

BALDUS, CHRISTIAN Y MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (EDITORES) (2006): *DIE GENERALKLAUSEL IM EUROPÄISCHEN PRIVATRECHT. ZUR LEISTUNGSFÄHIGKEIT DER DEUTSCHEN WISSENSCHAFT AUS ROMANISCHER PERSPEKTIVE* (MÜNCHEN: SELLIER) XXIX + 193 PP.* **

Varios autores de diferentes nacionalidades y, por consiguiente, pertenecientes a tradiciones científicas distintas, confluyen para la confección de este trabajo, el cual, a su turno, tiene su origen en una jornada científica habida en la Universidad de Heidelberg en 2005. Los editores, Christian Baldus y Peter-Christian Müller-Graff son catedráticos de esta Universidad, en disciplinas vinculadas al derecho privado y el extenso número de publicaciones de cada uno es indicador de la solidez de la personalidad científica de cada uno. Algo similar puede decirse del resto de los autores que participan en esta obra: todos reconocidos académicos de Italia, España, Suiza y Portugal. De modo que, desde la perspectiva de la solidez y consistencia de los argumentos se han tomado todos los resguardos posibles. El libro recoge, además, la discusión a que dio lugar el encuentro, la que estuvo a cargo de tres jóvenes estudiosas, cuyas síntesis en tres idiomas (inglés, francés e italiano), se recogen en la parte final. Además, el libro cuenta con un índice analítico, colocado al final, que facilita el examen de los tópicos más relevantes, así como una relectura sistemática de la obra.

Hablemos ahora de los contenidos. El tema central tiene que ver con las cláusulas generales en contexto del derecho privado europeo. Concretamente, se indaga en la contribución que la ciencia jurídica alemana está en condiciones de hacer a esta discusión. Parta-

mos por una consideración general: la tarea que imponen las cláusulas generales es la de su concreción, ahí donde se plantea la necesidad de aplicar la cláusula en cuanto norma de presupuestos de aplicación lo suficientemente amplios. De este modo, el juez, por regla general, tiene ante sí un concepto cuyos límites son difusos y se ve en la necesidad de concretarlo, a fin de proveer una solución justa. Se trata de problemas que, para que nos entendamos mejor, pueden consistir en definir al “buen padre de familia”, a la “buena fe”, o a la “falta de entidad suficiente”, tratándose de los vicios de las mercancías, a propósito de las ventas internacionales. Es sabido que la ciencia jurídica alemana ha dedicado no pocos trabajos a los problemas suscitados por las cláusulas generales y su necesidad de concreción¹, pero tales trabajos han solido mantenerse en los límites del derecho nacional. El desafío, en este caso, desborda los límites del derecho alemán y se inserta de lleno en la perspectiva del derecho privado europeo, que es hoy objeto de ingentes esfuerzos de armonización². Más aún, las directivas europeas hacia los derechos nacionales constituyen un genuino esfuerzo por superar las restricciones interpretativas impuestas por los sistemas nacionales, para avanzar en la construcción de una interpretación común. Dado este marco, se justifica que las perspectivas metodológicas de los trabajos transiten desde la histórico-crítica (trabajos de Baldus y Andrés), a la comparativa, que es la

* El título de este libro y su contenido no cuentan con traducción oficial al español. Se sugiere la siguiente sobre el título: *LA CLÁUSULA GENERAL EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO. LA EFICACIA DE LA CIENCIA ALEMANA DESDE LA PERSPECTIVA ROMANA*.

** El título de este libro y su contenido no cuentan con traducción oficial al inglés. Se sugiere la siguiente sobre el título: *THE GENERAL CLAUSE IN THE EUROPEAN PRIVATE LAW. EFFECTIVENESS OF THE GERMAN DOCTRINE SEEN FROM THE ROMAN PERSPECTIVE*.

¹ Sirva como ejemplo el trabajo de Wieacker (1982), que no ha perdido vigencia a pesar de la reforma al Derecho de obligaciones operada en 2001, es suficientemente conocido y constituye un buen ejemplo de cuanto se ha venido diciendo.

² Expresión de ello son los Principles of European Contract Law, preparados por la Comisión Lando, así como también los trabajos editados por el Study Group on an European Civil Code (Aquis Group), que ya han editado varios volúmenes de sus trabajos preparatorios; entre ellos, Aquis Group (2008).

que domina en el resto de los autores. En lo que sigue, se describe brevemente el contenido de cada trabajo.

El trabajo de Christian Baldus (pp. 1-24) es el que abre la obra y es expresión de lo que hemos identificado como una perspectiva histórico-crítica. Baldus indaga en las posibilidades de realizar los esfuerzos de concreción auxiliándose de los avances que, en este sentido, proporciona el derecho romano. No se trata de un esfuerzo por encontrar en el derecho romano respuestas a problemas del derecho moderno. Se trata más bien de incorporar el conocimiento del derecho romano en una perspectiva metodológica que rescate de estas aquellas instituciones capaces soportar un proceso de transferencia desde su contexto inicial, de modo tal que estén en condiciones de proveer argumentos en el proceso de concreción de ciertas cláusulas generales. Las ideas así expuestas, van en la dirección de un diálogo entre derecho privado y derecho romano en que se comparan experiencias, conocimientos y problemas y se aprovechan soluciones.

En una metodología coincidente, el trabajo de Francisco Javier Andrés (pp. 93-114), continúa con el desarrollo de la tesis sobre interpretación histórica. El autor pasa revista a dos tesis vigentes en la historiografía jurídica alemana de la hora actual, que él prefiere denominar “aplicativa” y “contemplativa”, respectivamente. La diferencia entre ambas radica en la posibilidad que ve la primera perspectiva, en oposición a la segunda, de la capacidad de la historia jurídica de contribuir a la construcción de un nuevo *ius commune europaeum*. Se trata de metodologías defendidas por sendos bloques de historiadores, frente a las cuales Andrés toma partido por la “aplicativa”. Junto con proporcionar algunos argumentos en auxilio de esta opción epistemológica, entre los cuales se encuentra el hecho de que la historia jurídica es capaz de desvelar algunas estructuras permanentes en el seno del derecho privado, las que, en ocasiones, permanecen ocultas a los intérpretes. La puesta en escena de estas estructuras permanentes, se revela como eficaz a la hora de proveer criterios de solución. Como ejemplo de estas estructuras permanentes, el autor se refiere a la cláusula

rebus sic stantibus, de orígenes canónicos y emparentada con la ética contractual del *ius commune*. Esta cláusula habría ido perdiendo cada vez mayor presencia en la doctrina inmediatamente anterior a los procesos de codificación, desapareciendo del panorama de los códigos civiles, particularmente el francés y el alemán. Sin embargo, la cláusula *rebus sic stantibus*, una de estas estructuras permanentes de las que habla Andrés, se las habría arreglado para reaparecer, ya sea con su propio nombre o con otros (teoría de la imprevisión, principio general de la buena fe, teoría de la causa, desaparición de la base del negocio y otros más), de modo tal que el reciente proceso de armonización la contempla nuevamente, tanto en legislaciones nacionales, como la alemana, que la contempla en la nueva redacción del § 313 BGB³, o bien en proyectos de carácter internacional, como los arts. 6.2.1⁴ y 6.2.2⁵ de los

³ § 313. Modificación de la base del contrato.

(1) Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubiesen mutado tan gravemente después de su celebración, de modo que, si las partes hubiesen presupuesto dicho cambio, no hubiesen celebrado el contrato, o lo habrían celebrado con un contenido distinto, puede pedirse la adecuación del contrato, en tanto a una parte no resulte exigible la sujeción irrestricta a los términos del contrato, atendidas todas las circunstancias del caso concreto, particularmente la distribución legal o contractual de los riesgos.

(2) Existe igualmente una modificación de las circunstancias cuando se revelan falsos importantes expectativas que han servido de base al contrato.

(3) Si la adecuación del contrato no es posible o a una de las partes no es exigible, la parte perjudicada puede pedir la resolución del contrato.

Para las relaciones obligatorias duraderas al derecho de resolución le sustituye el derecho de desistimiento.

⁴ Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato).

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

⁵ Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” [*hardship*]). Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de

Principios UNIDROIT, o el art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos.

La contribución de Thomas Pfeiffer (pp. 25-36) se inserta ya en la metodología comparativa. El objeto de su reflexión, las cláusulas generales, se mira desde la perspectiva de la comparación entre los problemas que ellas suscitan en los sistemas jurídicos continentales, por oposición al *common law*. Su trabajo pone de manifiesto varias de las diferencias que, a propósito de las cláusulas generales, es posible observar entre uno y otro sistema. Básicamente, estas diferencias tendrían su origen en la caracterización de dichos sistemas, el uno como abierto (en el caso del *common law*) y el otro cerrado (en el caso de los sistemas europeo-continentales). La diferencia no es poca: en ambos sistemas la concreción de las cláusulas generales tiene lugar, pero diferentes factores inciden en este proceso; en tanto mayor apertura de un sistema, más posibilidades existen de que las concreciones incorporen un mayor caudal de ingredientes. En este sentido, podrían hipotetizarse líneas de desarrollo divergentes. Con todo, la perspectiva de Pfeiffer no es pesimista; los desarrollos en paralelos podrían encontrar vías de afluencia, como por ejemplo, a propósito de los derechos fundamentales.

A su turno, Peter Jung (pp. 37-61) se centra en la comparación del tratamiento que las cláusulas generales en los sistemas alemán y francés. Este tratamiento presenta diferencias más o menos ostensibles entre ambos sistemas, siendo visible un mayor desarrollo en el siste-

ma alemán. Con todo, hoy es posible observar tendencias convergentes; el derecho francés ha ido concediendo cada vez mayores posibilidades a los jueces, en orden a la concreción de las cláusulas generales. Jung cree posible la utilización de los desarrollos de la ciencia jurídica alemana por parte de la francesa, aunque con restricciones.

Julien Walther (pp. 63-80) trabaja también en la línea de comparación entre los derechos francés y alemán, pero concreta su observación al tratamiento de los delitos civiles. Su exposición toma en cuenta el papel que están llamadas a desempeñar las cláusulas generales de cara a la responsabilidad delictiva. Comienza por el análisis del art. 1382 del *Code* y del § 823 párrafo 1 del BGB, base de la diferenciación entre “delito abstracto” y “delito concreto”, que caracterizaría a los sistemas francés y alemán, respectivamente. En medio de estas premisas, profundiza en los procesos que llevan a cierta convergencia en la praxis de cada sistema: los esfuerzos del sistema francés por avanzar hacia la concreción y los del alemán para avanzar hacia la abstracción.

Stefano Troiano (pp. 81-91) coloca como telón de fondo el prestigio alcanzado por la ciencia jurídica alemana, incluso más allá de las fronteras europeas, como es el caso de su, no digamos recepción, pero sí conocimiento y respeto en un sistema tan distinto como el chino. Los hechos, a este respecto son indesmentibles. En este contexto, Traiano presta atención al desarrollo que la ciencia jurídica alemana ha dispensado al tema de las cláusulas generales, lo que le ha reportado ventajas respecto de otros sistemas jurídicos. En concreto, observa cómo la discusión sobre el mismo tema se inició mucho más tarde en Italia, donde hasta el día de hoy se acusa cierta dependencia de los desarrollos de la ciencia jurídica alemana.

Paulo Mota Pinto (pp. 115-127) es un académico portugués y, como tal, es representante de una tradición civilista que se ha desarrollado al amparo de la jurisprudencia alemana. Mota Pinto comienza por abordar cómo se gesta la influencia de la jurisprudencia de intereses en la ciencia jurídica portuguesa. Su trabajo describe los métodos de la jurisprudencia

ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

portuguesa ante el tratamiento de las cláusulas generales, que en el derecho portugués son abundantes, incluso en el Código civil de 1966 (“orden público”, “buenas costumbres” “modificación anormal de las circunstancias” “buena fe”; a esta última cláusula dedica un apartado). Por ello dedica la mayor parte de su trabajo a analizar su concepto y tipos, su función los métodos conforme a los cuales se ha dado lugar a su concreción.

Peter-Christian Müller-Graff es un autor obligado a la hora de hablar de Derecho privado comunitario. Por lo mismo, su trabajo (pp. 129-144) se encuentra orientado a analizar los elementos caracterizantes de la dogmática jurídico-privado comunitaria y su diálogo con la ciencia jurídica alemana. Müller-Graff centra la discusión en aspectos metodológicos de mucho interés, (tales como el apartado III, sobre seguridad jurídica a través de formación de principios), y hace constantes referencias a los trabajos de los demás autores (no hay que olvidar que se trata de un encuentro científico y que las palabras de Müller-Graff son conclusivas del mismo). En general, previene contra el aislamiento de los sistemas jurídicos nacionales en el tratamiento de las cláusulas generales y aboga por un método de trabajo, radicado en el Tribunal Europeo, que permita una labor de concreción más uniforme.

Hasta aquí las referencias al contenido de la obra. Una valoración de conjunto aparece, pues, como conveniente. Por lo pronto, la obra se revela interesante, puesto que nos sitúa de cara a una discusión (la de las cláusulas generales) no del todo ajena a las preocupaciones de los juristas nacionales. Si, como es el caso, la discusión gira en torno a la contribución de la ciencia jurídica alemana, ello no

deja de ser de interés para el jurista nacional interesado por conocer el estado de la cuestión más allá de sus fronteras. A su turno, la pertenencia de una parte de los autores a sistemas jurídicos nacionales diferentes del alemán, permite acercarse de mejor forma a las dimensiones del diálogo europeo sobre el tema. Pero todavía hay más: un conocimiento más profundo de los alcances de la dogmática alemana resulta, en cualquier caso, aleccionador y de utilidad. Por una parte, a pesar del prestigio de que goza entre nosotros la ciencia jurídica alemana, ello no siempre se expresa en un repertorio bibliográfico abundante, dado el general desconocimiento del idioma alemán. Pero creo necesario hacer el intento y no esperar traducciones. Es conveniente –siempre lo será– acercarse a los progresos de una ciencia jurídica que, como la alemana, ha alcanzado un elevado grado de desarrollo; cualquier intento en este sentido, reporta beneficios. La obra que hemos comentado es un ejemplo de todo ello y, por lo mismo, constituye una razón más para conocer más de cerca las proyecciones, ya no solo europeas, de la ciencia jurídica alemana.

PATRICIO LAZO*

Doctor en Derecho UNED, Decano de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad de Antofagasta

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- WIEACKER, Franz (1982): *El principio general de la buena fe* (Madrid, Civitas) 98 pp.
AQUIS GROUP (2008): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (München, Sellier) 396 pp.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho UNED, Profesor Asociado de Derecho Romano, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, correo de contacto patricio.lazo@uantof.cl