

La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán *

Dra. STEFANIE SENDMEYER

Consejera académica, en calidad de Profesora adjunta/Profesora investigadora, en la Wilhelms-Universität Münster de Westfalia, Instituto de Derecho Internacional Económico, Cátedra del Prof. Dr. Heinrich Dörner, Derecho internacional privado y Derecho civil

RESUMEN

En el Derecho de obligaciones alemán hay una serie de disposiciones legales que regulan las obligaciones y derechos del contrato de obra, que es definido como un contrato de servicios en el que el contratista garantiza la obtención un resultado. Este régimen legal determina también las acciones del cliente en caso de que se realice un trabajo defectuoso. Desde que el Derecho de obligaciones fue modernizado en Alemania en 2002, las reglas de la responsabilidad por defectos en el contrato de obra están relacionadas con la estructura del Derecho general de obligaciones e integradas en él. Sin embargo, aún existen diferencias con respecto a las acciones otorgadas y en las condiciones reguladas en la parte general del Derecho de obligaciones. Las siguientes páginas describen la estructura de las reglas del régimen específico de la responsabilidad por la defectuosa ejecución de una obra. Después de un breve resumen de los cambios introducidos por la reforma de 2002, se analizan los presupuestos para el ejercicio de las acciones específicas, centrándose en la definición del término «defecto» y mostrando las distinciones relevantes. A continuación, las diferentes acciones, en concreto la reparación de la obra defectuosa o su sustitución, la autoejecución, la reducción del precio, la resolución del contrato, la acción de indemnización daños y de reembolso de los gastos, que nos muestran, a grandes rasgos, una visión de cómo las acciones se relacionan entre sí. Finalmente, se examina la incidencia de la obligación que tiene el cliente de aceptar la obra ejecutada de conformidad con el contrato. La aceptación marca el momento a partir del cual los derechos del cliente estarán regidos por las reglas de la responsabilidad por defectos en el contrato de obra, pero, al mismo tiempo, puede provocar la pérdida de sus derechos.

* La traducción ha sido realizada por Rafael Zambrana Kuhn, Profesor Colaborador de la Facultad de Traducción e Interpretación de la Universidad de Granada.

PALABRAS CLAVE

Contrato de obra; modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania; remedios en caso de incumplimiento del contrato de obra; responsabilidad por defectos de la obra; plazo para la subsanación; subsanación; autoejecución; reducción del precio; resolución del contrato; daños; reembolso de gastos; recepción.

ABSTRACT

In the German law of obligations, there are specific Statutory provisions regulating the duties and rights under a contract to produce a work (Werkvertrag) defined as a service contract in which the contractor guarantees to achieve a certain result. This regime of rules also lays down the remedies of the customer in case the contractor procures a defective work. Since the law of obligations was modernized in Germany in 2002, the rules on the liability of defects (the so-called «werkvertragliche Gewährleistungsrecht») are interrelated with and integrated into the structure of the general law of obligations, but there are still deviations with regard to the remedies granted and conditions set out in the general part of the law of obligations. The following article describes the structure of the specific regime of rules establishing the liability for a defective work. After a brief overview of the changes caused by the reform in 2002, the conditions for the specific remedies are laid out, focusing on the definition of the term «defect» and illustrating relevant distinctions. Following that, the different remedies, namely cure by either repair of the defective work or production of a new non-defective work, self-help (Selbstvornahme), reduction of the price, revocation of the contract, damages and reimbursement of expenses, are characterized in greater detail and with a view as to how they relate to one another. Finally, the impact of the customer's obligation to accept the work produced in conformity with the contract is analyzed. For this acceptance marks the point in time as of which the rights of the customer are governed by the specific rules on the liability of defects, but at the same time may cause the customer to lose these rights.

KEYWORDS

Contract to produce a work; modernization of the German law of obligations; remedies for breach of a contract to produce a work; liability for defective work; defect, period to be set for cure; cure; self-help; reduction of the price; cancellation of the contract; damages; reimbursement of expense; acceptance.

SUMARIO: A. *Introducción.*—B. *Modificación fundamental en la estructura de la responsabilidad por vicios mediante la Reforma del Derecho de Obligaciones:* I. Estructura de la responsabilidad por vicios en el Derecho antiguo. II. Concepto fundamental de la responsabilidad por vicios en el nuevo Derecho vigente: 1. Incorporación al Derecho general de obligaciones. 2. Interrelaciones entre el Derecho europeo y la

responsabilidad en el contrato de compraventa.—C. *El vicio como contingencia de la responsabilidad en el contrato de obra*: I. Fundamentos del concepto de vicio en el contrato de obra: 1. Condiciones de calidad. 2. Calidad. 3. Importancia de la funcionalidad para el concepto de vicio. II. Casos asimilados al vicio material.—D. *Los derechos del comitente en caso de vicio*: I. Sistematización de los remedios por vicios-Prevalencia del cumplimiento posterior: 1. Prevalencia del cumplimiento posterior por exigencia de plazo. 2. Prescindibilidad del plazo. II. Los remedios en detalle: 1. Cumplimiento posterior. 2. Autoejecución. 3. Resolución. 4. Minoración. 5. Indemnización de daños. 6. Restitución de gastos.—E. *Importancia de la recepción en el sistema de garantías del contrato de obra*: I. La recepción de la obra como momento determinante en la delimitación entre la garantía por vicios y las disposiciones del Derecho general de obligaciones. II. Condiciones de la recepción. III. Exclusión de la garantía con la recepción incondicional.—F. *¿Hay concurrencia e interrelación entre el Derecho de garantía del contrato de obra y el Derecho general de obligaciones?*—G. *Conclusiones*.

A. INTRODUCCIÓN

En un contrato de obra, según el § 631 BGB, el contratista (*Unternehmer*) promete la ejecución de una obra y, con ella, el logro de un resultado concreto¹. En el conjunto de obligaciones de este tipo contractual se incluye, conforme al § 633 BGB, la de que «el contratista debe proporcionar la obra al comitente libre de vicios materiales y jurídicos». Si se incumple esta condición, el comitente dispone de los remedios descritos, desarrollados y, en ocasiones, modificados en los §§ 634 BGB y ss. A continuación estudiaremos la figura de la responsabilidad por vicios en el contrato de obra según el régimen jurídico alemán, en particular, y su relación con las disposiciones generales del Derecho de obligaciones.

B. MODIFICACIÓN FUNDAMENTAL EN LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS MEDIANTE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

El Derecho alemán contempla desde antiguo un régimen especial de responsabilidad por vicios para el caso de que en la ejecu-

¹ Para la descripción más detallada y la diferenciación de otros tipos contractuales v. Schulze.

ción del contrato de obra se produzca un incumplimiento por parte del contratista², es decir, de la parte contratante que ha de ejecutar la obra. La actual configuración de dicho régimen surge de la Reforma del Derecho de Obligaciones y se plasma en el art. 1 apartado 1, números 38 y 39 de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones³. Con esta norma el legislador alemán adopta los preceptos contenidos en la Directiva europea sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁴ y –yendo más allá de lo estrictamente necesario– procede a reformar en profundidad todo el Derecho de obligaciones.

I. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS EN EL DERECHO ANTIGUO

La responsabilidad por vicios derivada del contrato de obra se encontraba recogida, antes de la Reforma, en los §§ 633 a 635 BGB versión antigua (en lo sucesivo, v.a.)⁵. En caso de que la obra presentase vicios, el § 633 apartado 2, inciso 1 BGB (v.a.) garantizaba al comitente y como remedio preferente –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de defensa del consumidor– el derecho a la subsanación del vicio, lo que incluso podía conllevar la repetición de la obra⁶. Si el contratista demoraba dicha subsanación, el comitente podía, según el § 633, apartado 3, BGB (v.a.), llevarla a cabo por sí mismo o encargarla a un tercero y reclamar al contratista los gastos ocasionados. En caso de haber establecido el comitente un plazo razonable para la subsanación del vicio, con la advertencia de rechazar la subsanación una vez expirado dicho plazo, y de no respetar el contratista dicho plazo, el comitente tendría a su favor una pretensión de redhibición, o retroacción del contrato, y reducción, según el § 634, apartado 1, BGB (v.a.). La aplicación inmediata de estos remedios sería posible en caso de resultar prescindible la fijación de un plazo de aceptación, así como «cuando la subsanación del vicio resulte imposible o cuando sea rehusada por

² El Derecho alemán emplea el término *Unternehmer* no sólo para designar al contratista de una obra, sino –ante todo– para definir al profesional, empresarial o autónomo, que actúa como contraparte del consumidor; cf. § 14 BGB.

³ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001*, BT-DRUCKS. 14/6040, pp. 1 y ss.

⁴ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Diario Oficial CE 1999, n.º L 171, pp. 12 y ss.

⁵ V. más ampliamente: MEDICUS: *Schuldrecht II-Besonderer Teil*, 10.ª ed Munich, 2000, nn.mm. 365 y ss.; RAAB: «Der Werkvertrag», en *Das neue Schuldrecht-Ein Lehrbuch*, eds. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Heidelberg, 2002, § 9, nota marginal 21 (en adelante, n.m.).

⁶ BGHZ 96, 111, 118 y ss.; MEDICUS, n.m. 371.

el contratista, o cuando la exigencia inmediata de redhibición o minoración quede justificada por especial interés del comitente»⁷. Puesto que la pretensión de redhibición o minoración requiere la aceptación del contratista, el comitente estaría obligado en sentido estricto a requerir judicialmente la aceptación, antes de poder hacer valer su pretensión. No obstante, la jurisprudencia admite esta acción directa, si bien la fundamentación dogmática es objeto de controversia⁸. Finalmente el comitente podría obviar estas dos pretensiones y reclamar –aunque con rango supeditado a la subsanación del vicio– la indemnización por incumplimiento contractual según el § 635 BGB (v.a.). Así la delimitación de esta pretensión especial de indemnización causaría serios problemas a los conceptos de lesión positiva del crédito (*positive Forderungsverletzung*) y lesión positiva del contrato (*positive Vertragsverletzung*), ambos surgidos de la jurisprudencia y anclados en el Derecho general de obligaciones, precisamente considerando la gran divergencia en las disposiciones prescriptivas. El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) consideraba que solo los vicios de la cosa (*Mangelschäden*) y los llamados daños directos o inmediatos derivados del vicio de la cosa (*Mangelfolgeschäden*) estaban incluidos en el sistema de garantía del contrato de obra; por el contrario, los daños indirectos derivados del vicio de la cosa quedaban incluidos en el marco de la lesión positiva del crédito o de la lesión positiva del contrato, con un plazo de prescripción mucho mayor⁹.

II. CONCEPTO FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS EN EL NUEVO DERECHO VIGENTE

1. Incorporación al Derecho general de obligaciones

En el marco de la modernización del Derecho de obligaciones, la responsabilidad por vicio en los contratos de compraventa y de obra se ha incorporado en la medida de lo posible al derecho general de obligaciones¹⁰. Mediante la introducción de la lesión del deber como hecho fundamental en el Derecho sobre incumplimiento¹¹ el vicio puede dar lugar a las consecuencias jurídicas contem-

⁷ § 634, apdo. 2, BGB (v.a.)

⁸ Extensamente: MEDICUS, notas marginales 367, 56 y ss. (en adelante, nn.mm.)

⁹ ERMAN¹⁰/SEILER: *Bürgerliches Gesetzbuch Band I*, 10.^a ed. Münster/Colonia, 2000, § 635 BGB v.a. n.m. 20; MEDICUS, nn.mm. 375 y ss.; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 60.

¹⁰ BT-DRUCKS. 14/6040, pp. 219 y ss.; v. También PALANDT/SPRAU: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70.^a ed, Münich, 2011, Intr. al § 633 BGB n.m. 1.

¹¹ Cf. § 280 y ss. BGB.

pladas en el Derecho general de obligaciones (cumplimiento posterior, resolución e indemnización). Esto es así porque el vicio no es otra cosa que la lesión del deber del contratista, estipulado en el § 633, apartado 1, BGB, de fabricar para el comitente una obra en perfecto estado. Para la responsabilidad por vicios basta remitirse al Derecho general de obligaciones, no siendo necesarios remedios especiales ni un derecho propio de garantía para los contratos individuales. En particular podemos prescindir de la redhibición, concebida originariamente en el derecho de garantía, en favor del derecho de resolución¹². De esta forma también podemos obviar la problemática distinción entre estos dos regímenes.

En cualquier caso, el interés del comitente, que presenta especificidades en el Derecho del contrato de obra y en el Derecho de garantía por defectos en la compraventa, requiere el establecimiento de remedios adicionales y, en algunos grupos de casos, incluso la modificación de las disposiciones generales. Por esta razón en los §§ 633 y ss. BGB se establecen la minoración y la autoejecución como derechos especiales de garantía, propios del contrato de obra. Además, podemos encontrar regulaciones que concretan o modifican las disposiciones generales, adaptándolas a los problemas específicos del contrato de obra. A efectos de mayor claridad, en el § 634 BGB se recogen todos los remedios posibles, independientemente de su procedencia del Derecho general de obligaciones o de su aplicación específica al contrato de obra.

2. **Interrelaciones entre el Derecho europeo y la responsabilidad en el contrato de compraventa**

La garantía derivada del contrato de obra fue adaptada al régimen del contrato de compraventa, a su vez modificado conforme a la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹³; esto supuso el reordenamiento de aquellos aspectos fronterizos entre el Derecho del contrato de obra y las normas de responsabilidad por defectos en la compraventa. En el Derecho del contrato de obra la armonización apenas produjo una modificación conceptual, pues muchas de las disposiciones introducidas para la compraventa ya aparecían recogidas en el Derecho sobre el contrato de obra, por ejemplo la pretensión de resolución posterior [§ 633 apartado 2, inciso 1, BGB (v.a.)] o la responsabilidad indemnizatoria por vicios [§ 635 BGB (v.a.)] en lugar de la responsabilidad derivada de las características

¹² V. también D.II.3.

¹³ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 260.

garantizadas o del dolo, según se aplicaba en el Derecho antiguo [§ 463 BGB (v.a.)]¹⁴.

Sin embargo encontramos novedades referidas a lo que en el § 651 BGB (v.a.) se denominaba *contrato de obra con suministro de materiales (Werklieferungsvertrag)*¹⁵. Antes de la Reforma se aplicaba el régimen general del contrato de obra cuando era el comitente quien suministraba los materiales. A éste se sumaban una serie de disposiciones especiales cuando el contrato se refería a bienes fungibles y los materiales eran aportados por el contratista¹⁶. En la actualidad, según el § 651, inciso 1, BGB, se aplicarán las disposiciones relativas al Derecho de compraventa al «contrato que tenga por objeto el suministro de cosas muebles por producir o por fabricar». Esto será también válido cuando sea el comitente –y no el contratista– quien aporte los materiales necesarios para la obra¹⁷. Solamente en aquellos casos en que se trate de bienes no fungibles, se aplicarán de forma complementaria determinadas disposiciones relativas al contrato de obra, según el § 651, inciso 3, BGB. Con esto desaparece el contrato de obra con suministro de materiales como forma mixta entre el contrato de obra y el de compraventa¹⁸.

En los grupos de casos que, tras la Reforma, quedan sometidos al régimen del contrato de compraventa las disposiciones de la Directiva, que constituyen el fundamento del nuevo Derecho general de obligaciones y del Derecho de compraventa, adquieren una relevancia inmediata. Pero la normativa europea también adquiere gran importancia en aquellos otros casos que siguen supeditados al Derecho del contrato de obra. El deseable y duradero equilibrio entre los derechos de garantía en el contrato de compraventa y en el contrato de obra sólo será posible con la armonización de ambos regímenes. Para ello las valoraciones plasmadas en la Directiva sobre el Derecho

¹⁴ RAAB en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 20; ROTH, «Die Reform des Werkvertragsrechts», JZ 2001, 543, 546; v. también MEDICUS/PETERSEN: *Bürgerliches Recht*, 22.^a ed. Colonia, 2009, n.m. 317.

¹⁵ V. ampliamente BUSCH ***.

¹⁶ V. MEDICUS, nn.mm. 386 y ss.

¹⁷ BGH NJW 2009, 2877, 2878; BROX/WALKER: *Besonderes Schuldrecht*, 34.^a ed. München, 2010, § 22 n.m. 10; MANKOWSKI: «Werkvertragsrecht-Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag», MDR 2003, 854; MEDICUS/PETERSEN, n.m. 318.

¹⁸ LEISTNER: «Die “richtige” Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht», JA 2007, 81; MANKOWSKI, MDR 2003, 854, 857; MÜNCHKOMM/BUSCHE: *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II*, 5.^a ed. München, 2009, § 651 BGB n.m. 1.

de compraventa¹⁹ también han de ser incorporadas al Derecho de garantías por vicio que es aplicable al contrato de obra²⁰.

C. EL VICIO COMO CONTINGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA

La contingencia para la garantía en el contrato de obra es la existencia de un vicio en el momento²¹ de la recepción²². Mediante el concepto de vicio el legislador ha concretado la forma predominante que en la práctica adopta la lesión del deber, en vista de los especiales intereses que concurren en los contratos de compraventa y de obra. El concepto de vicio se hace extensivo al *aliud* y a la producción en cantidad insuficiente; además se asimilan el vicio material y el vicio jurídico.

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO DE VICIO EN EL CONTRATO DE OBRA

1. Condiciones de calidad

El concepto de vicio está regulado en el § 633, apartado 2, incisos 1 y 2, BGB. En realidad no se da una definición del vicio, sino que se describe cuándo la cosa está libre de vicios. Este procedimiento se corresponde con el principio de conformidad contractual expresado en la Directiva 1999/44/CE, según el cual se establecen las condiciones para un adecuado cumplimiento contractual en lugar de definir el vicio como prestación no conforme al contrato²³. La razón subyacente es –como ya también lo era con anterioridad a la reforma²⁴– el concepto subjetivo de vicio²⁵: Según el § 633 apartado 2, inciso 1, BGB la

¹⁹ Muy interesante fue en este sentido la llamada Sentencia Quelle del BGH: BGH, NJW 2009, 427 y ss.

²⁰ Cuestión abierta en TEICHMANN: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Werkvertragsrecht», JuS 2002, 417, 423.

²¹ En cuanto al momento determinante: KROPHOLLER: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12.ª ed. Múnich 2010, § 633 BGB n.m. 3; LOOSCHELDERS: *Schuldrecht-Besonderer Teil*, 4.ª ed. Colonia, 2010, n.m. 672; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 3; Voit en: BAMBERGER/ROTH: *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2*, 2.ª ed. Múnich, 2008, § 633 BGB n.m. 3, § 635 BGB n.m. 3.

²² Sobre la recepción, más extensamente, *vid. infra* E.

²³ Cf. artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE.

²⁴ ERMAN¹⁰/SEILER, § 633 BGB v.a. n.m. 7; Medicus, nn.mm. 364, 44.

²⁵ HK-BGB/EBERT: *Handkommentar BGB*, 6.ª ed. Baden-Baden, 2009, § 633 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 666; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 28; para el derecho de obligaciones v. BT-DRUCKS. 14/6040, p. 212.

obra está libre de vicios «cuando posee la calidad acordada». Pueden acordarse todas las características materiales o inmateriales inherentes a la obra (al menos durante un cierto tiempo), así como las circunstancias extrínsecas, a las que dicha cosa queda forzosamente sometida y que tienen efecto sobre la utilización o el valor de la misma²⁶. En cuanto a las exigencias de una calidad acordada, la determinación unilateral de dicha calidad puede ser suficiente cuando la otra parte concluye el contrato con conocimiento de dicha condición²⁷. No se requiere un consentimiento especial²⁸. En cualquier caso, el acuerdo de la calidad requiere su concreción formal, aun cuando el contrato la presuponga²⁹.

2. Calidad

En caso de no existir un acuerdo sobre la calidad, según el § 633, apartado 2, inciso 2, n.º 1, BGB, ésta dependerá de si la obra es apropiada para el uso «acordado en el contrato». Si no se ha acordado contractualmente un uso concreto, el vicio se determinará según el § 633, apartado 2, inciso 2, n.º 2, BGB. Según éste, la cosa está libre de vicio «cuando sea apropiada al uso normal y ofrezca una calidad que sea la usual en obras de la misma clase y que el comitente puede esperar por el tipo de obra». Esta disposición, concebida como cuasi-norma subsidiaria, se funda en la idea de que las partes basan su contrato en el uso habitual que se supone para una obra objeto de este tipo de contrato³⁰. El comitente puede esperar básicamente que el contratista cumpla con las normas técnicas reconocidas para la recepción de la obra o la conclusión del contrato [p. ej. las normas DIN (*Deutsche Indus-*

²⁶ ERMAN/SCHWENKER: *BGB-Handkommentar*, 12.ª ed., Colonia, 2008, § 633 BGB n.m. 11; LUCENTI: «Der "funktionale" Sachmangelbegriff des § 633 II BGB und die Aussichten auf eine Haftungsentschärfung der Beschaffensvereinbarung», *NJW* 2008, 962; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 10; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 5; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 4.

²⁷ BGH *NJW* 2004, 2156, 2157; JAUERNIG/MANSEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13.ª ed., Múnich, 2009, § 633 BGB n.m. 4; v. también MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 16.

²⁸ JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; STAUDINGER/PETERS/JACOBY: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2-Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 631-651 (Derecho del contrato de obra), nueva ed, Berlín 2008, § 633 BGB n.m. 173; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 4; discrepa Lucenti, *NJW* 2008, 962, 964.

²⁹ ERMAN/SCHWENKER, § 633 BGB n.m. 12; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 5.

³⁰ RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 nm. 31; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB n.m. 176.

trie Normen)]³¹. Al contrario que en el Derecho de responsabilidad por defectos en la compraventa³², el § 633, apartado 2, BGB no contiene ninguna disposición por la que el fabricante (*Hersteller*) deba explicitar o concretar cuál es la calidad habitual. Una tal regulación no es exigible, porque en el Derecho del contrato de obra no existe contratación en cadena: el fabricante es el propio contratista y, por tanto, contraparte del receptor último; las declaraciones que el contratista pueda realizar ya han sido contempladas en el § 633, apartado 2, incisos 1 y 2, n.º 1, BGB³³.

3. Importancia de la funcionalidad para el concepto de vicio

Mediante el acuerdo de determinadas características, las partes fijan en último término una prestación dirigida a un resultado concreto que condiciona todo el contrato de obra. Las cláusulas contractuales de descripción del resultado son, pues, relevantes tanto para la calificación del tipo contractual como para la determinación del vicio. Los problemas pueden surgir especialmente cuando se estipulan detalladamente la forma de ejecución de la obra y la utilización prevista de la misma, pero resultando que con dicha forma de ejecución no se alcanza la funcionalidad deseada. En este caso el contratista no puede aducir que la obra se ha ejecutado en la forma acordada y siguiendo las normas reconocidas, porque ha de garantizar un resultado exitoso y, con ello, una cierta funcionalidad de la obra: se considera que hay vicio de obra cuando la obra se ha ejecutado conforme a lo acordado y manteniendo las normas técnicas reconocidas, pero no ésta no se adecua al uso previsto en el contrato o al uso normal de dichas obras³⁴. La funcionalidad se considera prácticamente prioritaria sobre el acuerdo contractual y la no adecuación a la misma es motivo en cualquier caso de responsabilidad por vicios (*Mängelgewährleistung*).

³¹ JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 6; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6a; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 12; extensamente: MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB nn.mm. 17 y ss.; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB nn.mm. 177 y ss.; sobre el derecho antiguo: BGH, NJW-RR 2000, 309, 310.

³² Cf. § 434 apdo. 1, inciso 3 BGB; v. también MEDICUS/PETERSEN, n.m. 286.

³³ BT-DRUCKS. 16/6040, p. 261; BROX/WALKER, § 10 n.m. 3; Hk-BGB/EBERT, § 633 BGB n.m. 6; JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 668; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB nn.mm. 1, 24.

³⁴ BGHZ 174, 110, 115 y ss. = NJW 2008, 511, 512 y s.; BROX/WALKER, § 24 n.m. 2; ERMAN/SCHWENKER, § 633 BGB n.m. 10; JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 667; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 14; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB nn.mm. 5, 9; v. también LUCENTI, NJW 2008, 962, 963 y ss.

El Tribunal Supremo Federal alemán, en una importante sentencia del año 2008³⁵, considera que ha habido vicio en el caso de un sistema de calefacción que no puede calentar suficientemente el edificio donde ha sido instalado. No considera relevante el hecho de que dicha funcionalidad se viera reducida porque el generador necesario para la producción de calor, que el comitente había encargado a otro contratista, no tuviera potencia suficiente para la correcta calefacción del edificio. Por tanto resulta irrelevante la causa por la que no se alcanza la funcionalidad, de forma que el contratista también es responsable del vicio cuando la falta de funcionalidad es debida exclusivamente a una prestación defectuosa, realizada por el comitente u otro contratista, de la que dependa la funcionalidad de la obra³⁶. Sin embargo, en estos casos el contratista puede evitar su propia responsabilidad por vicios revisando la funcionalidad de los materiales puestos a su disposición o de las obras previas realizadas por otros contratistas, en todo cuanto pueda afectar a su propia obra y advirtiéndolo al comitente de las posibles deficiencias a este respecto³⁷. El contratista debe encargarse de que los materiales u obras previas sean modificados de forma que él pueda entregar la obra con perfecta funcionalidad. Por regla general el contratista tendrá que asumir los costes adicionales que se le originen por las posibles medidas necesarias para garantizar el resultado acordado (*Sowieso-Kosten*)³⁸. Si en cuanto a la funcionalidad se hubiese acordado un resultado imposible de alcanzar por razones técnicas, el contratista deberá garantizar el grado de funcionalidad que sea posible³⁹.

II. CASOS ASIMILADOS AL VICIO MATERIAL

El legislador ha establecido en el § 633 apartado 2, inciso 3, alternativa 1.^a BGB la asimilación de *aliud* y vicio. En el § 633, apartado 2, inciso 3, alternativa 2.^a, BGB también se equipara al

³⁵ BGHZ 174, 110 y ss. = NJW 2008, 511 y ss.

³⁶ BGHZ 174, 110, 118 = NJW 2008, 511, 513; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 4; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 18.

³⁷ BGHZ 174, 110, 120 y s. = NJW 2008, 511, 513 y s.; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 80 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB nn.mm. 19 y ss.; v. también §§ 13 n.º 3 y 4 n.º 3 VOB/B (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen-Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*, disponible en Internet, en www.vob-online.de), que podrían ser incorporadas al contrato como CGC; v. también más extensamente STAUDINGER/PETERS/JACOBY, Intr. a §§ 631 y ss. BGB nn.mm. 94 y ss.

³⁸ Vid. *infra* D.II.1.

³⁹ STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB n.m. 148; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 5.

vicio material la producción de obra en cantidad insuficiente. A la cuestión de si la producción de una obra distinta de la acordada queda sometida al Derecho sobre la responsabilidad contractual o si, entendida como incumplimiento, requiere la aplicación de las normas del Derecho general de obligaciones, se le ha prestado en el Derecho del contrato de obra –a diferencia de las normas de responsabilidad por vicios en la compraventa– una importancia más dogmática que práctica⁴⁰.

Al igual que el vicio material, el vicio jurídico da lugar a las consecuencias jurídicas reguladas en el Derecho de garantía. El § 633, apartado 3, BGB establece que una obra está libre de vicio jurídico «cuando terceras personas no puedan reclamar frente al comitente ningún derecho sobre la obra o sólo derechos derivados del contrato». Con esto se soluciona el problema que en la legislación antigua suponía la necesaria analogía en la aplicación de las disposiciones sobre la garantía en los contratos de compraventa⁴¹. Los derechos de terceros en relación con la obra sólo existen en algunos ámbitos, por ejemplo en el Derecho de protección de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial⁴². Estos derechos de terceros, por ejemplo el derecho a la personalidad, pueden dar lugar a acciones de cesación en relación con la obra, originando una situación equiparable al vicio jurídico. Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo Federal alemán, al considerar que la instalación de cámaras de vigilancia lesiona el derecho a la personalidad de los vecinos⁴³. En esta sentencia se aborda el caso de una empresa especializada en seguridad y comunicación, la cual instaló cámaras de vigilancia en una propiedad privada del comitente; tras un litigio entre el comitente y sus vecinos, por violación del derecho a la personalidad de estos últimos, las cámaras hubieron de ser desinstaladas. El comitente demandó de la empresa que había instalado las cámaras la restitución de las costas procesales derivadas del litigio, alegando que no le habían informado sobre la posibilidad de que la instalación de cámaras de vigilancia podría afectar al derecho a la personalidad de los vecinos. El Alto Tribunal había de decidir, en el marco de dicha pretensión de reparación por daños derivados de un contrato de obra, según los §§ 634 n.º 4 y 280, apartado 1, BGB, si dicha obra, concretamente la instalación de videocámaras, supone un vicio jurídico por estar sujeta a posi-

⁴⁰ BROX/WALKER, § 24 n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 5; LOOSCHELDERS, nn.mm. 669 y s.; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 31.

⁴¹ ERMANN¹⁰/SEILER, § 633 BGB v.a. n.m. 5; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 35.

⁴² BT-DRUCKS. 16/6040, p. 261; BROX/WALKER, § 10 n.m. 5; Hk-BGB/EBERT, § 633 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 6; LOOSCHELDERS, n.m. 671.

⁴³ BGH, NJW 2010, 1533 y ss.

bles demandas de omisión por parte de los vecinos⁴⁴. El Alto Tribunal reconoce que la videovigilancia supone una injerencia en el derecho a la personalidad de los afectados, de forma que en principio las pretensiones de cesación frente a la instalación de dispositivos de videovigilancia serían procedentes⁴⁵. No obstante, en este caso concreto las cámaras no registraban la zona del inmueble contiguo, por lo que el derecho a la personalidad de los habitantes del mismo no se veía afectado y, por consiguiente, la instalación de las videocámaras no suponía vicio jurídico. De haberse admitido la pretensión de cesación, por ejemplo porque las videocámaras (también) hubiesen grabado la propiedad de los vecinos, habría sido necesario admitir la existencia de un vicio jurídico y el comitente podría haber hecho valer su pretensión de indemnización por daños, siempre que se hubieran cumplido las restantes disposiciones de los §§ 634 n.º 4 y 280 BGB y, ante todo, que se hubiera determinado la culpabilidad del contratista.

D. LOS DERECHOS DEL COMITENTE EN CASO DE VICIO

Los derechos que asisten al comitente en caso de vicio, es decir, los remedios de que dispone en caso de aparecer un vicio en la obra tras su recepción, están recogidos en el § 634 BGB. Según dicha norma, el comitente puede «1. solicitar el cumplimiento posterior según el § 635, 2. eliminar el vicio él mismo y solicitar el reembolso de los gastos, según el § 637, 3. resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 636, 323 y 326 apartado 5, o reducir el pago, según el § 638, y 4. solicitar indemnización de daños según los §§ 636, 280, 281, 283 y 311a o el reembolso de gastos inútiles conforme al § 284». Así pues, existen dos grupos de remedios: por una parte, aquellos que resultan de la aplicación del Derecho general de incumplimiento y, por otra, los que están regulados de forma especial en el Derecho del contrato de obra. En este último grupo podemos, a su vez, distinguir aquellos que el BGB también contempla en el Derecho de compraventa frente a los que son exclusivos del contrato de obra.

⁴⁴ La lesión del derecho a la personalidad de los vecinos por la instalación de videocámaras ya había quedado establecida en la primera sentencia frente al comitente, pero en ausencia de litisdenunciación, según los §§ 72 y ss. ZPO, sólo tenía efecto frente a las partes (es decir, los vecinos y el comitente) y no frente a la empresa que había instalado las cámaras. Por eso el Alto Tribunal tuvo que pronunciarse de nuevo sobre la cuestión, sin estar vinculado por la sentencia del procedimiento anterior.

⁴⁵ BGH, NJW 2010, 1533 y ss.; sobre la lesión del derecho general a la personalidad mediante la videovigilancia, v. también: BVerfGE 122, 342 y ss. = NJW 2009, 1481 (sólo la referencia principal); BVerfG, NVWZ 2007, 688 y ss.; BVerfG, NJW 2009, 3293 y ss.

I. SISTEMATIZACIÓN DE LOS REMEDIOS POR VICIO-PREVALENCIA DEL CUMPLIMIENTO POSTERIOR

1. Prevalencia del cumplimiento posterior por exigencia de plazo

Los remedios mencionados en el § 634 BGB mantienen una relación jerárquica. Tiene prevalencia la pretensión de cumplimiento posterior. Todos los demás remedios presuponen que el comitente ha fijado al contratista un plazo para dicho cumplimiento posterior y que el contratista ha dejado expirar dicho plazo⁴⁶. No obstante, dicho plazo puede resultar prescindible en determinadas circunstancias. En tal caso, el comitente puede hacer valer los otros remedios citados en el § 634 BGB inmediatamente, es decir, sin necesidad de fijar previamente un plazo para el cumplimiento posterior. Con el cumplimiento posterior se pretende permitir al contratista una segunda oportunidad de cumplir con sus obligaciones contractuales y poder obtener el beneficio del negocio⁴⁷. Por otra parte el comitente debe poder mantener su pretensión inicial de ejecución de la obra, a pesar del vicio de la cosa.

El plazo impuesto por el comitente al contratista para el cumplimiento posterior ha de ser proporcionado. Se entiende por proporcionado un plazo que un contratista diligente necesitaría para subsanar el vicio en cuestión en cada caso concreto⁴⁸. A la hora de establecer dicho plazo habrá de tomarse en cuenta el interés del comitente en la rápida subsanación del vicio⁴⁹. Si resultase que dicho plazo es excesivamente corto, se prorrogará el mismo automáticamente hasta una duración proporcionada⁵⁰. A diferencia de la legislación anterior⁵¹, ahora no es necesaria la advertencia de rechazo de la obra⁵².

2. Prescindibilidad del plazo

La prescindibilidad del plazo resulta, por una parte, de la referencia al Derecho general de obligaciones y, por otra, de las pertinentes

⁴⁶ Cf. §§ 281, apdo. 1, 323, apdo. 1, y 637, apdo. 1, BGB.

⁴⁷ Sobre el derecho de nueva entrega (*Andienung*): MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 73; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 36; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 1.

⁴⁸ ERMAN/SCHWENKER, § 636 BGB n.m. 6; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 9; más estricto: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 54.

⁴⁹ Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2, v. también STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 54.

⁵⁰ BGH NJW 1985, 2639, 2640; 1996, 1814; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 9.

⁵¹ Cf. § 634, apdo. 1, inciso 1, BGB (v.a.)

⁵² Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; ROTH, JZ 2001, 543, 549; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 3, 50; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 10.

disposiciones especiales contenidas en el Derecho del contrato de obra. Con vistas a la resolución, la prescindibilidad del plazo se basa en principio en el § 323, apartado 2, BGB; en cuanto a la pretensión de indemnización por daños, en el § 281, apartado 2, BGB. Además, en ambos casos es aplicable la disposición especial del § 636 BGB relativa al contrato de obra. Debido a la equiparación de las condiciones, estas disposiciones son igualmente de aplicación para la reducción de la retribución y la pretensión de reembolso de los gastos⁵³. En cuanto a la reparación por el comitente, la prescindibilidad del plazo está regulada en el § 637, apartado 2, BGB, el cual en su inciso 1 remite a las razones contenidas en el § 323, apartado 2, BGB y en su inciso 2 repite en lo fundamental las razones contenidas en el § 636 BGB sobre dicho aspecto. Según el § 281, apartado 2, BGB el plazo resultará innecesario cuando el contratista rechace la producción de la obra seria y definitivamente o cuando concurren circunstancias especiales que, en consideración del interés de ambas partes, justifiquen la aplicación inmediata de los remedios de inferior rango. En el § 323, apartado 2, BGB, junto con estas dos razones, se contempla el caso de que el contratista no cumpla en el plazo determinado, habiendo vinculado el comitente su interés en mantener el contrato con el cumplimiento de dicho plazo (*contrato con término esencial, Fixgeschäft*). En lo relativo a la indemnización, estos casos suelen encuadrarse, por regla general, entre las circunstancias especiales contempladas en el § 282 apartado 2, alternativa 2.^a, BGB⁵⁴. Según el § 636 BGB, el plazo es prescindible «cuando el contratista deniegue el cumplimiento posterior según el § 635, apartado 3, o cuando el cumplimiento posterior haya fallado o no sea exigible al comitente»⁵⁵.

II. LOS REMEDIOS EN DETALLE

1. Cumplimiento posterior

La pretensión de cumplimiento posterior, que supone una modificación substancial del Derecho de compraventa, ya estaba contemplada desde antiguo en el Derecho del contrato de obra. A partir de la Reforma queda recogida en el § 635 BGB. Según su apartado 1, el cumplimiento posterior puede realizarse de dos formas: mediante la subsanación del vicio por parte del contratista o mediante la produc-

⁵³ Cf. *infra* D.II.4 y 6.

⁵⁴ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 140; PALANDT/GRÜNEBERG, § 281 BGB n.m. 15; v. también: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 63.

⁵⁵ Sobre la reparación por el comitente *vid infra* D.II.2.

ción de una nueva obra libre de vicios. La elección entre estas dos modalidades de cumplimiento posterior no corresponde –al contrario que en el Derecho de compraventa⁵⁶– al comitente como «receptor» de la obra, sino al contratista. La fundamentación de esta divergencia estriba en el hecho de que el contratista –a diferencia del vendedor– produce él mismo la obra y, por tanto, es quien mejor puede determinar la forma más rápida y eficiente en costes para la subsanación del vicio⁵⁷. Por su parte, al comitente sólo se le reconoce el derecho a recibir una obra libre de vicios⁵⁸. Si se produce el cumplimiento posterior mediante la entrega de una nueva obra libre de vicios, el contratista podrá, según el § 635, apartado 4, BGB, exigir del comitente la restitución de la obra que tenía el vicio, en virtud de lo establecido en los §§ 346 y ss. BGB.

a) *Costes del cumplimiento posterior*

Según el § 635, apartado 2, BGB «los gastos necesarios por razón del cumplimiento posterior» correrán fundamentalmente por cuenta del contratista. El tenor de dicha norma incluye «especialmente los gastos de transporte, desplazamiento, mano de obra y material». Si el contratista ha de recurrir al cumplimiento posterior debido a que el resultado acordado no resulta posible con la modalidad de ejecución acordada inicialmente⁵⁹, en relación con dicho cumplimiento posterior pueden resultar necesarias una serie de prestaciones que en esta forma concreta no habían sido acordadas contractualmente, ni tampoco previstas para el cumplimiento del mismo. Estos costes extraordinarios⁶⁰ no han de ser asumidos por el contratista, sino por el comitente⁶¹. Caso distinto es que el contratista haya garantizado el importe de los costes de la obra⁶². Por ejemplo, si en el caso anteriormente expuesto de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán⁶³ se pudiera caldear suficientemente el edificio –más allá de

⁵⁶ Cf. § 439, apdo. 1, BGB: «el comprador puede solicitar, a su elección, la reparación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicio».

⁵⁷ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265; BROX/WALKER, § 24 n.m. 13; Hk-BGB/EBERT, § 635 BGB n.m. 3; KROPHOLLER, § 635 BGB n.m. 2; LOOSCHELDERS, n.m. 674; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 419 y s.

⁵⁸ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265; KROPHOLLER, § 635 BGB n.m. 2.

⁵⁹ *Vid supra* C.I.3.

⁶⁰ ERMAN/SCHWENKER, § 635 BGB n.m. 10; JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 7.

⁶¹ BGH, NJW 1998, 3707, 3708 = JZ 1999, 797, 798; NJW 2006, 3413, 3414; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 4; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 14; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6, § 635 BGB n.m. 7; crítica en: TEICHMANN/SCHRÖDER «Anmerkung zu BGH», JZ 1999, 797 y ss., JZ 1999, 799 y s.

⁶² BGH, NJW 2008, 511, 513; NJW-RR 2007, 597, 598; ERMAN/SCHWENKER, § 635 BGB n.m. 10; Hk-BGB/EBERT, § 635 BGB n.m. 2; JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 7; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 19.

⁶³ BGH, NJW 2008, 511 y ss.; *vid supra* C.I.3.

la prestación acordada contractualmente— reforzando el número de radiadores, los costes extraordinarios originados podrían ser repercutidos por el contratista al comitente.

b) *Causas de exclusión del cumplimiento posterior*

La pretensión de cumplimiento posterior queda excluida bajo determinadas condiciones. El límite lo fijan, por una parte, las disposiciones generales sobre la imposibilidad. Según el § 275, apartado 1, BGB la pretensión de cumplimiento posterior —como cualquier otra pretensión— queda excluida cuando la prestación exigida resulta imposible⁶⁴. Además, el contratista puede denegar el cumplimiento posterior en virtud del § 275, apartado 2, BGB cuando éste suponga una desproporción grave respecto del interés del comitente o cuando no sea exigible al fabricante (§ 275, apartado 3, BGB). Hay que suponer que existe desproporcionalidad cuando el gasto producido para la subsanación del vicio no guarde una proporción razonable con el resultado perseguido con el cumplimiento posterior⁶⁵. Factor de referencia será el interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la prestación⁶⁶. El importe de la retribución no es relevante a este respecto⁶⁷. Hay que tener en cuenta la responsabilidad del contratista, según el § 275, apartado 2, inciso 2, BGB⁶⁸. Por otra parte, del § 635, apartado 3, BGB resulta que el contratista, «sin perjuicio del § 275, apartados 2 y 3», también puede denegar el cumplimiento posterior «si éste sólo es posible con unos gastos desproporcionados». Según jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, éste es el caso cuando a un interés objetivamente pequeño del comitente por el cumplimiento contractual libre de vicios se oponen unos costes muy considerables para la subsanación del vicio⁶⁹. Habrá que comparar el coste del cumplimiento posterior con el valor objetivo de la obra⁷⁰. Según la Exposición de Motivos de la Ley, el comitente debe tener derecho a negar la prestación, especialmente en aquellos casos en que el vicio de la obra sea de responsabilidad exclusiva del suministrador⁷¹.

⁶⁴ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 16; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 42; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 60.

⁶⁵ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 31; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 10.

⁶⁶ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 32; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 10.

⁶⁷ JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 9; LOOSCHELDERS, n.m. 676; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 44; con variaciones en: Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 14.

⁶⁸ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 34; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 44; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 10; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 14.

⁶⁹ BGH, NJW-RR 2006, 304, 305; LUCENTI, NJW 2008, 962, 964.

⁷⁰ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 38; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 12.

⁷¹ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265.

2. Autoejecución

Según el § 637 BGB, el comitente puede subsanar él mismo el vicio de la obra y reclamarle al contratista el reembolso de los gastos. Este remedio está contemplado en el Derecho para el contrato de obra, pero no para el contrato de compraventa⁷². Condición necesaria para este remedio es el vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento posterior o la concurrencia de alguna causa que haga que dicho plazo sea innecesario. En este sentido se aplicarán las disposiciones anteriormente expuestas del § 323, apartado 2, BGB⁷³. Además, según el § 637, apartado 2, inciso 2, BGB, el plazo será innecesario «cuando el cumplimiento posterior se haga sin resultado o no sea exigible al comitente». Las causas que hacen innecesario el plazo quedan, pues, cubiertas con las disposiciones especiales contenidas en el § 636 BGB sobre la resolución y la indemnización⁷⁴. Además se presupone que realmente (todavía) existe una pretensión de cumplimiento posterior. Ésta no debe quedar excluida por las causas expuestas anteriormente, pues en tal caso podría soslayarse el derecho a negar la prestación⁷⁵. Al contrario de lo que ocurría con anterioridad a la Reforma⁷⁶, no es necesario para la autoejecución que el contratista haya incurrido en mora, es decir, que se le pueda atribuir la responsabilidad⁷⁷. El comitente que una vez transcurrido infructuosamente el plazo o que por cualquier causa que haga innecesario dicho plazo decida encargar o realizar él mismo la reparación, no tiene que comprobar previamente si el fabricante es culpable⁷⁸. En el § 637, apartado 3, BGB se establece finalmente que el comitente puede exigir un adelanto para eliminar él mismo el vicio.

3. Resolución

Según el § 634 n.º 3, alternativa 1.ª, BGB, el comitente, en caso de existir vicio en la obra, puede resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 636, 323 y 326, apartado 5, BGB. La redhibición, pretensión genuina del Derecho de garantía, queda así sustituida por la resolución, una figura contemplada en el Derecho general de

⁷² Cf. § 437 BGB; v. también LOOSCHELDERS, n.m. 97.

⁷³ Cf. § 637 apdo. 2, inciso 1 BGB; *vid supra* D.II.2.

⁷⁴ *Vid supra* D.I.2.

⁷⁵ Hk-BGB/EBERT, § 637 BGB n.m. 2; LOOSCHELDERS, n.m. 678; KROPHOLLER, § 637 BGB n.m. 3.

⁷⁶ Cf. § 633 apdo. 3 BGB v.a.

⁷⁷ BROX/WALKER, § 24 n.m. 18; Hk-BGB/EBERT, § 637 BGB n.m. 2; JAUERNIG/MANSEL, § 637 BGB n.m. 3; SCHUDNAGIES: «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», NJW 2002, 396, 397.

⁷⁸ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 266.

obligaciones. La retroacción del contrato ya no se concibe como una pretensión, sino como un derecho potestativo. Esto significa que el comitente ya no necesita el consentimiento del contratista para la resolución, sino que basta –siempre que se den las condiciones necesarias– con declarar la resolución, transformando así la relación contractual original en una nueva relación, surgida de dicha resolución contractual.

La resolución presupone el vencimiento infructuoso del plazo para el cumplimiento posterior o la existencia de alguna circunstancia que haga innecesario dicho plazo. Debido a las graves consecuencias, especialmente para aquella parte que aporta la prestación característica del contrato y que por la resolución pierde la ganancia resultante del negocio, este remedio legal queda excluido, en virtud del § 323, apartado 5, inciso 2, BGB, si la lesión del deber no es de importancia. Igualmente queda excluida la resolución, según el § 323, apartado 6, BGB, cuando el comitente, por sí solo o con carácter principal, sea responsable o «cuando el deudor [es decir, el contratista] no sea responsable de una circunstancia que se produzca en un momento en el que el acreedor (es decir, el comitente) se hubiera retrasado ya en la aceptación». Este es el caso cuando el comitente pone a disposición del contratista un material que presenta vicios, o cuando le da instrucciones viciadas⁷⁹.

Puesto que la resolución como derecho potestativo no queda sujeta a prescripción, el § 634a, apartados 4 y 5, BGB, en combinación con el § 218 BGB, establece que la resolución es ineficaz si la pretensión de cumplimiento posterior ha prescrito y el comitente así lo alega⁸⁰.

4. Minoración

Con las mismas condiciones previstas para la resolución el comitente puede, según el § 638 BGB, «reducir la retribución declarándolo así frente al contratista». De esta forma la minoración, concebida ya antes de la Reforma como pretensión, se transforma también en derecho potestativo⁸¹. A diferencia del derecho de resolución, para la minoración no es necesario que el vicio sea de importancia. Precisamente este requisito, establecido en el § 323, apartado 5, inciso 2, BGB, no es aplicable a la minoración en virtud del § 638, apartado 1, inciso 2, BGB. El cálculo de la

⁷⁹ ERMAN/SCHWENKER, § 636 BGB n.m. 17; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 98, § 645 BGB nn.mm. 12 y ss.

⁸⁰ Sobre la prescripción, v. extensamente MANTLER ***.

⁸¹ V. también BROX/WALKER, § 24 n.m. 31; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 687; MEUB: «Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht», DB 2002, 131, 133; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 57.

deducción se encuentra regulado en el § 638, apartado 3, inciso 1, BGB. Según el mismo, «se minorará la retribución en la proporción en que hubiera estado, al tiempo de concluirse el contrato, el valor de la obra en situación de ausencia de vicios respecto al valor real». La minoración puede determinarse en caso necesario por estimación⁸². Los aspectos subjetivos, como el valor sentimental, quedarán excluidos del cálculo⁸³. En consonancia con el § 254 BGB se tendrá en consideración una posible atribución de parte de la culpa al comitente⁸⁴. En virtud de lo dispuesto con respecto al derecho de resolución, si el comitente ya ha satisfecho el total de la retribución, entonces podrá exigir la restitución del importe correspondiente, según el § 638, apartado 4, BGB.

5. Indemnización de daños

En cuanto a la pretensión de indemnización el § 634 n.º 4, alternativa 1.ª, BGB remite a las disposiciones generales de los §§ 280 y ss. BGB. Con la desaparición de la pretensión especial de indemnización para el contrato de obra desaparece también la necesidad de determinar si la indemnización por los daños derivados del vicio ha de realizarse en el marco de este régimen jurídico o según las disposiciones generales del Derecho de obligaciones. La diferenciación que se hacía antes de la Reforma entre el vicio de la cosa (*Mangelschaden*) y los daños directos o indirectos derivados del vicio de la cosa (*Mangelfolgeschaden*)⁸⁵ ya no parece necesaria⁸⁶: para los daños relacionados con el vicio se aplicará el § 634 n.º 4, alternativa 1.ª, BGB; para los demás casos se aplicarán directamente los §§ 280 y ss. BGB. Sin embargo, debido a la configuración de los §§ 280 y ss. BGB no queda completamente resuelto el problema de la delimitación: mientras que, según el § 281 BGB, la indemnización por vicio en la cosa sólo se admite en sustitución de la prestación una vez transcurrido infructuosamente el plazo de cumplimiento posterior, la fijación de dicho plazo no es necesaria, según el § 280 BGB, para los daños derivados del vicio (por ejemplo, los daños causados por el agua como consecuencia de la instalación defectuosa de una cañería)⁸⁷.

⁸² Cf. § 638 apdo. 3, inciso 2 BGB.

⁸³ BT-DRUCKS. 14/6040, p. 267; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 6.

⁸⁴ BT-DRUCKS. 14/6040; p. 267; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 6; JAUERNIG/MANSEL, § 638 BGB n.m. 5; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 638 BGB Rn. 19; PALANDT/SPRAU, § 638 BGB Rn. 4.

⁸⁵ *Vid supra* B.I.

⁸⁶ BROX/WALKER, § 24 n.m. 41; SCHUDNAGIES, NJW 2002, 396, 398.

⁸⁷ V. también LOOSCHELDERS, nn.mm. 692 y ss.; PALANDT/SPRAU, § 634 BGB n.m. 6; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 63; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 421; muy instructivo: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 120.

Junto con la exigencia de un plazo, o de la concurrencia de una causa que haga prescindible dicho plazo, la pretensión de indemnización establece como requisito la culpa del contratista en el vicio de la obra. Así, pues, al contrario que otros remedios éste depende de la constatación de la culpa. Del tenor del § 280 apartado 1, inciso 2, BGB se desprende que –contrariamente a la regla general– la culpa del contratista no ha de ser probada por el comitente. Antes bien, se supone que el vicio es una lesión del deber por parte del contratista, y que éste es responsable; corresponderá al contratista la prueba en contrario. El contratista será responsable, según el § 276, apartado 1, inciso 1, BGB –en tanto no sean de aplicación otras disposiciones especiales– por dolo y culpa. En cuanto a las personas de quien éste se sirva para el contrato de obra frente al comitente, también responderá por ellas, según el § 278 BGB, de igual forma que si fuese su propia responsabilidad.

El comitente puede elegir entre la pequeña y la gran indemnización. En el primer caso el comitente conserva la obra viciada y sólo se indemniza el daño ocasionado por el vicio⁸⁸. En el caso de gran indemnización se devuelve la obra viciada y el comitente recibe la indemnización por el daño que le ha ocasionado el no cumplimiento del contrato en su totalidad⁸⁹. Esta modalidad es llamada por la Ley «indemnización en sustitución de la prestación total» y, según el § 281, apartado 1, inciso 3, BGB, sólo es posible en caso de vicios considerables. Si es ésta la forma elegida, entonces, según el § 281, apartado 4, BGB, se extingue la pretensión de cumplimiento posterior y con ella también el derecho del comitente a la autoejecución con coste a cuenta del contratista.

6. Restitución de gastos

Si se dan las condiciones para la indemnización, el comitente podrá, según el § 634 n.º 4 BGB en combinación con el § 284 BGB, solicitar la restitución de los gastos «que hubiese hecho bajo la confianza de recibir la prestación y que sería justo pedir, excepto que su finalidad tampoco se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor». Aquí se comprenden en especial los costes contractuales⁹⁰ y de los accesorios adquiridos para la obra⁹¹.

⁸⁸ STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB nn.mm. 145 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 52.

⁸⁹ STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB nn.mm. 145, 149 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 52.

⁹⁰ LOOSCHELDERS, n.m. 696; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 71; PALANDT/GRÜNEBERG, § 284 BGB n.m. 5.

⁹¹ LOOSCHELDERS, n.m. 696.

E. IMPORTANCIA DE LA RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS DEL CONTRATO DE OBRA

I. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA COMO MOMENTO DETERMINANTE EN LA DELIMITACIÓN ENTRE LA GARANTÍA POR VICIOS Y LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO GENERAL DE OBLIGACIONES

Los §§ 633 y ss. BGB suponen, junto con las disposiciones generales del Derecho de obligaciones, un régimen especial que, si bien está adaptado a éstas y a ellas se remite, por causa de los especiales intereses del contrato de obra en ocasiones ofrece divergencias frente a dichas disposiciones generales. Se plantea así la cuestión de qué régimen regulador aplicar en cada caso. El elemento clave es –a semejanza del Derecho de compraventa– el momento en que la pretensión de cumplimiento se convierte en una pretensión de cumplimiento posterior y el riesgo se transmite del contratista al comitente⁹². Esto se produce, según el § 644, apartado 1, inciso 1, BGB, precisamente en el momento de la recepción de la obra por el comitente. A diferencia del Derecho de compraventa, donde el riesgo se transmite con la entrega de la cosa⁹³, en el contrato de obra la determinación del momento definitivo es más difícil, puesto que el concepto de aceptación es mucho más dependiente de valoraciones jurídicas que la entrega fáctica. Excepcionalmente puede transmitirse el riesgo sin recepción, por ejemplo cuando el comitente retrasa la recepción⁹⁴ o cuando «el contratista, a instancia del comitente, envía la obra a un lugar distinto del de cumplimiento del contrato»⁹⁵.

II. CONDICIONES DE LA RECEPCIÓN

La recepción está regulada en el § 640 BGB y representa en el contrato una prestación principal del comitente⁹⁶. Ante todo requiere la recepción física de la obra (en el sentido de la transmisión del dominio) así como su reconocimiento o aceptación como

⁹² Extensamente PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB nn.mm. 6 y ss.; v. también STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 11.

⁹³ Cf. § 446, inciso 1, BGB.

⁹⁴ Cf. § 644, apdo. 1, inciso 2, BGB.

⁹⁵ Cf. §§ 644, apdo. 2, y 447 BGB.

⁹⁶ BROX/WALKER, § 25 n.m. 10; Looschelders, n.m. 647; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 8; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 44; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 2.

prestación esencialmente conforme al contrato⁹⁷. La aceptación puede ser concluyente, por ejemplo mediante retribución incondicional⁹⁸ o puesta en uso de la obra⁹⁹. Pero ha de ser necesariamente expresa frente al contratista¹⁰⁰. Como actuación cuasi-negocial¹⁰¹, le serán de aplicación las disposiciones generales sobre declaración de voluntades¹⁰². Para la recepción de obras complejas, el comitente dispondrá de un periodo de prueba, con el fin de comprobar que la obra se ajusta esencialmente a lo acordado¹⁰³. Si, por acuerdo entre las partes, por las características de la obra o por costumbre en dichos casos, no cabe esperar este reconocimiento, por ejemplo en el caso de representaciones teatrales o de promociones¹⁰⁴, éste es sustituido por la finalización de la obra, según el § 646 BGB¹⁰⁵.

Del § 640, apartado 1, inciso 2, BGB se desprende que el comitente no debe rechazar la recepción por vicios no esenciales. La razón de esto es que, dado que, según el § 641, apartado 1, inciso 1, BGB, la retribución se devenga con la recepción, se pretende evitar que el comitente pueda postergar su obligación de pago rechazando la recepción de una obra esencialmente conforme al contrato¹⁰⁶. Por regla general se puede asumir que existe un vicio esencial cuando la funcionalidad de la obra resulta perjudicada¹⁰⁷. El contratista puede fijar al comitente un plazo razonable para la recepción de la obra. Si el comitente no cumple este plazo, a pesar de estar obligado a ello, la recepción se tendrá por realizada, según el § 640, apartado 1, inciso 3, BGB.

⁹⁷ BROX/WALKER, § 25 n.m. 11; ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 648; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 3; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 3; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB nn.mm. 2, 5 y ss.

⁹⁸ ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 5; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 17; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 7.

⁹⁹ KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 18; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 16; kritischer: ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 5.

¹⁰⁰ KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 13; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 16.

¹⁰¹ ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 6; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 4; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 10; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 5.

¹⁰² SIEHE PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 3; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB nn.mm. 10 y ss.

¹⁰³ LEISTNER, JA 2007, 81, 84; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 21; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 15.

¹⁰⁴ KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 8; PALANDT/SPRAU, § 646 BGB n.m. 1.

¹⁰⁵ LOOSCHELDERS, n.m. 648; PALANDT/SPRAU, § 646 BGB n.m. 1.

¹⁰⁶ LOOSCHELDERS, n.m. 648; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 29.

¹⁰⁷ KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 2; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 13; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 9.

III. EXCLUSIÓN DE LA GARANTÍA CON LA RECEPCIÓN INCONDICIONAL

Si el comitente acepta una obra viciada con conocimiento del vicio, entonces perderá, según el § 640, apartado 2, BGB, algunos de sus derechos de garantía, si no se reserva estos derechos frente a dicho vicio en el momento de la recepción. Así, para hacer valer la garantía derivada del contrato de obra, que en el momento de la recepción reemplaza a las disposiciones generales del Derecho de obligaciones, el comitente debe declarar su reserva respecto del vicio conocido en el momento de la aceptación. La recepción de una obra, con la subyacente aceptación de dicha obra como esencialmente ajustada a contrato, y la reserva que simultáneamente ha de expresarse frente al vicio conocido pueden ser «difíciles de casar conceptualmente»¹⁰⁸. Pero precisamente en el caso de una obra compleja es perfectamente lógico que el comitente pueda recibir la obra en su conjunto, por considerarla esencialmente conforme al contrato, y que, en determinados aspectos observados durante la recepción, advierta que la obra diverge de lo acordado contractualmente y anuncie que hará valer su derecho de garantía respecto de los mismos.

La exclusión de la garantía sólo procede cuando el comitente tiene conocimiento positivo del vicio en el momento de la recepción. El mero desconocimiento negligente no es impedimento, ni siquiera cuando se trate de negligencia grave¹⁰⁹. Por otra parte, del tenor del § 640, apartado 2, BGB se desprende que sólo quedan excluidos los remedios mencionados en el § 634 números 1 al 3 BGB, es decir, cumplimiento posterior, reparación por el comitente, resolución y reducción de la retribución; la pretensión de indemnización y de restitución de los gastos asisten al comitente también en el caso de recepción incondicional de una obra con vicio conocido.

La normativa del Derecho de obra diverge así, y no poco, del § 442 BGB, según el cual quedan excluidos los derechos del comprador, en caso de vicio, si el comprador conocía el vicio en el momento de celebrar el contrato. En dicha norma no se considera la recepción como momento determinante, sino la celebración del contrato. Esto se explica porque en la celebración del contrato de obra –al contrario que en el contrato de compraven-

¹⁰⁸ ROTH, JZ 2001, 543, 550; v. también KOHLER, «Verfassungswidrigkeit des § 640 Abs. 2 BGB»? o bien: «Handwerk und Gerechtigkeit in der Gesetzgebung», JZ 2003, 1081, 1086.

¹⁰⁹ KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 697; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 30; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 13; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 57; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 35.

ta— no existe objeto de prestación, sino que éste ha de ser producido; por esta razón es en el momento de la recepción cuando resulta posible y necesario comprobar si la obra se ajusta a las características acordadas o no ¹¹⁰. Además en el contrato de obra sólo quedan excluidos algunos remedios, mientras que en el Derecho de compraventa quedan excluidos todos, incluso la pretensión de indemnización ¹¹¹. Finalmente estos dos regímenes se diferencian también en que en el derecho de compraventa, según el § 442, apartado 1, inciso 2, BGB, también el desconocimiento por culpa grave es lesivo, a no ser que «el vendedor (haya) ocultado fraudulentamente el vicio o (haya) otorgado una garantía de calidad.» En nuestra opinión, no es convincente el requisito de imponer una cierta comprobación del objeto de prestación al comprador, pero no al comitente, aunque éste mediante la recepción lo reconozca como esencialmente ajustado al contrato. En este sentido, el Derecho del contrato de obra debería ser armonizado con el Derecho de compraventa. En la práctica esto puede solucionarse a menudo considerando que, en el caso de vicio evidente, el comitente conocía el vicio en el momento de la recepción.

F. ¿HAY CONCURRENCIA E INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE GARANTÍA DEL CONTRATO DE OBRA Y EL DERECHO GENERAL DE OBLIGACIONES?

La recepción marca la diferencia entre ambos regímenes sólo en cuanto a la lesión del deber en forma de vicio. En el caso de lesión de cualquier otro deber que no sea la fabricación y producción de una obra libre de vicios, se siguen aplicando las disposiciones del Derecho general de obligaciones, incluso después de la recepción. Así, pues, junto con los §§ 633 y ss. BGB podría considerarse una pretensión de indemnización por lesión del deber de asesoramiento e información precontractual, según los §§ 311, apartado 2, y 280 y s. BGB ¹¹², o por lesión del deber de respetar los bienes jurídicos de la contraparte, según los §§ 280 y 241, apartado 2, BGB. Además podría haber lugar a responsabilidades penales, junto con una responsabilidad derivada de los § 633 y ss. BGB ¹¹³.

¹¹⁰ Sobre el distinto momento, extensamente: KOHLER, JZ 2003, 1081, 1084 y ss.

¹¹¹ V. también KOHLER, JZ 2003, 1081, 1032 y ss.

¹¹² Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 28.

¹¹³ V. extensamente: BROX/WALKER, § 24 n.m. 52; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 422; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 31.

Además de todo esto, en el marco de la llamada doctrina del carácter unitario de la pretensión se debate si las disposiciones del Derecho de garantía son aplicables con anterioridad a la recepción de la obra. Entonces, por ejemplo, el § 635, apartado 3, BGB también debería poder ser aplicable a la pretensión de cumplimiento antes de la recepción, de forma que el contratista pudiera oponer a dicha pretensión la excepción regulada en dicha norma¹¹⁴. Sin embargo, esto no resulta convincente, porque el contratista ya está obligado a proporcionar el resultado prometido antes de la recepción y porque, al no haberse aún materializado una prestación concreta que pueda ser aceptada por el comitente, la pretensión de éste tampoco puede centrarse en una obra concreta¹¹⁵. La desproporción del cumplimiento posterior sólo podrá determinarse precisamente con respecto a dicha obra. Así pues, hasta que se produzca la recepción, estamos en un ámbito fronterizo entre la imposibilidad, o bien la desproporcionalidad, del cumplimiento posterior y la inexigibilidad según el § 275 BGB¹¹⁶. Para aquellos casos en que el comitente rechace justificadamente la recepción de una obra terminada, se alega que el comitente ya antes de la recepción definitiva —y una vez vencido infructuosamente el plazo— pueda subsanar el vicio mediante la autoejecución y exigir los costes al contratista¹¹⁷.

G. CONCLUSIONES

Los §§ 633 y ss. BGB se presentan en lo esencial como concreción de las disposiciones sobre lesión del deber en el Derecho del contrato de obra. Las disposiciones sobre la lesión del deber contenidas en el Derecho general de obligaciones y sus consecuencias jurídicas deben ser precisadas y, en su caso, modificadas atendiendo a los intereses de las partes en el contrato de obra. Esto facilitaría la aplicación del derecho y permitiría tener una imagen más detallada para controlar las condiciones generales de la contratación en el marco del § 307 BGB. La mayoría de las divergencias con el Dere-

¹¹⁴ PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB n.m. 7, § 635 BGB n.m. 2; también MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB nn.mm. 3 y s. (producción como momento determinante); STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 11.

¹¹⁵ Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB nn.mm. 3, 4, 24.

¹¹⁶ Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 4.

¹¹⁷ MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 3, § 635 BGB nn.mm. 3 s. (Fabricación como momento determinante); PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB n.m. 7; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 23; v. también: ERMAN/SCHWENKER, § 634 BGB n.m. 6 (final del plazo de cumplimiento posterior como momento determinante); en contrario: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 13.

cho general de obligaciones se explican por los diferentes intereses existentes desde el momento en que el comitente acepta la obra como prestación esencialmente ajustada al contrato. Sólo a partir de este momento es preciso encontrar remedios que permitan al comitente comenzar a utilizar (o seguir utilizando) la cosa viciada. De esta forma solo surgirían diferencias substanciales en relación con la prescripción de los remedios relacionados con el vicio.