

«Wege zur Konkretisierung von Generalklauseln: Was leistet die deutsche Rechtswissenschaft vom Europäischen Privatrecht?»

(Jornada Científica celebrada en Heidelberg, 29 de abril de 2005)

LENA KUNZ

Universidad de Heidelberg

Cuando el legislador nacional produce una norma jurídico-privada, puede decidirse por una regulación muy detallada, a fin de proporcionar de ese modo una mayor seguridad jurídica, o bien por elaborar una norma lingüísticamente indeterminada, a fin de posibilitar una solución justa para el caso concreto en virtud de formulaciones abiertas a la valoración. En Alemania se llama a esto último «cláusula general» (*Generalklausel*) o, en términos más amplios, concepto jurídico indeterminado (*unbestimmter Rechtsbegriff*)¹. A este respecto, en el ámbito jurídico alemán al menos hay unanimidad en la idea de que los métodos usuales de interpretación no pueden llevar a ningún resultado concluyente; ahora bien, tales normas o formulaciones necesitan una concretización (*Konkretisierung*)².

Un ejemplo de esta apertura valorativa se refleja en el § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, del BGB, introducido por la ley de modernización del Derecho de obligaciones del año 2002³. En él se dice lo siguiente: «Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo

¹ Sobre las cuestiones de delimitación terminológica en el ámbito alemán, vid. Kamanabrou, AcP, 202 (2002), 662; Siems, ZEuP (2002), 747; Beater, AcP, 194 (1994), 82.

² Kamanabrou, AcP, 202 (2002), 672.

³ Vid. al respecto la Lección Inaugural del profesor Christian Baldus, pronunciada en Heidelberg el 28 de abril de 2005, bajo el título «Historische und vergleichende Ausle-

pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber es insignificante»⁴.

Cuando el legislador incluyó el concepto de «insignificante» (*unerheblich*), abrió conscientemente un espacio a la interpretación de la judicatura. Sin embargo, ¿cómo puede aprovechar correctamente ese espacio el juez singular desde el punto de vista metodológico?

En la medida en que se trate para el aplicador del Derecho de una formulación bien conocida, podría remitirse inmediatamente a los conocimientos ya asentados a través de la jurisprudencia nacional. Pero si se considera que el § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, se introdujo en el BGB en la línea de una armonización del Derecho privado en Europa⁵, se corre en tal caso el riesgo irremisible de una dispersión jurídica entre los diversos ordenamientos europeos.

Para hacer frente a esta situación, podrían ofrecer puntos de referencia para la reflexión del aplicador del Derecho otros ordenamientos jurídicos en los que el problema fuera ya conocido. Así, p. ej., el artículo 1484 del Código civil español en cuanto al concepto de vicios⁶: «El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se destina, o si disminuyen de tal modo ese uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (...)».

Habría que preguntarse, con todo, si los principios tomados de otros ordenamientos jurídicos pueden ser, en todo caso, de aplicación directa para la comprensión de los conceptos abiertos a la valoración; en definitiva, si encuentran una vía de penetración en el Derecho nacional con vistas a la armonización jurídica.

Cuando en el artículo 3, párrafo 6.º, de la Directiva 1999/44 CE se dice que «el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia», se establece una referencia al artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los Principios UNIDROIT⁷ y al artículo 9.301 PECL⁸. El aplicador del Derecho reconoce que debe haber un elemento conceptual que vincule las distintas tradiciones jurídicas. El artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los

gung im Gemeinschaftsprivatrecht» (de próxima aparición en el volumen que recoge las ponencias de la Jornada Científica que motiva este comentario).

⁴ «Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.»

⁵ Artículo 3, párrafo 3.º, de la Directiva 1999/44 CE.

⁶ En relación con el artículo 1486 CC, artículo 7 Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

⁷ Artículo 7.3.1, párrafo 1.º, de los Principios UNIDROIT: «Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial» (la cursiva es nuestra).

⁸ Artículo 9.301 PECL: «A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental» (la cursiva es nuestra).

Principios UNIDROIT habla de «incumplimiento esencial» y el artículo 9.301 PECL de «fundamental non-performance». Ante este telón de fondo, el aplicador del Derecho se preguntará si la construcción conceptual del Derecho comunitario no habrá de realizarse forzosamente de modo autónomo; en tal caso, los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros serán para él únicamente fuentes de conocimiento jurídico. Pero entonces, ¿cómo será posible concretar las cláusulas o los conceptos jurídicos indeterminados?

Esta cuestión fue el punto de partida para una Jornada Científica que tuvo lugar en el «Internationales Wissenschaftsforum» de la *Ruprecht-Karls-Universität* de Heidelberg el 29 de abril de 2005. A modo de ejemplo se trataron allí los problemas de la desaparición de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) y del Derecho de la compraventa armonizado conforme a la Directiva 1999/44 CE.

La respuesta a este interrogante llevó a los ponentes y a los participantes en la Jornada a tratar sobre diferentes sistemas jurídicos nacionales y su mutua influencia. Así, puede verse en los sistemas jurídico-privados romanísticos de Italia, España y Portugal una matriz francesa, que fue conformada sistemáticamente por la Pandectística alemana del siglo XIX, de modo que el punto de partida inmediato para toda la reflexión hubo de ser el papel de las cláusulas generales en el Derecho alemán y en el francés (Peter Jung, *sub* II, y Julien Walther, *sub* III). Luego se posó la mirada en los puntos de contacto con los sistemas romanísticos de Derecho privado, a fin de verificar qué papel corresponde en la actualidad a la ciencia jurídica alemana del Derecho privado europeo y qué expectativas despierta (Paulo Mota Pinto, *sub* IV, Francisco J. Andrés Santos, *sub* V, y Stefano Troiano, *sub* VI).

Tras el saludo por parte de Christian Baldus (Heidelberg), tomó la palabra Thomas Pfeiffer (Heidelberg) para introducir temáticamente la Jornada.

I. Pfeiffer trazó primeramente una panorámica del estado presente de las cláusulas generales a escala europea. Luego se fijó en la cuestión de cómo actúan esas cláusulas a un nivel general y en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. A este respecto, se ponen de manifiesto esencialmente tres conjuntos de problemas.

En primer lugar dijo que debe tenerse en cuenta la clásica línea de separación entre el pensamiento jurídico europeo-continental y el *Common Law* como un sistema fundamentalmente abierto desde un punto de vista valorativo. Luego destacó el ponente que la concreción de las cláusulas generales abiertas a la valoración se lleva a

cabo de modo diferente en los distintos sistemas jurídicos nacionales debido a sus divergentes sistemas de valoración y a los contactos nacionales. Finalmente, señaló que este problema se agudiza ante el panorama de un ordenamiento del Derecho privado comunitario aún fragmentario e incompleto. Justamente para eludir el peligro de un desdibujamiento valorativo derivado de ello, el Derecho privado de las Directivas se basa en una técnica de regulación detallada en vez de recurrir a las cláusulas abiertas a valoraciones.

A la vista de este panorama, Pfeiffer se planteó la cuestión de si el recurso a las cláusulas generales no podría ser el último paso en el camino hacia un Derecho privado europeo, a la cual dio una respuesta negativa, haciendo referencia al inventario ya existente de cláusulas generales y a la concepción fundamental de la Comisión de un marco de referencia común⁹, que, sin ser por sí mismo una codificación, representa el punto de partida próximo a una codificación para el empleo de cláusulas generales en el Derecho privado comunitario.

De ahí dedujo el ponente tres líneas directrices para la concretización de las cláusulas generales. La primera remite a los derechos fundamentales. En segundo lugar, se pone el acento en la función concretizadora negativa del Derecho particular, con referencia al mandato de la jurisprudencia del Tribunal Europeo (*Rec. C-106/89*, 1990, I-4135, «Marleasing») de interpretar el Derecho nacional de conformidad con las Directivas. Por fin, en tercer lugar, entra en consideración la función concretizadora positiva –no exenta de problemas– del Derecho particular.

II. Peter Jung (Basilea) ilustró al comienzo de su ponencia el papel metodológico y de contenido de las cláusulas generales en el Derecho contractual francés. A ese respecto señaló que el *Code civil* presenta formulaciones coincidentes con el BGB (§ 242 BGB y artículo 1134.3 CC), pero que el concepto de cláusula general de la doctrina alemana no puede aplicarse en la metodología francesa, lo cual explica el lugar sombrío de las cláusulas generales en el derecho contractual francés. Con todo, desde hace unos diez años se observa un cambio de paradigma en el Derecho francés en materia de contratos. El legislador galo ha ampliado el ámbito de arbitrio del juez y le ha permitido entrar a valorar las disposiciones contractuales. La concepción del contrato ha ido cambiando en la línea de considerarlo un legítimo instrumento de cooperación entre partes situadas al mismo nivel con *affectio contractus* y consecuencias sociales de carácter general.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11.10.2004, KOM(2004) 651 definitivo.

Sobre el telón de fondo de este desarrollo se planteó Jung la cuestión de qué elementos de apoyo puede esperar el jurista francés de la ciencia jurídica alemana con respecto a la concretización de las cláusulas generales. A su juicio, a la vista de las numerosas cuestiones discutidas en el ámbito jurídico alemán en torno al concepto de cláusulas generales, el jurista francés prácticamente sólo puede utilizar el concepto de cláusula general como un supraconcepto y, además, se las verá con la idea alemana del «reino de los jueces» (*Richterkönigtum*); pero, por otra parte, también puede constatar con tranquilidad que el tenor de las cláusulas generales en el BGB no se muestra completamente abierto y variable, sino que siempre incluye alguna indicación a grandes rasgos sobre el contenido de las medidas de concreción y una consecuencia jurídica.

Para finalizar, Jung llegó a la conclusión de que puede afirmarse la existencia de un desarrollo convergente entre el Derecho francés y el alemán. El Derecho francés está en disposición a abrirse a las cláusulas generales, en el sentido alemán de la palabra, y se aleja por ello de una aplicación del Derecho puramente descentralizada. En dirección opuesta, la reforma del Derecho de obligaciones alemán ha introducido en el BGB una serie de nuevos conceptos y representaciones indeterminados que ha descentralizado la posición central de las cláusulas generales «reinantes» en la estructura general del BGB (§§ 138, 157 y 242 BGB).

III. En conexión con esto intervino Julien Walther (Metz) con su ponencia sobre la concretización de las cláusulas generales ejemplificada en el Derecho francés de delitos. Al igual que Jung, puso de relieve la existencia de diferencias metodológicas y terminológicas entre el Derecho francés y el alemán: mientras el Derecho francés está marcado por una actitud más bien pragmática, el Derecho alemán, por el contrario, procede con un sentido más fuertemente conceptual. Walther ilustró esto de la mano de una comparación entre el § 823, párrafo 1.º, del BGB y el artículo 1382 CC. Mientras el Derecho alemán de delitos se aferra en el § 823, párrafo 1.º, del BGB al concepto de supuesto de hecho y de los bienes jurídicos concretamente vulnerados, el artículo 1382 CC se entiende como un principio abstracto, que se formula conceptualmente de un modo tan elástico que deja un espacio suficiente para el desarrollo jurídico. Según Walther esto lleva al resultado de que, si bien en un nivel conceptual y metodológico el Derecho alemán y el francés de delitos difieren claramente, en su contenido persiguen idéntico objetivo. Tanto el § 823, párrafo 1.º, del BGB como el artículo 1382 CC han de posibilitar un desarrollo jurídico. De esa concordancia derivó finalmente la conclusión de que ambos orde-

namientos, en su tratamiento práctico de la responsabilidad, se han movido en sentido coincidente, de modo que este proceso ha de verse como un movimiento pendular entre la concretización del abstractamente formulado artículo 1382 CC y la abstracción de los bienes jurídicos concretos del § 823, párrafo 1.º, del BGB. Por tanto, el artículo 1382 CC corresponde en su función a la cláusula general en el sentido alemán.

Estos resultados pusieron sobre el tapete de los participantes en la Jornada la cuestión de cómo este movimiento pendular ha operado en el tratamiento de las cláusulas generales en los sistemas jurídico-privados romanísticos de Italia, España y Portugal y si en el futuro habrá de ser de importancia decisiva para la consideración de las cláusulas generales.

IV. A este respecto se ocupó Paulo Mota Pinto (Coimbra/Lisboa), en primer lugar, de la recepción de la ciencia jurídica alemana en Portugal y, finalmente, del método de concretización de las cláusulas generales ante los tribunales portugueses. El ponente subrayó la gran influencia de la ciencia alemana en la elaboración del Código civil de 1966 y destacó especialmente la doctrina de la jurisprudencia de intereses, acuñada por Philipp Heck, que dio como resultado una «huida hacia las cláusulas generales» (*Flucht in die Generalklauseln*).

Mota Pinto señaló que las cláusulas generales en el Derecho portugués remiten fundamentalmente a una medida valorativa general que los tribunales tratan de configurar a través de la formación de grupos de casos; ahí se pone en primer plano el concepto valorativo de cláusula general, a través del cual han encontrado una vía de penetración conceptos morales como el de las buenas costumbres: así, por ejemplo, se ha podido considerar nula ante los tribunales la donación con el fin de estimular las relaciones homosexuales.

Para un correcto tratamiento futuro, desde el punto de vista metodológico, de las cláusulas generales, Mota Pinto propuso en este contexto la formulación universalizable de los argumentos, pues sólo así puede satisfacerse el principio de trato no desigual. Luego abogó por una formalidad metodológica en la fundamentación judicial, advirtiendo frente a una armonización sólo aparente si se persiste en una mera formación de grupos de casos; en lugar de una rígida formación de grupos de casos, deberían desarrollarse «Guidelines» comunes para lograr una auténtica unificación jurídica europea.

V. Francisco J. Andrés Santos (Valladolid) disertó en su ponencia sobre la función de la Historia del Derecho en la concretización de las cláusulas generales. Al respecto, opuso primera-

mente dos concepciones fundamentales de la Historia jurídica: se puede considerar la Historia como un concepto puramente «contemplativo», lo que tiene como consecuencia una visión puramente historicista sin referencias al mundo actual, o bien, por el contrario, como un concepto «aplicativo», que se apoya en un punto de vista neopandectista, se propone como tarea la creación de un nuevo *ius commune* europeo.

Con referencias a la teoría del conocimiento de Habermas, Andrés Santos defendió la concepción aplicativa de la Historia del Derecho: con ayuda del *ius commune* se hace visible una continuidad histórica de las ideas jurídicas, de modo que pueden anudarse los marcos valorativos y la realidad jurídica a una tradición común. Según esto, la tarea de la Historia del Derecho en este contexto sería poner de relieve la existencia de estructuras jurídicas permanentes en el ámbito de las cláusulas generales. El ponente aclaró este extremo por medio del ejemplo de la *clausula rebus sic stantibus*. Mostró que tal *clausula* tuvo un proceso de formación desde la ética contractual del Medievo hasta la moderna teoría de la voluntad y que, finalmente, se hizo un hueco en los ordenamientos jurídicos modernos, aunque bajo otros nombres. Esto sirvió de ilustración del hecho de que la generalidad de los ordenamientos europeos se inscriben en una tradición jurídica común que puede ser aprovechable para la concretización de las cláusulas generales.

VI. Stefano Troiano (Verona) dedicó su intervención a la dogmática. Dejó sentado, primeramente, que la ciencia jurídica alemana tradicionalmente se ha ocupado del instrumento de las cláusulas generales y le ha atribuido una función paradigmática de carácter cuantitativo y cualitativo, por lo que es de esperar de ella que, en el presente y en el futuro, profundice en la investigación del significado de las cláusulas generales en la creciente armonización del Derecho privado europeo. A ello se añade la tarea de reconsiderar el sentido de las cláusulas generales en el Derecho nacional bajo el influjo de los principios del Derecho privado comunitario.

Troiano reconoció que la ciencia jurídica alemana ha respondido en gran medida a esas expectativas y que es la dogmática alemana la que ha puesto de manifiesto los nuevos problemas relacionados con el tratamiento de las cláusulas generales. Sin embargo, la criticó por su reticencia al intercambio de opiniones con otras culturas jurídicas europeas y la animó a abrirse en el futuro para poner en marcha una plataforma de discusión en el conjunto de Europa. El ponente rechazó una mera trasposición de la dogmática alemana desarrollada hasta ahora en relación con las cláusulas generales y se remitió, en este contexto, al concepto de razonabilidad (*reaso-*

nableness) cada vez más utilizado en numerosos actos jurídicos de la UE, en la Comisión Lando y en los principios UNIDROIT. Habrá que determinar, a su juicio, si este concepto es una síntesis del concepto de cláusulas generales y otros conceptos al nivel nacional, o bien se trata, por el contrario, de un concepto jurídico totalmente autónomo.

VII. En su exposición conclusiva, Peter-Christian Müller-Graff (Heidelberg) se preguntó si existen ya hilos conductores en el tratamiento de las cláusulas generales en el Derecho privado comunitario y qué aportación está en condiciones de hacer la ciencia jurídica alemana al respecto. Desde su punto de vista, puede ante todo precisarlas, clasificando las distintas clases de cláusulas generales según principios y subprincipios. A través de la elaboración de estructuras dogmáticas puede incrementar la seguridad jurídica, en lugar de seguir apegada a la formación de grupos de casos y a las decisiones casuísticas particulares. Por último, puede aportar racionalidad sistemática mediante el desarrollo de una dogmática común y, teniendo en cuenta la función de las correspondientes cláusulas generales, contribuir a la justicia.

Müller-Graff sacó de ello la conclusión de que el Derecho privado comunitario no puede construirse sin el sustrato de los ordenamientos nacionales, pero que esto conlleva el peligro de que, por un lado, sólo se llegue a una recepción unilateral en el caso de la concretización de las cláusulas generales y, por otro, de que cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales se arriesgue a permanecer demasiado anclado en sí mismo.

Después de todo, puede uno seguir planteándose la pregunta de qué conclusión puede extraer para sí el aplicador del Derecho que lee el anteriormente citado § 323, párrafo 5.º, inciso 2.º, del BGB.

Por un lado es importante que se haga consciente de su responsabilidad práctica. En última instancia, todo aplicador individual del Derecho decide si nuestros sistemas de Derecho privado van a armonizarse realmente o si vamos a enrocarnos en una mera armonización aparente. Para afrontar esta responsabilidad, debemos, no obstante, integrar otros sistemas jurídico-privados en nuestro campo de visión. Los juristas italianos, españoles y portugueses han puesto tradicionalmente mucha más atención en el Derecho comparado que la mayoría de los juristas alemanes. Esto les da idealmente la necesaria amplitud de miras y la capacidad para poner en cuestión sus propios conceptos ya asentados desde antiguo en favor de planteamientos nuevos y tal vez más ajustados a nuevos intereses.

Con todo, la conciencia de la responsabilidad no basta por sí sola. El juez singular debería poder orientarse con grupos de casos.

Sin embargo, ¿cómo van a aparecer éstos? Hemos visto que la recepción unilateral de un ordenamiento jurídico está vedada, así como la mirada en exclusiva a la jurisprudencia propia. Los grupos de casos deberían desarrollarse, por tanto, autónomamente; pero ¿por quién? Aquí vendría a colación el Tribunal Europeo, que en su jurisprudencia podría elaborar grupos de casos al hilo de la tradición jurídica común de los Estados miembros: esto posibilitaría un control central. Pero en tal caso se suscitaría la cuestión de si este procedimiento de creación de grupos de casos no sería demasiado rígido y unidireccional. Los grupos de casos podrían percibirse como una figura superpuesta al ordenamiento jurídico propio. Pero, ¿acaso no debe realizarse la armonización precisamente por consenso?

Sería razonable, pues, que el Tribunal Europeo, en lugar de grupos de casos concretos, tejiese un hilo conductor para la concretización de determinadas cláusulas generales concretas. Este hilo conductor podría mostrar de inmediato hasta qué punto existe ya un consenso entre todos los ordenamientos jurídico-privados. De él podrían derivarse ciertas exigencias mínimas para el tratamiento de las cláusulas generales. Esto podría facilitar el control central de la aplicación de las cláusulas generales y, al mismo tiempo, poner a los tribunales nacionales en situación de atender las especialidades nacionales en el marco de ese hilo conductor. Estas especialidades nacionales podrían ablandarse progresivamente si los tribunales de los Estados miembros reconocen las costumbres típicamente nacionales como tales a través del trabajo comparativo, y luego reflexionan sobre ellas. Aquí es donde podría ser fructífero el diálogo constante con la ciencia jurídica. Estos intercambios de impresiones podrían allanar el terreno para que el Tribunal Europeo siguiera ensanchando el consenso básico desarrollado por él con respecto a la aplicación de determinadas cláusulas generales.

Tal modo escalonado de armonización jurídica correría menos riesgos de sentirse como un cuerpo extraño y, como consecuencia, sería un proceso autoexpansivo capaz de generar un consenso más amplio a largo plazo.

Traducción: F. J. ANDRÉS SANTOS
Valladolid