A diferencia de la sentencia BGH de 23 de marzo de 1996 (referida a la compraventa de casitas de madera para instalarlas en un determinado inmueble), en la *sentencia OLG Rostock de 23 de febrero de 1995 (NJW 1995, 1104)*, se entiende que si se adquiere un inmueble en las afueras para construir casas de verano de acuerdo con el Plan urbanístico, no tiene lugar la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando con posterioridad resulta que esa finalidad no es posible debido a la nueva situación urbanística del inmueble. La situación litigiosa es la siguiente: los demandados habían comprado del demandante, a finales de 1990, un inmueble en la zona del Mar del Norte donde pensaban construir viviendas para pasar las vacaciones. Los compradores eran conscientes de que aun no se había promulgado el plan de ordenación urbana de la zona. En 1994 se promulgó dicho plan prohibiendo la construcción sobre el inmueble adquirido por los demandantes. En consecuencia, los compradores interpusieron demanda solicitando la restitución del precio.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia, interpuesto recurso de apelación, el OLG declara no haber lugar al mismo. En opinión del tribunal, la edificabilidad no es una característica del objeto del contrato en el sentido del § 459 BGB. Para que el vendedor garantice una determinada cualidad del inmueble es necesario una declaración expresa o tácita de aquél, incluida en el contrato, en la que se especifiquen cuáles son las consecuencias en el caso de que el objeto vendido carezca de esa cualidad. Si el vendedor simplemente declara que el terreno es edificable, ello no constituye garantía alguna. Además los compradores eran conscientes de que el inmueble no era edificable en el momento de la celebración del contrato. En todo caso, esa declaración del vendedor iría referida a la edificabilidad futura.

Me parece interesante el razonamiento de la sentencia en cuanto a cómo se debe repartir el riesgo de determinados acontecimientos entre las partes: en opinión del tribunal, no puede invocar la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) aquella de las partes que está obligada a soportar el riesgo. El reparto de los riesgos se puede efectuar según criterios extraídos de los distintos tipos contractuales del BGB, pero también pueden ser útiles los acuerdos expresos o tácitos de las partes en el contrato en particular. En este caso, tratándose de un contrato de compraventa, de la regulación típica del BGB se deduce que es el comprador el que debe soportar

va a desarrollarse el patrimonio hasta la muerte del causante, es él quien debe soportar ese riesgo. En consecuencia, un error acerca de la situación inicial no puede legitimar a las partes a impugnar el contrato por error o bien, a apelar al error sobre la base del negocio, debido a su falta o a su cambio. Se trata simplemente de un error en los motivos. En consecuencia, el que en virtud de un contrato de mejora rechaza cualquier pretensión futura sobre la herencia no puede después exigir una participación en las ganancias ni del causante ni del adquirente del patrimonio rechazado.

el riesgo de no poder emplear el objeto comprado al fin previsto. Si el objeto del contrato es un inmueble sobre el que se pretende construir, puesto que el contrato incluye un elemento de inseguridad, las posibles perturbaciones de la base negocial son previsibles, en consecuencia, es una carga del posible afectado prevenirse de tal riesgo incluyendo una cláusula en el contrato.

En el caso enjuiciado no se podría aplicar la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) porque los compradores asumen el riesgo de la edificabilidad futura. Para prevenirse de tal riesgo podrían haber incluido una cláusula resolutoria. Tampoco existe responsabilidad del vendedor por *culpa in contrahendo*, esta responsabilidad solamente sería exigible si el vendedor hubiese dado informaciones falsas a los compradores acerca de la edificabilidad del inmueble, lo que no se produce en este caso (83).

La sentencia BGH de 26 de septiembre de 1997 (NJW 1998,589) resuelve la situación litigiosa surgida como consecuencia del contrato de compraventa celebrado entre una autoridad pública y una empresa en cuya virtud la primera adquiriría de la segunda unos terrenos para construir un «parking» al servicio de la empresa del vendedor. Transcurridos dos años y medio desde la compra se produjo un cierre de la empresa vendedora. En consecuencia, el comprador ejercita demanda solicitando la resolución de la compraventa. El LG estima la demanda. El OLG desestima el recurso, lo mismo que el BGH.

En opinión del BGH, el comprador soporta el riesgo de que se frustre el fin del contrato de compraventa, ya que según el tribunal, no existe lugar para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando el que la invoca es quien debe soportar el riesgo, como sucede en el caso enjuiciado. A ello nada obsta (como alega la recurrente) que la adqui-

(83) No se estima tampoco la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» en la sentencia BGH de 27 de septiembre de 1991 (NJW 1992, 182): las partes litigantes habían celebrado en fecha 16-7-1987 un contrato de compraventa que tenía por objeto un inmueble. En una de las cláusulas del contrato se fijaba que el fin del contrato era la permuta del inmueble con otro del señor K., ya que de este modo se conseguiría una mejor protección frente a las aguas pluviales, así como frente a la inmisión de nitrato en el manantial de agua del inmueble. Con posterioridad a la celebración del contrato se frustró el fin para el que los adquirentes pensaban destinar el inmueble porque las autoridades administrativas no concedieron el permiso pertinente. Tanto el LG como el OLG desestimaron la pretensión del demandante de pago del precio, ya que se había producido una pérdida de la base del negocio al no poder aplicar el comprador el inmueble al fin previsto. El BGH estima el recurso de casación interpuesto. En su opinión, la simple circunstancia de que se fije en el contrato el fin al que pensaba dedicar el bien el comprador no significa que el vendedor deba asumir el riesgo de la irrealizabilidad de dicho fin, puesto que en el contrato no se contenía previsión expresa para el caso de que dicho fin no pudiera cumplirse. De las circunstancias tampoco se desprende que el vendedor se dejase atribuir tal riesgo. La frustración del fin no era imprevisible en el momento de la celebración del contrato, en consecuencia, los adquirentes deberían haber incluido en el contrato un remedio para prevenirse frente a tal riesgo.

sición se hiciera para un fin público y que hubiera podido alcanzarlo igualmente mediante expropiación.

3. RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES INEXIGIBLE

Se entiende que no se ha producido una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones en la *sentencia BGH de 31 de mayo de 1990 (NJW 1991, 1478)*. Una discográfica pretende comprar los derechos para la representación de una ópera del compositor fallecido en 1949, R. Strauss. Sin embargo, duda de si el demandado, representante de la «Bayerischen Staatsoper» en Munich, tiene legitimación para la representación de la misma (la razón de esa discusión es la elevada suma que ésta exige para comprar los derechos de explotación). El demandado aporta como prueba un contrato celebrado entre la autoridad competente en aquella época y el propio compositor celebrado en fecha 18/29-1-1906. En él se estipula el derecho del autor a obtener un porcentaje del 6 por 100 de lo recaudado en cada representación. Este porcentaje se ha ido aplicando desde entonces.

El demandante ejercita demanda con la pretensión de que se declare que el demandado no está legitimado para la representación de la ópera (el contrato de 1906 no le legitima para ello), subsidiariamente que se declare resuelto el contrato como consecuencia de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). El LG desestima la demanda, el OLG la estima. El BGH declara haber lugar a la revisión solicitada por el demandado. El argumento del tribunal *a quo* es que desde 1906 hasta la fecha se ha producido un cambio importante de la situación económica, lo que provoca una ruptura de la equivalencia de las prestaciones que legitima al demandante a denunciar el contrato. El sistema de financiación para la representación de la ópera ha cambiado con respecto a aquella época, antes los ingresos se obtenían principalmente de la venta de tickets, ahora lo obtenido en taquilla no es la principal fuente de financiación (por ejemplo, se obtienen subvenciones). El tribunal de instancia reconoce que en los contratos de larga duración que no contienen cláusulas de adaptación, sólo de modo excepcional es posible una modificación de la remuneración acordada, en concreto en aquellos casos en los que el equilibrio de las prestaciones se ve de tal forma perturbado que se supere el riesgo normal vinculado a tal contrato, frustrándose los intereses de la parte perjudicada. En opinión del BGH, el remedio de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) solamente podría aceptarse en el caso en que el contrato tuviese para la parte perjudicada consecuencias irreconciliables con la equidad. En concreto, en el caso enjuiciado se debe ver si la remuneración que resulta del contrato y la que es normal en los tiempos presentes facultaría

para la modificación del contrato de acuerdo con lo anteriormente expuesto. Es un dato a tener en cuenta que el contrato de 1906 contenía una limitación temporal, se debía aplicar durante la vigencia del reinado de Baviera, sin embargo, el contrato había seguido rigiendo las relaciones entre las partes hasta 1974, sin que se formulara ninguna objeción, lo que indica que al menos tácitamente el demandado asumía las condiciones del contrato. En consecuencia, no procede su revisión y tampoco el remedio más grave de la resolución del contrato. Reitera el BGH que en los contratos de larga duración la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) tiene como consecuencia preferente la adaptación antes que la resolución del contrato. Además de que no existe en este caso una ruptura de la relación de equivalencia que faculte para la aplicación de tal doctrina.

Por el contrario, tal ruptura sí que tiene lugar en el caso de la *sentencia LG Berlin de 27 de agosto de 1993 (NJW 1994, 807)* que se puede resumir del modo siguiente: los demandados habían adquirido acciones de la sociedad demandante, cuyo precio se había fijado en atención a la decisión adoptada anteriormente por la sociedad de llevar a cabo un incremento del capital social. Como dicho incremento de capital no llegó a producirse debido a que devino ineficaz por defectos formales, los demandados alegaron que no estaban obligados a pagar el precio de compra. La demanda fue estimada parcialmente. En opinión del tribunal, se debe proceder a una adaptación del contrato de acuerdo con la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que tiene su fundamento legal en el § 242 BGB, para restablecer el equilibrio patrimonial. Esa relación de equivalencia se había construido teniendo en cuenta el incremento del capital social, como ello ya no es posible, se debe reducir el precio de la acción a 50 DM, ya que a ese precio habían adquirido los demandantes las acciones del único accionista de la sociedad. En consecuencia, el precio se debe reducir de 184 DM a 50 DM, debido a la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio).

4. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLE

En el caso de la *sentencia BGH de 11 de marzo de 1982 (JuS 1984, 758)* las partes litigantes habían celebrado en 1975 un contrato en virtud del que la parte demandante se comprometía a instalar una máquina en un matadero que se estaba construyendo en Irán. La máquina fue entregada en 1977, no obstante, no se pudo instalar debido a la difícil situación política del país en aquellos momentos. En el precio global fijado se incluía el precio del montaje. El demandado (una entidad crediticia) paga la parte relativa al transporte y entrega de la máquina, pero no el precio del montaje.

Al contrario de las anteriores instancias judiciales, el BGH entiende que el demandante se ha liberado de su obligación de instalar la máquina según el § 275 I BGB (que establecía, antes de la reforma, la liberación del deudor en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación), ya que la prohibición de las autoridades de proseguir la construcción de la granja constituye un supuesto de imposibilidad jurídica equivalente a la imposibilidad física.

En cuanto a la pretensión del demandante de que la entidad crediticia le satisfaga el importe completo de la obra, se barajan por el BGH como posibles remedios los contenidos en los §§ 323 y siguientes (que se refieren a la imposibilidad sobrevenida en los contratos sinalagmáticos), junto a los §§ 644, 645 BGB (preceptos relativos al contrato de obra), en tanto que se den los presupuestos para ello.

En principio, es el contratista el que asume el riesgo de acuerdo con el § 644 I BGB (hasta la aceptación de la obra), de modo que debe responder no solamente en los casos de una pérdida sobrevenida de la obra, sino también cuando ésta deviene impracticable. Por otro lado, el § 645 I BGB contempla la posibilidad del contratista de obtener la indemnización correspondiente a una parte proporcional del precio y de la ganancia esperada cuando la pérdida de la obra se deba a razones de las que el comitente deba responder (defectos de calidad de los materiales aportados por el comitente, indicaciones incorrectas dadas por éste). La solución que adopta el BGH es la siguiente: puesto que el demandado posee una mayor experiencia como empresa que desarrolla su actividad en el ámbito internacional, sería aceptable que la imposibilidad recayese dentro de su esfera de riesgo, aplicándose el antiguo § 324 BGB (según éste, en un contrato bilateral, cuando la prestación que corresponde efectuar deviene imposible debido a una circunstancia de la que la otra parte debe responder, sigue teniendo derecho a obtener la contraprestación). En consecuencia, el demandante tendría derecho a obtener la prestación que le corresponde (pago de la totalidad del precio estipulado).

La aplicación del § 645 I BGB se rechaza en este caso porque la impracticabilidad del montaje no era debida ni a la persona del demandado ni a una razón que estuviese en su mano, sino simplemente fue provocada por las circunstancias políticas de Irán. En consecuencia, en opinión del tribunal, se debe determinar quién de los dos, el demandante o el demandado, debe soportar el riesgo de que se produzca una frustración del contrato de obra estipulado. En este sentido, se basa el BGH en la gran experiencia del demandado en el tráfico internacional, especialmente en Irán, así como que éste se encontraba en una relación directa con el mandante iraní y que por tanto, debía contar con el peligro de que se viese impedida la realización de la prestación. Además, el tribunal alega que mediante el crédito documentario concertado el demandado se encontraba en cierto modo protegido, ya que

había recibido la totalidad del valor de la prestación ya ejecutada por el demandante (84).

También relacionada con la situación política de Irán es la *sentencia BGH de 8 de febrero de 1984 (JuS1986, 272)*. En este caso el demandante era una empresa cervecera alemana, el demandado una empresa de importación de cerveza iraní. En 1977 el demandante compró una determinada partida de cerveza por un precio global de 184.320 DM. Del reparto resultó que un 40 por 100 de la mercancía estaba deteriorada (ello constituía una parte del precio de 73.728 DM). Las partes celebraron el siguiente negocio de fijación (85): el demandado debería pagar al demandante de inmediato 20.000 DM así como otra cuantía similar en un momento posterior. Además el demandado debería fijar un precio especial para el demandante hasta el 31-5-1980. Ese precio especial lo valora el tribunal en una ventaja para el demandante de 54.000 DM. En total, las ventajas para el demandante se valoraban en 94.000 DM, mientras que para el demandado sus ganancias se obtendrían de la cerveza que vendiese en el futuro. El demandado pagó 20.000 DM, mientras que los posteriores negocios entre las partes se vieron impedidos como consecuencia de la revolución en Irán y de la prohibición de consumo de alcohol resultante de ésta.

(84) KRONKE (1984: 758 y sigs.), que comenta la sentencia, sugiere la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» al supuesto litigioso. En su opinión, esta solución hubiera sido mucho más clarificadora, porque no hubiera sido necesario ajustarse a los estrechos márgenes de las reglas sobre la lesión del crédito y dada la mayor flexibilidad de esta doctrina, se hubiera podido encontrar una solución más justa. En el caso enjuiciado, el cambio de la situación política de Irán afecta a la base del negocio, pudiendo interpretarse como un caso típico de falta de equivalencia de las prestaciones (pérdida de ganancia) o de frustración del fin del negocio (la correcta realización de la prestación por parte del contratista ya no lleva aparejada ninguna ventaja económica para el comitente como consecuencia del cambio de circunstancias). Ahora bien, si el cambio de circunstancias hubiera sido previsible, no hubiese tenido ningún efecto sobre el contrato, puesto que las partes podrían haber tomado medidas para protegerse de tales dificultades. Cuando los cambios políticos pudieron preverse por las partes —como ha apreciado el BGH en el caso del demandado— podrían haberse tomado medidas protectoras (por ejemplo, contratando un seguro).

(85) «Vergleich»: en el Derecho alemán es un contrato bilateral en cuya virtud las partes pretenden evitar una futura contienda así como una posible situación de incertidumbre. En la práctica es frecuente que ocurra lo siguiente: el que ha causado un daño a otro paga los daños ya producidos, mientras que el dañado declara encontrarse satisfecho, incluso también para los daños futuros que todavía no han llegado a producirse. El § 779 BGB regula el posible error de las partes acerca de la situación existente en el momento de celebrar el contrato. En este caso, el contrato es nulo y no se precisa su impugnación. Este precepto recoge una proyección de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage»: cuando el supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes no se corresponde con la realidad o cuando la situación litigiosa o de incertidumbre no hubiese tenido lugar si se hubiese valorado correctamente la situación fáctica existente en el momento de contratar.

El demandante exige de B una cantidad de 53.728 DM (40 por 100 de la cantidad satisfecha, menos los 20.000 DM obtenidos). El LG estima la demanda. El OLG condena al pago de 37.000 DM y rechaza en lo restante la demanda. El BGH declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

El BGH rechaza la aplicación del § 779 BGB al presente caso porque, en su opinión, este precepto se refiere al estado de cosas existente en el momento de conclusión del contrato y no a los acontecimientos futuros. Añade que el negocio de fijación celebrado entre las partes debe valorarse de acuerdo con el § 242 BGB. El tribunal aplica a este caso la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), tal y como fue descrita por OERTMANN (como representación común a ambas partes o solamente de una de ellas reconocible por la otra y a la que ésta no formula objeción, y sobre la que se construye la voluntad negocial). El tribunal entiende por «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) en el presente caso la esperanza común a ambas partes de que van a ser posibles en el futuro nuevas negociaciones entre ellas. Aunque es riesgo del comprador que no pueda aplicar la cosa al fin previsto por ella en el momento de contratar, el BGH entiende que esta máxima no es aplicable al presente caso porque no se trata de un contrato de compraventa, sino de un negocio en cuya virtud el demandado quiere indemnizar al demandante por los daños que se le han ocasionado como consecuencia del deterioro de las mercancías.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, los daños que se han ocasionado derivados de este cambio de circunstancias deben soportarse por igual, es decir, el demandado debe pagar al demandante la mitad de la cuantía estipulada en el negocio de fijación («Vergleich»), 10.000 DM, así como 27.000 DM, la mitad de la cantidad que iba a ahorrarse debido al trato de favor en el precio estipulado. Por el contrario, los 20.000 DM que ya han sido pagados no se deben restituir, porque el «Vergleich» refleja la misma situación que debería ser compensada. El demandante tiene unas pérdidas valoradas en 37.000 DM, pero se ha ahorrado gastos y riesgos. El demandado se ha ahorrado 37.000 DM, pero ha perdido su negocio (86).

(86) En opinión de WIELING (1986: 272 y sigs.), que comenta esta sentencia, el supuesto enjuiciado se incluye en las llamadas catástrofes sociales como ámbito de aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Sin embargo, en este caso debería excluirse la aplicación de tal doctrina porque existe previsión expresa en el BGB, se trata del § 779 BGB, ya que ambas partes contratantes estaban en un error acerca del supuesto fáctico que en realidad no se dio. Este error residía en la posibilidad de futuras negociaciones entre ellas. No obstante, el BGH no aplica el § 779 BGB porque de acuerdo con este precepto, el supuesto de hecho al que se refieren las partes debe ser actual y no futuro. Sin embargo, el § 779 BGB habla de supuesto fáctico, pero no expresa si éste debe ser contemporáneo a la celebración del contrato o futuro. Probablemente el Tribunal trataba de evitar la rigurosidad que conllevaría la aplicación del § 779 BGB: la ineficacia del contrato. La doctrina de la «Geschäftsgrundlage» permite al tribunal una mayor flexibilidad en la determinación de las consecuencias jurídicas (hemos visto que el tribunal

No se considera imprevisible el cambio de circunstancias en la *sentencia BGH de 11 de marzo de 1993 (NJW 1993,880)*: el tribunal de instancia había constatado que el demandante tenía derecho la entrega de la serie sobre la vida de Hemingway en su versión de ocho horas, al ser ésta la versión original. Lo que se discute es que las partes fijaron sus recíprocos derechos y deberes de acuerdo con una serie que duraba seis horas. Sin embargo, las partes no acordaron en el contrato cuántas partes debería tener la serie ni cuántas horas debería durar. En opinión de la demandada, una serie de ocho horas supone unos costes de producción mayores, por lo que se debe proceder a una adaptación del contrato a la nueva base del negocio. En opinión del BGH, esta adaptación no procede. El rechazo de la aplicación de la doctrina se debe a dos factores, por un lado no se produce un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones, que coloque a la parte perjudicada en una situación insoportable. Por otro lado, no se da el requisito de la imprevisibilidad. El desequilibrio de las prestaciones en este caso surge por la decisión única del demandado, no influida por el demandante, de producir una serie de ocho horas en vez de seis. Si hubiera querido prevenirse frente a dicho riesgo debería haber incluido una cláusula en el contrato.

5. INIMPUTABILIDAD DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

En el caso de la sentencia de la KG (87) *Berlín de 21 de enero de 1997 (NJW 1998, 663)* las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble sobre el que se pretendía construir. El LG Berlín dicta sentencia ordenando la restitución del precio de compra al adquirente a cambio de que éste le retransmitiese el inmueble (el adquirente ya había transmitido el inmueble por un valor de 550.000 DM). El fundamento jurídico de la resolución recaía en que había tenido lugar una pérdida de la base del negocio por cuanto que había sido determinante para la celebración del contrato la seguridad ofrecida por el vendedor acerca de la aptitud del inmueble para ser edificado, cuando dicha aptitud no era tal. El KG Berlín admite asimismo la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), pero con un fundamento distinto al alegado por el LG. En opinión del KG Berlín, es cierto que el comprador asume el riesgo de no poder emplear la cosa comprada al fin que tenía previsto, ello aunque el vendedor

adopta una solución salomónica en cuanto al reparto de las pérdidas). Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, BROCKMEYER (1993: 149 y sigs.) propone que en este caso el importador iraní podría considerarse como un «superior risk bearer» en la medida en que podía valorar la situación económica, social y cultural del Irán mejor que la empresa cervecera alemana.

(87) Kammergericht.

tuviese conocimiento de este fin, a no ser que las partes hayan previsto otra cosa expresamente en el contrato. En este sentido, el simple hecho de que el precio acordado se acerque al precio del solar para construir no implica que el vendedor garantice la edificabilidad del inmueble. Sin embargo, en este caso en concreto el demandado-vendedor ha invertido el reparto de los riesgos, ya que informó de modo falso a las autoridades acerca del destino del inmueble, lo que provocó que finalmente no se pudiera construir sobre él. De este modo, su conducta vulnera la buena fe cuando para neutralizar la aplicación al caso de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) apela al reparto de riesgos por él provocado. El BGH no estimó la revisión de la mencionada sentencia.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»

En cuanto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) hay que distinguir entre la situación anterior y posterior a la reforma.

Antes de la reforma, la doctrina y la jurisprudencia habían señalado dos posibles consecuencias: la adaptación de la regla contractual a la nueva situación fáctica y la resolución del contrato. Tanto la doctrina como la jurisprudencia venían defendiendo la primera solución para los supuestos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, pero no para los casos de frustración del fin del contrato, ya que en éstos sería mejor proceder a resolver el contrato.

La adaptación del contrato tenía lugar *ipso iure*, una vez se ejercitaba demanda ante los tribunales solicitando la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Para ello los jueces llevaban a cabo una interpretación integradora del contrato, tratando de aproximarse a la regla contractual original según un criterio de carácter objetivo (88). No obstante,

(88) SCHMIDT-RIMPLER, 1955: 30. En su opinión, como la mayoría de los casos de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» son supuestos de lagunas contractuales, en este sentido, es posible pensar en una corrección del contrato. Si ello no fuese posible, la solución sería la resolución del contrato antes que la impugnación por error, esta solución está en concordancia con las normas del contrato de compraventa que conceden un derecho de resolución en los casos de vicios del objeto vendido. En cuanto a las consecuencias jurídicas, CHIOTELLIS (1981: 178) entiende que son distintas en los casos en que la inexigibilidad se presente como especialmente grave o no. En el primer caso debe procederse a la resolución del contrato, en el otro a su adaptación a las nuevas circunstancias. En opinión de FIKENTSCHER (1971: 107), en los casos en que se produzca un cambio en la base del negocio que haga inexigible el cumplimiento, se debe llevar a cabo una adaptación de su contenido («Anpassung»). La diferencia de la tesis de este autor con la de otras teorías

no se pueden extraer de la jurisprudencia criterios acerca de cómo debería llevarse a cabo la adaptación, ya que muchas veces los jueces tienen en cuenta el comportamiento de las partes en sentido económico para encontrar la solución más ajustada al caso.

La solución cambia tras la incorporación del nuevo § 313 en el BGB. De acuerdo con esta norma, la adaptación del contrato no puede tener lugar de modo automático, sino que el precepto concede a la parte interesada una pretensión de adaptación del contrato a las nuevas circunstancias (89).

Así, según algún autor (90), aunque el nuevo § 313 BGB no dice cómo debe realizarse la adaptación, se debe presumir que la misma debe organizarse de común acuerdo por las partes, dejando en segundo plano el papel del juez. Solamente cuando la adaptación no fuere posible o inexigible a una de las partes, se debería resolver el contrato con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, si es que procede. En consecuencia, según el nuevo Derecho alemán, las partes disponen de una gran libertad, de modo que deberán renegociar el contrato y sólo cuando ello no sea posible, solicitar la resolución. Esta interpretación está en coherencia con los Principios de Derecho Europeo de Contratos (91).

Por otro lado, en la adaptación se debe tener en cuenta el reparto de riesgos contractual o legal, ya que la adaptación del contrato es también un aspecto del reparto del riesgo (se debe determinar quién debe soportar el riesgo de ese cambio). En consecuencia, cuando en el contrato se prevé esa eventualidad, se debe respetar su contenido sin que quepa su modificación.

anteriores es que éstas tenían en cuenta para la adaptación el § 242 BGB relativo a la buena fe, mientras que el autor propone una solución en la redistribución de los riesgos. Sobre las consecuencias jurídicas, cfr. asimismo HÄSEMEYER, 1980: 83.

En la jurisprudencia analizada, se procede a la modificación del contrato, entre otras, en las siguientes sentencias: BGH de 23 de marzo de 1966 (JZ 1966, 409), BGH de 8 de febrero de 1984 (JuS 1986, 272), BGH de 29 de noviembre de 1996 (JZ, 1998, 143), OLG Karlsruhe de 15 de mayo de 1992 (NJW 1992, 3176) y LG Berlín de 27 de agosto de 1993 (NJW 1994, 807). Por otro lado, estiman procedente la resolución las sentencias BGH de 25 de octubre de 1989 (NJW 1990, 314), KG Berlín de 21 de enero de 1997 (NJW 1998, 663) y OLG Oldenburg de 23 de julio de 1991 (NJW 1992, 1461).

(89) Cfr. en este sentido, SCHMIDT-KESSEL; BALDUS, 2002: 2076. Según estos autores, así como desde el punto de vista de los presupuestos no existe una diferencia fundamental entre la doctrina jurisprudencial de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y el actual § 313 BGB, no sucede lo mismo en relación con las consecuencias jurídicas. Así, de acuerdo con el § 313 BGB, la adaptación del contrato no se produce *ipso iure*, sino que la norma concede a las partes una pretensión de adaptación. Asimismo, vid. PEER, 2001: 70-71.

(90) Vid. CASHIN-RITANE, 2001: 101 y sigs.

(91) El artículo 611 PECL se refiere a la institución del cambio de circunstancias («Change of circumstances»). En cuanto a las consecuencias jurídicas, dicha norma establece una graduación de remedios, en primer lugar, la renegociación del contrato por las partes, y si ello no es posible, la adaptación o la resolución del mismo por el juez.

Lo mismo si ese cambio es previsible o la ley determina quién debe soportar el riesgo.

En segundo lugar, se deben tener en cuenta límites de tipo económico: la adaptación no es posible cuando una de las partes está asegurada frente a dicho riesgo o cuando el contrato representa simplemente una pequeña parte en relación con la totalidad de su patrimonio. Tampoco tendría lugar cuando el acreedor estuviese en situación de satisfacer su interés de otro modo a un coste más bajo, en este caso debería resolverse el contrato con o sin indemnización de daños y perjuicios según los casos (92).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAS, P. (1993), *Rebus sic stantibus*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München.
- BAUR, J. (1987), «Die Anpassung langfristiger Verträge an veränderte Umstände», *JBl*, págs. 138 y sigs.
- BIERSCHENK, K. O. (1933), *Vertragstreue. Ein Betrag zur Lehre von der sogenannten clausula rebus sic stantibus. Voraussetzung, Geschäftsgrundlage und verwandten Lehren*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck C. Trute, Quakenbrück), Marburg.
- BRAUN, J. (1979), «Wegfall der Geschäftsgrundlage. BGH, WM 1978, 322», *JuS*, págs. 692 y sigs.
- BROCKMEYER, G. (1993), *Das Institut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt.
- CANARIS, C. W. (2001), «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, págs. 499 y sigs.
- CASHIN-RITAINE, E. (2001), «Imprevisión, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr», en AA.VV., coord.: Helms, T.; Neumann, D.; Caspers, G.; Sailer, R., Schmidt-Kessel, M., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001. Das neue Schuldrecht*, Freiburg, págs. 85 y sigs.
- CHIOTELLIS, A. (1981), *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagentörungen in Schuldverträgen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- DIEBELHORST, M. (1980), «Die Geschäftsgrundlage in der neueren Rentsentwicklung», en AA.VV., coordinados por Immenga, U., *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, págs. 153 y sigs.
- EMMERICH, V. (1997), *Das Recht der Leistungsstörungen*, Verlag C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4.^a ed., München.
- EISENSTAEDT, H. (1923), *Die WINDSCHEID'sche Voraussetzung und Oertmann'sche Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Galomon, F.), Breslau.
- FIKENTSCHER, W. (1971), *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

(92) CASHIN-RITANE, 2001: 102.

- FLUME, W. (1979), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, Springer, 3.^a ed., Berlin, Heidelberg.
- HAARMANN, W. (1979), *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Duncker & Humblot, Berlin.
- HÁSEMEYER, L. (1980), «Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit», en *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für H. Weitnauer*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 67 y sigs.
- IMBRUCK, F. (1932), *Voraussetzung und Geschäftsgrundlage. Eine Untersuchung über Wesen, Unterscheidung und praktische Brauchbarkeit der Begriffe. Zugleich ein Betrag zur Frage: Positivismus oder Freiheit?*, Tesis Doctoral (Imprenta: H. Pöppinghaus), Bochum.
- JUNG, P. (1995), *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- KAPS, F. (1927), *Geschäftsgrundlage und Bedingung*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck der Buch- und Offsetdruckerei Schlesische Volkszeitung), Breslau.
- KÖHLER, H. (1971), *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- KRONENBERGER, H. J. (1936), *Die Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G.H. Nolte Dusseldorf), Giessen.
- KRONKE, H. (1984), «Konkretisierung der Risikozurechnungskriterien im leistungsstörungsrecht», *JuS*, PÁGS. 758 Y SIGS.
- KRÜCKMANN, P. (1929), «Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt», vol. 131, *AcP*, págs. 1 y sigs.
- KUCHINKE, K. (1998), «Anmerkung zum BGH Urteil 29-11-1996», *JZ*, págs. 143 y sigs.
- LANGE, H. (1958), «Buchbesprechungen: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung», *NJW*, págs. 622 y sigs.
- LARENZ, K. (1952), «Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage», *NJW*, págs. 361 y sigs.
- (1957), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung «veränderter Umstände» im Zivilrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2.^a ed., München.
- LEHMANN, H. (1952), «Mißbrauch der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 10 y sigs.
- LENEL, O. (1892), «Nochmals die Lehre von der Voraussetzung», vol. 78, *AcP*, págs. 49 y sigs.
- LITTBARSKI, S. (1981), «Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 8 y sigs.
- LOCHER, E. (1923), «Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck», vol. 121, *AcP*, págs. 1 y sigs.
- MEDICUS, D. (1992), «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen», *NJW*, págs. 2384 y sigs.
- MENSENBACH, W. (1938), *Zur Frage der sogenannten Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G. H. Nolte Dusseldorf), Berlin.
- OERTMANN, P. (1921), *Die Geschäftsgrundlage*, Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.
- PEER, G. M. (2001), «Die Rechtsfolgen von Störungen der Geschäftsgrundlage. Ein Vergleich zwischen § 313 RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

- und dem geltenden deutschen und österreichischen Recht sowie modernen Regewerken», en AA.VV., coord.: Helms, T.; Neumann, D.; Caspers, G.; Sailer, R., Schmidt-Kessel, M., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001. *Das neue Schuldrecht*, Freiburg, págs. 61 y sigs.
- RHODE, H. (1925), «Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt», vol. 124, *AcP*, págs. 257 y sigs.
- ROLLAND, W. (1993), «Vorschläge für ein neues Schuldrecht in Deutschland», www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm.
- SAVIGNY, F. K. (1981), *System des heutigen römischen Rechts*, t. III, Scientia Verlag Aalen, 2.^a ed., Berlin.
- SCHMIDT-KESSEL, M., BALDUS, C. (2002), «Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht», *NJW*, págs. 2076 y sigs.
- SCHMIDT-RIMPLER (1955), «Zum Problem der Geschäftsgrundlage», en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, págs. 1 y sigs.
- SEIDLER, E. (1928), *Ergänzende Vertragsauslegung und Oertmann's Geschäftsgrundlage» in ihrem Verhältnis zu einander*, Tesis Doctoral (Imprenta: Buchdruckerei E. Wurst), Breslau.
- SEYBOLD, H. (1934), *Die Geschäftsgrundlage. Eine Rechtfertigung der Lehre Oertmanns*, Tesis Doctoral (Imprenta: R. Nischkowsky), Breslau.
- SIMSHÄUSER, W. (1972), «Windscheids Voraussetzungslehre rediviva», vol. 172, *AcP*, págs. 19 y sigs.
- STÖTTER, V. (1967), «Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 147 y sigs.
- ULMER, P. (1974), «Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung», vol. 174, *AcP*, págs. 166 y sigs.
- WACUP, J. (1928), *Der augenblickliche Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Universitätsverlag von Robert Noske), Borna-Leipzig.
- WEISS, J. (1927), *Von der clausula rebus sic stantibus bis zur Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral, Köllen Verlag, Bonn.
- WIELING, H. (1986), «Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Revolutionen?», *JuS*, págs. 272 y sigs.
- WINSCHIED, B. (1892), «Die Voraussetzung», vol. 78, *AcP*, págs. 161 y sigs.
- (1906), *Lehrbuch des Pandekten (unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts)*, t. I, Rütten&Loening, Frankfurt.
- ZEITLMANN, R. (1952), «Die rechtlichen Folgen des Wegfalles der Geschäftsgrundlage eines Vertrages», *BlStSozArbR*, págs. 270 y sigs.

Luz MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO
 Doctora en Derecho Universidad Valencia
 Magister Legum Humboldt-Universität Berlin