

La diversidad de significados de
Schuldverhältnis (relación
obligatoria) en el Código Civil
alemán y las tradicionales fuentes
extralegales de las obligaciones

Eugen Bucher

Universidad de Berna

383

*Abstract**

El presente artículo investiga el origen de la expresión Schuldverhältnis (relación obligatoria) en la dogmática jurídica alemana. A pesar de tratarse de un término técnico muy arraigado, su introducción se debe a una mera casualidad. De hecho, podría prescindirse a la perfección de dicho término sin que se produjese perjuicio alguno desde un punto de vista funcional. Por ello, podría sustituirse por otras expresiones utilizadas con anterioridad en la misma Alemania y aún hoy en el resto de países.

Sumario

1. **Introducción**
 - 1.1 **¿Por qué una aclaración de conceptos del Derecho de obligaciones del BGB?**
 - 1.2 **La "relación obligatoria" en general**
 - 1.3 **De un concepto salen tres**
2. **Sobre los conceptos jurídicos en general**
 - 2.1 **Conceptos genéricos y conceptos individuales**
 - 2.2 **Escala jerárquica de los conceptos: abstracción como distancia del concepto con respecto a la cosa conceptuada**
 - 2.3 **"Obligación" y el grado requerido de determinación del contenido**
3. **"Obligación" en la tradición y en la legislación moderna**
 - 3.1 **Fuentes antiguas**
 - 3.2 **Código Civil francés**
 - 3.3 **Codificaciones de inspiración francesa en Europa y Latinoamérica**
 - 3.4 **Lejano Oriente**
4. **En el BGB, "relación obligatoria" (concepto 1) en lugar de "obligación"**
 - 4.1 **Desconocimiento de la "relación obligatoria" en la legislación anterior**
 - 4.2 **"Relación obligatoria" por vez primera en un Proyecto de BGB para Baviera (1861)**
 - 4.3 **La reserva del Proyecto de Dresde**
 - 4.4 **Carácter casual de la adopción de "relación obligatoria" por el Proyecto de Dresde**
 - 4.5 **Acogida en el BGB**
5. **Ampliación del concepto "relación obligatoria" (concepto 2)**
 - 5.1 **Abandono de la identificación de "relación obligatoria" y "obligación"**
 - 5.2 **Oposición entre relación obligatoria en sentido estricto y en sentido amplio**
 - 5.3 **¿Cómo trata la literatura alemana este doble sentido?**
6. **"Relación obligatoria" en el sentido estricto y en sentido ampliado**
 - 6.1 **"Relación obligatoria" en el sentido estricto ("obligación", concepto 1)**
 - 6.2 **"Relación obligatoria" en el sentido ampliado (concepto 2)**
7. **¿Cuál es la justificación de la relación obligatoria en el sentido ampliado?**
8. **En el nuevo § 311, párrafo 2º, y el § 241, párrafo 2º, "relación obligatoria" aún significa otra cosa distinta (concepto 3)**

* Eugen Bucher es profesor emérito de Derecho civil de la Universidad de Berna y abogado, con una gran experiencia como Presidente de Tribunales de arbitraje internacional. Traducción del alemán, Dr. Albert Ruda González, Profesor asociado de Derecho civil, Universitat de Girona.

- 8.1 Nuevo texto legal: § 311, párrafos 2º y 3º, y § 241, párrafo 2º
- 8.2 "Relación obligatoria" es aquí una norma imperativa
- 8.3 Imprecisión de la norma
- 8.4 Pretensión de validez dudosa: ¿naturaleza dispositiva? ¿O validez del tipo "puede" (Kann-Geltung)?
- 8.5 Dudosa transcripción legal de la *c.i.c.* de nuestra práctica tradicional
- 9. Normalización defectuosa de la tradicional fuente extralegal de la obligación
 - 9.1 Sobre las tradicionales *causae obligationum* ausentes en general
 - 9.2 Trasfondo histórico de la *c.i.c.* y de la fórmula del § 311 párrafo 2º del BGB
 - 9.3 "Relaciones contractuales de hecho" y responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung) resultan excluidas en el nuevo BGB
 - 9.4 Riesgo para su aplicación práctica
 - 9.5 La sanción prevista consistente en el deber de reparar el daño por la lesión del mandato de respeto no es siempre suficiente
- 10. División en Suiza de la casuística en tres grupos
 - 10.1 Las *causae obligationum* extralegales en general
 - 10.2 La *culpa in contrahendo* (c.i.c.) tradicional
 - 10.3 Relaciones contractuales de hecho (faktische Vertragsverhältnisse [FVV])
 - 10.4 Responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung [VH])
- 11. Conclusiones

1. Introducción

1.1. ¿Por qué una aclaración de conceptos del Derecho de obligaciones del BGB?

Vivimos en un período de apertura de las fronteras nacionales. El interés profesional de los juristas, hasta ahora a menudo limitado al ámbito del país respectivo, se ensancha hasta alcanzar al Derecho extranjero e incluso se habla actualmente de unificación jurídica europea. La *zona de habla hispana*, no obstante, se ha destacado, en comparación con otras, por su *extraordinario interés comparatista*. Sobre todo en América, los juristas de todas las naciones se consideran todavía miembros de una gran familia unida a España. Por doquier existió y sigue existiendo todavía interés por los Derechos de los países de habla no hispana.

Para los juristas de España y Latinoamérica, Alemania ha estado frecuentemente en primer plano: la doctrina alemana despertó interés allí antes que en Francia, país hasta hace poco cerrado de buen grado hacia el mundo intelectual exterior, o en Italia, que estaba, con razón, orgullosa de su propia tradición jurídica.

Las consideraciones que se realizan a continuación sobre el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) quieren contribuir a hacerlo más comprensible. Se refieren al Derecho de obligaciones, cuya terminología en relación con un aspecto central se aparta de las reglas de uso lingüístico seguidas por cualesquiera otras codificaciones del Derecho privado en todo el mundo. Si se quiere llevar a cabo una verdadera comparación del Derecho de obligaciones de los restantes cuerpos de leyes con el del BGB, debe partirse de esta diferencia.

En las regiones donde existe un Derecho codificado, los juristas de todo el mundo hablan de *obligaciones* o utilizan expresiones equivalentes según las circunstancias desde un punto de vista funcional (tales como deber, deuda, crédito, o similares). No sucede así en el caso de los colegas alemanes desde el año 1900 y la aparición del BGB: para ellos sólo existen las *Schuldverhältnisse* (relaciones obligatorias), y el Derecho de obligaciones se ha convertido en *Schuldrecht* (Derecho de las deudas o de las obligaciones). No obstante, detrás de esta distinta forma de expresarse se esconde también una divergencia de contenido: el nuevo término técnico significa algo más, y al mismo tiempo algo distinto, que la por todos conocida obligación.

1.2. La "relación obligatoria" en general

El estudio sobre el origen del término "relación" obligatoria mostrará que su introducción fue casual (apartado 9.4.). Aunque hoy esté muy arraigado en el uso que los juristas alemanes hacen del idioma, podría prescindirse de dicho término sin que se produjese perjuicio alguno desde un punto de vista funcional, y sustituirse por otras expresiones utilizadas con anterioridad en la misma Alemania y aún hoy en el resto de países. Para el observador extranjero, esto significa que el uso del idioma en Alemania en relación con el Derecho de obligaciones merece cierta atención, pero sin que sea necesario imitarlo: no existe motivo alguno para que la doctrina de fuera de Alemania adopte de modo completo, y ni siquiera de modo limitado, la ambigua figura de la

"relación obligatoria". Hacerlo sólo podría acarrear oscuridad y malentendidos. Hay que prevenir tales dificultades, y tal es justamente el propósito de estas líneas. El BGB sigue siendo un cuerpo legal que merece que los demás países sigan prestándole su atención en el futuro.

Las presentes observaciones las hace un jurista de la parte alemana de Suiza y se basan en las experiencias del mismo con el Derecho de obligaciones suizo (en adelante, CH/OR) del año 1883. Esta ley procede de una estrecha relación cultural con la tradición jurídica alemana del siglo XIX y ha tenido influencia, a su vez, sobre el BGB del año 1900 en algunos aspectos decisivos¹. Al entrar en vigor el Código Civil suizo en 1912, se dio también una nueva redacción al CH/OR. Éste era tributario del BGB en algunos puntos, pero la reforma no supuso cambio alguno en lo esencial y, en particular, no adoptó la peculiaridad del BGB de la que se trata en lo sucesivo. Tanto en lo referente a su contenido material, como en lo relativo a su aplicación práctica, el CH/OR coincide en buena medida con el Derecho de obligaciones del BGB. Sin embargo, el primero resulta más fácil de comprender para el jurista extranjero, debido a que éste no se encuentra en él con el elemento del BGB que le resulta extraño y, además, el aspecto externo de la ley suiza le resulta familiar de antemano.

1.3. De un concepto salen tres

El término técnico "relación obligatoria" (concepto 1) se introdujo originariamente en el BGB con el único propósito de usar una expresión alemana en lugar de un extranjerismo. Si la cosa hubiese quedado ahí, no habría hecho falta ninguna otra reflexión. Ésta deviene necesaria porque la expresión "relación obligatoria" desarrolló durante la elaboración del BGB una dinámica propia y adquirió un *segundo sentido, más amplio* (concepto 2), que pasa desapercibido a primera vista. A pesar de la ambigüedad que la expresión "relación obligatoria" tiene desde 1900, la reforma del Derecho de obligaciones aún añadió un tercer sentido (concepto 3) a los anteriores (sobre este último, véase más abajo el apartado 8). Todo esto exige una explicación y aclaración².

¹ El ejemplo más importante es el abandono de la concepción del error como un supuesto de disenso cuya consecuencia es la nulidad. La concepción actual del error- vicio como supuesto que permite la impugnación (§ 119 ss. BGB) se remonta a MUNZINGER o al Derecho suizo de obligaciones (art. 31 CH/OR). Sobre ello, véase BUCHER (2003), "Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19.Jh. und die Schweiz", en *ZEuP Zeitschr.f.Europ.Privatrecht*, p. 353 ss. [<http://www.eugenbucher.ch/> núm. 84].

² Quien esto escribe ha expuesto reflexiones similares a las que aquí se encuentran en el *Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern* (2005) [<http://www.eugenbucher.ch/> núm. 94]. Cabe remitirse aquí a las mismas, ya que son más detalladas en lo que se refiere a la historia de la codificación y la formación de los conceptos. En cambio, las objeciones aquí formuladas contra la reforma del Derecho de obligaciones en el BGB y las fuentes de las obligaciones extralegales (*extralegale Obligationsentstehungsgründe*) (abajo, par. 8 a 10) reciben allí atención sólo de pasada.

2. Sobre los conceptos jurídicos en general

2.1. Conceptos genéricos y conceptos individuales

"Manzana" puede ser un nombre de una cosa, en cuyo caso nos encontramos ante un concepto genérico creado artificialmente. La realidad la constituye sólo la fruta del tipo referido que tenemos sobre la mesa. La oposición entre conceptos genéricos pertenecientes al mundo de las ideas y los casos reales que dichos conceptos describen y a los cuales se aplican también resulta determinante para los juristas: nuestro pensamiento, así como nuestra tradición jurídica, la doctrina y la legislación, no tienen en cuenta el caso singular, sino que se refieren a conceptos genéricos. Tal es el caso de los conceptos de obligación y de relación obligatoria, que ahora nos ocupan, así como el de todos los demás conceptos generales de la moderna dogmática del Derecho privado, a saber, contrato, acto ilícito, crédito, deuda, derecho subjetivo, negocio de disposición, etc. También ellos designan un género y comprenden una pluralidad de realidades existentes.

Los conceptos producen abstracción de la cosa designada por ellos y logran una mayor relación con la realidad mediante una nueva unión con dicha cosa. Por sí solos, los conceptos jurídicos carecen de eficacia jurídica, es decir, ante todo *no son normativos*, sino meramente declarativos e informativos.

2.2. Escala jerárquica de los conceptos: abstracción como distancia del concepto con respecto a la cosa conceptuada

La formación de conceptos en el sentido de la creación de conceptos genéricos aquí expuesta comienza con la abstracción de los casos concretos de que se trate. Éstos se ponen en relación los unos con otros, se reconoce su característica común y se "conceptúan" como un fenómeno unitario. La formación del concepto continúa, de modo que a cada nuevo paso se repite el mismo proceso: agrupación de una pluralidad de fenómenos en una unidad superior, de forma que en el paso correspondiente las cosas agrupadas deben ser comparables, esto es, idénticas en un punto esencial, si bien distintas en lo demás.

Los conceptos son una parte integrante de los sistemas y no existen de un modo aislado. Tales sistemas son, por decirlo de una forma gráfica, *escalas jerárquicas*. Cada paso que se da hacia un nivel superior significa la agrupación de distintas unidades bajo una determinada característica común a todas ellas, al mismo tiempo que se dejan de lado todas aquellas características no comunes, que distinguen a unas unidades agrupadas de las demás. Esto es lo que se denomina *abstracción*.

Cuanto mayor sea la abstracción de un concepto, tanto más largo será el camino que haya que recorrer en sentido descendente hasta la cosa misma, es decir, hasta los hechos vitales que son objeto del juicio jurídico. Tal vez no sea preciso que se ascienda toda la escala: si, por ejemplo, surge una disputa arrendaticia, no hace falta acordarse del concepto de contrato y de las cuestiones jurídicas relacionadas con él, sino que se comienza directamente con los problemas

particulares del arrendamiento. En la mayoría de litigios en materia contractual no hace falta que se recurra al concepto de contrato. Éste ya tiene suficientes problemas de los que ocuparse, problemas que son comunes a todos los contratos y que merecen un tratamiento conjunto.

2.3. "Obligación" y el grado requerido de determinación del contenido

La teoría que se ocupa de las obligaciones las entiende como una denominación genérica e intenta formular enunciados generales sobre el género de que se trate. El punto de partida es el fenómeno real singular designado por el concepto, esto es, la relación designada como "obligatoria", que existe entre el acreedor y el deudor, esto es, el crédito y la deuda.

Se asume que existe una *obligación* (en sentido estricto) en el supuesto en que concurren todos los presupuestos para el nacimiento de una pretensión exigible y que se puede ejercitar en una demanda. Esto ha sido así desde siempre: El Derecho de obligaciones de los antiguos romanos estaba estructurado alrededor de las pretensiones (*actiones*) y no se tenían en cuenta las situaciones obligatorias meramente potenciales. Tal forma de ver las cosas ha sido determinante hasta nuestros días. De ahí también el requisito de la *determinación y claridad del contenido* de la situación jurídica designada como obligación³. De lo anterior se desprende que lo característico de los conceptos de crédito, deuda y obligación es que se refieren, en el uso lingüístico técnicamente correcto, a una relación de derecho-deber determinada y realizable desde el punto de vista de su contenido. La situación jurídica determinada que surge por su nacimiento es estacionaria, es decir, dura de modo invariable hasta que concurren las causas de su modificación o de su extinción.

3. "Obligación" en la tradición y en la legislación moderna

El neologismo "relación obligatoria" debe verse en relación con la figura de la obligación, con respecto a la cual es idéntica en un primer momento, pero de la que luego se diferencia de un modo fundamental debido a las atribuciones posteriores de sentidos distintos.

3.1. Fuentes antiguas

La Antigüedad romana fue economizadora en lo que se refiere a la teoría y los conceptos jurídicos. No obstante, ya los clásicos descubrieron el concepto de *obligatio* como un *topos*

³ En la compraventa, la parte vendedora tiene la obligación de entregar la cosa. Otras obligaciones complementarias (relativas al empaquetado, el lugar de la entrega y similares) no pueden, en su mayoría, considerarse como obligaciones, pues no puede exigirse su cumplimiento de un modo autónomo, sino que simplemente determinan de un modo más concreto la obligación de entrega. Deberes eventuales (*Eventualverpflichtungen*) como el saneamiento debido por el vendedor, considerados en sí mismos, tampoco constituyen obligaciones, sino más bien el riesgo de que dichos deberes lleguen a nacer. Sobre esto, véase BUCHER (2004), "Festschrift für Rudolf Welsch", *Ein wenig zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo*, Wien, p. 93-108 [<http://www.eugenbucher.ch/> núm. 87].

firmemente establecido⁴. En las Instituciones de JUSTINIANO (Inst. III, 13 pr.) se puede leer lo siguiente: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. El concepto se entiende aquí como un compuesto de todos los deberes que los sujetos privados tienen frente a los demás sujetos privados y cuya función es permitir la visión de conjunto y clasificación de tales deberes. Dicha clasificación la debemos a GAIUS (siglo II), quien determina nuestro sistema de pensamiento hasta nuestros días: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*⁵. Las Instituciones de JUSTINIANO del año 533 permiten que, al lado de las obligaciones contractuales y de las surgidas de acto ilícito, aparezcan aún unas obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* (Inst. III,13,2).

Lo dicho es válido en relación con la Antigüedad, pero lo mismo sucede hoy en día. El término *obligatio* sirve para tener una visión general de conjunto y aparece, si cabe, como un indicador general que permite diferenciar las *causae obligationum* o distintos tipos de obligaciones⁶. Una visión general de esta clase carece de toda pretensión de completitud; más bien, las indicaciones tienen carácter meramente ejemplificativo y no aspiran a una presentación definitiva, como si no fuese imaginable una controversia sobre si una determinada relación jurídica tiene que considerarse como *obligatio* o no. Las disputas normativas se centran en la *actio*, que corresponde a nuestro crédito desde el punto de vista funcional. Las reglas jurídicas determinantes se desarrollan con la máxima proximidad posible con respeto al problema de que se trate, ya sea en relación con uno de los múltiples *contractus* (perfeccionados *re, verbis, litteris* o *consensu*) o los *supuestos de hecho de los actos ilícitos*, que constituyen también una serie de subgrupos diversos (*furtum, damnum iniuria datum, iniuria, rapina*, etc.). Junto a ellos, hay otras fuentes de las obligaciones (cuasicontratos y cuasidelitos; en ambos casos se trata de denominaciones de conjunto carentes de todo carácter de exclusividad). Todo esto determina aún hoy el sentido del término "obligación", pero puede predicarse también de la expresión "relación obligatoria", en el sentido estricto que tiene en el BGB.

3.2. Código Civil francés

El *Code Civil* del año 1804 (en adelante F/CC), en lo que se refiere a su tercera parte, dedicada al Derecho de obligaciones, se orienta por completo a las obligaciones y las fuentes de las mismas (Título tercero: *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, arts. 1101-1369; Título cuarto: *Des engagements qui se forment sans conventions*, y posteriormente en los Títulos quinto a decimoctavo, arts. 1387-2203, los tipos contractuales legales tradicionales). Con ello se enfoca todo el Derecho de obligaciones desde el punto de vista de la constitución de las obligaciones y las fuentes de las mismas adquieren la condición de criterio de ordenación decisivo.

⁴ Sobre la historia de la *obligatio* en la Antigüedad romana, KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* (Kurzlehrbuch, citado según la 17. Aufl., 2003), § 32.

⁵ "Pues toda obligación nace o de contrato o de delito"; GAIUS Inst. III, 88.

⁶ Así, por ejemplo, la distinción entre *obligationes civiles* y *obligationes honorariae*, que tenían que hacerse valer mediante distintos tipos de reclamación; a ellas se yuxtaponía a su vez la *obligatio naturalis*, cuyo cumplimiento no podía exigirse mediante una reclamación. El concepto de *obligatio* sirve tan sólo para la tipificación y no dice nada sobre el contenido de créditos concretos.

3.3. Codificaciones de inspiración francesa en Europa y Latinoamérica

Con la salvedad del Código Civil austriaco (en adelante, ABGB) y del Código Civil de *Louisiana*, los primeros en seguir al F/CC fueron dos Códigos fechados exactamente en el mismo año, 1855. A saber, por un lado, el Código de Derecho privado para el Cantón de Zurich (*Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, en adelante PGB), elaborado por JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI y, por el otro, el Código Civil de Chile, de ANDRÉS BELLO, al que siguieron las restantes codificaciones de Latinoamérica.

El PGB titula su Libro cuarto "Créditos y deudas" (*Forderungen und Schulden*), lo que se corresponde exactamente con la obligación, desde el punto de vista del contenido. El CC de Chile, surgido al mismo tiempo que el anterior aunque en el otro hemisferio, se ocupa asimismo del Derecho de obligaciones en el Libro cuarto (*De las obligaciones en general y de los contratos*). De una u otra forma, este texto legal sirvió de guía para todos los que aparecieron a continuación en los territorios de habla castellana o portuguesa⁷. El CC de Argentina (1871), obra de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, dedica su segundo Libro a los *derechos personales* (esto es, los derechos relativos u obligacionales) y se centra en el concepto de *obligación* en cuanto a estructura y exposición⁸. Algo similar sucede con los demás; por ejemplo, el CC de España (Libro IV: *De las obligaciones y contratos*), el CC de Brasil de 1916⁹ o el de México (1932). Por todas partes, es la figura de la obligación el concepto decisivo que permite la creación de subgrupos distintos entre sí.

El *Derecho de obligaciones* suizo enfoca su parte general sobre las distintas *causae obligationum* posibles: las tres secciones del Título primero se refieren a las fuentes de las obligaciones como el contrato (*Vertrag*, arts. 1-40), el hecho ilícito (*Unerlaubte Handlung*, arts. 41-61) y el enriquecimiento injusto (*ungerechtfertigte Bereicherung*, arts. 62-67); el tipo de obligación restante, como es la *negotiorum gestio*, queda remitida a la parte especial y ordenada sistemáticamente dentro de la regulación sobre el mandato (arts. 419-424). En lo esencial, ésta había sido ya la estructura del anterior Derecho de obligaciones, del año 1883¹⁰.

⁷ Sobre ello, BUCHER, "Zu Europa gehört auch Lateinamerika", *ZEuP* 3/2003, p. 515-547 [<http://www.eugenbucher.ch/> núm. 91].

⁸ Libro segundo del CC de Argentina: Sección primera: *De las obligaciones en general / Extinción de las obligaciones*; Sección segunda: *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*; Sección tercera: *De las obligaciones que nacen de los contratos*.

⁹ Desde 2002, Brasil tiene un CC revisado. El concepto de la *obrigação* conserva de modo inalterado su significado anterior como obligación. En el texto no son perceptibles puntos de coincidencia con la relación obligatoria en el sentido amplio del BGB.

¹⁰ El creador de este punto de vista es WALTHER MUNZINGER (1840-1873), a quien agradecemos principalmente el Derecho de obligaciones, tanto en su forma como en su contenido apenas igualado ni desde luego superado en el ámbito de habla alemana e incluso fuera de él. Véanse sus proyectos y trabajos preparatorios, así como el texto del Derecho de obligaciones de 1883, en URS FASEL (2000), *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Bern. Sobre la persona de Munzinger, URS FASEL (2003), *Bahnbrecher Munzinger*; URS FASEL (2003), "Walther Munzinger - Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit", en *Zeitschr.f.Europ.PrivR*, p. 345-352.

3.4. Lejano Oriente

En el lejano Oriente, la influencia del F/CC fue menos importante que la de la zona de habla alemana. Pero los legisladores han adoptado la dicción del Derecho de obligaciones suizo y se asemejan a éste, no al BGB alemán: el Código de Derecho privado de Japón (1896/98) dedica su Libro tercero a los "Créditos" y trata en él contratos, gestión de negocios ajenos sin mandato, enriquecimiento injusto y responsabilidad civil, sin utilizar concepto alguno que pudiese corresponderse con el de relación obligatoria en sentido amplio (concepto 2) del BGB¹¹. China regula en el Libro segundo de su Código Civil del año 1929 las *Obligations, Contracts, Management of affairs without mandate, undue enrichment und wrongful acts*)¹². Muy similar a este respecto es el Código Civil de Tailandia¹³: en el Libro segundo trata de las obligaciones en general (objeto, efectos, pluralidad de deudores o de acreedores, transmisión, extinción), luego los contratos en general, la gestión de negocios ajenos sin mandato, el enriquecimiento injusto, la responsabilidad civil; en el Libro tercero siguen los *Specific Contracts*. El mismo proceder ha adoptado la legislación de Corea, cuya Parte III está dedicada a las *Obligations* y es similar formalmente a las mencionadas antes¹⁴. En ningún sitio puede encontrarse una correspondencia con la "relación obligatoria en un sentido amplio" (concepto 2) del BGB.

4. En el BGB, "relación obligatoria" (concepto 1) en lugar de "obligación"

4.1. Desconocimiento de la "relación obligatoria" en la legislación anterior

El *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Derecho común de Bavaria [*Chur-Bayrisches Land-Recht*]) de 1756 y el Derecho común general prusiano (*Allgemeine Preussische Landrecht*, en adelante ALR) de 1794 desconocen el término técnico "relación obligatoria". Si en aquella época se quiere sustituir "Obligation" por una expresión alemana, se habla de *Verbindlichkeit*.

"Relación obligatoria" es una expresión que tampoco se encuentra en la literatura jurídica del siglo XIX. WINDSCHEID, cuya influencia sobre la terminología y el contenido del BGB es mayor a la de cualquier otro autor, prescindió del concepto de relación obligatoria en su Tratado sobre las Pandectas. Lo mismo hicieron los restantes autores de la pandectística, que tanto marcó el paso hacia el BGB¹⁵.

¹¹ Esta apreciación se hace sobre la base de la traducción por AKIRA ISHIKAWA/INGO LEETSCH, "Japanisches BGB deutsch", *Japanisches Recht*, vol. 15, Carl Heymann, 1985.

¹² Se ha manejado *The Civil Code of the Republic of China* (1930), translated into English, Shanghai/Hong Kong/Singapore, e, idénticos en cuanto al contenido, *A Compilation of the Laws of the Republic of China* (1971), vol. 1, Taipeh/Taiwan, y *Major Laws of the Republic of China on Taiwan* (1991), Tainan, Taiwan, vol. I, p. 49 y ss.

¹³ Se ha manejado K. SANDHIKSHETRIN (1996), *The Civil and Commercial Code, Books I-VI*, 6ª ed.

¹⁴ Se ha manejado una fotocopia del texto oficial en inglés (edición en hojas sueltas), Ley del año 1960 en la redacción de 1986.

¹⁵ HEINRICH DERNBURG (1829-1907), *Pandekten*, 5. Aufl. 1897 o bien DERNBURG/SOKOLOWSKI, 8. Aufl. 1912; JULIUS BARON (1834-1898), *Pandekten*, 9. Aufl. 1896; FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten* 1893 (todos en su última edición).

4.2. "Relación obligatoria" por vez primera en un Proyecto de BGB para Baviera (1861)

Si buscamos los orígenes del neologismo "relación obligatoria", damos con el Proyecto de un Código Civil para el Reino de Baviera (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern*) del año 1861¹⁶: la expresión "relación obligatoria" aparece aquí por vez primera en un texto legislativo. Su origen y procedencia no ha sido aclarado hasta hoy. Si existen precedentes y en qué se inspiraron los padres del proyecto para introducir tal novedad son cosas que desconocemos.

En sus orígenes, "relación obligatoria" no debía ser en el proyecto bávaro (como más tarde en el proyecto de Dresde y finalmente en el BGB) otra cosa que la introducción de una nueva expresión en lugar de "obligación" (*Obligation*), sin modificar un ápice el significado de un concepto que había venido existiendo durante nada menos que dos milenios¹⁷. Sin embargo, este propósito pronto cayó en el olvido y en aquel proyecto en seguida se produjo un ensanchamiento de la forma de entender el concepto, forma que si bien no fue aceptada por el Proyecto de Dresde, sí que lo fue por el BGB.

La expresión de nuevo cuño, "relación obligatoria", ocupó un lugar central desde su primera aparición: dio nombre a la Segunda Parte del proyecto de Código Civil de Baviera, única presentada hasta la fecha, así como a sus dos Libros, titulados "De las relaciones obligatorias en general" (*Von den Schuldverhältnissen im allgemeinen*) y "De las relaciones obligatorias en particular" (*Von den Schuldverhältnissen im Besonderen*).

4.3. La reserva del Proyecto de Dresde

El llamado Proyecto de Dresde (*Dresdener Entwurf*), elaborado entre 1863 y 1866 por una comisión reunida en dicha ciudad, constituye la base principal y más importante del Derecho de obligaciones del BGB¹⁸. De hecho, se encuentra en él un auténtico trabajo previo de cara al Libro

¹⁶ El Proyecto aparecido en 1861 fue y sigue siendo fragmentario, pues sólo comprendía la Segunda Parte prevista para la codificación completa, sobre el "Derecho de las relaciones obligatorias" (*Recht der Schuldverhältnisse*) y además un "capítulo" (*Hauptstück*) determinado, destinado a integrarse en la Primera Parte del Código ("Disposiciones generales", *Allgemeine Bestimmungen*) con el título "De los negocios jurídicos" (*Von den Rechtsgeschäften*).

¹⁷ El art. 1 del Proyecto (Segunda Parte, "Derecho de las relaciones obligatorias" [*Recht der Schuldverhältnisse*]) dispone: "Una relación obligatoria (crédito, obligación, es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas (el acreedor) está facultado para exigir de la otra (el deudor) una prestación determinada." Sobre ello, véanse los Motivos [*Motive*] (Libro Primero, Capítulo 1º, p. 55): "Sobre la esencia de la relación obligatoria (*obligatio*) como una relación jurídica existente solamente entre personas y dirigida a una prestación, así como la distinción de la misma con respecto al derecho real, que recaer de modo inmediato sobre una cosa, coinciden todas las legislaciones y la doctrina científica en general".

¹⁸ B. FRANCKE (1866): Art. 1, p. 1, Proyecto de una ley general alemana sobre las relaciones obligatorias (*Entwurf eines allgemeine deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse*), sobre la esencia (*Wesen*): "Una relación obligatoria es una relación jurídica entre al menos dos personas, en virtud de la cual una está facultada como acreedora para reclamar una prestación, y la otra, obligada como deudora a esta prestación."

segundo del BGB. Comparado con él, el Proyecto bávaro sólo lo es en relación con el Derecho particular.

Esto al margen, el BGB ha seguido por completo, en cuanto a los elementos aquí tratados, al texto bávaro y no al Proyecto de Dresde: ciertamente éste habla asimismo de "relaciones obligatorias", pero sólo en su sentido restringido de obligación y no en el sentido decisivamente ampliado que tiene en el BGB (sobre ello, véase el apartado 5 más abajo).

4.4. Carácter casual de la adopción de "relación obligatoria" por el Proyecto de Dresde

El acogimiento de la expresión "relación obligatoria" en el Proyecto de Dresde aparece ante nuestros ojos como una *pura casualidad*. Este carácter casual también puede predicarse con respecto al BGB, pues es completamente incierto si el neologismo "relación obligatoria" se habría abierto camino hasta el BGB sin el ejemplo del Proyecto de Dresde. Los extensos protocolos de su tramitación (en particular, la tercera sesión de 29 de enero de 1863) no aluden a ningún argumento de fondo en favor de dicha novedad. En la discusión se formulan objeciones que quedan sin respuesta. Es cierto que una de las directivas elaboradas por la Comisión afirma que "Los extranjerismos deben evitarse en la medida de lo posible" (*Fremdwörter sind möglichst zu vermeiden*). Sin embargo, la propuesta de sustituir la "obligación" con la "relación obligatoria" fue presentada durante el debate sobre la conveniencia de mantener o no expresiones técnicas de uso generalizado y "a este respecto aún [se] puso de relieve, que justamente la expresión 'obligación' resulta más comprensible para la mayor parte de la población que la denominación 'relaciones obligatorias', preferida por el Proyecto de Baviera y los protocolos federales, la cual produjo molestia de forma reiterada..."¹⁹. A lo cual nada se opuso. Por qué a pesar de lo anterior logró imponerse el cambio del latín al alemán es algo que no puede deducirse de los Protocolos²⁰.

4.5. Acogida en el BGB

Durante la *elaboración del BGB* estuvo claro desde el principio que el término técnico "obligación" debía sustituirse por el de "relación obligatoria" y que el Libro segundo debía llamarse *Recht der Schuldverhältnisse* (Derecho de las relaciones obligatorias)²¹. Así es como quedó: el término técnico

¹⁹ Protocolos de la Comisión para la redacción de un Derecho general de las obligaciones alemán (*Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*), 6 volúmenes, Dresden 1863-1866 [aquí citados según la reimpresión editada por WERNER SCHUBERT, Keip 1984]; volumen I, p. 8.

²⁰ La ausencia de toda fundamentación es aún más sorprendente si se tiene en cuenta que el cometido de la Comisión para la elaboración se refería a la elaboración de un "Derecho de obligaciones" (*Obligationenrecht*), con lo cual la decisión terminológica de elaborar una "ley general alemana sobre las relaciones obligatorias" (*allgemeines deutsches Gesetz über Schuldverhältnisse*) formuló de otro modo el encargo recibido. A pesar de la decisión adoptada al principio de las sesiones, en la portada de cada uno de sus seis volúmenes consta "Protocolos de la Comisión para la redacción de un Derecho general de las obligaciones alemán" (*Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes*).

²¹ En los Motivos del Proyecto del año 1888 se sostiene: "El Proyecto utiliza la expresión 'relación obligatoria' (*Schuldverhältnis*) para referirse a aquella relación jurídica que a raíz del Derecho romano se suele denominar obligación (*Obligation*) por parte de los juristas. Con esto, al mismo tiempo que se evita el extranjerismo, se elige un nombre lo más coincidente posible, según el precedente del Proyecto de un Código Civil para Baviera y del

"obligación" ya no existe para el BGB, y del mismo modo ya no habla de pretensiones "obligatorias" ni nada por el estilo. Lo que en otro sitio y al principio también en el Proyecto de Dresde se llamó el ámbito jurídico del "Derecho de obligaciones" se convierte así en el "Derecho de la deuda" (*Schuldrecht*)²².

Con la adopción de esta nueva terminología, el legislador se aleja de un modo intencionado del uso lingüístico de toda la Europa continental, fiel a la tradición romanística. Sin embargo, entendió esta desviación como algo puramente terminológico y en el fondo no deseaba poner en tela de juicio la coincidencia con el resto de la tradición jurídica de la Europa continental, sino mantenerla. En realidad, no fue esto lo que sucedió.

5. Ampliación del concepto "relación obligatoria" (concepto 2)

5.1. Abandono de la identificación de "relación obligatoria" y "obligación"

Desde luego, el Proyecto de Dresde fue fiel al propósito de equiparar "relación obligatoria" y obligación, no así el Proyecto bávaro ni el BGB. La nueva expresión escogida para la vieja cosa desarrolla una *dinámica propia* y crea una nueva cosa, que se yuxtapone a la anterior: la "relación obligatoria" deja de ser simplemente la relación de derecho-deber que surge en el seno de una relación jurídica contractual o de otro tipo, en el sentido primigenio de obligación, y se desarrolla hasta convertirse en lo que hasta entonces se denominaba, de modo ocasional, "relación jurídica" (*Rechtsverhältnis*) o "relación contractual" (*Vertragsverhältnis*), es decir, *la totalidad de las relaciones jurídicas, incluidas sus circunstancias y efectos accesorios, que surgen entre las partes por la razón referida*. En el BGB y para los juristas alemanes, el concepto "relación obligatoria" significa ahora y todavía lo mismo que "obligación" (concepto 1), pero junto a ello y por encima de ello significa también (como concepto 2) algo fundamentalmente distinto.

La "relación obligatoria" en el sentido ampliado es una nueva creación que no tiene parangón en ninguna parte. Por doquier fuera de Alemania se contentan con hablar de relaciones de crédito (*Forderungsverhältnissen*) o de obligaciones (*Obligationen*), sin reunir de un modo conjunto, bajo un concepto comprensivo, las posibles fuentes de las obligaciones (entre las que destacan los contratos y los actos ilícitos). En la escala jerárquica de creciente abstracción y generalización se encuentra el concepto "relación obligatoria", en su sentido nuevo y ampliado, como el superior, esto es, por lo menos un escalón por encima de las ideas de obligación, deuda y crédito (concepto 1) y similares.

Proyecto de Dresde, que corresponda con la completa relación obligacional, el derecho de crédito y la correspondiente obligación)."

²² Los dos últimos términos técnicos son expresiones sinónimas para la misma cosa. De este modo, es válido hablar del Derecho de obligaciones (*Schuldrecht*) de Suiza o de cualquier otro país, si se quiere hacer referencia a su Derecho de obligaciones (*Obligationenrecht*). No sucede así con el nombre "relación obligatoria" (*Schuldverhältnis*), el cual, como se va a mostrar, sólo puede equipararse con "obligación" (*Obligation*) de modo casi excepcional.

El ensanchamiento de contenido de la denominación "relación obligatoria" se presenta no como una nueva orientación deseada por los actores, como un cambio consciente de opinión: la introducción adicional de un nueva forma de sentido, la comprensión ampliada en cuanto al contenido del neologismo "relación obligatoria" (concepto 2) no se discute jamás ni se decide en absoluto de un modo explícito. Los materiales disponibles no contienen indicios de ninguna clase que permitan suponer que los redactores del Proyecto bávaro o los del BGB en general eran conscientes de la novedad fundamental del uso lingüístico dogmático dispuesta por ellos. Las personas que intervinieron no sabían lo que hacían y no se percataron de la trascendencia de su propia conducta. Ya la misma aceptación de la expresión "relación obligatoria" en el Proyecto de Dresde fue casual (apartado 4.4), así como su ampliación conceptual en el BGB. Por tanto, el uso lingüístico de la dogmática jurídica alemana aquí descrito es nada más y nada menos que *el resultado de una serie de casualidades*.

5.2. Oposición entre relación obligatoria en sentido estricto y en sentido amplio

Un contrato no puede ser denominado obligación, y como ejemplo de una obligación no puede ponerse un contrato. Conviene recordar: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*²³; los contratos (igual que los actos ilícitos) *crean* obligaciones, pero no tienen la consideración de tales. En el BGB, "relación obligatoria" significa en algunas ocasiones lo mismo que obligación, pero en otros sitios y en general significa principalmente contrato (sobre esto véase la documentación más abajo, apartado 6). Ambos sentidos de las relaciones obligatorias deben tratarse por separado. Los conceptos núm. 1 y núm. 2 están respectivamente en una relación de supra- y subconcepto. La oración: "de las relaciones obligatorias surgen relaciones obligatorias" es absurda y cobra sentido mediante la constatación de que el mismo término técnico hace referencia a dos conceptos diferentes, que hay que mantener con la debida separación: relaciones obligatorias en el sentido ampliado (concepto 2) son el fundamento jurídico (*causa*) del nacimiento de relaciones obligatorias en sentido estricto (concepto 1)²⁴.

5.3. ¿Cómo trata la literatura alemana este doble sentido?

El propósito inicial de no designar con "*relación obligatoria*" otra cosa que la anterior *obligación* aparece expresado en el § 241 del BGB y se refleja en la literatura que se concentra en dicho texto así como principalmente en la doctrina, en la medida en que se mueve en el terreno de los conceptos generales. Y así hasta nuestros días:

GOTTLIEB PLANCK, el más influyente de los redactores y ponente general de la segunda Comisión, puede escribir en su comentario al BGB: "Por Derecho de las relaciones obligatorias... entiende el

²³ GAIVS, *Instituciones*, 3,88. Le siguen las *Instituciones* y el *Digesto* de JUSTINIANO (Inst. 3, 13,2 y D. 44, 7,1 pr.).

²⁴ Ejemplo de la compra y venta: el vendedor tiene la obligación de entrega y transmisión de la cosa vendida, y el comprador, la de pagar el precio. Estas obligaciones pueden ser completadas mediante deberes accesorios, y en segundo plano se encuentran los deberes de saneamiento del vendedor por vicios jurídicos o materiales, que se convierten en obligaciones en cuanto los vicios correspondientes salen a la luz. Cada uno de estos deberes, en la medida en que estén actualizados, representa por sí solo una obligación de una o de la otra parte, y todos ellos en su conjunto constituyen la relación obligatoria en el sentido amplio.

BGB esencialmente lo mismo que en la teoría del Derecho común se había denominado Derecho de las obligaciones." Y PAUL OERTMANN añade en relación con el § 241: "La relación obligatoria tiene como contenido el poder de reclamar una prestación". Con algo más de detalle, el Tratado de F. ENDEMANN: "Relación obligatoria es la relación jurídica de obligación entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas está facultada como acreedor para exigir de la otra una prestación en su condición de deudor"²⁵. Las formulaciones mencionadas se refieren solamente a las obligaciones en el sentido primigenio y no comprenden, sin embargo, la relación obligatoria en el sentido amplio. Más tarde esto sigue siendo así; PHILIPP HECK conoce únicamente las relaciones obligatorias en sentido estricto y a menudo las llama también obligaciones²⁶.

No obstante, esta no es toda la verdad. La ampliación del sentido de "relación obligatoria" ya se anunciaba en los Motivos del Proyecto de BGB (1888). La declaración de principios que puede leerse al principio de la Introducción (en la página 1), conforme a la cual el objeto del Libro segundo sobre la "Relación obligatoria" (*Schuldverhältnis*) no sería otra cosa que la tradicional obligación (nota al pie 21), no es óbice para que unas líneas más abajo, en el segundo párrafo, "relación obligatoria" ya signifique algo distinto y se emplee en el sentido ampliado. En la misma línea se mueve la literatura hasta nuestros días, en la medida en que en general se limita a una delimitación meramente formal de la "relación obligatoria": los autores que tratan del Derecho de obligaciones comienzan con una delimitación de la "relación obligatoria" (concepto 1) orientada al § 241 (apartado 1º), delimitación que coincide exactamente con la obligación tradicional, para luego pasar, sin ninguna indicación explicativa, de la atribución de sentido expuesta al significado más amplio (concepto 2) y unir ambos enfoques sin solución de continuidad. Así sucede ya, de modo ocasional, en la Parte general del Derecho de obligaciones²⁷, pero sobre todo y de forma consecuente en toda la Parte especial, cuando tratan de los distintos tipos contractuales y los cualifican, cada uno considerado por separado, como "relación obligatoria".

²⁵ PAUL OERTMANN (1899), *Das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar)*; sobre el § 241, véase su p. 4; F. ENDEMANN (1903), *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8/9, § 96, p. 574. La nota a pie sobre el § 241 contiene la indicación de que el mismo sólo tiene en cuenta el derecho de crédito, pero no el elemento del deber. El hecho de que, a pesar de ello, el Libro segundo no se llame "Derecho de las relaciones de crédito" (*Recht der Forderungsverhältnisse*), sino que se refiera a la "relación obligatoria" (*Schuldverhältnis*), este autor lo interpreta como una referencia a Inst., 13 pr.: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.* – si verdaderamente la idea del legislador hubiese sido la que ENDEMANN pretende, sería absurda.

²⁶ PHILIPP HECK (1929), *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, § 1.

²⁷ KARL LARENZ (1987), *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I Allgemeiner Teil, § 2, p. 6, donde la exposición comienza del modo siguiente: "La relación obligatoria puede ser caracterizada de modo provisional y sin pretensión de completitud como una *relación jurídica, en la que dos o más personas se encuentran la una frente a la otra, facultadas para exigir, u obligadas a llevar a cabo, determinadas prestaciones.*" (destacado en el original). Esto es todavía la completa obligación de origen romanista. Pero tres páginas más adelante se introducen los *deberes de prestación secundarios (sekundäre Leistungspflichten)* que pueden aparecer junto al deber primario y como ejemplo de los mismos se menciona el deber de compensar el daño en el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación primaria. Esto abandona ya el ámbito de la obligación en el sentido tradicional. Y aún más abajo (p. 26, § 2 apartado V) puede leerse: "Entendemos por 'relación obligatoria' no sólo, como hace la ley... la **relación singular de prestación** (crédito y deber de prestación), sino la **completa relación jurídica** (por ejemplo relación de compra y venta, arrendamiento, de trabajo)..." (destacado en el original).

6. "Relación obligatoria" en sentido estricto y en sentido ampliado

Aquí se confronta la aparición en el BGB de los dos conceptos ya denominados como "relación obligatoria": ante todo este término en el sentido estricto de obligación (concepto 1) en el apartado 6.1 y luego en el sentido ampliado (concepto 2) en el apartado 6.2.

El Derecho de obligaciones del BGB se estructura en una Parte general (*Allgemeiner Teil* [AT]; §§ 241-432) y una Parte especial (*Besonderer Teil* [BT]; §§ 433-853). La Parte general comprende las Secciones (*Abschnitte*) 1ª a 7ª (en la redacción del BGB de 1900, eran de la 1ª a la 6ª), y la Parte especial, la Sección 8ª (en el antiguo BGB, la Sección 7ª)²⁸. Esta subdivisión se sigue también aquí en lo sucesivo.

6.1. "Relación obligatoria" en el sentido estricto ("obligación"; concepto 1)

Nos encontramos con la relación obligatoria en el sentido más estricto del término (entendido como obligación) en la Parte general, ante todo en el § 241 (apartado 1º), con que comienza, y luego en algunas partes de la Sección 4ª (§§ 362-397). Su rúbrica, "Extinción de las relaciones obligatorias" (*Erlöschen der Schuldverhältnisse*), se refiere a singulares relaciones de derecho-deber individualizadas; no, en cambio, a relaciones obligatorias en el sentido ampliado. La causa de extinción del cumplimiento (*Erfüllung*, Título 1º) sólo produce la extinción de una obligación determinada, no de la completa relación obligatoria (a saber, el contrato en su conjunto), del mismo modo que la condonación (*Erläss*, Título 4º; § 397). En los Títulos 2º y 3º (§§ 372-396) se regulan la consignación (*Hinterlegung*) y la compensación (*Aufrechnung*), pero las reglas en cuestión se refieren a créditos y deudas y no se habla en absoluto de relación obligatoria.

6.2. "Relación obligatoria" en el sentido ampliado (concepto 2)

Mientras que la Parte general todavía habla de forma predominante de relaciones obligatorias en el sentido más estricto (obligaciones), no puede decirse lo mismo de la Sección 2ª (Configuración de relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación [*Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*], §§ 305-310) y la Sección 3ª (Relaciones obligatorias nacidas del contrato [*Schuldverhältnisse aus Verträgen*], §§ 311-359). Ambas Secciones contienen reglas sobre el nacimiento, existencia y determinación del contenido de los contratos, y la "relación obligatoria" sólo puede ser entendida aquí en el sentido ampliado.

Es la Parte especial del BGB la que constituye el verdadero dominio de la relación obligatoria en el sentido ampliado, esto es, la Sección 8ª: es más amplia que todas las secciones anteriores juntas, regula todo el Derecho de contratos en especial así como los actos ilícitos y el enriquecimiento. Se titula "Relaciones obligatorias particulares" (*Einzelne Schuldverhältnisse*) y presenta al lector unas

²⁸ La citada contraposición de Parte general y Parte especial se remonta al Proyecto bávaro y también se encuentra en el Derecho de obligaciones suizo. El BGB no sigue a ninguno de estos modelos; quien da el paso hacia la contraposición actualmente omnipresente entre Parte general y Parte especial es la doctrina.

dos docenas de tipos de tales relaciones obligatorias (esto es, veintisiete Títulos de la Sección 8º del BGB revisado, §§ 433-853), que en su totalidad deben entenderse en el sentido amplio del término y que no pueden sustituirse por "obligación".

7. ¿Cuál es la justificación de la relación obligatoria en el sentido ampliado?

Si el legislador añade a la figura milenaria de la obligación una figura nueva que concurre con ella, hay que preguntarse por el fundamento y justificación de este paso. Sólo las relaciones de derecho-deber actuales, en el sentido de las obligaciones tradicionales (concepto 1), tienen un significado práctico directo, y es precisamente en ellas en lo que se centran todas las codificaciones del Derecho de obligaciones, con la excepción de la de Alemania.

En la doctrina alemana relativa a los contratos, la equivocidad de la expresión relación obligatoria (y con ello la introducción de un concepto nuevo) se entiende a menudo como un proceso de la "ampliación" de la comprensión del sentido originario de la obligación²⁹. Y esta ampliación del concepto relación obligatoria se interpreta como una invitación para entender el concepto de contrato de una forma más libre de lo que sería posible según la redacción legal.

En este contexto, cabe mencionar la figura de la "lesión contractual positiva" (*positive Vertragsverletzung*) introducida por HERMANN STAUB. En 1902 formuló la necesidad de que las sanciones por incumplimiento contractual no se derivasen solamente de la falta de prestación de cumplimiento debida, sino también del cumplimiento defectuoso y, en especial, de la infracción de deberes de omisión³⁰. Antes de la Reforma del Derecho de obligaciones, el § 286/I establecía que: "El deudor tiene que compensar al acreedor el daño que le cause por la demora" (*Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen*). La exigencia de STAUB consiste en que la sanción al incumplimiento no sólo derive de la mora y la falta de cumplimiento de prestaciones contractuales positivas, sino también de la infracción de deberes contractuales accesorios y de deberes de omisión. Ciertamente, esta solución propuesta por él es sensata. No obstante, lo que STAUB no tuvo en cuenta es que su propuesta constituye desde hace mucho tiempo el Derecho vigente fuera de Alemania. Su tesis no puede celebrarse como un descubrimiento, sino que STAUB formula una propuesta de Derecho que es evidente prácticamente en todas partes³¹. Sólo el daño causado al BGB en su mismo nacimiento, es decir, la

²⁹ "Ampliación" a pesar de la circunstancia de que el texto del BGB desde el primer día coloca ambas atribuciones de sentido la una junto a la otra, de modo inmediatamente reconocible con un contenido distinto. Luego la relación obligatoria en sentido estricto que corresponde con la obligación está, desde hace dos milenios, definida claramente y fijada en créditos y deberes de deuda determinados en cuanto al contenido, y una transformación de este concepto hacia una nueva atribución de significado no puede tomarse en serio.

³⁰ H. STAUB (1902), "Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen", Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin, p. 46 ss.; H. STAUB (1904, 1913) "Die positiven Vertragsverletzungen", Berlin.

³¹ Art. 1142 CCF: "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur" (la infracción de deberes de acción o de omisión desencadena la obligación de compensar el daño). El CC español dispone en el art. 1088: " Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa", a lo que añade en los arts. 1102 y 1103 la confirmación de que la infracción de *todas las obligaciones* o

solución opuesta incorrecta que resulta en Alemania de una comprensión literal de los textos, hace que la propuesta de STAUB sea posible y tenga sentido.

H. SIBER, que parcialmente asume la redacción del Comentario al BGB de PLANCK se aleja en puntos elementales de su texto, propone que "la expresión relación obligatoria... sólo se utilice en el sentido de un organismo; se debería más bien distinguir entre la relación obligatoria en sentido amplio y en sentido estricto y por ésta entender la pretensión individual" (*das Wort Schuldverhältnis ... nur im Sinne eines Organismus zu gebrauchen; man müsste sonst das Schuldverhältnis im weiteren und engeren Sinne unterscheiden und unter dem letzteren den Einzelanspruch verstehen ...*). Esto no es otra cosa que la distinción aquí defendida entre dos conceptos, unida a la propuesta de que la "relación obligatoria en sentido amplio" (concepto 2) se coloque en un lugar central y se califique como *organismo*. Esto suena muy bien y produce cierto efecto, pero en realidad no tiene nada que ver con la dogmática, la técnica jurídica y una construcción de conceptos esmerada. La fórmula de SIBER tuvo gran aceptación en los años treinta³², y aún se encuentran giros emparentados con aquélla, igual de nebulosos³³. Tal forma de expresarse, tan agradable al oído como carente de sentido, es la que hace posible el término "relación obligatoria" del BGB.

No se puede demostrar la tesis de que el neologismo "relación obligatoria" haya contribuido a la interpretación correctora del BGB. La "lesión contractual positiva" postulada por STAUB no tiene relación alguna con este tema. La figura de la *culpa in contrahendo (c.i.c.)*³⁴, que ha crecido como fundamento de todas las posibles causas extralegales de nacimiento de obligaciones, carece de cualquier vinculación con la "relación obligatoria": IHERING no retomó, en su artículo del año 1861, un término técnico que entonces emergía en la distancia, y el Reichsgericht en su sentencia en el caso del linóleo del año 1911 (RGZ 78, 239-241) aceptó ciertamente que había "entre las

bien toda clase de obligaciones produce un deber de reparar (*responsabilidad*). No sucede de otro modo en el *Derecho de obligaciones suizo*, art. 97. Al respecto afirma v. TUHR, en la Parte general del Derecho de obligaciones, vol. II, § 68/IV, nota al pie 86: "El Derecho suizo, en mi opinión, se las puede arreglar sin el concepto de la lesión contractual positiva, concepto inútil debido a su excesiva amplitud, y sobre todo sin dicha expresión, que no puede comprenderse sin una explicación especial". En las citadas codificaciones, no cabe hablar de una limitación del supuesto de hecho de lesión al no cumplimiento de la prestación positiva. Lo mismo puede decirse de Austria; sobre ello, REISCHAUER (en Rummel, Komm.ABGB, en N. 4 vor §§ 918): "La lesión positiva del crédito es una categoría extraña al Derecho austriaco, que tampoco encuentra sitio alguno en los ordenamientos jurídicos que han logrado abstenerse del desafortunado Derecho sobre las perturbaciones de la prestación debida del (...) BGB."

³² Por ejemplo, HEINRICH LANGE (1934), *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, núm. IX, p. 70: "El nuevo pensamiento jurídico no sólo subordina al individuo con respecto a la comunidad, sino que también vincula a unos individuos con otros de un modo más estrecho a causa de la comunidad." Y unas líneas más adelante: "La unidad de la relación obligatoria está por eso en primer plano, la 'relación obligatoria' como organismo es más que una suma de pretensiones individuales", o bien se dice que "la relación obligatoria se adentra, desde un mecanismo externo de prestación, en una comunidad interna de confianza...".

³³ KARL LARENZ (nota 27) titula su p. 26 así: "La relación obligatoria como estructura y proceso" (*Das Schuldverhältnis als Gefüge und als Prozess*) y afirma en la p. 27: "De ahí que la relación obligatoria no sea sólo una suma de distintas consecuencias jurídicas, sino una figura de sentido, una **estructura con sentido**" (destacado en el original).

³⁴ Sobre ello, más abajo, apartados 8.5, 9.2, 10.1 y 10.2.

partes una relación jurídica preparatoria de la compra, de naturaleza similar a la de un contrato", sin poner esta sentencia—que va más allá de nuestro Derecho positivo—en relación con el tema de la "relación obligatoria". La propuesta de que se reconozcan "relaciones contractuales de hecho" (*faktische Vertragsverhältnisse*)³⁵, hoy en Alemania asimismo subordinada a la *c.i.c.*, tampoco tiene ninguna vinculación con el término técnico relación obligatoria.

8. En el nuevo § 311, párrafo 2º, y el § 241, párrafo 2º, "relación obligatoria" aún significa otra cosa distinta (concepto 3)

La Reforma del Derecho de obligaciones ha añadido al término técnico "relación obligatoria" aún un tercer sentido, que se diferencia de los dos conceptos expuestos hasta ahora tanto desde el punto de vista estructural como el normativo y que se distancia de ellos considerablemente en lo tocante al contenido (apartado 8.2).

8.1. Nuevo texto legal: § 311, párrafos 2º y 3º, y § 241, párrafo 2º

Desde el 1.1.2002, la Sección 3ª de la Parte especial ("Relaciones obligatorias contractuales" (*Schuldverhältnisse aus Verträgen*)) comienza con el § 311 (antes, § 305). Al párrafo 1º, que permanece inalterado y que se dedica a la constitución de obligaciones mediante negocio jurídico, se añaden otros dos, de los cuales interesa ahora el *párrafo 2º*:

"Una relación obligatoria con deberes conforme al § 241 párrafo 2º también surge mediante: 1.º el establecimiento de negociaciones contractuales; 2.º la preparación de un contrato, en virtud del cual una parte, en consideración a una eventual relación jurídico-negocial proporciona a la otra parte la posibilidad de influencia sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses o se los confía, o 3.º contactos negociales similares." (*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs.2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.*)

Esta regla constituye una norma de remisión, cuyo contenido se refiere al § 241 párrafo 2º, en él mencionado:

"La relación obligatoria puede obligar a cada parte al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte según su contenido. (*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*)

La situación jurídica resultante de la relación de ambas disposiciones es difícil de comprender. Para el lector carente de un profundo conocimiento previo es incomprensible. Sin embargo, según la opinión común consta que la regulación tiene como cometido establecer el Derecho

³⁵ Sobre esto, abajo, [nota 50](#).

judicial surgido con anterioridad de un modo extralegal sobre la base de la alegación de la *culpa in contrahendo*³⁶.

Prescindiendo del contenido, ya la misma presentación de la nueva regulación sorprenderá al observador extranjero: intercalación del mensaje de la norma (distribución en tres lugares distintos: § 311 y § 241 BGB, el último de los cuales completado por el § 280 párrafo 1º)³⁷; luego, la fijación de los presupuestos del deber de resarcir no se lleva a cabo mediante la delimitación del comportamiento incorrecto que desencadena la sanción, sino mediante el establecimiento de un mandato, cuya falta de observación da lugar al deber de resarcir. A todo ello hay que añadir después la indeterminación en cuanto al contenido (apartado 8.3) y la oscura pretensión de validez así como la presentación del conjunto como una regla del tipo "puede" o *Kann-Regel* (apartado 8.4).

8.2. "Relación obligatoria" es aquí una norma imperativa

Las dos "relaciones obligatorias" tratadas al comienzo (los conceptos 1 y 2) son descriptivos y carentes de contenido normativo, pues por sí solos no establecen ni derechos ni deberes, sino que simplemente se remiten a las relaciones jurídicas que fundamentan deberes. En cambio, el § 311 párrafo 2º es distinto ahora en algo básico: estatuye la regla jurídica de que el establecimiento de negociaciones contractuales y similares da lugar a los deberes delimitados en el § 241 párrafo 2º, a saber, aquellos que se refieren "al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte". Esta es una norma imperativa y a su infracción se une una sanción (el deber de reparar el daño; § 280 párrafo 1).

La unión de un deber de conducta válido actualmente a una "relación obligatoria" es algo totalmente nuevo, que no se podía encontrar en la redacción original del BGB. Como ilustración puede tomarse una vez más la compra y venta: el enunciado de que las partes han celebrado un contrato y que con ello se encuentran en una relación obligatoria es en principio una fórmula vacía, que sólo recibe su contenido a partir de lo pactado por las partes. No sucede así con la "relación obligatoria" regalada a las partes por el § 311 párrafo 2º del BGB: *ex lege* surge un deber de conducta o de deuda y revela él mismo y en toda su extensión los deberes impuestos a los afectados: el § 241 párrafo 2º se impone como una norma imperativa determinada en cuanto al

³⁶ Al respecto, baste ver HEINRICH (2003) en el comentario Palandt, 62. 2003 (es decir, la primera edición referida al BGB revisado), en relación con el § 311 núm. marginal 11 "Culpa en la conclusión del contrato (*culpa in contrahendo*) - codificación de un instituto jurídico no escrito" (*Verschulden bei Vertragsschluss [culpa in contrahendo] - Kodifizierung eines ungeschriebenen Rechtsinstituts*)" y luego *in fine*: "Los apartados 2 y 3 renuncian a formular un supuesto de hecho que regule todas las singularidades susceptibles de subsunción. En el aspecto material, no aportan ninguna alteración con respecto al Derecho judicial o consuetudinario aplicado con anterioridad".

³⁷ § 280 Sección 1ª BGB: "Si el deudor infringe un deber de la relación obligatoria, el acreedor tiene derecho a una compensación del daño resultante. Esta regla no se aplica si el deudor no tiene que soportar la infracción del deber." (*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*)

contenido y directamente aplicable, cuyo incumplimiento es sancionable también de un modo directo.

El resultado al que aquí se ha llegado es único. En ningún otro lugar designa el concepto de obligación un deber de conducta concreto y ordenado por el mismo legislador, y aún menos puede hacerlo la relación obligatoria en su nueva y ampliada variante (concepto 2) que, con respecto a la "obligación", se encuentra en un nivel de abstracción superior.

8.3. Imprecisión de la norma

En cuanto al contenido, la norma de mandato se nos presenta como nebulosa y remite a conceptos generales vagos: el mandato estatuido por el apartado primero, de que en el caso de negociaciones contractuales debe tenerse "respeto" (*Rücksicht*) frente a la otra parte contractual, carece de un contenido claro. El mismo no deviene más comprensible por la orientación del respeto debido hacia "los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte": los derechos o los bienes jurídicos están protegidos jurídicamente *per definitionem*, pues sin dicha protección serían inexistentes y en consecuencia no necesitan ninguna salvaguarda adicional. En las negociaciones contractuales tener "respeto" por los *intereses de la parte contraria*, esto es, defenderlos, constituye un mandato extraño. Seguramente esta regla no puede intentar prohibir del todo la defensa de los propios intereses en las negociaciones contractuales. Cada parte en las negociaciones se encuentra por ello ante una compleja situación en la que tiene el deber de defender al mismo tiempo dos intereses contrapuestos forzosamente. Una exigencia de esta índole es simplemente difícil de cumplir. Resulta improbable que las partes intervinientes en la negociación piensen en ella o que la tomen en serio.

Aún más enigmáticos son los apartados 2º y 3º, que completan las llamadas negociaciones contractuales del apartado 1º. Lo que deba significar el proporcionar la "posibilidad de influencia sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses", y esto "en consideración a una eventual relación jurídico-negocial", es algo que escapa al autor de este trabajo. Él mismo no alcanza a imaginarse los cursos y procesos en los que el legislador pueda haber pensado cuando exige para aquéllos que sean tenidos en consideración.

El mandato normativo que obliga a "cada parte al respeto" no es más que una *invitación a la buena práctica comercial*. Semejantes mandatos morales generales no se habían expresado nunca hasta ahora en la forma de obligaciones (o deberes de conducta) y desde luego jamás como relaciones obligatorias en el sentido amplio. La buena conducta en las negociaciones comerciales no puede obtenerse por la fuerza. La función de la regla de la *delimitación de los presupuestos de la sanción* (léase aquí las consecuencias del deber de reparar el daño) es percibida de un modo más formal que real; desde el punto de vista funcional, no estamos delante de otra cosa que una cláusula general, que faculta a los Tribunales a decidir de un modo discrecional según las circunstancias de cada caso.

8.4. Pretensión de validez dudosa: ¿naturaleza dispositiva? ¿O validez del tipo "puede" (Kann-Geltung)?

Se ha defendido la opinión de que la relación obligatoria creada e impuesta *ex lege* a las partes por el § 311 podría *excluirse contractualmente* por las partes y que, por tanto, constituye *Derecho dispositivo*³⁸. Ciertamente, esto se corresponde con las reglas generales aplicables a las relaciones obligatorias (tanto la obligación de pagar el precio de compra como la relación obligatoria del contrato de compra y venta pueden ser modificados posteriormente por las partes), y los § 311 y § 241 no se declaran a sí mismos como normas de Derecho imperativo. Pero si se reflexiona sobre el hecho de que la "relación obligatoria" de la que aquí se trata es algo completamente diferente a las conocidas hasta ahora, y que las partes no la han constituido, sino que les viene impuesta por el legislador, las dudas sobre la naturaleza dispositiva del sistema normativo referido quedan puestas de manifiesto. Si se permite la exclusión contractual del deber de respeto arriba referido, también sería posible la *exclusión implícita*. Dado que el establecimiento del deber de respeto, tal como está formulado en la ley, se opone a las ideas tradicionales del tráfico y del comercio y que no resulta familiar a las partes, sino extraña, debería aplicarse como regla general una *presunción* de que al comenzar las negociaciones contractuales las partes han querido de modo coincidente y tácito que se aplique una cláusula de exclusión del tenor siguiente: *Cada uno se ocupa de sus propios problemas y no necesita preocuparse de los de la otra parte*.

La cuestión de la posibilidad de excluir contractualmente la aplicación de los § 311 párrafo 2º y § 241 párrafo 2º debe dejarse abierta aquí. Su discusión debería verse en relación con otra creación excepcional del legislador, a saber, la presentación del deber de respeto como una norma referida a lo que se "puede" (*Kann-Regel*): el mandato decisivo se delimita en el § 241 párrafo 2º, pero no obliga de una forma determinada y en cualquier caso al respeto, sino que *puede* hacer tal cosa. Un deber existente sólo tal vez, un mandato de conducta sólo quizás obligatorio, es una cosa singular se mire como se mire. El sentido y el alcance de esta regla es, pues, también dudoso. No cabe tampoco excluir aquí que los padres de la ley hayan querido cosa distinta de lo que escribieron en la misma, esto es, que hayan querido que las reglas expuestas valgan de un modo incondicional. En conjunto, la pretensión de validez (*Geltungsanspruch*) de la innovación legislativa aquí tratada permanece abierta y resulta cuestionable de dos formas diferentes. A todo observador no le queda más que confusión. *Difficile est satiram non scribere*.

8.5. Dudosa transcripción legal de la c.i.c. de nuestra práctica tradicional

La innovación del § 311 párrafo 2º se propone fijar en la ley la tradición jurídica extralegal que hasta el momento recibía la etiqueta de *culpa in contrahendo* (c.i.c.)³⁹. La oscuridad de esta manera de proceder en lo legislativo constituye un tema en sí mismo (sobre él, el apartado 9 más abajo). De momento, aquí debe reconocerse solamente que tal propósito legislativo no puede deducirse

³⁸ HEINRICHS en Palandt en relación con el § 311 (nota 36) sobre la exclusión véase su núm. 7; sobre la mera modificación de la relación obligatoria, los núms. 3-6.

³⁹ Arriba, nota 36.

del tenor literal de la ley⁴⁰. El objetivo que el legislador aspira conseguir sólo podrá alcanzarse porque los juristas alemanes lo conocen desde el inicio y la literatura y la jurisprudencia existentes hasta ahora establecen el contenido normativo propuesto. La *tradición jurídica*, aquí representada por la doctrina alemana de la teoría de la *culpa in contrahendo* y la praxis judicial que la completa desde el año 1911, son elevados aquí a la categoría de *fuentes del Derecho*.

9. Normalización defectuosa de la tradicional fuente extralegal de la obligación

9.1. Sobre las tradicionales *causae obligationum* ausentes en general

Las codificaciones del Derecho privado que existen hoy en día en todo el mundo se centran en su conjunto en los contratos y los actos ilícitos solamente, completados por las situaciones complementarias de la *negotiorum gestio* y la *condictio* (ésta llamada de nuevo cuasicontractual o cuasidelictual). Esta sistemática imita la de las fuentes romanas (sobre ello, más arriba, apartado 3.1). Pero de resultados de la necesidad que todos los legisladores tienen de simplificar las cosas, quedan en todas las leyes estas dos —o en su caso, cuatro— fuentes del nacimiento de las obligaciones como las únicas. Las ordenaciones se entienden como exclusivas, a diferencia de lo que sucedía en la antigua Roma, donde en especial el grupo de los cuasicontratos permaneció abierto para otros casos ulteriores que deviniesen necesarios.

La insuficiencia de la sistemática legal estrictamente centrada en la exclusividad del contrato y el acto ilícito es la causa de la aparición de nuevas *causae obligationum* adicionales fuera de la ley. Sin que éstas sean a su vez consideradas exclusivas, pueden distinguirse hoy tres grandes grupos: de origen alemán, los dos créditos de nacimiento paralegal de la *culpa in contrahendo* y de los casos de las (mal) llamadas "*relaciones contractuales de hecho*". A éstas hay que añadir últimamente el grupo de la llamada responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*), cuya autoría hay que atribuir al Tribunal Supremo federal (*Bundesgericht*) suizo. Sobre esta casuística desglosada según el modelo suizo véase más abajo el apartado 10.

9.2. Trasfondo histórico de la *c.i.c.* y de la fórmula del § 311 párrafo 2º del BGB

La figura de la *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) se remonta al artículo publicado por R. IHERING en el año 1861 con el título "*Culpa in contrahendo; oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*" [*Culpa in contrahendo, o indemnización por un contrato nulo o que no llega a perfeccionarse*]⁴¹. El objeto fundamental del autor era el deber de reparar el daño que

⁴⁰ El deber de respeto en las negociaciones contractuales, tal como ha quedado recogido en el § 311 Sección 2ª y el § 241 Sección 2ª parece apoyarse sobre la suposición de que la regla de la *c.i.c.* exige tal respeto. Sin embargo, esta no es realmente la tesis de IHERING. *Contrahere* tampoco significa para él negociar, sino dar el sí con respecto a un contrato. *Culpa* según el punto de vista de IHERING no es una falta de respeto en la negociación, sino la *conclusión* de un contrato a pesar de la deficiente realizabilidad del contrato acordado. Sobre ello véase ahora el apartado 9.2.

⁴¹ R.IHERING, en los *Jahrbücher für Dogmatik*, vol. 4/1861, p. 1-112.

tiene la parte contractual que impugna con éxito un contrato perfeccionado sobre la base de un error, en el supuesto en que dicho error es fruto de su propia negligencia (*culpa*). A ello añade aún otros casos de contratos ineficaces como los de imposibilidad de la prestación o de gestión defectuosa del mensajero. La idea de que el comprador debería tener una pretensión de indemnización por la prestación contractual esperada no era nueva, sino que ya se podía encontrar en las fuentes romanas y en el ALR⁴².

Ciertamente, la doctrina de la *c.i.c.* suscitó la atención de la doctrina alemana, pero el reconocimiento por la praxis judicial no tuvo lugar hasta cincuenta años más tarde. Fue con la llamada sentencia de la alfombra de linóleo (*Linoleumteppich-Entscheid*) de la Corte imperial (*Reichsgericht*) del año 1911 (RGZ 78, 239 ff.) que se abrió el camino hacia el reconocimiento de fuentes de las obligaciones adicionales en el Derecho de obligaciones alemán, olvidadas en las codificaciones modernas. El *Reichsgericht* mismo no hizo alusión alguna a IHERING o a la *c.i.c.*, sino que es la doctrina la que establece esta conexión. Frente a ello, hay que aclarar que algo así no es correcto. Los supuestos discutidos por IHERING se referían al hecho de la conclusión del contrato (*Vertragsschluss*). No así el caso resuelto por el *Reichsgericht*, relativo a una señora que fue a mirar rollos de linóleo a una empresa de revestimientos para suelos y que sufrió daños al caerle encima uno de los rollos: aquí no se había celebrado contrato alguno y no cabía defraudar ninguna expectativa de que alguno llegase a celebrarse. En el fondo, la sentencia es acertada, pero no se puede fundamentar en la *c.i.c.* en el sentido que le da IHERING. Más bien nos encontramos ante un nuevo supuesto de responsabilidad (si es que realmente no se había reconocido como tal con anterioridad), que anticipa lo que hoy en día se llama *Vertrauenshaftung* en el sentido de la jurisprudencia del Bundesgericht suizo: no se trata de confianza decepcionada (como lo era en el trabajo de IHERING) referida al cumplimiento de un contrato, sino más bien de la ausencia de peligros (en el caso del linóleo, en el interior del local de venta; sobre ello el apartado 10.4).

La justificación del reconocimiento de una fuente de la obligación extralegal que puede observarse en la sentencia del linóleo mediante la invocación del argumento de la *c.i.c.*, sin que los presupuestos de la *c.i.c.* se hayan cumplido, ha invitado a la imitación: en Alemania se han querido fundamentar sobre este argumento tan socorrido otras varias fuentes extralegales de las obligaciones, que se han presentado como casos de aplicación de la *c.i.c.* aun cuando no tengan nada que ver con el concepto ideado por IHERING. Así podemos encontrarnos hoy bajo la etiqueta justificativa de la *c.i.c.* una larga serie de sentencias (en conjunto seguramente acertadas en cuanto al fondo de los asuntos), que se dejan subdividir a su vez en grupos, pero que difícilmente podrían ordenarse bajo la *culpa in contrahendo* en el sentido que le dio IHERING.

Al jurista alemán actual, la fórmula *c.i.c.* le parece corriente, pero no obstante ya no la entiende en el sentido de su creador, sino como un conglomerado de fuentes de las obligaciones reconocidas por la praxis y surgidas fuera de la ley. Esta praxis debía encontrar un fundamento legal en el BGB del 2001.

⁴² IHERING (nota 41), p. 8 ss.; D.18,1,62,1 o Inst.3,23,5; venta de lugares sagrados no venales, o de una persona libre como si fuera esclava.

El modo de proceder del legislador de la reforma consistente en vincular la regulación a aprobar con el concepto de la *c.i.c.* es sorprendente. La alusión a la figura mental de la *c.i.c.* en Alemania sólo venía motivada por la dificultad creada por la ausencia de fundamento legal para una serie de fuentes de las obligaciones no previstas por la ley pero aún así imprescindibles. Al fijar en la ley la fuente de la obligación considerada necesaria, la Reforma del Derecho de obligaciones nos ha liberado de esta dificultad. Una legislación bien entendida se habría fijado como cometido proporcionar una regulación para los problemas que se habían hecho visibles en la praxis anterior, en lugar de dejar la ordenación material incorrecta de la *c.i.c.* y en consecuencia establecerla legalmente.

9.3."Relaciones contractuales de hecho" y responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung) resultan excluidas en el nuevo BGB

Estos dos grupos de casos no sólo son reconocidos en Suiza, sino que fueron en su mayor parte también un componente del argumento de la praxis judicial alemana basado en la *c.i.c.* (sobre ello, véanse aún los apartados 10.3 y 10.4 más abajo). Que esta praxis deba quedar establecida por la reforma legal aquí tratada (arriba, nota al pie 39 y texto que la acompaña) es una cosa, y otra muy distinta que los § 311/II y § 241/II con su nueva formulación centrada en los *tratos o negociación contractuales (Vertragsverhandlung)* no comprendan estos dos ámbitos, o, dicho de un modo más claro, que con este presupuesto la *responsabilidad quede excluida de modo explícito*:

- *De lege ferenda* la mayoría estará de acuerdo en que un viajero sin billete debe pagar el precio del viaje, de igual modo que el adquirente de un automóvil debe pagar una contraprestación por haberlo utilizado durante casi cinco años sin saber que el contrato subyacente era inválido debido a un defecto de forma⁴³. Ambos supuestos de responsabilidad no pueden fundamentarse sino mediante la teoría de las "relaciones contractuales de hecho" (*faktische Vertragsverhältnisse*); en nada alteran esta constatación ni la incorrecta denominación de la teoría ni la deficiente fundamentación por parte de su "descubridor" (sobre ello, más abajo, apartado 10.3). Sin embargo, en los casos mencionados, así como en otros muchos otros parecidos, no puede hablarse de una falta de respeto en las negociaciones contractuales en el sentido del § 241 párrafo 2º BGB: en realidad, el viajero sin billete ha evitado con éxito las negociaciones, mientras que el adquirente del automóvil ciertamente ha negociado, pero no ha actuado con culpa⁴⁴.

- Tampoco en los casos de la responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*) existen entre las partes ni negociaciones contractuales ni un contrato: la responsabilidad de la antaño famosa empresa *Swissair* por su filial insolvente sólo fue la consecuencia de la publicidad que ambas empresas habían realizado en común; no puede hablarse en este caso de un trasfondo contractual. Lo mismo puede predicarse de otros muchos casos: la responsabilidad del expedidor

⁴³ Sobre esto, abajo, [nota 54](#).

⁴⁴ El formulario contractual que deviene ineficaz procedía del enajenante. El adquirente puede no haber sido consciente de la ineficacia de la forma en el momento de la conclusión del contrato (la práctica judicial correspondiente y la posibilidad consiguiente de que se solicite la restitución de las prestaciones ejecutadas ni siquiera resulta familiar para todos los juristas).

de un certificado de trabajo que induce a error frente al empresario que sufre un daño a consecuencia de dicho error; la responsabilidad del autor de dictámenes engañosos (que por ejemplo aseguran a los potenciales compradores un determinado valor y la ausencia de cargas y gravámenes de un inmueble), no se basan sobre contratos concluidos con la víctima que sufre un daño por su confianza en los documentos (véase más sobre este aspecto abajo, apartado 10.4)⁴⁵.

Hay muchos casos que siguen a los dos ejemplos que se acaban de mencionar. Podrían suceder con más frecuencia y en la práctica con un significado mucho mayor que aquéllos en los que las partes hubiesen llevado a cabo negociaciones contractuales o suscrito un contrato (sobre ello véase aún el apartado 9.5).

9.4. Riesgo para su aplicación práctica

Los grupos de supuestos de hecho mencionados, situados prácticamente en primer plano, se resolvieron hasta ahora, en buena medida de un modo acertado, también en Alemania, de tal forma que el carácter deficiente o incorrecto de la alusión en ella introducida a la *c.i.c.* sólo era conocida para el entendido en la materia. No sucede así en la situación con la que nos encontramos ahora: el texto legal, que tiene como misión materializar la práctica existente hasta el momento en relación con la *c.i.c.*, presupone explícitamente una relación contractual, cuya ausencia en los dos grupos de casos mencionados salta a la vista y deviene inmediatamente reconocible por cualquier lego en Derecho.

La asunción de que la praxis desarrollada hasta ahora alrededor del *topos* de la *c.i.c.* seguirá existiendo en el futuro a pesar del tenor literal de la ley, que no permite tal cosa, e incluso que se seguirá desarrollando de una forma conveniente, es atractiva, pero constituye posiblemente una ilusión. Quien esto escribe, influido por las experiencias de la práctica, no puede asumir semejante cándido optimismo con una buena conciencia. Tenemos ante nosotros una cláusula general de contornos vagos, cuya aplicación y realización en cada caso concreto no podrá ser conseguida sin algún esfuerzo. La persona a la cual se exija responsabilidad (demandada conforme al § 280 para que repare el daño) utilizará con toda seguridad la posibilidad de alegar la ausencia de contrato y de negociaciones contractuales. Esto implica forzosamente que se tenga que desestimar la demanda, si uno quiere ser fiel al tenor literal de la ley. No existe ninguna certeza de que una argumentación como la referida, basada sobre hechos incontrovertibles, deba ser infructuosa. La confusión del Juez acompaña por ello, de modo forzoso, a la aplicación de la innovación legislativa expuesta. Resolver de un modo que contradiga el claro tenor literal de la ley exige quizás coraje, pero ciertamente también palabras nada fáciles de encontrar, si no

⁴⁵ El contenido susceptible de generalización de la sentencia del caso del rollo de linóleo (RGZ 78,239) es un ejemplo clásico de la aquí llamada *Vertrauenshaftung* y de ahí que ni tenga relación con las negociaciones contractuales ni quepa hacerse depender la responsabilidad de la culpa; por ambas razones, el mismo no queda comprendido por la actual regulación del BGB. Lo mismo puede decirse, como ya se ha visto, con respecto a la *culpa in contrahendo* en el sentido de IHERING. La Reforma del Derecho de obligaciones quiere, desde luego, establecer en el BGB la usual tradición de la *c.i.c.*, pero con la formulación escogida excluye los dos elementos que se encontraban en su punto de partida.

ambiguas, con las que fundamentar dicha decisión, mientras que, al contrario, para rechazar la pretensión, las palabras necesarias aparecen por sí solas.

Los supuestos de hecho ("para- o extralegales") a los que se anuda la responsabilidad y que ocupan en la práctica el primer plano no sólo no han encontrado acogida en la ley, sino que, justamente al revés, se ha ideado una fórmula que, tomada al pie de la letra, no sólo significa que no se hayan reconocido porque no se les ha tenido en cuenta, sino que quedan explícitamente excluidos. De este modo, si bien hasta ahora faltaba una base legal para las obligaciones extralegales, ahora han pasado a ser *contra legem*. Si prescindimos para Alemania de la revisión del texto legal, que quizás no pueda llevarse a cabo por razones políticas, el riesgo de que desaparezca la práctica existente hasta ahora, basada en la *c.i.c.*, sólo puede evitarlo la doctrina. Para ello es preciso un tratamiento literario ampliamente fundamentado del ámbito del problema de todas las fuentes extralegales de las obligaciones. Con ello puede proporcionarse, si bien no en la ley, por lo menos en la doctrina, una base para la necesaria y esperable práctica judicial.

9.5. La sanción prevista consistente en el deber de reparar el daño por la lesión del mandato de respeto no es siempre suficiente

El deber de reparar el daño es la sanción correspondiente y exigida por IHERING en los casos de *culpa in contrahendo*. Lo mismo vale también en los supuestos de "relaciones contractuales de hecho" y de la responsabilidad basada en la confianza según el modelo de la sentencia del *Reichsgericht* en el caso del rollo de linóleo (arriba, apartados 9.2 y 9.3, abajo, apartado 10). No obstante, si nos centramos en el ámbito de los supuestos de hecho comprendidos por el tenor literal de la ley, en los que se exige "respeto hacia los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte" en las negociaciones preliminares (§ 241 párrafo 2º), esto deja de ser cierto y debe ser discutido. Con todo, este deber resulta difícil de cumplir, pues los casos en cuestión, de infracción del mandato referido, no resultan fáciles de encontrar.

El ejemplo más significativo de conducta incorrecta en las negociaciones contractuales consiste en *suministrar información incorrecta* o bien en *reservarse la información debida*. Tal forma de proceder deviene significativa desde el momento en que la inducción al error conduce al nacimiento de un contrato. Sin embargo, en los casos en que se ha concluido un contrato, las sanciones consistentes en el deber de reparar el daño suelen ser insuficientes: sin la infracción, o bien no hubiese surgido contrato alguno, o bien se hubiese celebrado uno con un contenido distinto. Cuando se mantiene el contrato, la imposición adicional de un deber de pagar una compensación dineraria quizás no constituya la solución más conveniente; lo apropiado sería, o bien suprimir el contrato concluido, o bien mejorarlo desde el punto de vista de su contenido. En esta dirección, el nuevo Derecho de obligaciones del BGB no aporta nada nuevo.

Si las negociaciones no conducen a que se celebre un contrato, tampoco resulta fácil deducir que una de las partes haya llevado a cabo una conducta culposa causante de daños a partir de las molestias que aquéllas se han tomado y que han quedado en un puro blablablá. El único supuesto concreto en esta materia del que habla la literatura es el de la *actuación sin voluntad de contratar*. La indemnización constituye aquí la única compensación posible y la causación de un

daño resulta fácilmente concebible: los esfuerzos y costes infructuosos de la actuación; las oportunidades perdidas con la contratación que en otro caso hubiese tenido lugar; los costes de las medidas anticipatorias adoptadas en consideración a la esperada conclusión del contrato, y otros similares⁴⁶.

Otros ejemplos en los que una de las partes sufre un daño de resultados de unas negociaciones contractuales infructuosas como consecuencia de la conducta culposa de una de las partes, que no están comprendidos por el tenor literal de la ley y que justifican que se reconozca un deber de reparar el daño, no resultarían fáciles de encontrar. Supuestos de hecho de responsabilidad, que puedan apoyarse en el tenor del § 311 apartado 2º y del § 241 apartado 2º, no parece que sean demasiado frecuentes ni tengan en conjunto una gran importancia; la gran mayoría de los supuestos que dan lugar a dicha responsabilidad no tienen nada que ver con las negociaciones contractuales y quedaría excluida por el presupuesto de aplicación que se desprende de una interpretación literal de la ley.

10. División en Suiza de la casuística en tres subgrupos

10.1. Las *causae obligationum* extralegales en general

Mientras que la doctrina de IHERING sobre la *c.i.c.* tuvo que esperar cincuenta años en Alemania y, en Austria, casi más de cien⁴⁷ para que fuese reconocida judicialmente, en Suiza fue admitida en los Proyectos del Derecho de obligaciones suizo pocos años después de su aparición. Aunque también en Suiza, del mismo modo que en Alemania, el argumento de la *c.i.c.* sirvió durante un largo período de tiempo para fundamentar otras fuentes de las obligaciones extralegales, se ha establecido hoy en dicho país un reconocimiento independiente de las *causae obligationum* necesarias desde un punto de vista material, que permite una distinción racional de distintos supuestos de hecho y que los libera del contexto inapropiado determinado por la *culpa* y el *contrahere*.

De resultados de lo anterior, la situación jurídica que se encuentra en Suiza no se aleja mucho de la que ha surgido en Alemania sobre la base de la *c.i.c.* y que debería acogerse en la aplicación de la regla del § 311 apartado 2º del BGB. En algunos aspectos, el desarrollo en Suiza ha precedido temporalmente a los demás y hoy en día se les ha adelantado. Sobre todo, ha alcanzado una

⁴⁶ El autor del presente trabajo ya ha expuesto en el año 1980 este ámbito de supuestos en relación con la *culpa in contrahendo*; véase su *Obligationenrecht* (1980), Allgemeiner Teil, Zürich, §17 III/2 (así como la 2ª edición de 1988; agotada [actualmente disponible en www.eugenbucher.ch]), pero en su conjunto no lo considera muy significativo. En la práctica es seguramente mucho más importante el supuesto allí también mencionado, en el que el contrato que requiere una forma (ventas inmobiliarias) se concluye con declaraciones de voluntad con fuerza de obligar, pero sin embargo se rehúsa cumplir la promesa de satisfacer el requisito de forma. Tal cosa tampoco queda comprendida por el tenor literal del BGB y debe encuadrarse hoy dentro de la *Vertrauenshaftung* (abajo, apartado 10.4).

⁴⁷ Sentencia del OGH de 8.10.1975, en SZ 48/102 o bien JBl 1976, 205 (referencia según RUDOLF WELSER (1984), en "Liechtensteinische Juristenzeitung", LJZ, p. 101 y ss.)

diferenciación mayor. Del supuesto de hecho de la *c.i.c.* se han segregado dos más: las llamadas "relaciones contractuales de hecho" (*faktische Vertragsverhältnisse*) (apartado 10.3, siguiente) y la llamada "responsabilidad basada en la confianza" (*Vertrauenshaftung*) (apartado 10.4).

10.2 La *culpa in contrahendo* (c.i.c.) tradicional

La teoría de la *culpa in contrahendo* en el sentido de IHERING fue adoptada por WALTHER MUNZINGER, el padre intelectual del Derecho de obligaciones suizo, en su primer Proyecto de un Derecho de obligaciones suizo⁴⁸, sólo ocho años después de la aparición del trabajo de IHERING. Yendo más allá que IHERING, previó también un deber de indemnizar del representante sin poder. Así lo hacen todavía los artículos 26 CH/OR, 39 y además 36/II; en la misma línea, con posterioridad, también el artículo 411/II ZGB. A la vista de la amplia recepción legal, queda más bien poco margen para que se invoque la doctrina extralegal de la *c.i.c.* hoy en día⁴⁹.

10.3. Relaciones contractuales de hecho (*faktische Vertragsverhältnisse* [FVV])

Fue GÜNTER HAUPT quien en 1941 introdujo en el debate la teoría de las "relaciones contractuales de hecho" (*faktische Vertragsverhältnisse*)⁵⁰. Este cuestionable término técnico se refiere al nacimiento excepcional de obligaciones que usualmente se fundamentan en los contratos, mediante la conducta fáctica del obligado. HAUPT tiene el mérito de haber planteado un ámbito de problemas importante pero a pesar de ello ignorado por la doctrina durante mucho tiempo: la exigencia, al margen de un contrato, de una prestación (en cualquier caso no ofrecida contractualmente) que sólo podría conseguirse por vía contractual⁵¹. Por lo demás, la teoría adolece de dos problemas: Quiere abarcar también la utilización de medios públicos de transporte, de la corriente eléctrica de los cables y similares que, no obstante, son situaciones de hecho a las que desde un principio nadie les ha dado vela en este entierro⁵². Después conduce a la interpretación de HAUPT al error de creer que con la reclamación, que tiene lugar al margen de un

⁴⁸ Proyecto de 1869, arts. 47 y 61/II; en el actual OR, arts. 26 y 39. El texto del OR de 1883 y los materiales legislativos sobre el Derecho de obligaciones están desde hace poco disponibles en URS FASEL ([nota 10](#)), Materialien (véanse las disposiciones citadas arriba, p. 519 y 521).

⁴⁹ Aquí y allá aparece todavía una adhesión adicional al argumento de la *c.i.c.* Esto resulta superfluo y no constituye otra cosa que el arrastre continuo de viejas costumbres. El único caso en el que subsiste la necesidad de volver a reflexionar sobre el argumento de la *c.i.c.* parece a quien esto escribe el de la *responsabilidad* no mencionada por la ley, derivada de un acuerdo contractual en el que la *prestación es imposible* ya en el momento de conclusión del contrato.

⁵⁰ GÜNTER HAUPT (1943), "Ueber faktische Vertragsverhältnisse " (conferencia inaugural de 1941 en la Universidad de Leipzig), publicado en *Festschrift für Heinrich Siber*, Leipzig, p. 1-37.

⁵¹ El aterrizaje en un aeródromo fundamenta un crédito del propietario del aeródromo para reclamar la tasa por aterrizaje sin que haya existido una conclusión de contrato con anterioridad (tal es el ejemplo clásico puesto por Haupt), quien viaja sin billete debe pagar la tarifa correspondiente al trayecto que realiza, etc.

⁵² A la vista del deber de contratar (*Kontrahierungspflicht*) de los suministradores de corriente eléctrica y agua o del transportista, sujetos a determinados precios fijos, y similares, desde el principio no cabe hablar de contratos seriamente. Los elementos de Derecho público dominan el terreno; a la vista de que por norma general el oferente necesita haber recibido una concesión pública, lo más correcto sería que se hablase de una utilización de establecimiento (*Anstaltsnutzung*).

contrato y que tal vez sea no permitida, de la prestación, nazca un contrato, que a su vez obliga al pago de un precio. En puridad, el deber resultante *ex lege* es la consecuencia de la reclamación de la prestación; hablar aquí de nacimiento de un contrato es desacertado. La denominación "relaciones contractuales de hecho" es algo lamentable, razón por la cual aquí se entrecomilla. Un cambio de nombre es algo que quien esto escribe prefiere no intentar.

En el fondo, HAUPT está admitiendo (aunque sin saberlo) mecanismos antiquísimos: actualmente, la *negotiorum gestio* resulta familiar a todas las codificaciones del Derecho privado, y otros cuasicontratos de los romanos demuestran el principio. El mismo fue generalizado en la época de la recepción e incluso el nombre que le dio HAUPT puede remontarse varios siglos hacia atrás⁵³.

En Suiza, apenas se tomó nota de la exposición anterior hasta que en el año 1984 el *Bundesgericht* se adhirió a esta causa del nacimiento de las obligaciones en un *leading case*⁵⁴; desde entonces, la figura de las relaciones contractuales de hecho constituye una de las existencias permanentes de la praxis suiza en todas las instancias.

A la sazón, la tesis de HAUPT en parte entusiasmó, y en parte indignó, a la *doctrina alemana*, y a un periodo de amplia aceptación siguió otro de helada. Pero el rechazo general de los primeros tiempos, hoy renovado y que se va extendiendo, se refirió y se refiere principalmente a la forma de argumentar de HAUPT, más que al fondo de la cuestión misma. La praxis judicial alemana se ha adherido en sentencias fundamentales a la tesis, pero hoy en día la rechaza mayoritariamente y las sentencias en las que la tesis de HAUPT podría tener aplicación prefieren apoyarse en el argumento de la *c.i.c.*⁵⁵.

⁵³ *Factum, unde hic obligatio nascitur* afirma ARNOLD VINNIUS (1588-1657), en su *Comentario a las Instituciones*, Libro 3, Título 28, Sección 1ª, núm. 5 *in fine* (citado aquí según la edición de Lyon, 1709, p. 648); de modo parecido, JOHANNES VOET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas*, en relación con D.44,7 núm. 5 (citado según la edición de Den Haag, 1731). Compárese con todos ellos sobre todo el trabajo fundamental de CARLO AUGUSTO CANNATA (1986), *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris LIII*, Pontifica Universitas Lateranensis, Roma, a quien el autor del presente trabajo agradece estas indicaciones.

⁵⁴ BGE 110 II 246; admisión de una *situación contractual de hecho* (*situation contractuel de fait*). En el caso de un contrato de venta a plazos denominado por las partes *contrato de leasing*, que resultó ser nulo por defecto de forma conforme a los arts. 226a OR ss., el adquirente de un automóvil se basó sobre dicha nulidad para exigir, tras cuatro años y medio de vida del contrato, la devolución de los pagos que había realizado. El Tribunal reconoce un derecho de crédito contrario, susceptible de compensación, al vendedor, para obtener una indemnización en concepto de utilización del coche.

⁵⁵ Al respecto véase BUCHER (1996) en *Zeitschr.f.Europ.Privatrecht*, p. 713-722, reseña de PETER LAMBRECHT (1994), "Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen", Tübingen. [<http://www.eugenbucher.ch/> , núm. 65)]. Este autor se identifica a sí mismo con la llamada tendencia negativa alemana, pero no obstante hace indicaciones interesantes a los precedentes históricos del siglo XIX y principios del XX y documenta la práctica y la literatura más recientes sobre el BGB, que la tesis rechaza casi sin excepción, pero que en realidad su contenido sigue repetidas veces.

10.4. Responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung [VH])

Desde la sentencia del *Bundesgericht* BGE 120 (1994) II 331 (sentencia del caso *Swissair*), se ha establecido firmemente en Suiza la praxis de la llamada responsabilidad basada en la confianza: una sociedad filial de la ya desaparecida compañía aérea, sociedad que ofrecía la utilización de residencias de lujo, había puesto de relieve en la publicidad que llevaba a cabo su relación con la sociedad matriz de una forma tan ostensible y con la tolerancia de esta segunda, que el público podía confiar que dicha sociedad matriz garantizaría de la misma manera tanto la correcta conducta comercial como la solvencia de su filial; el Tribunal estimó la reclamación de una indemnización, basada sobre dicha confianza, del demandante que había perdido su prestación a causa del concurso de la filial. Esta sentencia sigue a una considerable serie de sentencias que, sin haberse referido al término *Vertrauenshaftung*, ya habían llevado a la práctica el mismo principio con una fundamentación distinta (en particular, la *c.i.c.* y el Derecho de la responsabilidad civil). El principio de responsabilidad de la VH ha sido confirmado en una serie de sentencias del más alto Tribunal así como de las instancias inferiores⁵⁶. Otras sentencias rechazan las reclamaciones, pero sólo después de haber confirmado dicho principio de responsabilidad⁵⁷. En la literatura, el concepto ha quedado cada vez más firmemente establecido⁵⁸. En Alemania, numerosos casos similares al referido han sido y son resueltos del mismo modo aunque con otra fundamentación (en especial, sobre la base de la *c.i.c.*)⁵⁹.

Quien esto escribe propone que se diferencie entre la confianza individual (*Individualvertrauen*) y la confianza general (*Generalvertrauen*): la responsabilidad de *Swissair* está fundamentada por su propia conducta, y lo mismo vale en relación con la responsabilidad frente a terceros por manifestaciones escritas (certificados de trabajo, dictámenes, etc.). Al contrario, la responsabilidad del tendero en la sentencia del rollo de linóleo se basa sobre la confianza general, pues el mismo no se ha caracterizado por merecer una especial confianza, sino que la misma responsabilidad juega en general en relación con cualquier persona: Quien invita a otras personas a que entren en su espacio, tiene que garantizar la ausencia de riesgos, en la medida en que surjan de su propia esfera. La responsabilidad surgida de la confianza general coincide con la responsabilidad del propietario de una obra (*Verkeigentümerhaftung*), en relación con la cual debe

⁵⁶ BGE 121 III 350, y posteriormente la confirmación de la *Vertrauenshaftung* en la BGE de 7.1.1999 (*Monte Rosa*); publicada en la traducción francesa en *Sem.Jud.* 123 (2001) p. 541-549; los fragmentos decisivos del texto original en alemán se encuentran en *Recht* 2001, p. 68-70, en el artículo allí publicado por BUCHER, «Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann». Además, BUCHER (2005), "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", en *Festschrift für H.P.Walter*, Bern, p. 231-261. [<http://www.eugenbucher.ch/>, núms. 76 y 89].

⁵⁷ BGE 121 III 310; 124 III p. 297 ss. y 364 ss.; BGE de 28.1.2000 (4C.296/1999) E.3).

⁵⁸ Una sencilla selección bibliográfica se encuentra en la publicación editada por CHRISTINE CHAPPUIS y BÉNÉDICTWINIGER (2001), "La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du TF", *Journée de la responsabilité civile*, Zürich, p. 146-161 que contiene bibliografía, un conjunto de sentencias del *Bundesgericht* publicadas y no publicadas, (p. 203 ss., 213 ss.) así como indicaciones de Derecho comparado sobre el desarrollo en el extranjero (p. 235-262); finalmente, los dos artículos publicados por EUGEN BUCHER, citados en la [nota 56](#).

⁵⁹ Las sentencias mencionadas por HEINRICHS en el Comentario al BGB de Palandt (62. Aufl. 2003) en relación con el 311 BGB (en especial el Rn.11 y ss. sobre la *c.i.c.*) a penas incluyen los supuestos contemplados por IHERING, sino otros allí subsumidos en Alemania, entre los cuales hay algunos que en Suiza se consideran casos de *Vertrauenshaftung* (o bien de "relaciones contractuales de hecho").

entenderse una vez más que la responsabilidad sólo existe en la medida en que el afectado podía confiar en la inexistencia de riesgos y que por ello se expuso al mismo⁶⁰.

11. Conclusiones

El término técnico *Schuldverhältnis* (relación obligatoria) se introdujo en el lugar de "obligación" (*Obligation*) con el fin de evitar el extranjerismo y se utilizó en el BGB del año 1900 también en parte con este significado. Sin embargo, dicha expresión ha adquirido un segundo sentido, pues sirve para referirse a relaciones jurídicas de cualquier clase que fundamentan el nacimiento de obligaciones, lo cual comprende ante todo contratos, pero también actos ilícitos y las restantes *causae obligationum*. Ambos conceptos se yuxtaponen, y "relación obligatoria" significa ora una cosa, ora la otra. El sentido ampliado, que va más allá del de obligación, ocupa un primer plano tanto en el texto legal como en el uso lingüístico jurídico actual en Alemania; falta una separación conceptual de ambos significados (para indicaciones sobre la aparición de uno y otro usos, véase el apartado 6).

La reforma del Derecho de obligaciones del año 2001 ha añadido un tercer sentido a los dos ya referidos (apartado 8). A diferencia de los anteriores, éste no es un concepto jurídico descriptivo, sino normativo en sí mismo, y aparece como un mandato normativo de tipo general-abstracto en el que se contiene una orden individual-concreta. El mismo se dirige a toda persona que inicie negociaciones contractuales y le obliga a tener "respeto" hacia la otra parte (§ 311 apartado 2º BGB con remisión al § 241 apartado 2º). Supuestamente, la intención del legislador es fijar en la ley la tradición jurídica previamente surgida sobre la base de la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Esto es algo que no se desprende del texto de la ley, que, tomado al pie de la letra, no comprende ni el contenido de la decisión de la sentencia del caso del rollo de linóleo (*Linoleumrollen-Entscheid*, RGZ 78, 239) ni la mayor parte de la praxis judicial hasta ahora aparecida sobre la base de la *c.i.c.* (textualmente, quedan excluidos de modo explícito los casos más significativos, aquí expuestos como *Vertrauenshaftung* y "relaciones contractuales de hecho", porque ambos carecen – dada su esencia – de toda relación con tratos preliminares). De modo apendicular, debía mostrarse cómo la tradición jurídica resumida hasta ahora en Alemania mediante la etiqueta de la *culpa in contrahendo* podría dividirse adecuadamente en las fuentes de nacimiento de las obligaciones que faltan en la legislación, como sucede actualmente en la doctrina y en la praxis de Suiza (apartados 9 y 10).

"Relación obligatoria" en su significado primario es lo mismo que obligación y resulta intercambiable con este otro nombre. Entretanto, para referirse a la *relación obligatoria en sentido amplio* (*Schuldverhältnis im erweiterten Sinn*, con el ejemplo clásico del contrato de compra y venta) no puede utilizarse la palabra *obligación*, pues ello constituiría al mismo tiempo una vulgarización del lenguaje técnico y una falsificación del sentido de la *obligatio*⁶¹. En el uso lingüístico actual de

⁶⁰ Al respecto véase BUCHER en Festschrift für Walter (nota 56).

⁶¹ En las traducciones es frecuente la utilización de *obligatio*, sin que esto sea satisfactorio. *Obligation* se puede encontrar por ejemplo en JULES GRUBER (1900), *Code Civil de l'Empire d'Allemagne, Texte allemand avec traduction*

la lengua románica, según el estado de los conocimientos de quien esto escribe, no ha surgido ninguna formación de palabras que pueda utilizarse aquí. Ni en las lenguas románicas ni en inglés pueden encontrarse nombres coincidentes con los que quepa referirse a la "relación obligatoria en sentido amplio". Lo mismo puede decirse del singular empleo del término técnico en el nuevo § 241 apartado 2º del BGB. La conclusión que debe extraerse de todo lo anterior es que debe tomarse buena nota de lo que estas construcciones de conceptos tienen de característico, sin que se quiera integrarlas en una dogmática general transfronteriza del Derecho de las obligaciones. La expresión *Schuldverhältnis* en el sentido hoy prevalente que tiene en el BGB puede permanecer como una especialidad de la civilística alemana y no necesita ser adoptada en ningún otro lugar. En la medida en que va más allá del sentido de obligación, es prescindible y puede sustituirse de caso en caso por contrato, pretensión de responsabilidad civil o similares; apenas existe necesidad alguna de utilizar un concepto general que abarque todas las relaciones jurídicas obligatorias.

La figura de la relación obligatoria en sus distintos significados se remonta a la propuesta, formulada por colegas juristas bávaros que nos siguen siendo desconocidos, de que se emplease la expresión "relación obligatoria" (*Schuldverhältnis*) en lugar de "obligación" (*obligation*) en el Proyecto de Código Civil bávaro del año 1861. Además, su adopción por el BGB viene motivada por la circunstancia de que el Proyecto de Dresde utilice asimismo dicha expresión (aunque sólo en su sentido restringido). En ningún estadio de la legislación se presenta la nueva denominación *Schuldverhältnis* nunca se sometió a debate ni fue jamás objeto de toma formal de decisiones alguna. Nos encontramos ante una *casualidad histórica*, de la que como tal hay que tomar nota, pero que no requiere ninguna reflexión de los fundamentos conceptuales del Derecho de obligaciones.

La particularidad terminológica del BGB aquí estudiada no tuvo, en cuanto a su aparición, parangón alguno en los demás ámbitos de la tradición jurídica de la Europa continental, y el BGB apenas ha tenido seguimiento. El desarrollo al que se ha hecho referencia ha ampliado la distancia que separa a la civilística alemana de la tradición jurídica de todos los demás territorios continentales europeos, al mismo tiempo que ha dificultado su comprensión en el extranjero. Las explicaciones que preceden pretenden mostrar que, en el fondo, las peculiaridades del BGB aquí tratadas no introducen ninguna novedad profunda. La presentación de las mismas, que aparece como extraña a los ojos del observador extranjero, no tiene ningún significado fundamental. No hacer caso de tales peculiaridades constituye el camino más seguro para liberar a la mirada de las ataduras que aquéllas acarrearán, así como para encontrar una lengua común y avanzar en el camino hacia una dogmática del Derecho de obligaciones que a la vez sea común y nos una.

française, Strasbourg, donde el título de la Parte especial, esto es, de la Sección 7ª, es *Des obligations diverses*. Con ello el *contrat de vente* y todos los demás contratos devienen una *obligation*.