

DESARROLLO HIPOTÉTICO DEL DAÑO Y CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO*

Prof. Dr. Hermann LANGE** y Prof. Dr. Gottfried SCHIEMANN***

I. Problema, configuración de casos y delimitación

1. El problema y la configuración de los casos. La cuestión de la relevancia de los daños hipotéticos o de la causalidad anticipante¹ o causas de reserva² no ha podido ser conducida aún a una solución definitiva, a pesar de más de 100 años de discusión.³ Se trata del problema de si le está permitido al obligado a indemnizar el invocar que el daño causado por él, si se suprimiera mentalmente el suceso dañoso, habría afectado asimismo de otra manera al legitimado a la indemnización. Las configuraciones de los casos posibilitan numerosas dife-

* Versión española del § 4 de la obra *Schadensersatz [Indemnización del daño]*, de Hermann Lange y Gottfried Schiemann, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 180/211. La obra pertenece a la serie: *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen [Tratado de Derecho de las Obligaciones en exposiciones individuales]*, al cuidado de Joachim Gernhuber, tomo 1. Traducción al español por Santiago López Warriner y Marcelo A. Sancinetti (Buenos Aires), con revisión de David Bieger (Bonn) y Leandro A. Dias (UBA).

** Eberhard Karls Universität Tübingen (Alemania).

*** Eberhard Karls Universität Tübingen (Alemania).

¹ El concepto de “causalidad anticipante” proviene del tiempo en que se buscaba resolver los problemas ligados a los daños hipotéticos exclusivamente desde el punto de vista de la relación causal. Induce a error, porque una vez que la acción resulta causal del suceso dañoso no puede ser “anticipada” por otra. V., por lo demás, *infra*, sub III.

² Este ilustrativo concepto fue acuñado por Heck, cfr. Heck, *SchuldR*, § 14, n.º 5.

³ Windscheid, *Heidelberger Krit. Ztschr.*, t. II, 1855, p. 551; Windscheid/Kipp, *Pandekten*, 9.ª ed., § 258, nota 5; Brinz, *Pandekten*, 2.ª ed., § 281, I, b, nota 4; Dernburg, *Pandekten*, 5.ª ed., § 45, nota 10; Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, pp. 146 ss.; Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, 1865, p. 12.

renciaciones, sobre las cuales se han basado, en la doctrina, en parte, también distintas apreciaciones jurídicas.

Así, el suceso hipotético puede provenir de un tercero o del damnificado mismo.

Ej.: el edificio demolido sin sentencia firme en el proceso de expropiación habría sido destruido más tarde por un ataque aéreo.⁴ Contra-ej.: el propietario de un camión levemente damnificado sufre un daño total antes de la reparación, sin intervención de terceros. El locatario se muda, sin haber satisfecho el deber contractualmente asumido de realizar reparaciones de ciertos daños menores; luego, el locador hace dividir la vivienda en varios departamentos, mediante lo cual se habrían destruido las reparaciones de los daños menores.⁵

En los casos recién expuestos, la “causa de reserva” se halla temporalmente después del suceso que origina el deber de indemnizar. Ésta puede hallarse también antes de él.

Ej.: poco después de la entrada de las tropas aliadas en el año 1945, el intendente de una ciudad imparte una orden de destruir un depósito de bebidas alcohólicas. El posterior demandado no ejecutó la orden en todo su alcance, sino que les permitió a quienes intervinieron en la destrucción llevarse una pequeña cantidad y tomó también para sí mismo 19 botellas.⁶

También puede ocurrir que el suceso hipotético se dé posteriormente, pero que ya se profile la cadena causal que lleva a él.⁷

⁴ Cfr. al respecto, BGHZ, t. 29, p. 207 (rescisión de un emprendimiento de expropiación).

⁵ En estos llamados “casos de reformas en la construcción” se ha rechazado muchas veces el deber del locatario de indemnizar el daño haciendo referencia a la relevancia del daño hipotético; así en OLG Köln, MDR, 1971, p. 665; LG Düsseldorf, WuM, 1973, p. 160; LG Mannheim, WuM, 1978, p. 85; LG Hamburg, WuM, 1978, p. 208. Otro punto de vista propugna una adecuación del contrato, de tal forma que el inquilino tiene que abonar la suma que ahorra por la desaparición de la propia prestación; en este sentido, BGHZ, t. 77, pp. 301 ss.; t. 92, pp. 363 ss. Un panorama más reciente sobre la jurisprudencia y la amplia doctrina, en Soergel/Heintzmann, § 535, n.º m. 317 a 319.

⁶ OLG Celle, NJW, 1949, p. 585.

⁷ Desde el punto de vista puramente lógico, por supuesto toda cadena causal se puede reconducir en forma ilimitada. En la secuencia temporal de los sucesos se basan las diferenciaciones de Deutsch, *Haftungsrecht*, n.º m. 180 a 182.

Ej.: un empleado sustrae fondos confiados a su administración. El banco en el cual tendría que haber depositado el dinero, y que entra posteriormente en concurso, se hallaba ya en dificultades de pago al tiempo del desfalco.⁸

El suceso hipotético también puede basarse en una predisposición presente en el propio objeto damnificado.

Ej.: una lesión inferida al legitimado a la indemnización conduce a la pérdida de la vista del ojo derecho. Igual daño se habría producido a corto plazo, como consecuencia de una enfermedad hereditaria.⁹

La predisposición al daño también puede ser externa.

Ej.: el tanque de aceite averiado habría tenido que ser reemplazado, de todos modos, en vista de nuevas disposiciones de seguridad que ya se hallaban en vigor, dentro de cierto plazo.¹⁰

Además, se le ha atribuido considerable importancia en la doctrina, a diferenciaciones según la naturaleza de los respectivos componentes del daño. El suceso hipotético puede referirse al daño inmediato/directo (o al daño del objeto) o al indirecto (a las consecuencias patrimoniales); al daño positivo o al lucro cesante o a un daño del cual puede considerarse su restitución natural, o un daño que amerita su indemnización dineraria.¹¹ El ejemplo dado de las bebidas alcohólicas conduce, finalmente, a un grupo de casos que se denomina “conducta alternativa conforme a Derecho” y se refiere a si el obligado a indemnizar puede invocar que el daño que causó antijurídicamente también lo podría haber causado conforme a Derecho (v. *infra*, sub XII).

2. Delimitación de la compensación de ventajas. Del círculo de problemas de la compensación de ventajas es distinguido, como regla general, el de las causas hipotéticas, por el hecho de que en el primero surge una ventaja real y en el último una irreal, en razón de que la circunstancia que obliga a indemnizar impidió una disminución del patrimonio que, si no, se habría producido.¹² Debe destacarse la existencia de superposiciones, sobre todo, si el ahorro de gastos se incluye en la compensación de ventajas.¹³ Por medio de una consideración

⁸ Ejemplo a partir del caso de RGZ, t. 141, p. 365.

⁹ RG, LZ, 1917, p. 861; cfr. también BGH, JZ, 1959, p. 773.

¹⁰ V. al respecto, *infra*, sub VII.

¹¹ V. al respecto, *infra*, sub VI.

¹² Así, Esser, *SchuldR*, 2.ª ed., § 63, n.º 1.

¹³ Respecto de los casos en la zona limítrofe, v. Rother, *Haftungsbeschränkungim Schadensrecht*, 1965, pp. 225 s. Haciendo ponderaciones y resolviendo correctamente en favor del punto de vista jurídico del daño hipotético, BGH, NJW, 1986, pp. 1329, 1332 (acerca de la situación de hecho, v. *infra*, § 4 VII). Sobre

económica, se evidencia un parentesco general entre ambos institutos dado que económicamente es indistinto que un daño se contraponga a un aumento patrimonial o que haya impedido una disminución del patrimonio que de otra manera se habría producido.

El parentesco se advierte también en las distintas fundamentaciones dadas para la misma situación de hecho. Así, existe unidad de criterios acerca de que el derecho a la indemnización de los gastos de sepelio, conforme al § 844, I, no puede ser denegado ni disminuido por el hecho de que el muerto habría fallecido de todos modos antes o después. En general, ello se imputa al problema de la causalidad anticipante (v. *infra*, X, 5), pero en la jurisprudencia se habla en parte también de una compensación de ventajas inadmisibles (OLG Karlsruhe [Tribunal superior regional], VersR, 1993, p. 381).

A pesar de todo, no debería abandonarse la separación, que corresponde a la tradición jurídica de esos ámbitos. Una integración en la doctrina de la compensación de ventajas¹⁴ sólo sería recomendable si los criterios elaborados para ésta también pudieran ser utilizables para los casos de daños hipotéticos, en favor de lo cual no existe ningún punto de contacto suficiente.

II. Disposiciones legales

Conforme al § 287*, 2.ª orac., 2.ª mitad, el deudor que se halla en mora, que conforme al § 287, 2.ª orac., 1.ª mitad, responde aun del caso fortuito, es liberado por la circunstancia de que el daño también se hubiera producido en caso del cumplimiento oportuno de la prestación. Lo mismo rige, conforme al § 848*, para aquel que le ha sustraído a otro una cosa

la delimitación, recientemente, Wendehorst, *Anspruch und Ausgleich*, 1999, pp. 104 ss. y Thüsing, *Wertende Schadensberechnung*, 2001, pp. 26 s.

¹⁴ Propuesta de Grunsky, FS für Lange, lug. cit. (v. bibliografía). En principio del mismo modo, MünchKomm/Oetker, § 249, n.º m. 207.

* El § 287 dice:

§ 287. Responsabilidad por mora. El deudor moroso responderá ante/por toda imprudencia. Responde por la prestación aun si se da un caso fortuito, salvo que el daño también se hubiera producido si la prestación se hubiese ejecutado en tiempo oportuno.

* El § 848 dice:

§ 848. Responsabilidad por caso fortuito en caso de sustracción de una cosa. El obligado a la restitución de una cosa sustraída a otro por un acto ilícito, será también responsable de la pérdida fortuita, de la imposibilidad de restituirla por otra causa o del deterioro casual de la cosa, a no ser que la pérdida o la imposibilidad de restituir o el deterioro hubieran ocurrido también sin la sustracción. (Véase los arts. 287 y 292).

por un acto ilícito. Conforme al § 565*, HGB (Código de Comercio) y, conforme al § 44*, BinSchG (Ley de Navegación en Aguas Interiores), el fletante que carga la mercadería en otro buque que en el convenio, no responde por su pérdida, si ésta habría surgido aun en caso de conducta acorde al contrato. En caso de reclamaciones por avería gruesa, los sucesos hipotéticos son considerados en el marco del § 705*, HGB. Según el § 9, V, BEG (Ley Federal de Indemnización) no se otorga indemnización por daños que habrían surgido aun sin la persecución.

Por otro lado, en el Derecho marítimo, conforme al § 844, HGB, subsiste un deber de indemnizar de la aseguradora, aun cuando después se produzca un nuevo daño o una pérdida total. Además, en el Derecho de compraventa que se hallaba en vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001, se preveía que el comprador de una cosa mueble afectada de un vicio jurídico conservaba un derecho a indemnización aun después de la pérdida de la cosa (§ 440, II, ant. red.). En el reformado Derecho de las obligaciones podría regir lo mismo, en virtud del § 437, n.º 3, con remisiones (cfr. §§ 280 a 283 con remisiones).

Pueden entrar en consideración análogas con estas disposiciones, cuando los fines de las normas están emparentadas así; p. ej., respecto del § 844, HGB, para el tratamiento de sucesos hipotéticos en el marco del derecho de seguros (v. *infra*, sub X, 3). Sin embargo no pueden inferirse de esas disposiciones argumentos en favor de la existencia de un principio general, como tampoco se podría obtener de éstas un amplio *argumentum econtrario*.¹⁵

* El § 565 del Código de Comercio, vigente al momento de la publicación del texto, decía:

§ 565. 1) El cargador no está autorizado a embarcar los bienes en otro buque, sin permiso del consignatario. Si infringe esta disposición, será responsable de todo daño surgido de ello, a no ser que el daño también hubiera surgido y hubiese afectado al consignatario, si los bienes no hubieran sido cargados en otro buque. 2) En caso de que el cargamento en otro buque resultara de estados de necesidad posteriores a la partida del buque, no tendrán aplicación las disposiciones del primer párrafo.

* El § 44 de la Ley de Navegación en Aguas Interiores (hoy derogado).

* El § 705, del Código de Comercio, vigente al momento de la publicación del texto, decía:

§ 705. 1) La pretensión al resarcimiento de un daño de una avería gruesa será anulada por una avería especial que afecte más tarde al mismo objeto, a no ser que sea damnificado de nuevo o se pierda completamente, sólo si el accidente posterior no guarda ninguna relación con el anterior, y sólo en la medida en que el accidente posterior también hubiera conducido al daño anterior si éste no hubiera surgido ya. 2) Pero sí, para reponer el objeto damnificado, ya se hicieron gastos antes de la producción del accidente posterior, subsistirá la procedencia de aquella pretensión al resarcimiento.

¹⁵ Otra cuestión es la de si puede resultar una regla general a partir de razones distintas a lo que puede considerarse en base a los §§ 287, 2.º orac., 848. Lo último es supuesto por Heck, SchuldR, § 14, n.º 6; v. Caemmerer, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, 1962, p. 17. Esser, SchuldR,

III. Daños hipotéticos y relación causal

En la jurisprudencia del RG (Tribunal del Reich) y en la doctrina más antigua, la cuestión de la posibilidad de tener en cuenta los daños hipotéticos ha sido considerada como problema de la relación causal, siguiendo a la Exposición de Motivos.¹⁶ Principalmente el RG se basa en la consideración de que la causalidad de la “causa que interviene” no puede ser anulada por la existencia de la “causa de reserva”.¹⁷ Se resolvió de otra forma sólo en los casos de jubilaciones y pensiones e inversiones (v. *infra*, sub VIII y IX). La causalidad de la “causa que interviene” casi no es puesta en duda tampoco hoy, dejando de lado los ámbitos problemáticos del “lucro cesante” y de los “daños a la capacidad laboral”; respecto de los cuales se defiende el criterio de que un suceso no puede ser causal de la falta de una ganancia, si ésta tampoco habría sido obtenida por otras razones.¹⁸ Por lo demás, existe en la jurisprudencia y en la doctrina amplia unidad de criterios en el sentido de que no se trata de cuestiones de relación causal, sino de cuestiones de imputación del daño.¹⁹ En el caso concreto la clasificación, sin embargo, puede ser muy dudosa.^{19a}

2.ª ed., 1960, §§ 62, n.º 9, II, b, y 10, I, a, infiere de los §§ 287, 2.ª orac., 848, particularidades en favor del tratamiento de causas hipotéticas para el caso de responsabilidades sin culpa.

¹⁶ Cfr. Mot., t. II, p. 769.

¹⁷ De lo más detallado, RG-Z, t. 141, p. 365; t. 144, p. 80; t. 144, p. 348, 358. Así, también la antigua doctrina, cfr. las referencias en Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, p. 200, nota 4. A diferencia del RG, empero, ya Planck/Siber, § 249, nota 4b; Siber, *SchuldR*, § 9, n.º 2; Heck, *SchuldR*, § 14, n.º 6.

¹⁸ Niederländer, *AcP*, t. 153 (1954), pp. 41, 47 ss.; cfr. también, partiendo de otro concepto de interés, Keuk, *Vermögensschaden und Interesse*, 1972, pp. 89 ss. Podría ser correcta la siguiente diferenciación: si el suceso dañoso ha eliminado un presupuesto de la ganancia posible al tiempo de la acción dañosa, no se modifica nada de la causalidad por el hecho de que después decaiga otro presupuesto; en cambio, sería distinto si, al tiempo del suceso dañoso, ya constaba que la ganancia, de todos modos, no se podría obtener, tal como pueden estar las cosas en los casos de predisposición al daño.

¹⁹ Herm. Lange, *AcP*, t. 152 (1952/53), pp. 153, 157; v. Caemmerer, *lug. cit.* (nota 15), pp. 4 ss.; Lemhöfer, *JuS*, 1966, pp. 337 ss.; Frank/Löffler, *JuS*, 1985, pp. 689 ss.; Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 93; Soergel/Mertens, n.º m. 152, previo al § 249, *MünchKomm/Oetker*, § 249, n.º m. 202; Larenz, *SchuldR*, t. I, § 30, I; Esser/Schmidt, *SchuldR*, t. I, § 33, IV; Fikentscheer, *SchuldR*, n.º m. 557. También el BGH analiza el significado de las causas hipotéticas en el marco de la imputación del daño; cfr. p. ej. BFGZ, t. 10, pp. 6, 9; t. 29, p. 207, 215; BGH, *JZ*, 1960, p. 409; *NJW*, 1967, p. 551; 1986, p. 1329, 1332. Sin decidir, en cambio, sobre la clasificación en el ámbito de la relación causal o de la imputación del daño, BGHZ, t. 20, p. 275, 279. La clasificación tiene importancia para la carga de la prueba (§ 286 o bien § 287, ZPO, v. *infra*, sub XI).

^{19a} Acerca de la delimitación, p. ej., el caso BGH, *NJW*, 2000, p. 2110.

IV. Daños hipotéticos e imputación del daño según la hipótesis de la diferencia

Conforme al § 249, 1.^a oración, el obligado a indemnizar tiene que restituir el estado que existiría si no se hubiera producido la circunstancia que obliga a indemnizar. Si, en los casos de daños hipotéticos, se suprime mentalmente la circunstancia que obliga a indemnizar, al legitimado a reclamar la indemnización también le habría surgido, en forma total o parcial, el daño causado por el obligado. Si bien la ley no dice expresamente que, al computar el daño, se deben agregar mentalmente daños hipotéticos, es difícil de discutir que en el marco de la hipótesis de la diferencia no sólo se debe suprimir mentalmente los sucesos dañosos, sino que el cálculo del saldo determinante exige, en términos generales, considerar también aquellos cursos de acontecimientos que no han ocurrido.²⁰ Esto último no sólo rige respecto del cómputo del lucro cesante y respecto de los perjuicios que atañen a los ingresos del lesionado y su carrera futura, para los cuales el agregar mentalmente los cursos de acontecer hipotéticos está reglado por normas especiales (§§ 252, 2.^a orac., 842 ss.). Agregar mentalmente sucesos es requerido, asimismo, para computar daños consecuenciales.

Ej.: si el empleado no hubiera sustraído los fondos confiados a su administración, la firma no habría quebrado, porque con ese dinero se habría pagado deudas.

Ciertamente, la hipótesis de la diferencia, tal como se ha llegado a ver en la doctrina de la compensación de beneficios del daño con el lucro, no se puede aplicar sin modificaciones valorativas. Pero la desconsideración general de las causas dañosas hipotéticas fuera del cálculo de la diferencia requeriría puntos de vista jurídicos convincentes y que alcancen a todas estas causas más concretamente. Sin embargo, las discusiones habidas hasta aquí no han arrojado tales puntos de vista. No pueden ser hallados especialmente en el argumento de que el legitimado a la indemnización, desde la producción del caso dañoso, soporta el riesgo (en general no tan significativo en la era del seguro de responsabilidad civil) de la realización de su pretensión y que, por eso, no podría ser gravado con el riesgo de la cosa.²¹ Pensar en esferas de riesgo de este tipo es ajeno a la disposición de la ley determinante para la liquidación del daño; además, los riesgos de la cosa y de la reclamación no son comparables entre sí. Más allá de ello, esta consideración tendría que valer también en los casos de

²⁰ De otra forma, esp. el RG, cfr. las sentencias en nota 17. Contra esta fundamentación ya OHG Köln, OHGZ, t. 1, p. 308; también NJW, 1949, p. 302.

²¹ Así por todos, Niederländer AcP 153 (1954), 41, 54 y ss.; en cuanto a ello después, STAUD / MEDICUS 12 edic. §249 n.º m. 105. Otros ahora Staud / Schiemann §249 n.º m. 100 con el argumento que los daños patrimoniales emanados de un derecho sobre las cosas, no merecen una seguridad mayor que otros daños patrimoniales. Crítico sobre Niederländer también Zeuner AcP 157 (1958/59), 441, 446 ss.

jubilaciones y pensiones²² así como en los casos de daños directos* patrimoniales, en los cuales, sin embargo, la consideración de los daños hipotéticos está casi fuera de discusión. Es acertada, únicamente, la siguiente consideración restrictiva general: los sucesos dañosos hipotéticos no pueden ser considerados ilimitadamente en el tiempo, dado que, si no, en vista de lo efímero de todo lo terrenal, el legitimado a la indemnización nunca podría obtener seguridad sobre la indemnización que le fuera adjudicada o realizada. La inseguridad consecuente tendría que poner en cuestión la función compensatoria de la pretensión de indemnización del daño. Pero a partir de esta consideración no se puede derivar más que el hecho de que tiene que haber circunstancias demarcatorias, que fijen un límite temporal (con más detalle, v. *infra*, sub X, 7).

La más reciente jurisprudencia de los tribunales superiores, principalmente en los fundamentos, le da a la excepción de los daños hipotéticos un espacio más amplio al que le daba la antigua;²³ las restricciones se refieren expresamente a los daños directos en las cosas. En la doctrina jurídica ya casi no se defiende el punto de vista adoptado por el RG.²⁴ La mayoría de los autores reconoce hoy que la hipótesis de la diferencia conduce a una consideración de los daños hipotéticos, pero llegan a mayores o menores restricciones, desde puntos de vista jurídicos heterogéneos.²⁵

V. Daños hipotéticos y relación adecuada de imputación

En la doctrina se ha defendido la concepción de que las causas dañosas hipotéticas sólo pueden ser consideradas si están en relación causal adecuada con el daño, ciertamente una relación también hipotética.²⁶ Esta concepción no se debe seguir. La teoría de la

²² Observación de v. Caemmerer, *lug. cit.* (nota 15), p. 27.

* “Daños directos en el patrimonio”, por oposición a “daños directos en las cosas”.

²³ BGHZ, t. 10, p. 6; t. 20, p. 275; t. 29, p. 207, 215; BGH, NJW, 1983, p. 1053; 1986, p. 1329; BGH, DB, 1979, p. 352; BGH, VersR, 1997, pp. 371, 374. Otras sentencias en la anterior edición, nota 20.

²⁴ Así, Staud/Werner, 11.ª ed., n.º m. 57 ss., previo a los §§ 249 a 255. Con reservas frente a una consideración de los daños hipotéticos, también Niederländer, AcP, t. 153 (1954), pp. 41 ss.

²⁵ En favor de una consideración casi sin excepciones, Lemhöfer, JuS, 1966, pp. 337 ss.; AK-BGB/Rüssmann, n.º m. 68 ss., previo a los §§ 249 a 253, y, en las consecuencias, también Rother, *lug. cit.* (nota 17), p. 197, pp. 200 ss. Con divergencias, más pequeñas en total en la línea aquí defendida, Esser/Schmidt, *SchuldR*, t. 1, § 33, IV; Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 93 ss.; MünchKomm/Oetker, § 249, n.º m. 201 ss.; v. Caemmerer, *lug. cit.* (nota 17), esp. pp. 14 ss.; diferenciando más y con restricciones más intensas, Soergel/Mertens, n.º m. 152 ss., previo al § 249; Pal/Heinrichs, n.º m. 96 ss., previo al § 249; Larenz, *SchuldR*, t. 1, § 30, I; Fikentscher, *SchuldR*, n.º m. 560; Frank/Löffler, JuS, 1985, pp. 689 ss.

²⁶ Así, Rud. Schmidt, AcP, t. 152 (1952/53), pp. 112, 126 ss.; G. Hueck, JR, 1953, pp. 404, 406; Fikentscher, *SchuldR*, n.º m. 560.

adecuación halla su justificación interna en la consideración de que las consecuencias inadecuadas tampoco son dominables por un sujeto de derecho imaginado, y, por eso, no tienen ninguna vinculación con la libre autodeterminación del hombre (con más detalle, v. § 3, VI, 3). Por ello es difícil de entender que el obligado a indemnizar haya de estar en mejor situación precisamente cuando no sólo la “causa que interviene”, sino, en el sentido recién descrito, también la “causa de reserva” haya estado en la esfera de dominio del hombre.²⁷

VI. Daños hipotéticos y pretensiones de restitución

Por medio del derecho a la restitución, la ley ha puesto bajo protección especial el llamado “interés integral”. Frente a pretensiones de restitución, el obligado a indemnizar en todo caso no puede invocar en forma irrestricta, que no haya surgido una diferencia patrimonial del mismo rango que la del sustrato de la pretensión de restitución (límite: § 251, II). Él debe, p. ej., en el marco del § 249, II, 1.ª orac., los costos de reparación para la recomposición de un camión dañado, aun cuando sobrepasen en cierta medida el valor que tenía el vehículo en el estado indemne. Además, él debe los costos para eliminar los daños inmateriales, p. ej., los de una operación para eliminar una cicatriz que no le produce al damnificado ningún estorbo para su actividad económica. Dado que la relevancia de los daños hipotéticos parece derivarse recién de la aplicación de la hipótesis de la diferencia,²⁸ se plantea la cuestión de si tienen que quedar fuera de consideración frente a pretensiones de restitución.²⁹

Si se sigue esta teoría, el responsable de un accidente de tránsito, p. ej., no podría invocar que el vehículo dañado se habría destruido posteriormente en un incendio del garaje, ni tampoco que el barco dañado ya estaba destinado al desguace. Si se considera transitorio el Derecho del § 249, II, 1.ª orac.,³⁰ el obligado a indemnizar se desgravaría, sin embargo, por el hecho de que el legitimado haya sufrido, con el vehículo dañado, un daño total que no está en relación con el primer daño. Los sucesos hipotéticos siempre tendrían efectos desgravatorios, si una restitución “in natura” no fuese posible, no satisficiera los intereses del damnificado (§ 251, I) o no le sea exigible al obligado a indemnizar (§ 251, II).

Contra esta doctrina se puede objetar primeramente que el patrimonio del damnificado, también en el marco del derecho al resarcimiento dinerario, está protegido no

²⁷ Como aquí, Frank/Löffler, JuS, 1985, pp. 689, 691.

²⁸ Sin embargo, el problema también tiene que plantearse en un Derecho de Daños que no preste atención a la existencia de una diferencia en el patrimonio, sino que considere decisivo el daño individual, y, por cierto, en tanto el suceso hipotético habría afectado al mismo objeto atacado.

²⁹ Así, Esser, SchuldR, 4.ª ed., § 46, III.

³⁰ Con más detalle, v. § 5, IV, 6.

sólo en virtud de la utilidad económica, sino también de la libertad para determinar su forma de vida. Aun frente a pretensiones dinerarias, el obligado a indemnizar no puede oponer que el objeto destruido haya sido económicamente desventajoso para el damnificado. Por lo tanto, los argumentos a partir de la protección especial del interés integral tienen sólo un valor relativo. Además, la pregunta depende de si existe una pretensión de restitución o el derecho de percibir una suma de dinero depende de circunstancias que no tienen una relación intrínseca con el problema de los daños hipotéticos, así como de las posibilidades técnicas de lograr una restitución, o de si un repuesto es considerado en el tráfico como de igual rango, y de cuestiones de la exigibilidad de ambas partes. También sería cuestionable, desde el punto de vista de la política jurídica, poner al obligado a indemnizar en mejor situación en caso de daños irreparables que en el caso de los reparables.³¹

VII. Daños hipotéticos y daños directos (daños en el objeto)

En la doctrina³² y también en la jurisprudencia del BGH (Tribunal Supremo Federal alemán)³³ se halla el punto de vista de que siempre debe indemnizarse el daño directo surgido en el objeto y que el derecho del damnificado no se ve afectado por sucesos hipotéticos subsiguientes. Los últimos sólo podrían ser considerados frente a daños mediatos o, como también se lo formula, frente a daños causados al patrimonio. Recientemente, el BGH ha trazado una cesura puramente temporal. Circunstancias que se producen posteriormente sólo pueden ser consideradas si ellas se anidan ya en la cosa como predisposición al daño y en breve habrían producido el mismo daño.³⁴ En favor de estas restricciones se formulan varios argumentos, que sin embargo son heterogéneos. En parte, esta posición se basa en la teoría del valor objetivo como daño mínimo.³⁵ Cercana a esto es la fundamentación de la idea de continuidad jurídica. Según esta posición, con el suceso dañoso el legitimado a la

³¹ En las consecuencias como aquí, Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 100; MünchKomm/Oetker, § 249, n.º m. 206; Frank/Löffler, JuS, 1985, pp. 689, 691.

³² Así, ya Neuner, AcP, t. 133 (1931), pp. 277, 311 s.; además, Larenz, NJW, 1950, pp. 487ss.; *idem*, SchuldR, t. I, § 30, I; Coing, JZ, 1950, pp. 865 ss.; Frank/Löffler, JuS, 1985, pp. 689, 690 s.; Soergel/Mertens, n.º m. 154, previo al § 249; Erman/Kuckk, n.º m. 81, previo al § 249; Pal/Heinrichs, n.º m. 102, previo al § 249. De otra opinión: Lange, AcP, t. 152 (1952/53), pp. 153, 162 ss.; Niederländer, AcP, t. 153 (1954), pp. 41, 78 s.; v. Caemmerer, lug. cit. (nota 17), p. 27; Lemhöfer, JuS, 1966, pp. 337, 340; AK-BGB/Rüssmann, n.º m. 70, previo a los previos a §§ 249 a 253; Esser/Schmidt, SchuldR, t. I, § 33, IV, 1a; MünchKomm/Grunsky, 3.ª ed., n.º m. 81, previo al § 249. La cesura fue equiparada originalmente con la antigua división daño directo - daño indirecto. Larenz, SchuldR, t. I, § 30, I, habla de daño directo en el objeto y daño en el patrimonio, en lo que podría estar aludiéndose a lo mismo.

³³ BGHZ, t. 29, p. 207; 215 ss.; BGH, MDR, 1964, p. 220; BGH, LM, n.º 15, sobre el 249 (Ba); BGH, JZ, 1960, p. 409, con nota de Zeuner.

³⁴ Así, BGHZ, t. 125, p. 56, 62, ratificado en BGH, VersR, 1997, pp. 371, 374.

³⁵ Así, Soergel/Mertens, n.º m. 154, previo al § 249.

indemnización ha adquirido un derecho que ocuparía en su patrimonio el lugar del bien damnificado y tendría que subsistir en él sin considerar los sucesos ulteriores, en tanto no haya una norma jurídica que prescriba que decaiga o se disminuya.³⁶ Otros autores se basan en la tesis ya expuesta de que el damnificado no debería ser gravado simultáneamente con el riesgo en la cosa y el riesgo de la ejecución.³⁷ Para fundar esta concepción, también se ha invocado los antecedentes del § 249, 1.^a orac. (ahora párr. 1.^o).³⁸

Este criterio coincide en muchos casos con lo explicado en VI, dado que son especialmente los daños directos en las cosas los que caen bajo la pretensión de restitución. Surgen diferencias cuando, en un daño de esta clase, en lugar de la pretensión de restitución entra de antemano, por las razones expuestas en el § 251, una pretensión dineraria, o cuando la restitución deviene imposible posteriormente (cfr. los ejemplos. *sub* VI).

En mi opinión, los argumentos expuestos no se sostienen. Acerca de la acumulación de los riesgos en la cosa y en la ejecución, v. ya *supra*, IV; respecto de la doctrina del valor objetivo como daño mínimo y de la idea de la continuidad del Derecho, v. § 1, III, 2, y § 6, I. También le es ajena a la ley la idea de un derecho a la indemnización del daño que, una vez surgido, pueda decaer únicamente bajo los presupuestos arriba explicados. Según el § 249, I, no es decisivo que los presupuestos de un derecho a la indemnización del daño se hayan cumplido en algún momento del pasado, sino que sigan subsistiendo en la actualidad.³⁹ Si el damnificado tiene una lesión que requiere tratamiento, pero no va al médico, ya no tendrá más derecho, si su lesión se cura luego por sí misma. Tampoco es tema de debate que para la pretensión de indemnización no es decisivo el momento del surgimiento del daño, sino el de su satisfacción. Por lo tanto, la pretensión puede también disminuirse —teóricamente en forma ilimitada— sí, p. ej., los precios de importación bajan drásticamente. Por lo demás, la división, significativa en el derecho antiguo, en daño directo e indirecto es ajena al BGH. Significaría introducir a la ley un cuerpo extraño, si se quisiera tomar a esta división como criterio para tratar los daños hipotéticos. Como ya se explicó (v. § 2, III), las dificultades de delimitación serían muy considerables. En determinados cursos dañosos (daños directos al patrimonio, daños que aumentan progresivamente) no es practicable una cesura entre ambas clases de daño.

En caso de daños directos al patrimonio, el desarrollo hipotético del daño ha sido considerado relevante en la jurisprudencia más reciente.

³⁶ En esta dirección, Larenz, *SchuldR*, t. I, § 30, I; BGH, t. 29, p. 207, 215.

³⁷ Staud/Medicus, 12.^a ed., § 249, n.º m. 105; con otra solución, Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 100.

³⁸ Coing, SJZ, 1950, pp. 865, 866; contra él, Lemhöfer, JuS, 1966, pp. 337, 340.

³⁹ Acertadamente, Lemhöfer, JuS, 1966, pp. 337, 340.

Ej.: BGH, NJW, 1986, p. 1329: un notario ha aconsejado equivocadamente al propietario de una fábrica. Como consecuencia de ello, devengó una ganancia por enajenación sujeta a impuesto por una extracción del patrimonio de la fábrica. Algunos años después, el damnificado vendió su fábrica. El BGH declaró relevante (p. 1332) que el daño haya sido compensado o disminuido posteriormente en tanto que la carga impositiva habría resultado correspondientemente menor al ceder la fábrica (ganancia de enajenación).⁴⁰

Desde el punto de vista de la política jurídica, difícilmente se puedan dar razones en favor de otorgarle preferencia a una clase de daño frente a otro.⁴¹ Con la carga de la doble imposición de impuestos había surgido el daño y, con él, ya se ha dado, en el sentido antes descrito, el derecho a la indemnización del daño. El damnificado soportó el riesgo de reclamación y también el riesgo, no menor comparado con el riesgo de las cosas, de daños hipotéticos al patrimonio. Finalmente: las disposiciones en las cuales está prescripta expresamente la consideración de las consecuencias dañosas hipotéticas (§§ 287, 2.^a orac., 848, BGB (Código Civil); § 565, HGB; § 44, BinSchG; § 9, V, BEG) carecen de una distinción equivalente,⁴² debiendo observarse que el ámbito de aplicación principal de estas normas, prescindiendo del § 9, V, BEG, se halla en los daños directos a cosas.

VIII. Casos de jubilaciones y pensiones y otros daños duraderos

Los sucesos dañosos hipotéticos han sido casi siempre tenidos en cuenta en los llamados casos de jubilaciones y pensiones,⁴³ a pesar de otro punto de partida, incluso por el RG, que defendía el punto de vista apenas sostenible de que, en los daños duraderos, la causalidad del suceso dañoso se puede establecer por separado para cada período de tiempo.⁴⁴ Si se quisiera dejar fuera de consideración a los sucesos hipotéticos en casos de derechos jubilatorios, lograría “el damnificado una posición a resguardo de toda crisis, sólo

⁴⁰ La misma concepción subyace también a la decisión del BGH, NJW, p. 1053.

⁴¹ Apenas comprensible sería la cesura también en el siguiente caso: al conductor de un vehículo le es abollado el paragolpes de éste por culpa ajena. Él sigue conduciendo y, pocos minutos después, sufre un daño total por culpa propia. Respecto de los daños corporales (lesión leve - accidente fatal), fracasa la concepción aquí rechazada, ya por el hecho de que no hay indemnización por gastos de atención médica ficticios (v. *infra*, § 5, IV, 6, con nota 103).

⁴² Observación de v. Caemmerer, *lug. cit.* (nota 15), p. 27.

⁴³ Ciertas oscuridades muestran las sentencias que se ocupan de la importancia de los sucesos bélicos hipotéticos. Cfr. sobre la omisión de la conscripción al servicio militar, RGZ, t. 95, p. 1; RG, JW, 1920, p. 774; sobre la eficacia de la conscripción si ocurrida, RGZ, t. 95, p. 66; acerca de la baja anticipada, RGZ, t. 95, p. 87.

⁴⁴ RGZ, t. 1, p. 66; t. 68, p. 352, 353. De este principio, el RG tampoco posteriormente se apartó nunca en forma expresa.

por el hecho de que a él le ha ocurrido una vez un ilícito”,⁴⁵ lo que equivaldría a un seguro contra todos los daños futuros que afecte al mismo bien jurídico, sea que se basen estos daños en circunstancias objetivas o que provenga del propio lesionado. Además, se dice que los daños que se desarrollan recién con el curso del tiempo difícilmente pueden ser averiguados sin considerar otros desarrollos que se han efectuado en el mismo tiempo.⁴⁶ Con todo, en este contexto las diferencias son sólo de grado. Según la hipótesis de la diferencia, todo daño lleva intrínseco la posibilidad de aumentar o disminuir hasta el momento decisivo para su cómputo.

En la doctrina jurídica existe amplia unidad de criterios acerca del tratamiento de los daños duraderos.⁴⁷

Ejemplos: (i) el damnificado por un accidente de trabajo es condenado posteriormente, como consecuencia de un perjurio, a una pena privativa de libertad (RGZ, t. 1, pp. 66). (ii) El damnificado por un accidente cae posteriormente en adicción al alcohol, lo que le produce un padecimiento en la médula espinal, que asimismo le habría menoscabado la capacidad laboral aún existente (RGZ, t. 68, p. 352). (iii) Un arquitecto damnificado en un accidente de tránsito sufre, después de tres años, un infarto que no tenía ninguna relación con la lesión anterior (RG, SeuffA, t. 71, n.º 87). (iv) Una ayudante de telégrafos es jubilada después de un accidente por incapacidad permanente; el responsable tiene que pagarle una jubilación a la caja jubilaria del correo del Reich. Poco después, la lesionada se casa y pierde por este motivo su jubilación; el obligado a la indemnización pretende suspender sus pagos a la caja jubilaria postal por este motivo.⁴⁸ (v) El damnificado había perdido, en 1944, en virtud de una denuncia política, su puesto de trabajo como director de una fábrica. El obligado a la indemnización argumenta que, después de la caída del régimen, habría perdido igualmente su puesto por las disposiciones de des-nazificación.⁴⁹

Sólo se encuentran sentencias aisladas que rechazan la consideración de sucesos hipotéticos frente a jubilaciones por daños. RG WarnR, 1920, n.º 108: a raíz de una disminución de su capacidad laboral por un accidente, un librero tuvo que contratar a un gerente. El obligado a la indemnización argumentó que el damnificado, como aspirante a oficial, habría tenido que incorporarse a las filas en 1914, si no se hubiera producido el accidente. ROHG, t. 23, p. 46: una trabajadora sufrió una incapacidad laboral como consecuencia de un accidente laboral. El

⁴⁵ Así, BGHZ, t. 10, pp. 6, 11.

⁴⁶ Staud/Medicus, 12.ª ed., § 249, n.º m. 104; siguiéndolo a él, Soergel/Mertens, n.º m. 158, previo al § 249.

⁴⁷ Así, también los autores que consideran no digna de consideración la excepción de daños hipotéticos frente a daños en el objeto; Soergel/Mertens, n.º m. 158, previo al § 249; Pal/Heinrich, n.º m. 103, previo al § 249; Larenz, *SchuldR*, t. I, § 301.

⁴⁸ RG, JW, 1912, p. 594. La demanda de adaptación puesta por el obligado a la indemnización fue rechazada, porque no se podía excluir que, si no se hubiera producido la lesión, no habría habido matrimonio (cláusula de celibato). De modo similar, JW, 1917, p. 604.

⁴⁹ BGHZ, t. 10, p. 6; el BGH argumenta simultáneamente con la jurisprudencia sobre casos de predisposición.

obligado a la indemnización quiso suspender sus pagos durante el tiempo del embarazo de la trabajadora.

La primera sentencia se puede sostener por razones éticas, pudiendo alegarse que los deberes frente a la generalidad se hallan en un plano diferente que el de los daños hipotéticos, en el ámbito individual, y sería contrario a su sentido y fin, si ellos pudieran ir —visto desde el punto de vista económico— en favor de terceros.⁵⁰ La cuestión resuelta por el ROHG hoy sólo tiene una significación menor en vista de las disposiciones de la Ley de Protección de la Mujer Trabajadora (MuSchG).

En daños al patrimonio que perduran mucho tiempo se debe decidir, asimismo, como en los casos de las jubilaciones y pensiones.

Ej.: BGH, DB, 1979, p. 352: un daño producido por una mina había conducido a que se cesase una fuente de agua. Según el punto de vista del BGH, se debe considerar que el propietario del fundo damnificado, aun sin que se agotara su fuente por la construcción minera —p. ej., en virtud de que creciera la necesidad, que ya no pudiera satisfacerse con la fuente—, habría tenido que conectarse a la red general de abastecimiento de agua.

El suceso hipotético tiene que quedar sin ser considerado, cuando en el lugar de la jubilación entra una indemnización dineraria, conforme al §843, III, dado que ésta ha de resolver la dependencia del Derecho del efectivo curso futuro y darles certeza a ambas partes.

IX. Casos de predisposición

Con el concepto de “casos de predisposición” se caracterizan las situaciones de hecho en las cuales, en virtud de una situación ya pre-existente al momento de la lesión, se podía esperar con seguridad, por otra vía, un daño del objeto atacado. En la jurisprudencia y la doctrina jurídica⁵¹ existe unidad de criterios acerca de que esta circunstancia se deba considerar, independientemente de si se trata de una predisposición al daño interna o externa.

Ej. de una predisposición al daño interna: una lesión corporal conduce a una enfermedad mental, que de todos modos se habría producido más tarde (cfr. RG, JW, 1911, p. 319). Un accidente de tránsito conduce a una incapacidad laboral parcial permanente; la capacidad laboral del damnificado se habría vuelto menor, de todos modos, debido a un síndrome paranoico ya existente (BGH, VersR, 1965, p. 491) o debido a un daño del cerebro por una caída

⁵⁰ Herm. Lange, AcP, t. 152 (1952/53), p. 153, 163; en sentido aprobatorio, v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 25.

⁵¹ Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 97; Soergel/Mertens, n.º m. 157, previo al § 249; Pal/Heirichs, n.º m. 99, previo al § 249; Larenz, *SchuldR*, t. I, § 30, I; Esser/Schmidt, *SchuldR*, t. I, § 33, IV, 2.

aérea anterior (BGH, VersR, 1969, p. 802). Un policía se salva dando un salto ante un coche que venía patinando, por lo cual su capacidad de movimiento de ambos brazos resulta menoscabada; los mismos padecimientos habrían aparecido un año después por un neuroma de cervicales ya existente (OLG Frankfurt, NJW, 1984, p. 1409). Un paciente es operado en una rodilla, sin haber recibido suficiente información y sin resultado satisfactorio; la minusvalía subsistente tampoco habría desaparecido en razón del daño previo existente (BGH, NJW, 1985, p. 676; al respecto, Grunsky, JZ, 1986, pp. 170, 173).⁵² Respecto de la predisposición al daño en casos de daños de neurosis y shocks, v. *supra*, § 3, X, 2 y 5.

Los casos de predisposición interna al daño no tienen que ser necesariamente de naturaleza física. RG, HRR, 1937, n.º 997: una firma le retira a otra, violando el contrato, un crédito ya concedido. En consecuencia, esta firma quiebra enseguida, pero tampoco habría podido mantenerse mucho tiempo en caso de que se le hubiera otorgado el crédito.⁵³ De modo similar, BGH, BB, 1968, p. 1307: una empresa quiebra, porque le fue retirado el crédito, debido a cheques protestados indebidamente. El demandado argumenta que la empresa habría tenido que ser liquidada muy pronto debido a su deficiente rentabilidad y creciente endeudamiento, aun sin ese antecedente. Además, resulta pertinente el caso BGH, MDR, 1977, p. 468: una firma despidió a un representante comercial injustificadamente y objeta que el mismo habría tenido que abandonar de todos modos, su puesto muy pronto, debido a su mala situación económica.

Los casos con predisposición al daño externa, a los que ya introduce el ejemplo que acabamos de mencionar, no son, en principio, diferentes.⁵⁴

Ej.: una Dirección portuaria hace abrir las esclusas durante una creciente de agua, produciéndose una inundación que daña unas huertas. El fisco demandado por el § 904 argumenta que, si no se hubieran abierto las esclusas, el daño habría sido aun mayor (RGZ, t. 156, p. 187).⁵⁵ Lo externo y lo interno se juntan en la configuración del hecho del caso resuelto en BGH, VersR, 1997, pp. 371, 374. Un banco sufrió un daño porque un notario devolvió

⁵² Algo distinto es el “caso de la inyección”, BGHZ, t. 78, p. 209, descripto *supra*, sub § 3, XII, 1. Según el punto de vista del BGH (*obiter*, lug. cit., p. 214), se excluye una responsabilidad por la segunda parte de la inyección, si el daño producido se habría causado en toda su extensión ya por la primera parte. A diferencia de los casos arriba descriptos, la primera parte de la inyección era, sin embargo, en todas las variantes imaginables de la situación de hecho, *condicio sine qua non* para la segunda, y, en el curso real del acontecer, los efectos de ambas dosis inyectadas se habrían acumulado de todos modos; cfr. Backhaus, VersR, 1982, pp. 210 ss.

⁵³ En caso de un acuerdo *stand by*, que sirve al saneamiento, las cosas pueden ser distintas. V. al respecto, *infra*, XII, 5a.

⁵⁴ De otro modo, Esser, *SchuldR*, 2.ª ed., 1960, § 62, 7b.

⁵⁵ El RG defiende –difícilmente con razón– el punto de vista, de que el abrir las esclusas no fue causal del daño producido.

anticipadamente un depósito en garantía de 20 millones de marcos al vendedor de un fundo. Sin ese pago, la suma habría sido reclamada por un aval asumido por el banco.

En la doctrina jurídica está en debate si estos casos pertenecen al ámbito de las causas hipotéticas, y en qué medida, o si carecen de la relación causal necesaria entre suceso dañoso y daño.⁵⁶ Se acepta como correcta la distinción entre, por un lado, daños positivos, producidos inmediatamente, y, por otro, pérdidas de ganancias y lucro cesante futuros. En el caso de RGZ, t. 156, p. 187, las huertas han sido dañadas solamente por la apertura de las esclusas, y no por la inundación que se habría producido si no hubieran sido abiertas. En BGH BB, 1968, p. 1307, la firma quebró por el reclamo indebido de un cheque, y no por su deficiente rentabilidad y creciente endeudamiento. También en los daños a la capacidad laboral, la causa que interviene es y sigue siendo, como tal, causal de la pérdida de la capacidad laboral. Pero sí, p. ej., ya constaba, al producirse el suceso dañoso, que el lesionado habría podido trabajar activamente a lo sumo cinco años más, la acción que lo daña ya no podrá ser causal de la pérdida de la caída de ingresos del sexto año y los años siguientes. En esa medida, pero tan sólo en esa medida, es correcto afirmar respecto del conjunto de casos de predisposición, que la acción dañosa sólo habría causado que el daño se produjera anticipadamente. En la doctrina se observa, además, que, en los casos de predisposición, la concepción en el tráfico comercial ya considera desvalorado el bien jurídico respectivo.⁵⁷ En principio, esta concepción es correcta, pero no dice nada con respecto a la relación causal, sino que expresa solamente que la convicción jurídica coincide con la forma de calcular el daño impuesta por la hipótesis de la diferencia.

En muchos casos de este tipo, se puede llegar al mismo resultado por medio de los principios explicados sub VIII (daños permanentes).

No integran los casos de predisposición en el sentido aquí descripto, las situaciones de hecho en las cuales fue co-causal una cierta disposición al daño, que, empero, no habría producido el daño por sí sola, sino sólo en combinación con un factor desencadenante, cuya producción no se puede prever con seguridad. Las disposiciones al daño así conformadas no desgravan al obligado a indemnizar. Más bien, incide el principio de que aquel que lesiona a

⁵⁶ Cfr., p. ej., *Niederländer*, AcP, t. 153 (1954), pp. 41, 59 ss.

⁵⁷ P. ej., *MünchKomm/Oetker*, 249, n.º m. 204; *Grunsky*, *FS für Lange*, lug. cit. (v. la bibliografía), pp. 469 ss., 477 s., quien, por esta razón no ve los casos de predisposición como un problema especial de daños hipotéticos. Esto podrá ser acertado, sólo en la medida en que el daño no sólo amenace, sino que ya sea existente (decrepitud de un edificio derribado; cfr. *BGH*, MDR, 1952, p. 214). Como aquí, *Larenz*, *SchuldR*, t. I, § 30, I.

una persona vulnerable no puede exigir ser tratado como si él hubiera lesionado a una persona sana (v. § 3, X, 1).

En tanto se dé que la predisposición existente habría causado más tarde el mismo daño, el causante responde por el “daño anticipado”, es decir, que tiene que indemnizar al damnificado los gastos y pérdidas que surgieron en el lapso en el que el bien jurídico afectado (salud, capacidad laboral) habría permanecido indemne.

Es diferente la sentencia de OLG Frankfurt, NJW, 19984, p. 1409: en caso de anticipación de un año existe un derecho a la indemnización de los gastos de tratamiento médico respecto de tratamientos crónicos, previsiblemente de por vida; no por los gastos devengados el primer año posterior al daño, sino sólo por el último año anterior al fallecimiento del damnificado.

Desde el punto de vista puramente lógico, se puede computar este “año adicional” tanto sobre el último año como sobre el primero. Pero un cómputo por el último año, en general no conocido de antemano por el damnificado, conduce a que éste mismo no reciba nada por los gastos que le surgen inmediatamente, situación que no debería ser compatible con el principio de compensación.

Es difícil la evaluación, cuando un daño posterior independiente de un accidente podría esperarse, si bien no con seguridad pero con una alta probabilidad. Según el punto de vista del BGH, en estos casos debe considerarse bajo ciertas circunstancias, una reducción del daño sufrido en los ingresos, que debe estimarse según el § 287, ZPO (BGH, JZ, 1998, p. 680; propensión a la conducta neurótica).

X. Desarrollo dañoso hipotético irrelevante

1. Cálculo abstracto del daño. Entre la gente de negocios es posible y usual, según la regla consuetudinaria, desarrollada a partir del § 376, II, HGB, imputarle a la parte que quebrantó el contrato, en lugar de un cómputo concreto del daño, la diferencia entre el precio contractual y el precio del mercado (con más detalle, § 6, XI, 2). El vendedor calcula su daño sobre la base de una venta virtual y el comprador sobre la base de una compra virtual. Esta manera de calcular se basa en las necesidades del tráfico comercial, de rapidez y previsibilidad, con independencia de las circunstancias individuales e independientemente del

ulterior curso real de las cosas. Considerar los sucesos hipotéticos sería incompatible con estos requerimientos.⁵⁸

Sin embargo, no está afectado por este punto de vista el cálculo abstracto del daño en sentido amplio, que le concede al comprador también la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado que entra en consideración para la ulterior venta. Este cálculo del daño se basa en facilitar la prueba, según el 252, 2.^a orac., frente a lo cual el obligado a la indemnización puede invocar circunstancias concretas contrapuestas, y, a través de éstas, también daños hipotéticos.⁵⁹

2. Valor común. Por las mismas razones que en el caso del “auténtico” cálculo abstracto del daño, se excluye el invocar sucesos hipotéticos cuando la ley fija el deber de indemnizar en el valor común, como ocurre especialmente en el Derecho de transporte y de almacenamiento (p. ej., §§ 429, 658, 659, HGB; § 26, BinSchG). También en estos casos deben quedar fuera de consideración las circunstancias individuales y el curso del daño en el caso concreto.⁶⁰ Lo mismo rige para las cláusulas equivalentes en las condiciones generales de los negocios.

3. Seguro de cosas. En el marco del seguro de cosas se considera como regla general, conforme al § 52, VVG, el valor de la cosa como valor asegurado. Al respecto, y a partir del § 844, HGB,⁶¹ debe concluirse que los sucesos hipotéticos deben quedar, en general, fuera de consideración.⁶² Con razón, el valor, p. ej., del seguro de incendio de una casa cuya demolición ya estaba decidida, fue estimado/calculado según el Derecho del tráfico (comercial) o de la enajenación, y no según el valor residual de la demolición.⁶³ Si el seguro, excepcionalmente, abarca también el lucro cesante (cfr. § 53, VVG), deberá considerarse admisible la excepción del daño hipotético.

⁵⁸ v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 8; Staud/Schiemann, §249, n.º m. 101; Soergel/Mertens, n.º m. 154, previo al § 249.

⁵⁹ v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 9; sobre la problemática de esta jurisprudencia, v. *infra*, § 6, X, 6.

⁶⁰ v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 8; del mismo modo, Lemhöfer, JuS, 1966, p. 338, nota 17; Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 101; Soergel/Mertens, n.º m. 154, previo al § 249.

⁶¹ El § 844, HGB (Cód. de Comercio) reza: “La obligación del asegurador de indemnizar un daño no se anula ni se modifica por el hecho de que posteriormente, como consecuencia de un riesgo que el asegurador no debe cubrir, se produzca un nuevo daño e incluso una pérdida total”. Según el BGHZ, t. 2, p. 336, 338, este principio rige, como principio general, para todas las situaciones de hecho alcanzadas por las condiciones generales del seguro marítimo alemán.

⁶² Así, v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 10; del mismo modo, Lemhöfer, JuS, 1966, p. 338, nota 17; Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 101.

⁶³ RG, SeuffA, 59, n.º 227.

4. Responsabilidad hipotética de un tercero. Si ocurre que el suceso hipotético habría originado un derecho de resarcimiento contra un tercero, se deriva ya del cálculo de la diferencia, que el damnificado no puede quedarse con las manos vacías, dado que el suceso hipotético se debe considerar con todas sus consecuencias.⁶⁴ Esta consideración tiene una considerable importancia práctica, particularmente en relación con el alcance actual del seguro de riesgos de toda clase. Lo que es dudoso es si, y en qué medida, al obligado a indemnizar le está vedado sin más, en estos casos, invocar el suceso hipotético,⁶⁵ o si la pretensión interpuesta contra él se reduce a la suma indemnizatoria menor, que habría causado el suceso hipotético, es decir, p. ej., a la suma del seguro que en general se halla por debajo del interés subjetivo o a la suma máxima establecida en las leyes de responsabilidad (esp. 12, StVG) o a la suma reducida por culpa concurrente, conforme al § 254. La lógica jurídica impone lo último. Además es dudoso, si el obligado a la indemnización puede invocar la insolvencia del responsable hipotético, oponiéndose a esta consideración que el damnificado estaría gravado entonces con un doble riesgo de insolvencia,⁶⁶ y, en tanto el suceso hipotético consista en la acción no permitida de un tercero, también la analogía con el precepto jurídico de los §§ 830, I; 840, I.⁶⁷ Una responsabilidad de ambos autores,⁶⁸ en cambio, difícilmente se puede fundamentar, especialmente no en analogía con el § 830, I, 2.^a orac. El sentido de esta disposición es desgravar al damnificado del riesgo de esclarecimiento; pero no es que deba procurarle un deudor adicional.

5. Presupuestos especiales y contenido especial de la respectiva pretensión de indemnización. La excepción del daño hipotético puede carecer de objeto debido a los presupuestos y a la regulación especial del contenido de un derecho a la indemnización del daño. Así, en el marco de los §§ 990, 989, el poseedor no tiene simplemente que indemnizar el daño por la pérdida o el daño de una cosa, sino el daño que surge por el hecho de que, por su culpa, la cosa haya empeorado, se haya perdido o que no pueda ser entregada por otra razón. La ley ve la circunstancia que obliga a indemnizar recién en el trato dañoso de la cosa

⁶⁴ Opinión completamente dominante; BGH, MDR, 1958, p. 333; BGH, NJW, 1967, p. 551; cfr. también BGH, VersR, 1988, pp. 1265, 1267.

⁶⁵ Así, v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 21; Staud/Schiemann, § 249, n.º m. 96; Pal/Heinrichs, n.º m. 100, previo al § 249; Larenz, SchuldR, t. I, 30, I; como aquí, en cambio, MünchKomm/Oetker, § 249, n.º m. 208; Soergel/Mertens, n.º m. 153, previo al § 249; Lemhöfer, JuS, 1966, pp. 337, 340 s.

⁶⁶ Como aquí, MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 208; Soergel/Mertens n.º m. 153 ante el §249. Se trata aquí, contrariamente al caso de la acumulación del riesgo de reclamo y la cosa (sobre ello, *infra* IV), de riesgos comparables.

⁶⁷ Así, v. Caemmerer lug. Cit. (nota 15) p. 21; OGH Köln OGHZ 1, 308; también NJW 1949, 302, 303; A. Blomayer JR 1958, p. 258 s.; M. Lemhöfer JuS 1966, 337, 341.

⁶⁸ Para ello, en este alcance Heck *SchuldR* §14 n.º6; Bydliński Probleme der Schadensverursachung 1964, p. 74 s.; como aquí, Esser/Schmidt *SchuldR* I §33 IV 1b; Larenz *SchuldR* I §301 nota 12.

retenida sin razón. Por lo tanto, el poseedor no puede invocar sucesos que si bien se dieron después de la retención de la cosa, pasaron antes de que la cosa desapareciera o se dañara.⁶⁹

Además, no se debe admitir la excepción en relación con aquellas pretensiones frente a las cuales dicha excepción se podría fundar, en última instancia, siempre. Esto atañe especialmente a la pretensión de resarcimiento de los costos de sepelio, conforme al 844, I, y, por cierto, independientemente de cuál había sido la esperanza de vida del afectado.⁷⁰

6. Pretensiones no dirigidas a la indemnización de un daño. La consideración de sucesos hipotéticos está limitada a pretensiones de indemnización de un daño. No es posible frente a deberes de devolución de una cosa o de repetición de una suma de dinero, o deberes de pago por gestión de negocios ajenos o bien frente a pretensiones por el enriquecimiento indebido.⁷¹ Valen particularidades también para pretensiones de resarcimiento en el ámbito del Derecho Público. Así, en el Derecho de expropiación se podrá invocar la cuestión de si, y en qué medida, las pretensiones de resarcimiento del afectado caen bajo el cálculo de un interés subjetivo o si éste se regula según criterios objetivos.⁷² Las regulaciones y el principio de protección prohíben sin más, considerar las causas hipotéticas en el Derecho social de seguros por accidentes.⁷³

7. Determinación por cumplimiento, sentencia y acuerdo.

a) Como ya se explicó, el damnificado no puede ser expuesto por tiempo ilimitado al peligro de volver a perder su derecho o la indemnización recibida por considerarse los sucesos hipotéticos (v. *supra*, en IV). Si el obligado a indemnizar *ha cumplido* con la prestación, el contenido de la pretensión ha quedado fijado de este modo. Un suceso hipotético posterior no modificará en nada el hecho de que el obligado a indemnizar haya satisfecho la prestación con causa jurídica y que, por lo tanto, no le corresponda un derecho de repetición.⁷⁴ El argumento dado en contra, de que esta concepción podría incitar al obligado a indemnizar a

⁶⁹ Cfr. Neumann-Deusberg JZ 1953, p. 171 s.

⁷⁰ Opinión unánime; Staud/Schäfer §844 n.º m. 40; RGRK/Boujong §844 n.º m. 22; MünchKomm/Stein §844 n.º m. 15; sobre jurisprudencia OLG Düsseldorf ZfS 1994, 405; también cuando el muerto ya había caído gravemente enfermo.

⁷¹ v. Caemmer lug. cit. (n.º m. 15) p. 22; no observado en RGZ 141, 365; un administrador desfalca fondos que se habrían perdido igualmente en caso del pago contractual ya que el banco en cuestión quebró.

⁷² Cfr. por un lado v. Caemmerer lug. cit. (nota 15), p. 11; por otro, Lemhöfer JuS 1966, 337, 338.

⁷³ BSG VersR 1988, 1083, 1084 con prueba. Con referencia diferenciada a la jurisprudencia, Barta Kausalität im Sozialrecht I 1983, 588 s.; Böhm Überholende Kausalität im Sozialrecht, tesis, Köln 1976.

⁷⁴ v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 24; Lemhöfer JuS 1966, 337, 344; Staud/Schiemann §249 n.º m. 101; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 210. Contra esta cesura Zeuner AcP 157 (1958/59), 441, 445; Fikentscher *SchuldR* n.º m. 560.

demorar la prestación, tiene poco peso.⁷⁵ El peligro de un incremento del deber de indemnizar por el incumplimiento y de los daños consecuenciales ligados al mismo es considerablemente mayor que la perspectiva de desgravarse por sucesos hipotéticos.

b) Probablemente, el caso de que un daño hipotético ocurra entre una *sentencia firme* y la prestación indemnizatoria, tiene sólo importancia teórica, prescindiendo del caso de los derechos jubilatorios. La regla general, de que para apreciar la entidad del daño es determinante la última vista oral, es de naturaleza procesal, y no determina hasta qué momento el desarrollo del daño es materialmente relevante.⁷⁶ Mientras el obligado a indemnizar no haya satisfecho la prestación, se le tendrá que permitir que exija, en atención a causas hipotéticas, conforme al § 767, ZPO, o bien al § 323, ZPO, una modificación de la sentencia dictada en su contra.⁷⁷

c) En caso de *acuerdo* decide la voluntad de las partes. Como regla general, habrá que partir de que las partes buscaron establecer definitivamente la pretensión.

XI. Carga de la prueba

Del texto de los §§ 287, 2.ª orac., 848, BGB, se infiere que el deudor que se halla en mora y el deudor por delito deben probar que el daño también se habría producido en caso de una prestación oportuna o sin la sustracción de la cosa. La jurisprudencia dominante⁷⁸ y el criterio preponderante en la doctrina jurídica⁷⁹ trasladan este principio a todo el ámbito de las causas hipotéticas. Esta distribución de la carga de la prueba es atípica,⁸⁰ en la medida en que en general aquel que demanda a otro tiene que demostrar todos los presupuestos de la norma que fundamenta su pretensión. La carga del obligado a indemnizar se puede sustentar

⁷⁵ Así, Rother lug. cit. (nota 17) p. 220 nota 3.

⁷⁶ Como aquí, Lemhöfer JuS 1966, 337, p. 344; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 210; Fikentscher *SchuldR* n.º m. 560; R. Schmidt AcP 152 (1952/53), 112, 154; Jauernig/Teichmann n.º m. 46 de §§249-253. Con más detalle respecto del momento para considerar en el cálculo de la indemnización §1 IV.

⁷⁷ Como aquí, Lemhöfer Jus 1966, 337, 334; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 210; Fikentscher *SchuldR* n.º m. 560; otra posición: Staud/Schiemann §249 n.º m. 101.

⁷⁸ Entre otros, BGHZ 78, 209, 214; BGH NJW 1967, 551; 1972, p. 1515; BGH WM 1981, 1308; BGH VersR 1997, 371, 374; OLG Zweibrücken VersR 1978, 1029; OLG Frankfurt NJW 1984, 1409, 1411.

⁷⁹ v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15), p. 20; Niederländer, JZ 1959, 775; Hans Stoll AcP 176 (1976) 145, pp. 173 ss.; Staud/Schiemann n.º m. 93 hacia §249; Erman/Kuckuk n.º m. 194 a §249; Soergel/Mertens, n.º m. 159 hacia §249; Baumgärtel/Strieder §249 n.º m. p.10; MünchKomm/Oetker, §249, n.º m. 218; Prütting *Gegenwartsprobleme der Beweislast* 1983, p. 252; Lemhöfer, JuS, 1966, 341, 343; mediando, Esser/Schmidt *SchuldR* I §33 VI 2.

⁸⁰ Acertado en este sentido, Lemhöffer, lug. cit. (nota 79).

o bien en una analogía con las disposiciones mencionadas o bien con el 252, 2.^a orac.,⁸¹ con el último en tanto se pueda considerar probable, en las circunstancias existentes que el bien jurídico atacado habría permanecido en el poder del damnificado. También puede hacerse mención del carácter excepcional de los menoscabos hipotéticos. En caso contrario, el legitimado a la indemnización estaría expuesto a inseguridades mayores que las compatibles con las funciones del derecho a la indemnización del daño.

Dado que el problema de las causas hipotéticas, como regla general, no atañe a la relación causal, sino al cómputo del daño (restricciones *supra*, sub IV y IX), respecto de ellas no se debe resolver según la regla estricta del 286, ZPO (Ordenamiento Procesal Civil), sino según el 287, ZPO,⁸² de modo que no existe una carga de la prueba en sentido estricto de la palabra, sino sólo en la medida en que el defecto de fundamentos efectivos para el ejercicio de la discreción va en perjuicio del obligado a indemnizar. En ocasiones, la jurisprudencia del BGH ha formulado exigencias elevadas para tener por comprobadas las causas hipotéticas.⁸³ Dando el tribunal un uso razonable a la libertad con el que cuenta por el 287, ZPO, no existe necesidad de una inversión de la carga de la prueba en los casos de predisposición.⁸⁴ Esta norma permite también considerar la circunstancia de que, en estas situaciones de hecho, esta idea de regla-excepción, debe volverse, en ocasiones, en contra del legitimado a la indemnización.

En este sentido acierta el fallo OLG Frankfurt, NJW, 1984, pp. 1409, 1411: los dictámenes periciales evidenciaban que el daño producido por una circunstancia que obligaba a indemnizar se habría producido aproximadamente un año después por una predisposición ya existente. Quedaba la posibilidad (lejana, en el caso dado), de si eventualmente esta predisposición, por razones más o menos fortuitas, se hubiera diagnosticado y tratado antes de que se produjera el daño, pues éste se habría evitado o reducido. Pero la carga de prueba de que así habría sido habría quedado a cargo del damnificado. El contraejemplo lo da el caso OLG Zweibrücken, VersR, 1978, p. 1029: el obligado a la indemnización era responsable del lucro cesante de una mujer, producido por un accidente, y argumentó que ésta, tras el nacimiento de dos hijos, habría abandonado de todos modos su actividad laboral; sin embargo, lo último no se podía suponer así sin más. Acertadamente también OLG Hamm, NZV, 1998, p. 374: el causante del daño soporta la carga de la prueba de que una mujer de 80 años, aun sin sufrir un accidente, habría llegado a necesitar cuidados profesionales.

⁸¹ v. Caemmerer lug. cit. P. 20 (nota 15) señala el paralelismo con §252 p. 2.

⁸² BGHZ 29, 207, p. 215; BGH JZ 1959, 773, p. 774; VersR 1964, 49, 51; 1965, 491, 493, 1968, 805; BB 1968, 1307; Lemhöfer JuS 1966, 337, 342; probablemente, BGH JR 1952, p. 70; OLG Stuttgart VersR 1954, 310, en cuanto ambas sentencias hablan de "severos" requisitos para las pruebas.

⁸³ Cfr. BGH JR 1952, p. 70; WM 1960, 21, p. 23.

⁸⁴ Así, Hans Stoll FS Dölle I 1963, 371, 399; también Esser SchuldR I 4^a. edición §46 V.

XII. Conducta alternativa conforme a derecho

1. Concepto. El problema de la conducta alternativa conforme a derecho surge cuando el obligado a indemnizar habría podido causar el mismo daño también en forma ajustada a derecho.⁸⁵ En la doctrina jurídica se lo considera en algunos casos como aspecto subordinado del problema de la “causalidad hipotética”.⁸⁶ Sin embargo, las situaciones de hecho que entran en consideración conforman dos conjuntos que se superponen parcialmente. En su intersección se encuentran aquellos casos en los cuales se puede afirmar con seguridad que ante la ausencia de la acción dañosa antijurídica se habría producido una acción dañosa conforme a derecho. Pero el problema va más allá. El factor de unión es más bien la cuestión de si falta la relación entre antijuridicidad de una conducta y el daño producido, cuando existió la posibilidad de que se causara un daño conforme a derecho o, al menos, cuando el daño se habría producido también en caso de una conducta conforme a derecho. A partir de la última razón, la cuestión de si exonera la posibilidad de conducta alternativa conforme a derecho, puede relacionarse también con el concepto de la relación de antijuridicidad.⁸⁷

Sin embargo, hay que considerar que en este caso no se trata de la relación de antijuridicidad en el sentido antes descrito (§ 3, VIII), respecto del cual el planteo es mayormente igual en la teoría, sino de la finalidad protectora de la norma, es decir si el juicio de disvalor del ordenamiento jurídico toma en cuenta también el daño causado. Si el deber de indemnizar ya debe ser negado según la doctrina de la relación de antijuridicidad en este sentido o según la doctrina de la finalidad de la norma, entonces la posibilidad de causar un daño conforme a derecho no interesa.

Ej.: el locatario de un garaje ubica un vehículo, contrariamente a las reglas del contrato, en un garaje compartido en lugar de uno individual. El vehículo es destruido por un incendio, pero tampoco habría podido ser salvado en caso de haber sido ubicado con arreglo al contrato.

⁸⁵ La posibilidad de un daño antijurídico sin culpabilidad que habría excluido la obligación a indemnizar, no constituye un descargo, así con razón OLG Köln VersR 1996, 456, 458.

⁸⁶ MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 211; probablemente también Soergel/Martens n.º m. 160 hacia §249. Para delimitar con la opinión dominante, Staud/Schiemann §249 n.º m. 102; Erman/Kuckuk n.º m. 86-89a hacia §249; Larenz *SchulR* I §30 I; Esser/Schmidt *SchuldR* I §33 III 2b; v. Caemmerer *lug. cit.* (nota 15) pp. 30 ss.

⁸⁷ Así, Esser/Schmidt, *SchuldR*, t. I, § 33, III, 2b; Deutsch, *Haftungsrecht*, n.º m. 186; v. Caemmerer, *lug. cit.* (nota 15), p. 32; de otra opinión, Larenz, *SchuldR*, t. I, § 30, I, que habla de falta de relevancia, para el resultado de daño, de la infracción a la norma.

Si se es de la opinión de que la reducción del peligro de incendio no está dentro del ámbito de protección del deber lesionado,⁸⁸ el destino hipotético del vehículo ubicado en un garaje individual no es relevante.

Una cuestión previa es, además, si la excepción no se traduce en realidad en discutir la producción del daño.

Lo último fue el caso en BGH, NJW, 1986, p. 246: el damnificado no había adquirido, como consecuencia de una falta del notario (falta de documentación) un derecho, que, según lo alegado por el notario, de todos modos habría sido continuamente incobrable.⁸⁹ Ante una conducta conforme a derecho habría surgido el derecho, pero la pérdida de un derecho incobrable no es un daño.

En caso de que se incumpla una obligación, como la de abrocharse el cinturón (§ 21a, StVO), hay que distinguir distintos casos: si el damnificado afirma que habría sufrido la misma lesión si se hubiera abrochado el cinturón, discute la causalidad de su culpa concurrente; si, en cambio, afirma que entonces se habrían producido otras lesiones, invoca la conducta alternativa conforme a derecho (OLG Düsseldorf, DAR, 1985, p. 59).

2. Clasificación de los grupos de casos. Los grupos de casos que tradicionalmente se computan como conducta alternativa conforme a derecho se pueden clasificar según los siguientes criterios, que han sido considerados, en parte, en la jurisprudencia y en la doctrina jurídica, relevantes para la solución. Cuando el causante, más allá de estar obligado a indemnizar, tenía la posibilidad de causar el daño de modo conforme a derecho, podrá ser seguro o dudoso que él lo hubiera hecho de ese modo. En el primer caso, la vinculación con el problema de los daños hipotéticos es evidente. Además, puede ser que el causante no tuviera sólo un derecho a causar el daño, sino que el daño habría surgido precisamente por el cumplimiento de deberes contractuales o legales. Y también puede ser que el daño alternativo habría sido evitable o inevitable.⁹⁰ En la doctrina se ha discutido tomar como criterio si precisamente aquella conducta alternativa habría producido el mismo resultado cuya omisión fundamenta el reproche de la lesión al deber; en caso contrario, hay una conducta alternativa que no se toma en cuenta, la llamada conducta alternativa impropia.⁹¹ Otra opinión ve una diferencia

⁸⁸ Así, v. Caemmerer, lug. cit. (nota 15) p. 30.

⁸⁹ También en BGH NJW 1996, 311 se trata de discutir la producción del daño: violación de un acuerdo de protección al cliente; se objeta que, de todos modos, el cliente protegido ya no mantenía una relación comercial con el demandante. Cfr. para su delimitación con BGH WM 1988, 1454.

⁹⁰ En *Kausalität und überholende Kausalität*, Kahrs quiere responsabilizar al causante por el daño cuando éste habría evitado al mismo sin la conducta causante de responsabilidad. (lug. cit., p. 64).

⁹¹ Así Hanau *Kausalität der Pflichtwidrigkeit*. Una "causalidad" así entendida de violación del deber debe ser considerada como elemento autónomo para el cómputo de la responsabilidad. Respecto de la conducta alternativa "no auténtica" véase Hanau, entre otro lugar, p. 11 ss. Críticas a estas tesis se

esencial en la cuestión de si la conducta alternativa afecta a la relación de imputación que fundamenta la responsabilidad o a la que satisface la prestación de responsabilidad. En el primer caso, ella debe ser considerada, en el marco de un “principio de apropiación”; en el último, pertenecerá al grupo de casos de la causalidad anticipante.⁹² Finalmente, requieren un tratamiento especial, según el criterio de muchos, los problemas que surgen en caso de lesión de garantías procesales esenciales (v. *infra*, n.º 4 y 5).

3. La jurisprudencia⁹³ no ofrece una imagen uniforme. La posibilidad de daños conforme a derecho ha sido considerada relevante, aun con distintas fundamentaciones,⁹⁴ en las siguientes situaciones de hecho:

OGH Köln, OGHZ, t. 1, p. 308 = NJW, 1949, p. 302: en el año 1944, a requerimiento del director de la Fuerza Aérea local, una firma constructora colocó en un fundo lleno de escombros un estanque de secado, sin que hubiera sido recabada la autorización de las autoridades correspondientes: la firma demandada argumentó contra la pretensión indemnizatoria del propietario del fundo, que la autorización se habría obtenido en caso de presentarse una solicitud y que, entonces, habría surgido el mismo daño.

BGHZ, t. 20, p. 275: en el año 1944, en algunas ciudades amenazadas por ataques aéreos, se construyeron fosas entre los edificios para crear vías de escape en los centros urbanos; el plan general de demolición de un municipio afectó el edificio de frente y de contrafrente del posterior demandante: ambos, de hecho, se demolieron. En la disposición policial que llegó al demandante se mencionó sin embargo solamente el cuerpo de frente del edificio como sujeto a la demolición.

BGHZ, t. 120, p. 281: el demandante tenía un derecho de indemnización a causa de un error de licitación. El comitente público argumentó que, teniendo conocimiento del incumplimiento de su obligación habría anulado la licitación por motivo fundado (§26 no. 1 VOL/A). La objeción debe tomarse en cuenta cuando hubo una obligación de anulación o si ésta se correspondía con un ejercicio permanente anterior.⁹⁵

encuentran en Hans Stoll RabelsZ 36 (1972), 578ss: Gotzler Rechmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang 1977, 195ss.; Larenz SchuldR I §301.

⁹² Así el trabajo de Gotzler mencionado en nota 91. Con respecto del "principio de apropiación" y los criterios a inferir del mismo respecto del cómputo detallado de la violación de bienes jurídicos véase *ibidem*, p. 92.

⁹³ La jurisprudencia se refiere en gran parte al ámbito público. Véase al respecto las sinopsis de Staud/Wurm §839 nota marg. 238 a 242: Münch/Komm/Papier §839 nota marg. 274; Soergel/Vinke §839 nota marg. 191s.

⁹⁴ Z. T. han sido fallados los casos sobre puntos de vista de motivaciones hipotéticas.

⁹⁵ Esto último también rige cuando un comitente público podría haber conocido el motivo de importancia para anular la licitación antes de la convocatoria, así BGH NJW-RR 1997, 1106. Respecto del mismo caso BGH NJW 2000, 661, 663 (segunda sentencia de cámara): el reclamo solo es de considerar si la demandante tampoco habría podido participar en una nueva convocatoria.

Además, en el caso dado al inicio de las bebidas alcohólicas (OLG Celle, NJW, 1949, p. 585), fue rechazado en general el deber de indemnizar y sólo se lo reconoció respecto de las botellas que se había llevado el propio demandado (§§ 812, 819, 292, 989).

En el caso de acciones que tienen un defecto de procedimiento, se le puede contraponer a la demanda de responsabilidad administrativa, según varias sentencias del BGH, que el funcionario habría tenido que producir el mismo resultado en caso de conducta acorde al deber.⁹⁶ Lo mismo debe regir en el caso de una decisión por una autoridad incompetente, cuando la autoridad competente tampoco habría podido resolver de manera distinta.

Ej. BGH, NJW, 1971, p. 239: una administración municipal había dispuesto –según su descripción, a instancias del Consejo estadual– la destrucción de productos cárnicos y embutidos, porque existía la sospecha de salmonela. Los requisitos para tomar esta medida estaban dados, según los §§ 34, 35, 39, III, de la BSeuchG (Ley Federal de Epizootias), del 18 de julio de 1961 (BGBl, t. I, p. 1012). Pero la disposición debería haber sido impartida por el Consejo estadual.⁹⁷

Aun en caso de falta de causa jurídica material, ha sido considerado relevante el hecho de que la autoridad que produjo el daño habría tenido que crear esta causa jurídica (BGH, VersR, 1963, pp. 1175, 1176⁹⁸).

En las clausuras de hecho de obras de construcción que pueden producirse, por ejemplo, por la falta de diligencia en el tratamiento del permiso de obra, se ha dado importancia al hecho de que hayan existido las condiciones para una clausura formal de la obra (BGH NJW 1972, 1946).

La enajenación ilícita de una prenda no fundamentaría un deber de indemnizar el daño, cuando conste que también en el caso de una enajenación de la prenda ajustada a la ley no se habría podido alcanzar un ingreso mayor.⁹⁹

Si la decisión alternativa conforme a derecho ha quedado sujeta a la *discreción* de la autoridad competente, el reclamo se considera conforme a derecho cuando, en su ejercicio hasta este momento, la autoridad respectiva suele hacer el uso correspondiente a esa

⁹⁶ Comprobado en BGHZ 63, 319, 325: véase también en el caso que se acaba de presentar BGHZ 120, 281, 287s. Una obligación de indemnización existe sin embargo también cuando la conducta acorde al deber a su vez habría producido un derecho a indemnización (BGHZ 146, 122).

⁹⁷ El mismo criterio se encuentra en BayObLG VersR 1967, 356, 359 (Determinación de los límites edificios por un organismo no competente).

⁹⁸ Cfr., empero, también BGHZ, t. 63, pp. 319, 325, donde se habla de los límites de este principio.

⁹⁹ RG Recht 1929 Nr. 1997; RG JW 1930, 134; acertadamente, Staud/Wiegand §1243 n.º m. 3; Soergel/Augustin §1243 n.º m. 3.

discrecionalidad.¹⁰⁰ El III Senado (Sala) del BGH, competente para sentenciar respecto de violaciones de los deberes en la función pública, expresó, sin embargo, en varias sentencias que no hay causalidad entre la violación del deber y el daño producido cuando no puede determinarse que se haya tomado una decisión deliberada que evitara el daño. Los casos correspondientes¹⁰¹ posiblemente se hallen en el límite entre la falta de causalidad y la conducta alternativa conforme a derecho.

Casos límite hay también en otros ámbitos. BGH Vers R 1980, 573: un barco fue dañado por el comportamiento inadecuado de las personas que conducen la operación de carga. El responsable objeta que el daño se habría producido, asimismo, realizando la carga en forma adecuada. OLG Düsseldorf Vers R 1982, 857: un municipio fue responsabilizado por los daños producidos por inundaciones porque la capacidad de su planta de aguas residuales habría sido demasiado pequeña. El municipio argumentó, por el contrario, que los daños en cuestión se habrían producido, incluso, de haberse ampliado los espacios de retención en la medida necesaria.

Según la jurisprudencia dominante, el *médico* que ha inobservado el deber de informar a un paciente, puede alegar que el paciente también habría consentido el tratamiento u operación luego de haber recibido la información completa;¹⁰² sin distinguirse al respecto entre información omitida e información incompleta.

Por el contrario, se ha considerado irrelevante la posibilidad de una conducta alternativa conforme a derecho en los siguientes casos:

RGZ 102, 390: en la primera guerra mundial el erario militar del Imperio usó la patente de la demandante sin hacerse dar la licencia forzada que podría haber sido otorgada según §5II de la entonces ley de patentes (PatG), publicada el 7 de abril de 1891 (RGBl. S. 79) por el canciller del Reich y que habría sido otorgada. El erario militar del Imperio sólo quería pagar los honorarios por la licencia forzada, mientras que el titular de la patente exigió una indemnización completa.

RG HRR 1935 No. 1008: entre las partes se había firmado una moratoria en virtud de la cual la parte posteriormente demandada no podía discontinuar sus relaciones comerciales con la

¹⁰⁰ RGZ 169, 353, 358; BGHZ 77, 223, 226; 120, 281, 288; BGH NJW 1959, 1125. Recientemente BGHZ 143, 362: no se admite excepción al menos cuando el daño alternativo conforme a derecho habría contrariado la intención de la autoridad administrativa en aquel momento. En consecuencia, en este caso no sería de relevancia si hubo o no obligación a un daño alternativo.

¹⁰¹ BGH VersR 1982, 275; 1985, 887. No debe tenerse en cuenta este principio para el caso de la conducta alternativa conforme a derecho, véase explicación en BGHZ 120, 281, 287 s. (VIII Senado).

¹⁰² BGHZ 90, 103, 111; BGH VersR 1979, 1012; 1981, 677; 1991, 812; BGH NJW 1980, 1333; 1991, 2342, 2344; 1992, 2351; 1994, 2414; BGH JZ 1993, 312 Anm. Giesen. En otro sentido, la jurisprudencia del RG; Cfr. RGZ 163, 129, 138.

otra parte hasta una fecha determinada, a pesar de encontrarse ésta en dificultades financieras. La demandada incumplió sus obligaciones causando así la quiebra de la otra parte. Frente a la pretensión del demandante, argumentó que el mismo efecto se hubiera producido luego del vencimiento de la moratoria.

BAGE 6, 321: en Schleswig – Holstein, en el año 1956, IG Metall rompió el acuerdo de conciliación poco antes de que expirase, llamando a una asamblea y convocar así a medidas de fuerza. La huelga que se produjo a continuación se extendió por varios meses. El sindicato, demandado por daños y perjuicios argumentó que las medidas de fuerza y la huelga también habrían sobrevenido luego del período de conciliación obligatoria.¹⁰³

BGHZ 64, 52, 57 no aceptó la objeción del auditor en la formación de una sociedad, quien había sobrevaluado negligentemente la aportación no dineraria, que, con la evaluación adecuada, la sociedad dañada no se habría formado.

En el contexto de reclamos por responsabilidad oficial, tanto el RG (RGZ 169, 353, 358) como el BGH (NJW 1959, 1316; BGHZ 120, 281, 287) se han negado a aceptar el descargo de que el daño podría haberse producido (pero no necesariamente) incluso con un tratamiento sin falencias.

Por lo tanto, la jurisprudencia también consideró irrelevante, que, con un tratamiento sin falencias, otra instancia administrativa habría producido de hecho el daño, sin tener un derecho a tal daño (Ej.: OLG Hamm NJW 1971, 468).

Tampoco se admitió la excepción en BGHZ 96, 157 = DNotZ 1986, 406 con nota de rechazo Hanau. Un notario había expedido un certificado de vencimiento del precio acordado para una compraventa de un terreno, a pesar de que no todas las condiciones estipuladas para el vencimiento se habían cumplido. El notario manifestó que, en caso de que se hubiera comportado conforme al deber, tendría que haber creado las condiciones para el vencimiento hasta la fecha en cuestión.

Los tribunales han vacilado en la cuestión de si un trabajador que incumplió el contrato puede alegar su derecho a renunciar dentro del plazo más próximo estipulado ante una demanda de daños y perjuicios de su empleador, y, si así fuere, bajo cuáles condiciones (véase al respecto *supra* punto 5).

4. Posiciones doctrinarias. Una parte de la doctrina considera esencialmente relevante la objeción de que el daño también se habría producido en caso de un comportamiento conforme a derecho o bien que habría existido la posibilidad de que se causare un daño conforme a derecho.¹⁰⁴ Este reconocimiento se basa, especialmente, en que, en estos casos, la antijuridicidad no podrá tener su función propia en cuanto momento

¹⁰³ El BAG (Tribunal Federal del Trabajo) había rechazado ese argumento ya en una de sus decisiones anteriores (BAGE 3, 280).

¹⁰⁴ MünchKomm/Oetker §249 006E° m. 211 ss.; AK-BGB/Rüssman n.º m. 70 a §§249 -253; Esser/Schmidt *SchuldR I* §33 III 2; Rother *lug. cit.* (nota 17) p. 218 s.; Lemhöfer *JuS* 1966, 337, 341; con reservas también Pal/Heinrichs, n.º m. 105ss. hacia §249. Respecto de las posiciones de Kahr, Hanau y Gotzler véase arriba, notas 90 a 92.

fundante de la obligación a indemnizar.¹⁰⁵ También se hace referencia a la idea del fin de protección; justamente la posibilidad de causar un daño conforme a derecho demuestra que el orden jurídico no ha buscado a toda costa proteger el bien jurídico agredido.¹⁰⁶ En parte de la bibliografía más antigua se ha derivado un concepto jurídico general de la regulación contenida en los párrafos 831 I I pág. 2, 832 I pág. 2, 833 pág. 2, 834 pág. 2, 836 I pág. 2.¹⁰⁷ La mayoría de las opiniones busca, sin embargo, la diferenciación.¹⁰⁸ Más allá de las diferenciaciones indicadas en el punto 2, se remite principalmente el ámbito de protección de la norma agredida o la conducta obligada que se encuentra detrás de la misma, especialmente si ésta habría buscado apenas evitar la conducta dañosa o el daño en general, o si habría servido, además, para proteger espacios de decisión y deliberación.¹⁰⁹ Las dudas se refieren especialmente a aquellos casos en los que se han violado *garantías procesales* considerables. Como es sabido, estas normas no solo deben proteger al ciudadano de daños sino darle la oportunidad de presentar pruebas y garantizar un control constitucional del proceso. Como ha enseñado la doctrina, es también la conformación de nuestro sistema legal que se opone, ante la ausencia de acciones públicas, a la consideración general del argumento de conducta alternativa conforme a derecho, ya que impediría a los tribunales la ficción de medidas administrativas o legislativas.¹¹⁰

5. Posición de los autores. a) El punto de partida para la valoración jurídica es la finalidad protectora de las normas de responsabilidad.¹¹¹ Si esta finalidad no se refiere directamente al daño o a la parte del daño que también pudo haber sido causado por una conducta lícita, el problema a discutir aquí en realidad no se plantea. Cualquier persona que suscriba un contrato rescindible o por tiempo determinado, siempre debe prever la posibilidad que la otra parte haga uso de la opción de rescisión o no prorrogue el contrato y, por lo tanto, no gozando sus intereses de una protección jurídica más abarcativa. Quien rescinda un contrato de este tipo antes de tiempo, en la mayoría de los casos sólo deberá

¹⁰⁵ Esser/Schmidt *SchuldR* I §33 III 2a.

¹⁰⁶ MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 215.

¹⁰⁷ Esta norma también puede interpretarse como señal, que en esos casos se carece del requisito de una *conditio sine qua non*.

¹⁰⁸ Staud/Schiemann §249 n.º m. 105 ss.; Soergel/Mertens n.º m. 160 ss. hacia §249; Jauernig/Teichmann n.º m. 48 hacia §§249-253; Niederländer AcP 153 (1954), 41, 68 ss.; v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 30 ss. En cuanto a detalles véase también *sub* punto 5. Koziol, lug. cit. (véase bibliografía) p. 185 ss.

¹⁰⁹ Así, más allá de los nombrados en nota 108 también Pal/Heinrichs n.º m. 106 hacia §249.

¹¹⁰ Esser *SchuldR* 4ta. edic. §46 IV2; Staud/Medicus 12da. edic. §249 n.º m. 114; en contra de este argumento, Esser/Schmidt *SchuldR* I §33 III 2b; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 217; de otra forma como Staud/Medicus también Staud/Schiemann §249 n.º m. 106.

¹¹¹ Así también BGHZ 96, 157, 173; también DNotZ 1986, 406 rechazada por. Hanau; BGHZ 120, 281, 286; BGHZ 143, 362, 365; Staud/Schiemann §249 n.º m. 105; v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 31 s.; Wissman NJW 1971, 549, 550; Deutsch Haftungsrecht, n.º m. 188 señalando el valor del bien jurídico protegido.

indemnizar el “daño de anticipación”. Por lo tanto, el empleado que no ocupa el puesto para el cual ha sido contratado, sólo deberá asumir los gastos por avisos de empleo costosos en los diarios, cuando y hasta donde pueda suponerse que éstos no se habrían producido si hubiera renunciado en el plazo de rescisión mínimo establecido en el contrato. Es irrelevante si la parte que incumple el contrato habría, previsiblemente, hecho uso del plazo de rescisión.¹¹² Lo mismo habrá que aplicar a los reclamos por daños y perjuicios de las partes en el marco de un contrato de servicios de acuerdo al § 628 II, cuando el contratante o el contratado se ha visto obligado a rescindir el contrato por la conducta anticontractual de la otra parte.¹¹³

Por supuesto es posible que del sentido de obligaciones rescindibles o temporarias deban inferirse otras cosas. Así, la paz laboral acordada entre los gremios de empresarios y trabajadores debe posibilitar negociaciones sin presión y dar a ambas partes la oportunidad de revisar su propio punto de vista antes de tomar medidas extremas. Mientras persista la obligación a la paz laboral, deberá suponerse que sigue existiendo una posibilidad de acuerdo.¹¹⁴ Algo similar debería aplicarse a la obligación emanada de una moratoria firmada para proteger a la otra parte (cfr. el caso mencionado RG HRR 1935 No. 1008).¹¹⁵

La cuestión de la finalidad protectora de la norma también es prioritaria en el ámbito de las disposiciones de derecho público. La responsabilidad decae si la norma no sirve al menos también para la protección del ciudadano, sino, por ejemplo, solamente para el ordenamiento interno de la Administración.

¹¹² Así ahora también por la jurisprudencia del BAG; BAGE 35, 179 = NJW 1981, 2340; BAG NJW 1984, 2846; Cfr. también BAG NJW 1970, 1469. Criticado por Beitzke Anm. BAG AP §276 Nr. 71. Como aquí Staud/Schiemann §249 n.º m. 105; Krause JuS 1995, 291, 294 ss.

¹¹³ En discusión; una síntesis de la jurisprudencia y las diferentes posiciones se encuentra, entre otros, en MünchKomm/Schwerdtner §628 n.º m. 43 a 61 y en Gessert Schadensersatz und Kündigung. Voraussetzung, Inhalt, Reichweite und Konsequenzen des §628 párr. 2 BGB 1987. La situación jurídica de ambas partes se diferencia en la medida que el derecho de rescisión del empleador se halla a menudo limitado por las disposiciones de protección contra despido. Respecto de §628II recientemente BAG NJW 2002, 1593; el trabajador recibe, además de la indemnización por el llamado "daño por anticipación" una indemnización adecuada por la pérdida del puesto de trabajo.

¹¹⁴ La sentencia en el juicio por la huelga de los trabajadores metalúrgicos de Slesvig-Holstein, que se mencionó anteriormente, suscitó tanto aprobación como rechazo por parte de la teoría jurídica. A favor Larenz NJW 1959, 865; v. Caemmerer, lug. cit.(nota 15) p. 33 con pruebas; Staud/Medicus 12.ª ed. §249 n.º m. 111; Soergel/Mertens n.º m. 164 hacia §249 otra posición MünchKomm/Oetker §249 n.º m con más pruebas; Staud/Schiemann §249 n.º m, 105. .

¹¹⁵ Como aquí Staud/Schiemann §249 n.º m. 105.

b) En cuanto la finalidad protectora de la norma de responsabilidad se relaciona con (todo) el daño, habrá que desconsiderar el argumento del obligado a indemnizar que podría (pero no debería) haber causado. A este conjunto de casos se aplica el precepto jurídico, presentado a menudo,¹¹⁶ de que la persona que ha elegido un camino antijurídico en lugar de uno jurídico, deberá atenerse a esta elección y soportar las consecuencias. Quien daña a un competidor de manera acorde a derecho, no puede aducir el argumento de que podría haberle causado daño también mediante acciones con arreglo a las leyes de la competencia. Quien produce un daño mediante una nota periodística volcando informaciones falsas, no puede aducir que un informe inobjetable hubiera sido igualmente perjudicial para el afectado.¹¹⁷ Con respecto a la finalidad protectora del §858, habrá que negar el argumento de una conducta alternativa conforme a derecho también a la persona que impone su derecho haciendo justicia, ilegalmente, por mano propia.¹¹⁸

Estos principios deberían aplicarse también al Estado. Por lo tanto, la referencia a la posibilidad de provocar un daño conforme a derecho mediante una (otra) decisión discrecional, solo libera de cargo cuando la decisión discrecional hipotética presentada para el descargo se corresponde con el ejercicio constante de la autoridad correspondiente¹¹⁹ o si el margen de discrecionalidad se reduce a cero, dadas las circunstancias del caso particular.¹²⁰ En actos administrativos incorrectos, sin embargo, debe verificarse primero si es posible una reinterpretación (Límites, § 47 VwVfG).

c) Está en duda y sigue siendo polémica la situación jurídica que surge ante la violación de la *obligación médica de informar*. La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia vigente.¹²¹ Según ésta, el médico responsabilizado puede argumentar que el paciente también habría dado su acuerdo con el tratamiento o la cirugía en cuestión si hubiera sido informado debidamente. Una posición intermedia quiere aceptar la excepción solo en caso de información incompleta, pero no ante la falta total de información.¹²² Estas posiciones

¹¹⁶ Por ejemplo, Niederländer JZ 1959, 617, 621.

¹¹⁷ Cfr. el caso BGH VersR 1954, 236.

¹¹⁸ De acuerdo Münzberg, Homenaje para Egon Schneider, 1997, 223, 227 s.

¹¹⁹ Coincide con la jurisprudencia actual, véase *supra* nota 100. Más tajante que aquí Staud/Schiemann §249 n.º m. 106: Será difícil determinar cómo se ha producido la deliberación; además, la deliberación de la Administración no puede ser sustituida por la del tribunal.

¹²⁰ En este sentido, la situación es la misma que para evaluar si la violación del deber fue causal del daño, véase al respecto BGH NJW 1996, 842.

¹²¹ Staud/Schiemann §249 n.º m. 107; Soergel/Zeuner §823 n.º m. 253; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 216; Pal/Thomas §823 n.º m. 51; Kern/Laufs Die ärztliche Aufklärungspflicht 1983, 165; Weitnauer DB Beil 21, 8; Kleinerwefers VersR 1962, 107, 204; Nüssgens FS Hauß 1978, 287, 289 s.

¹²² Soergel/Mertens n.º m. 166 a §249; Koziol lug. cit. (véase bibliografía) p. 186; Katzenmeier Arzthaftungsrecht 2002, 347, 367 ss. otras.

se apoyan especialmente en la interpretación, de hecho muy amplia, que la jurisprudencia dominante asigna al deber de información del médico hacia el paciente.¹²³ El propósito y sentido del deber de información del médico se apoyan en el punto de vista opuesto.¹²⁴ Mediante esta obligación se busca dar al paciente la oportunidad de reflexionar con tranquilidad, de hablar con sus familiares más cercanos sobre su situación y eventualmente consultar a otro médico, pensar si quiere confiar la intervención a un especialista especialmente calificado para el mismo. Su aceptación es una decisión sumamente personal que no puede ser sustituida por una decisión judicial. La jurisprudencia dominante y los autores que la avalan buscan responder a esta inquietud en cierta medida vinculando el consentimiento hipotético del paciente con sus características personales (véase más detalladamente en punto 6).

d) Una *parte contractual* no tiene derecho a quedar mejor posicionada de lo que lo estaría si la otra parte hubiera cumplido sus obligaciones. En ese sentido, los §§ 565, HGB, y 44, BinSchG, contienen un *precepto jurídico general*. Es significativa, por lo tanto, la objeción de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales justamente habrían causado idéntica lesión. Si un administrador de activos incumple un contrato, pues en vez de adquirir acciones de la sociedad X las adquiere de Y, en peor situación financiera, cuando quiebren ambas empresas queda liberado de cargo. Por las mismas razones, que fueron definidas en el ejemplo inicial del garaje (véase *infra*, en punto 1), también quedaría sin cargo el locador del garaje.

e) El *ciudadano* tampoco tiene derecho a quedar en mejor posición de lo que estaría si las autoridades estatales hubieran cumplido sus obligaciones, por lo cual también en *relación con el Estado* debe observarse la obligación a la conducta perjudicial en general. Son críticos los casos de violación de las *normas de procedimiento* y otras *normas protectoras* que sirven para garantizar los derechos de los ciudadanos.¹²⁵ Si bien no es la función del deber de compensación enseñar a la Administración como proceder conforme a derecho, con la idea de prevención y sanción, las restricciones a la objeción de descargo que se reclamaron

¹²³ Una sinopsis de la jurisprudencia actual en MünchKomm/Mertens §823 n.º m. 451 a 458; Katzenmeier lug. cit. (nota 122), p. 326ff.

¹²⁴ Staud/Medicus 12da. edic. §249 n.º m. 114; v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 34 ss.; Frank/Peters JuS 1985, 693 s.; Giesen Arzthaftungsrecht 4ta. edic. 1995 n.º m. 232 ss. / JZ 1993, 313, 318 s.

¹²⁵ Respecto de estas cuestiones como aquí Soergel/Mertens n.º m. 164 hacia §249; Jauerling/Teichmann n.º m. 48 hacia §249 a 253; Niederländer AcP 153 (1954), 68ss.; v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 32; Wissmann NJW 1971, 549, 550 s., Deutsch Haftungsrecht n.º m. 189, 193; otra posición MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 217; Esser/Schmidt SchuldR I §33112b; algo diferente que aquí también Staud/Schiemann §249 n.º m. 106.

insistentemente y que ya encontraron cabida en la jurisprudencia¹²⁶, son difíciles de sostener. Sin embargo, es otra cuestión si el sentido de las disposiciones violadas puede exigir, de modo similar que en la paz laboral exigida por la convención colectiva, partir del supuesto que aún sería posible una decisión favorable al ciudadano. Probablemente, se pueda decir también que la objeción presupone un cierto grado de correspondencia entre la conducta antijurídica y la conducta conforme a derecho. Si un ciudadano es expropiado o privado de libertad *par ordre du mufti*, entonces estaría en contradicción con el propósito de las obligaciones violadas, llevar a cabo en el proceso de indemnización, un procedimiento hipotético de expropiación y examinar si el juez competente habría debido emitir una orden de detención.^{126a} Aún ante importantes deficiencias en la ejecución se debería negar la excepción.¹²⁷ Se relaciona con este aspecto también el caso subyacente a BGHZ 96, 157 (*supra*, punto 3), sentenciado de modo correcto en cuanto al resultado. Ya que el notario responsabilizado no adujo que idéntico daño se habría producido si hubiera esperado debidamente el cumplimiento de todos los requisitos antes de extender el certificado de vencimiento, sino que habría debido crear estas condiciones previas hasta la fecha del certificado por él extendido; la falta de estas condiciones previas (anotación preventiva) fue, sin embargo, vital para los intereses del vendedor.¹²⁸

f) Por otra parte se *deberá lugar a la excepción si la infracción solo habría perjudicado los intereses de la persona afectada insignificamente*,¹²⁹ pudiendo resultar la insignificancia, de la naturaleza de la norma violada pero también de razones de hecho. Así, en el caso de los carriles de fuego (BGHZ 20, 275), con la inclusión legal de ambos terrenos en el plan de demolición general, ya se había efectivizado la parte decisiva del procedimiento de expropiación.¹³⁰ En el caso de la salmonela (BGH NJW 1971, 239), no resultó esencial para la protección de los intereses de la persona afectada que, el decomiso, permisible y, bajo las circunstancias, incluso inevitable, no había sido ordenado por la Administración del Distrito, sino expedida por la Alcaldía a pedido de la primera.

¹²⁶ Decidido y demasiado general, por ejemplo, OLG Hamm NJW 1971, 468.

^{126a} Acertado BVerwG VIZ 1998m 676 referente a §111III VermG: el demandante había sufrido en la ex DDR presiones en una forma incompatible con los principios del Estado de derecho y había sufrido en consecuencia una pérdida de patrimonio. Si esta pérdida podría haberse producido también de modo inobjetable no tiene relevancia.

¹²⁷ Respecto de las deficiencias de ejecución véase también v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) y Gotzler lug. cit. (nota 91) p. 126s. con puntos de vista opuestos. Como acá Soergel/Mertens n.º m. 164 hacia §249.

¹²⁸ Además, una contrariedad al deber ya cometida no debería quedar neutralizada por una segunda.

¹²⁹ Del mismo modo, Niederländer AcP 153 (1954), 41, 71; v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 32; en la perspectiva acá postulada también Soergel/Mertens n.º m. 164 hacia § 249.

¹³⁰ Como aquí, Niederländer AcP 153 (1954), 41, 71. Con el mismo resultado, v. Caemmerer lug. cit. (nota 15) p. 32 quien remite a las circunstancias bélicas.

Algo similar se aplica a la violación de las obligaciones contractuales. En el fallo sobre la huelga en la fábrica de metal de Schlesvig-Holstein, se debería haber decidido de otro modo, si el sindicato no habría llamado a asamblea para decidir sobre la huelga varios días, sino sólo media hora antes del vencimiento del plazo de la paz laboral.

6. Carga de la prueba. Quien invoca una conducta alternativa conforme a derecho, deberá comprobar todos los requisitos de hecho que dan posibilidad de causar un daño conforme a derecho.¹³¹ Esta distribución de la carga de la prueba se basa en las mismas consideraciones que en los casos de la causalidad hipotética. Al igual que en éstos últimos, los requisitos de hecho de la conducta alternativa conforme a derecho no deben evaluarse según la estricta regla del § 286, sino conforme al § 287 ZPO.¹³² En este sentido tampoco se plantea la relación de causalidad entre el acto dañoso y el resultado, sino de si el daño se ha producido.

En el marco del *deber de información del médico hacia el paciente*,¹³³ el médico responsabilizado debe afirmar¹³⁴ y comprobar que el paciente en cuestión habría dado su consentimiento también ante una información completa. Esta comprobación debe cumplir estrictos requisitos de manera que el derecho a la libre determinación del paciente no se vea socavada por un consentimiento hipotético supuesto precipitadamente.¹³⁵ Según la jurisprudencia dominante, no debe argumentarse que el rechazo de la intervención habría sido contradictoria con los mandatos de la razón. Más bien depende de si ese paciente en particular, dadas sus características personales y particularidades, la habría consentido en la situación concreta en la que se encontraba.¹³⁶ Este razonamiento es coherente; la figura jurídica del "paciente razonable" sería cuestionable desde el punto de vista constitucional cuando se trate de proteger su derecho a la libre determinación.

¹³¹ BGH 7, 198, 203 s.; 29, 176, 187; 61, 118, 123; 120, 281, 287; OLG Düsseldorf VersR 1982, 857, 858; Staud/Schiemann n.º m. 93 a §249; MünchKomm/Oetker §249 n.º m. 218; Pal/Heinrichs n.º m. 107 hacia §249; Eser/Schmidt *SchuldR I* §33 VI2; Baumgärtel/Strieder §249 n.º m. 11; Prütting *Gegenwartsprobleme der Beweislast* 1983, 252 s.; M. Lemhöfer *JuS* 1966, 337, 341 ss.; con otra posición, Hans Stoll *RabelsZ* 36 (1972), 578, 588 ss.

¹³² BGHZ, 198, 203 s.; BGH VersR 1957, 60, 61; Hanau *Kausalität der Pflichtwidrigkeit* 1971, 138 ss.; Gottwald *Schadenszurechnung und Schadensschätzung* 1979, 163.

¹³³ Bibliografía referente al deber de información del médico hacia el paciente véase §3 nota 499 y *supra* nota 123.

¹³⁴ No hay consideración de oficio, véase BGH NJW 1994, 799, 801; 1994, 2414, 2415.

¹³⁵ BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1980, 1333, 1992, 2351, 2353; 1994, 2414, 2415;

¹³⁶ BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1980, 1333, 1334; 1991, 2342, 2344; 1991, 2344, 2345; 1993, 2378, 2379; 1994, 799, 801.

La determinación necesaria resulta difícil, sobre todo porque se intromete en un ámbito sumamente personal, que difícilmente puede ser juzgado por un extraño. La jurisprudencia busca eludir esta dificultad de la siguiente forma: si el médico alega el consentimiento hipotético, el paciente lesionado no estará obligado a demostrar que habría decidido de otra manera,¹³⁷ lo que, honestamente, no le será posible en la mayoría de los casos. Pero éste tiene que dar razones plausibles en favor de que, si hubiera sido plenamente informado, se habría encontrado en una situación de conflicto para tomar una decisión. Esta situación puede referirse a que, posiblemente, al tener conocimiento de todas las circunstancias, habría desistido de la cirugía en ese momento e intentado un tratamiento conservador, que habría consultado a sus familiares o a su médico de cabecera¹³⁸, o bien que habría preferido que la intervención se realizara en una clínica especializada y con un cirujano especialmente familiarizado con la intervención en cuestión.¹³⁹ En razón de la tasa de riesgo normal, en general muy baja, la objeción se termina, por regla general, ya en el momento cuando puede considerarse seriamente que el paciente habría dudado inicialmente y que la intervención, por lo tanto, recién se podría haber realizado en una etapa posterior.¹⁴⁰

La jurisprudencia acerca de la nombrada "prueba de razonabilidad" es amplia. En contra de la existencia de una indecisión puede argumentarse, cuando el riesgo que no fue informado es reducido en comparación con los riesgos que se han tomado,¹⁴¹ cuando hubo una indicación vital y absoluta para la intervención¹⁴² y cuando el paciente había solicitado ya en un momento previo a la decisión, una intervención de peso muy considerable, sin esperar los estudios subsiguientes.¹⁴³ Por otro lado, el solo hecho de que el paciente se siga tratando después de la intervención en el mismo hospital y con el mismo jefe de servicio no permite concluir la existencia de un consentimiento hipotético previo.¹⁴⁴ Se sugiere una indecisión cuando la intervención no resultaba urgente¹⁴⁵ y/o cuando existía una alternativa de tratamiento. Es muy probable cuando el paciente había rechazado inicialmente la intervención, y sólo había dado su consentimiento por la insistencia del médico.¹⁴⁶

¹³⁷ BGH NJW 1991, 1543, 1544; 1994, 799, 801; 1994, 2414, 2415.

¹³⁸ BGH NJW 1991, 2342, 2344.

¹³⁹ BGH lug. cit. (nota 138); OLG Celle VersR 1977, 1106, 1107.

¹⁴⁰ BGH VersR 1981, 677, 678.

¹⁴¹ OLG Köln NJW 1990, 2940; OLG Koblenz VersR 1992, 963; OLG Köln VersR 1996, 1413.

¹⁴² OLG Oldenburg VersR 1988, 408; 1991, 820; OLG Düsseldorf VersR 1988, 1132; OLG Karlsruhe VersR 2001, 860 (un caso de información tardía): cuando no existió una alternativa real.

¹⁴³ OLG Koblenz NJW 1990, 1540.

¹⁴⁴ BGH NJW 1991, 2342, 2344.

¹⁴⁵ BGH NJW 1993, 2378, 2379; 1994, 799, 801.

¹⁴⁶ BGH NJW 1994, 2414.

Bibliografía

- ALFRED WERNER, *Zur Abgrenzung des Einwandes der überholenden Kausalität*, NJW, 1957, pp. 1857 ss.
- BACKHAUS, *Einige Überlegungen zum Verhältnis von kumulativer und hypothetischer Kausalität*, VersR, 1982, pp. 210 ss.
- BECHTHOLD, *Die Behandlung der sog. überholenden Kausalität*, Freiburg 1963.
- BÖHM, *Überholende Kausalität im Sozialrecht*, Köln 1976.
- COING, *Interessenberechnung und unmittelbarer Schaden*, SJZ 1950, pp. 865 ss.
- DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln, Carl Heymanns, 1996.
- FRANK / LÖFFLER, *Grundfragen der überholenden Kausalität*, JuS, 1985, pp. 689 ss.
- FRANK, *Der Einfluss hypothetischer Schadensursachen auf zivilrechtliche Schadenersatzansprüche*, Freiburg / Berlín 1935.
- GÖTZ HEUCK, *Das Problem der überholenden Kausalität*, JZ, 1953, pp. 404 ss.
- GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, 1977.
- GROSSRICHTER, *Hypothetischer Geschehensablauf und Schadensfeststellung*, 2001 (derecho comparado).
- GRUNSKY, *Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung*, en *FS für Lange*, 1992, pp. 469 ss.
- HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, 1971.
- HERM. LANGE, *Zum Problem der überholenden Kausalität*, AcP, 152 (1952/53), pp. 153 ss.
- KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, 1969.
- KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, 1972, pp. 89 ss.

KLEEWEIN, *Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung*, 1993, DEUTSCH, *Haftungsrecht*, n.º m. 175 ss.

KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, 1954.

KOZIOL, *Rechtmäßiges Alternativverhalten – Auflösung starrer Lösungsansätze*, en *FS für Deutsch*, 1999, pp. 179 ss.

LARENZ, *Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung*, NJW, 1950, pp. 487 ss.

LEMHÖFER, *Die überholende Kausalität und das Gesetz*, JuS, 1966, pp. 337 ss.

LUCK, *Kann der Beklagte zwecks Haftungsbefreiung einwenden, der Schaden wäre auch ohne seine Handlung in einem späteren Zeitpunkt entstanden?*, Erlangen 1936.

MOORS, *Hypothetische Verursachung und Schadensberechnung*, NJW, 1954, pp. 332 ss.

NEUMANN–DUESBERG, *Verneinung der überholenden Kausalität trotz hypothetischer Schadensursache*, JR, 1952, pp. 225 ss.

— — *Einzelprobleme der überholenden Kausalität*, JZ, 1955, pp. 263 ss

NIEDERLÄNDER, *Hypothetische Schadensereignisse*, JZ, 1959, pp. 617 ss.

— — *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, AcP, 153 (1954), pp. 41 ss.

OLTERS, *Das Problem des Reserveursache*, Hamburg, 1955.

OTTO LANGE, *Zur Frage der überholenden Kausalität*, JR, 1951, pp. 73 ss.

ROTHER, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, pp. 197 ss.

RUDOLF SCHMIDT, *Rechtmängelhaftung und überholende Kausalität*, AcP, 152 (1952/53), pp. 112 ss.

U. WAGNER, *Hypothetische Schadensereignisse*, 1974.

VON CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, 1962,

WAHLE, *Die überholende Kausalität*, *Karlsruher Forum*, 1959, pp. 58 ss.

WISSMANN, *Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten*, *NJW*, 1971, pp. 549 ss.

ZEUNER, *Zum Problem der überholenden Kausalität*, *AcP*, 157 (1958/59), pp. 441 ss.

ZIESER, *Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht*, Freiburg / Berlin 1955