

Cuadernos CIVITAS

Directores: Matías Cortés Domínguez, Luis Díez-Picazo,
Jaime García Añoveros, Eduardo García
de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio
Menéndez, Gonzalo Rodríguez Mourullo y
Rodrigo Uría.



H 73
Franz Wieacker

El principio general de la buena fe

Traducción de JOSE LUIS CARRO

Prólogo de LUIS DIEZ-PICAZO

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



302 18 DIC. 1973

La edición original de esta obra, bajo el título de
Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB
fue publicada por la casa editorial
J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), de Tübingen

Copyright © 1977 by Editorial Civitas, S. A.
Constancia, 34. Madrid-2 (España)
ISBN: 84-7398-052-2
Depósito legal: M. 15.499 - 1977
Printed in Spain - Impreso en España
por Ediciones Castilla. Maestro Alonso, 23. Madrid-28

Indice

Prólogo	9
I. Introducción	25
1. El tema	25
2. La delimitación del tema	26
3. El párrafo 242 y el Derecho equitativo	28
II. Crítica del planteamiento tradicional del problema.	29
1. La polémica sobre las cláusulas generales	29
2. La inutilidad de la interpretación positivista	32
3. Los límites de una ética material normativa	34
4. Los límites de la simple subsunción lógica	41
III. Criterios para la actualización de la directriz contenida en el párrafo 242	43
1. Orientación del juez hacia un arte jurisprudencial	43
2. Y hacia la ética práctica	45
IV. La triple función del párrafo 242	49
1. El párrafo 242 como concreción de un plan legal de ordenación (officium iudicis)	52
2. El párrafo 242 como máxima de conducta ética-jurídica	59
a) Venire contra factum proprium	60
b) Dolo agit qui petit quod statim redditurus est	63
c) Excepción de adquisición de un derecho de mala fe	66

d) Acción legal claramente inicua y desconsi- derada	70
3. El parágrafo 242 como medio de ruptura ético- jurídica del Derecho legal	74
V. Aplicaciones prácticas	87
1. ¿Restricción del parágrafo 242 al Derecho de Obligaciones?	87
2. Exceptio doli y efecto inter partes	88
3. La relación del parágrafo 242 con el Derecho legal imperativo	93
Recapitulación	97

Prólogo

La Editorial Civitas ha decidido acometer la publicación en lengua castellana de la obra de Franz Wieacker «Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB». Se debe esta decisión a la inspiración y al consejo de Eduardo García de Enterría, cuyo profundo conocimiento de la Ciencia del Derecho y cuyo fino olfato para detectar las obras importantes son indispensables. A mí no se me olvida que él fue el culpable de la traducción, que a mí tanto me atormentó, de la obra de Thedor Viehweg «Topik und Jurisprudenz», que luego tanto daría que pensar y que hablar entre nuestros estudiosos. El trabajo de Wieacker, que ahora se publica, tiene sobre sus espaldas una cierta antigüedad —data del año 1955—, pero se conserva joven y fresco. Para nosotros, puede, además, constituir una muy actual enseñanza, que llega en un momento de especial oportunidad. La reforma introducida en el Título Preliminar de nuestro Código civil por la Ley de 17 de marzo de 1973 y por el texto articulado aprobado por Decreto de 31 de

mayo de 1974, ha consagrado en nuestro Código civil un texto lapidario y categórico, conforme al cual los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados de la buena fe. Es verdad que se podría decir, y ya se ha dicho, que este texto no entraña ninguna genuina innovación en nuestro ordenamiento jurídico. Un principio general de buena fe es algo que se podía, sin discusión, considerar existente dentro de él con anterioridad, consagrado por una reiterada opinión de la doctrina de los autores y por las decisiones jurisprudenciales por vía de generalización de las múltiples aplicaciones que tanto el Código civil como las leyes especiales realizan. Es cierto que no hay genuina innovación. Sin embargo, como he señalado en otras ocasiones, la inserción de un texto en el Título Preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El Título Preliminar del Código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio. Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el Título Preliminar. Llegar, en cambio, a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición. Todo ello permite augurar, en mi opinión, que en los años venideros se van a multiplicar los alegatos forenses y las decisiones judiciales que tengan su base en estos textos y que se multiplicará por ende la jurisprudencia que haya de recaer en torno a ellos. Para fundar más correctamente tanto el valor de tales alegaciones como el sentido que deba tomar

la jurisprudencia no es inoportuno recurrir a la experiencia de otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en particular con el alemán, donde, desde su publicación, en 1896, existe un párrafo, el 242, con arreglo al cual «el deudor está obligado a ejecutar la prestación como exige la buena fe con referencia a los usos del tráfico». Este párrafo ha dado lugar a una muy extensa literatura jurídica y a una muy abundante jurisprudencia que, como el lector comprobará, ha irradiado en múltiples direcciones. Escoger, dentro de esa amplísima literatura en la que sobresalen los extensos análisis de Weber en el Comentario de Staudinger y de Siebert, en el de Soergel, este trabajo de Wieacker, para introducirse en el tema, es oportuno: en primer lugar, por la notable personalidad del autor, romanista ilustre, profundo conocedor de la Historia de la Ciencia del Derecho privado; y muy notable civilista y en segundo lugar porque el trabajo ante el que nos situamos, concebido originariamente como comunicación al Congreso anual de la Asociación alemana de profesores de Derecho civil, coordina de forma admirable dos raras virtudes, que son la profundidad y la capacidad de síntesis.

* * *

Al enfrentarnos con el tema de la buena fe conviene no perder de vista que son probablemente dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe. Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo:

el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo (Art. 69 Cc.); el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa legalmente la posesión (Art. 451 Cc.); para que la renuncia del contrato de sociedad surta efecto, «debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno» (Art. 1705, apartado 2, Cc.).

¡Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe. •

* * *

La idea de buena fe, por sí sola, no pasa de ser otra cosa que un concepto técnico acuñado por los técnicos del derecho y utilizado como elemento de descripción o de delimitación en diferentes su-

puestos de hecho normativos. Es, como se ha dicho, un standard o un modelo ideal de conducta social. Aquella conducta social que se considera como paradigmática.

La diferenciación entre un sujeto que actúa de buena fe y otro que actúa de mala fe la utiliza el ordenamiento jurídico para eximir o exonerar al primero de la sanción que sería la propia respecto del acto por él realizado, objetivamente considerado o bien para favorecer a este acto y otorgarle unos efectos jurídicos que de otra manera no podría alcanzar o más amplios de los que alcanzaría. Se trata de no limitarse a realizar una valoración o un enjuiciamiento superficial o puramente objetivo de los hechos. Sin embargo, de ello no se debe deducir que la utilización de la idea de buena fe por una norma jurídica signifique la apertura de un portillo por donde se haga posible un «proceso de intenciones». Pues también las ideas de buena y de mala fe permiten una cierta objetivación, de manera que, en cada caso concreto, no habrá que analizar tanto la genuina y subjetiva buena o mala fe del concreto sujeto, que es lo que ordenaría siempre el posible «proceso de intenciones», como la conformidad de la conducta con el tipo o con el modelo ideal, según los rasgos exteriores socialmente reconocibles.

* * *

¡Es bien conocida —y no es necesario reiterarla aquí con especial detalle— la antigua polémica entre la llamada concepción psicológica de la buena fe y la denominada concepción ética. Para la llamada concepción psicológica es de buena fe el

sujeto que ignora el carácter ilícito de su acto o la contravención del ordenamiento jurídico que con el acto jurídico se lleva a cabo. La buena fe sería de este modo siempre una creencia o una ignorancia. El matrimonio nulo se contrae de buena fe cuando el contrayente cree que celebra un matrimonio válido. El poseedor es de buena fe, como dice el Art. 433, cuando «ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». Y el adquirente del dominio o de derechos reales, al que hace especial referencia el Art. 34 L. H., es de buena fe cuando lleva a cabo su adquisición confiando o creyendo que la titularidad que publica el Registro es la titularidad real. En esta línea o en este plano la buena fe no pasa del nivel de las creencias o las representaciones mentales del sujeto.

- La concepción ética trata de ser más exigente. El sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección —o de la exoneración de la sanción— que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible. Por eso, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia.

La diferencia es muy notable entre uno y otro modo de entender las cosas. En la primera concepción cualquier tipo de ignorancia o error, cualquiera que fuera su causa y la situación que lo motivó, puede servir para fundar una buena fe. En la segunda en cambio no, sólo funda la buena fe un error o una ignorancia que sean estrictamente no culpables o excusables. Habrá entonces que analizar la medida en que el sujeto operó con la dili-

gencia normalmente exigible en esa dada situación y dilucidar si con esa normal diligencia el error pudo y aun debió desvanecerse.

De todo lo dicho resulta ya claro que la idea está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho y de la moral. La connotación de virtud —bondad— que se atribuye a la *fides*, lo pone de manifiesto de manera terminante.

* * *

Esta utilización de un standard ético por una norma jurídica da lugar a la agonía del principio de buena fe, que Wieacker analiza con gran profundidad y sin igual elegancia. Dos interrogantes surgen enseguida: ¿qué ética es ésta que irrumpe en el campo del derecho?; ¿qué tipo de conmoción produce en el derecho la irrupción del factor ético? A la primera pregunta se responde diciendo que no es una ética material-normativa, de validez universal y de carácter atemporal, sino, relativizándola, una «ética práctica». Hay, pues, una variabilidad histórica (¿ética de situación?) de los criterios, pero hay también una conmoción de los mismos por referencia a casos de conflicto que son propios del mundo del derecho y en alguna medida típicos. Por esto, la definición de esta ética no es un asunto de las convicciones o concepciones imperantes o generalizadas en una comunidad histórica. Es un asunto de la clase o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica.

- La conmoción que una dinámica utilización del principio de buena fe produce en el derecho es

muy profunda. El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre, se desvanece. No es aventurado pensar que esa ruptura y crisis del antiguo legalismo y que esa utilización dinámica del principio de buena fe es una respuesta a las situaciones creadas por la segunda revolución industrial o por las grandes crisis económicas, donde los mismos intereses que antes demandaban un legalismo cristalizado como factor de certidumbre, demandan ahora soluciones más factibles. Sin embargo no es posible casi ni en la justicia del cadí, ni en el derecho libre, ni en un vago retorno a un ilusorio derecho natural de estirpe metafísica. ¿Por dónde está la difícil salida de este atolladero? No es, a mi juicio, absolutamente seguro que nuestro autor la haya encontrado plenamente. Al lado de los casos en que la labor de lo que hoy se llama el «operador jurídico», frente a los preceptos que utilizan el criterio o el concepto de la buena fe, no pasa de ser un desarrollo a una concreción del plan o proyecto de ordenación previsto por el legislador —aunque, naturalmente, sin la posibilidad de aplicarlo con el criterio estricto de subsunción lógica—, hay otros casos en que la aplicación del principio y la idea de la buena fe conducen a un Derecho judicial. Parece resucitar de este modo la vieja idea romana del Derecho pretorio. Como Wieacker señala, el parágrafo 242 del Código civil alemán y en general el principio de buena fe actúan *adiuvandi vel-suplendi vel corrigendi*.

La idea del principio de buena fe como una vía de introducción de un Derecho judicial, que supone una desviación o una ruptura del Derecho legal o legislado, suscita, por lo menos a mí, abundantes dudas desde el punto de vista constitucional, sobre todo cuando la constitución política se funda en el viejo principio de la división de los poderes y cuando al sistema judicial se le encomienda como tarea el aplicar y ejecutar las leyes. Por otra parte, subsiste la grave dificultad de diferenciar nítidamente ese Derecho judicial que así se crea de la pura y simple «justicia del cadí». La justicia del cadí es la pura decisión individual que es, aunque sea en el mejor sentido de la palabra, arbitraria. Como se ha dicho algunas veces, no tiene pasado y no tiene tampoco futuro. Un Derecho judicial *praeter legem* o acaso *contra legem* tiene que tener un pasado y un futuro. Tiene que tener primero una cierta uniformidad; segundo, estar fundado en unos previos criterios homogéneos; y tercero, proyectarse hacia el futuro como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación por el subsiguiente Derecho judicial.

Las dificultades que todo ello plantea son evidentes. No se puede negar que la línea sea fructífera, pero no puede tampoco dejar de vislumbrarse la sombra de una duda. Ello no empece para que el análisis que Wieacker hace sea profundo y enriquecedor y para que profundas y enriquecedoras sean también las conclusiones que la lectura suscita. La necesidad de dotar de unidad u homogeneidad al Derecho judicial que irrumpe por la vía del principio de buena fe, obliga por

una parte a una labor doctrinal, que es una labor de clasificación y de tipificación de las líneas de actuación de la jurisprudencia, que en el libro se lleva a cabo muy adecuadamente, y exige también una labor de uniformidad en los criterios (creencias, convicciones, etc.) de donde dimana ese Derecho judicial. Aquí surge también otra duda, que nuestro autor encuentra la base de actuación en un «arte jurisprudencial», que estaría formado por las convenciones generalmente admitidas o por las posiciones generalmente aceptadas por la clase de los juristas. Como hubo en el Derecho romano «regulae iures» y «responsa» o en el Derecho medieval brocados y consilia, hay en una determinada Ciencia del Derecho reglas máximas o directivas que se convierten en «convicciones» o «convenciones» o en lo que algunos han llamado un «pensamiento jurídico institucional».

La mayor dificultad que ello plantea, como ya he señalado antes, que es origen de choque en la clase de los juristas y pueda, por consiguiente, responder a sus propias creencias, prejuicios o intereses y estar de algún modo divorciado del conjunto de convicciones o de creencias generalizado en la sociedad. No es extraño que los legos en derecho no entiendan a veces los tortuosos razonamientos de los juristas o las conclusiones a las que llegan. La más grave conclusión de todo ello es que una cosa sería buena fe —o consecuencias de la buena fe— tal y como los juristas entienden esta idea y otra distinta lo que por buena fe entenderán las buenas gentes que utilizan únicamente el sentido común.

* * *

• La buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes:

a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.

c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

• El principio de buena fe comporta, pues, una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos. Es inadmisibles, dice Larenz, todo ejercicio de un derecho subjetivo que contravenga en cada caso concreto las consideraciones que dentro de la relación jurídica cada parte está obligada a adoptar respecto de la otra.

El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-

social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. *

El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibles y es anti-jurídico. *

La protección general contra el ejercicio de mala fe se entronca históricamente con la figura de la *exceptio doli*. La *exceptio doli* fue el instrumento jurídico a través del cual los juristas romanos hicieron posible una aplicación de la *bona fides*, dotándola de una protección mayor y más eficaz y arbitrando los medios necesarios para una solución más equitativa de los problemas jurídicos. La *exceptio doli* es una medida de defensa del demandado frente a la *actio* ejercitada dolosamente que permite paralizarla precisamente a causa de la contravención de la buena fe que ella produce.

Cuestionan los autores hasta qué punto puede afirmarse la existencia de la excepción de dolo en el Derecho actual, una vez desaparecido el formalismo estricto característico del Derecho romano y por lo tanto desaparecida con él la razón que justificara, se piensa, su nacimiento y extensión. A nuestro juicio no puede decirse que subsista, propiamente hablando, la *exceptio doli* del Derecho

romano. Sin embargo, resulta obvio que el reconocimiento de la buena fe como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos obliga a reconocer en el sujeto pasivo del derecho subjetivo ejercitado en contra de los dictados de la buena fe, unos medios de defensa *per exceptionem* que le llevan a enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho y que a estos medios se les puede llamar genéricamente *exceptio doli*. *

* * *

La doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea de que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Estos casos pueden enumerarse del siguiente modo.

1.º *Venire contra factum proprium*. Con base en algunos textos romanos y en la elaboración llevada a cabo sobre ellos por la doctrina posterior se viene repitiendo que nadie puede venir contra sus propios actos. Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.

2.º *El retraso desleal (Verwirkung)*. Según han establecido la doctrina y la jurisprudencia alemanas

un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibile. Tres son los elementos de la figura que examinamos: la omisión del ejercicio del derecho; el transcurso de un período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

3.º *El abuso de la nulidad por motivos formales.* Cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto formal es voluntariamente cumplido; puede ser contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad. Quien, a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio.

4.º *El cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales.* Como dice DE LOS MOZOS el cumplimiento debe prestarse íntegramente conforme a lo dispuesto en el Art. 1157 C. C. y por eso no puede compelerse al acreedor a recibir un cumplimiento parcial. Sin embargo la buena fe puede imponer que cuando la parte que al deudor le queda por cumplir sea exigua la rehúsa del cumplimiento como parcial sea contraria a la buena fe. De la misma manera la buena fe puede imponer una moderación a la regla de la exigibilidad inmediata de la obligación ex Art. 1113 o permitir una ligera o insignificante transgresión del plazo.

5.º *Dolo facit qui petit quod statim redditurus esset.* Contraviene los dictados de la buena fe el que reclama el cumplimiento de una prestación cuando debe restituirla o devolverla inmediatamente.

LUIS DíEZ-PICAZO

I. Introducción

1. *El tema*

La aplicación que del parágrafo 242 del Cc. (BGB) hacen los tribunales alemanes hay que considerarla como algo ya consolidado en el derecho actual: se trata de un Derecho judicial libre, que escapa a toda precisión y a todo tipo de reflexión y de análisis. El objeto de la ciencia es no obstante la comprensión de los fenómenos que se producen dentro de un determinado campo, comprensión que sólo puede ser reflexiva, metódica y sistemática. En esta tarea, la praxis debe respetar a la dogmática jurídica. Y la dogmática jurídica aunque no pueda suministrarle a la praxis directrices o indicaciones absolutamente seguras tiene que definir por lo menos aquellas premisas y conceptos dentro de cuyo marco sea posible una praxis metódica. Y así, nos vemos obligados a escuchar frases como esta: «El parágrafo 242 conduce si acaso a las *intervenciones* que sean necesarias para alcanzar unos resultados com-

patibles con la buena fe»¹. O como esta otra: «En virtud del parágrafo 242, los tribunales están facultados, en los casos de desaparición sobrevenida de la base del negocio, para *intervenir*, ampliamente y de manera constitutiva, en la esencia del contrato.»²

Frente a este tipo de frases y de pensamientos, nosotros nos tenemos que esforzar por llevar a cabo alguna precisión desde el punto de vista teórico-jurídico.

2. La delimitación del tema

Es imprescindible una cierta delimitación de nuestros objetivos. Las reuniones de profesores de Derecho civil han de servir de tareas de la ciencia civilística que sean apremiantes.

Por otra parte, en la médula del parágrafo 242, la situación es tan fluida y complicada que no parece conveniente tomar como punto de partida cuestiones exteriores o fronterizas al mismo. Hoy es indiscutible que deben permanecer fuera de nuestro tema el llamado *Derecho de conversión* en los casos de modificación del sistema monetario y, según la opinión hoy más general, el Derecho de revisión

¹ OGHZ 1, 67 sigs.; de forma parecida 1, 76.

² Así BGH, JZ, 52, 145 (primera «Sentencia Volkswagen»). Contra esta exageración (también insatisfactoriamente expresada desde el punto de vista lingüístico) acertadamente (ENNECERUS)-LEHMANN, *Schuldrecht* (14); pág. 22, *Misverständliche Begründung*. Precisamente esta sentencia hace frente a la desmedida aplicación de la idea de la base del negocio. En atención a la jurisprudencia sobre la base del negocio, previniendo también LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (1951), 163.

de los contratos ocasionado por la guerra³. Tampoco es posible acometer el estudio sistemático del parágrafo 242 desde la perspectiva de las especiales calamidades determinadas por los cambios económicos y sociales. En particular, debemos prescindir de los problemas de la base del negocio, que fueron traídos aquí en virtud de una especie de *decepción colectiva*^{4, 4a}. La solución del problema de la base del negocio, como han demostrado Larenz⁵ y Schmidt-Rimpler⁶, hay que obtenerla *praeter legem*, partiendo del arte forense tradicional y las nuevas exigencias objetivas. Por las mismas razones, hay que separar del estricto campo del parágrafo 242

³ Sobre ello, KEGEL, Gutachten für den 40. Dt. Juristentag (1953): *Empfiehl es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln?* (SOERGEN)-SIEBERT, BGB par. 242, págs. 662 v. sigs., con bibliografía, sobre ello particularmente LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, cit. 154 sigs. KEGEL, *Aktuelle Grenzfragen der Geschäftsgrundlage*, en ARZ, 7 (1949). La concepción mantenida en el texto en el sentido de la jurisprudencia hoy constante, de que la invocación del 242 —fuera del caso de ayuda a la conversión contractual— sólo se permite cuando la exigencia del deudor excede del cuadro del procedimiento de ayuda contractual: BGHZ, 2, 150 (153 sigs.); 5, 352 (354); 5, 302 sigs.; 8, 347.

⁴ Una parte de la doctrina (sobre todo las teorías subjetivas) fundamenta en el parágrafo 242 el instituto de la base del negocio con el justificado deseo de vincularla a los criterios de exigibilidad de la obligación de prestación, pero también con el peligro de distanciar completamente el parágrafo 242 de su contexto original, ya que el legislador del 242 había rechazado la consideración del presupuesto previo como de la más tarde llamada «base del negocio». La Corte Suprema Federal en constante jurisprudencia deriva del parágrafo 242 la base de negocio: BGHZ 1, 176; 2, 183 y sigs.; 7, 347 (364-65); 10, 45.

^{4a} Cfr. más abajo nota 79.

⁵ *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (1951).

⁶ *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, en Festschrift H. C. NIPPERDEY (1955).

la teoría ético-jurídica o político-jurídica del abuso del derecho o del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos, cuyo planteamiento e impacto afecta a los límites mismos de todo el Derecho privado⁷.

3. *El párrafo 242 y el Derecho equitativo*

Considerar la cláusula general de la que nos ocupamos como un simple «derecho equitativo» significaría, en última instancia, renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica.

Si se cayera en la equivocación de entender que, en este punto, lo que se manifiesta, en lugar de la justicia, es otro tipo de valor, que tendría que ser un valor metajurídico, como la *caritas*, el bienestar social, el bien común o la utilidad social, se estaría incidiendo en una arbitraria justicia del cadí.

Y si se entendiera, de acuerdo con el sentido de la tradición aristotélica que el derecho estricto y la equidad son dos elementos antinómicos del Derecho, habría un punto de partida correcto e intrajurídico, pero el problema tendría que ser abordado de otra forma.

Y aunque esta forma de operar ofreciera la ventaja de vincularnos a un rico tesoro de tradiciones ético-jurídicas, que de este modo se podrían resucitar, nosotros preferimos prescindir de ahora en adelante del tema de la equidad.

⁷ Cfr. más adelante, págs. 71 y sigs.

II. Crítica del planteamiento tradicional del problema

1. *La polémica sobre las cláusulas generales*

La problemática sobre las cláusulas generales, y por consiguiente, también de la nuestra —es algo que se encuentra desde hace mucho tiempo en todas las bocas.— No es raro toparnos con exageradas alabanzas de los impulsos que del párrafo 242 pueden partir en pro de una depuración de la ética contractual o para conseguir dominar las crisis económicas de los últimos decenios. De hecho, la jurisprudencia recaída en torno al párrafo 242 ha trastornado el Derecho de obligaciones y lo ha mantenido en beneficiosa movilidad. En estos elogios, las cláusulas generales se entienden como «párrafos regios». Se hacen orgullosas referencias al pretor romano o al juez inglés. Y resuenan deseos o apetencias de una jurisprudencia de intereses o de un derecho libre. Se olvida de este modo que incluso después de una eventual superación del positivismo, la jurisprudencia ha de continuar siendo servidora de la ley y del derecho (Art. 20, II G. G.). Y que,

además, aun en el supuesto de que posea una libertad mayor, se encuentra *vinculada* a unos datos que son lógico-materiales y éticos. Y si todavía continuase siendo posible la ilusión, sería provechoso echar una mirada hacia la realidad del jurista, que cada vez más parece convertirse en la cabeza de turco de un legislador indeciso o precipitado.

En forma algo más moderada se ha querido encontrar en las cláusulas generales una *válvula* para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavía más audaz que preconiza una permanente «adaptación» de la estructura normativa a las exigencias sociales, encuentran su límite en que precisamente la norma misma —esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones—, ha de ser incambiable. Cambiantes, en cuanto dialécticamente entrelazados temporal y espacialmente, son sólo los resultados sociales y las exigencias de la justicia en el caso concreto.]

Las cláusulas generales no han cosechado únicamente alabanzas. Ha habido también acerbos censuras. Sobre todo a partir del momento en que Hedemann⁸ comenzó a hablar sugestivamente de una huida (del legislador) hacia las cláusulas generales. En Francia se le unió el importante libro de Ripert sobre el elemento ético en los contratos obligatorios⁹. Se teme que se produzca una debilitación del Derecho a través de una laxa y hasta demagógica equidad y se ve en las cláusulas generales una puerta abierta a la arbitrariedad, y, en

⁸ *Die Flucht in die Generalklauseln* (1933).

⁹ *La règle morale dans les obligations civiles* (4.^a ed., 1949).

particular, al juego de los intereses políticos y de la presión política. Más adelante nos ocuparemos de las premisas de esta crítica, en la que hay un convencimiento de la nocividad del vaciamiento de la estructura normativa. En todo caso, es verdad que dentro de la especial situación que creó el totalitarismo, los pronósticos se cumplieron a causa de la peculiar inclinación del legislador a otorgar carta blanca a través de unas cláusulas generales lo más indeterminadas y emocionales posibles («honrado», «rigor especial», «según los sanos sentimientos del pueblo»). Y todavía hoy en día el peligro no ha desaparecido totalmente¹⁰. [Por un lado, tanto hoy como ayer, el legislador, que quiere evitar los conflictos que se plantean en el procedimiento legislativo, tiende a trasladarlos sobre los hombros de los sufridos *archiveros* de la Administración y de la legislación¹¹. Y por otro lado, hay una jurisprudencia que, en *problemática* contraposición con el Tribunal del *Reich*, parece a veces adscribirse a un concepto de Derecho natural demasiado simplificado, lo cual tampoco contribuye a eliminar los temores¹².

¹⁰ Así sobre todo BOEHMER en sus temperamentales y atinadas advertencias: *Grdl.d.bürg. Rechtsordn.* II, 2 (1952), 77 (contra la elusión de las formas mediante una vaga equidad), 78 (contra una precipitada «autotutela» judicial frente al *ius strictum* legal), 79 (contra la anarquía jurídica) y 99 (contra las vagas cláusulas de equidad de la nueva jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de la invocación de vicios de forma: RG, 157, 207; 169, 73 y 170, 203). Recomendando prudencia también LEHMANN, *Schuldrecht* (14) (1954), 21-22; JZ 52, 10-11; SIEBERT, cit. 573.

¹¹ Sobre ello, con acierto, EBERHARD SCHMIDT, *Gesetz und Recht, Wert und Unwert des Positivismus* (1952); BOCKELMANN, *Festschrift d. gött. Fakultät für R. Smend* (1952), 23 y sigs.; ESSER, JZ 53, 523.

¹² Advirtiendo sobre ello EBERHARD SCHMIDT, cit. 8; para el Derecho civil, en particular ESSER, JZ 53, 522.

2. La inutilidad de la interpretación positivista

Sea como fuere, lo cierto es que el parágrafo 242 —tan alabado y tan criticado— ha sido en todo caso valorado a partir de unos presupuestos positivistas. Ello no constituye ningún reproche. Al revés, es algo que viene impuesto por la colocación del parágrafo dentro de nuestro Código. Sin embargo, este tipo de consideraciones no proporciona ningún auténtico criterio sobre el valor de las cláusulas generales y no permite siquiera conocer con claridad su función.

La grandeza y la miseria del parágrafo 242 resultan de las inevitables antinomias del concepto mismo de Derecho. Oportunidad y racionalidad, o mejor, justicia del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad ¹³. En este conflicto, la apelación a las cláusulas generales entraña una aspiración a la justicia del caso concreto y una inclinación a limitar la igualdad ante el Derecho. Esta contraposición no se puede solucionar si se persiste en la línea de análisis de la que suelen partir los partidarios y adversarios de las cláusulas generales.

Unos y otros coinciden en que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la «buena fe» o a los

¹³ Una visión general de este conflicto desde el punto de vista dogmático en BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerl. Rechtsordnung*, II, 2 (1952), págs. 73 y sigs.

«usos del tráfico», el juez ejecuta o cumple simplemente mediante un juicio lógico o subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula *general*) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos («buena fe») o criterios sociales («usos del tráfico») no positivizados, sino metajurídicos.

Es evidente que a esta vía de análisis le sirve de base la conocida concepción positivista del Derecho, según la cual no existen lagunas en el ordenamiento jurídico escrito y la aplicación del derecho se limita a ser un acto cognoscitivo de subsunción del supuesto de hecho en el juicio hipotético que se encuentra contenido en la norma ¹⁴. La cláusula general aparece también aquí como un juicio anticipado (hipotético), esto es, como un rígido proyecto previo del legislador ¹⁵.

Este análisis no se ve sustancialmente modificado por el hecho de que, después de la transición a un positivismo «naturalístico» ¹⁶, se entienda el parágrafo 242 como una norma en blanco, que ya no reenvía a *normas* sociales de conducta, sino simplemente —como Isay (en su obra fundamental *Norma jurídica y decisión*) y otros partidarios del Derecho libre pretenden— a *hechos* metajurídicos, es decir, a objetivos sociales o a intereses individuales. Pues frente a ello sigue siendo válida la

¹⁴ Sobre ello WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), 254-55.

¹⁵ F. V. HIPPEL, *Richtlinie und Kasuistik* (1940).

¹⁶ Sobre el sentido de esta terminología WIEACKER, cit. 332 y sigs.

observación de Engisch¹⁷ de que precisamente el Derecho no es (sólo) immanente a la realidad y que por consiguiente el dualismo entre norma y supuesto de hecho social no es, en último término, suprimible¹⁸. Más escuetamente: el positivismo naturalístico es también positivismo *jurídico* y no escapa a las antinomias insolubles que plantean las cláusulas generales.

3. Los límites de una ética material normativa

En la crítica de este modo de plantear el problema hemos de aplicar a nuestro objeto las aportaciones más sólidas de la filosofía y de la teoría del derecho. Estas aportaciones se refieren, por un lado, a los *límites* de la ética material normativa 3a), y, por otro, a la tradicional concepción positivista de la aplicación de las normas 3b).

a) Al positivismo como tal no se le plantea el problema de la posibilidad de una ética material

¹⁷ *Die Idee des Konkreten in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), 85 y sigs.

¹⁸ Contra esta elemental constatación incide de forma inmediata la «ponderación según las circunstancias concretas» que se recomienda en OGHZ 1, 67 y sigs; en esta dirección desgraciadamente también la Corte Suprema Federal, por ejemplo, BGHZ 12, 286 y sigs. No menos crítico PALANDT (15) (1956), parágrafo 242, nota 1: «Donde deban establecerse los límites de la admisibilidad del ejercicio de un derecho concreto o pretensión es algo que no se puede determinar de forma general sino según la *situación del caso concreto* (sustrayado en el original). Frente a esto afirma con razón BOEHMER, cit. 76-77 que es «totalmente indiferente» si en el caso concreto el motivo jurídico-político afecta realmente a una disposición formal ordenadora; el principio *cessante razione legis no cessat lex ipsa* vale también aquí (pág. 74).

normativa. Puesto que el fundamento de la validez del Derecho, lo encuentra en el mandato legal, es completamente libre para dar a los imperativos la configuración más indeterminada posible. Una frase tan general como «todas las personas consideradas por el Jefe del Estado como enemigos deben ser ahorcadas» es, obviamente, simple y puro terror, pero no se le puede reprochar ambigüedad desde el punto de vista jurídico-teórico. Otra cosa es, sin embargo, que una norma jurídico-positiva remita a normas de conducta *ético-sociales*, como orgullosamente hacen la mayoría de las cláusulas generales (v. gr. los parágrafos 138, 826, 157, 626 del BGB)* y entre ellas el parágrafo 242. De esta forma, se recibe precisamente y de manera inconsecuente la ética axiomática del carácter general y de validez universal, colocada más allá del *hic et nunc* del caso concreto, que el positivismo reprochaba —y por cierto con toda razón— desde la crítica kantiana de la razón práctica al Derecho Natural. La indeterminación de estas normas ético-

* Según el parágrafo 138 es nulo el negocio jurídico que atenta contra las buenas costumbres y en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.

El parágrafo 826 dice que quien dolosamente cause a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres está obligado a indemnizarle.

El parágrafo 157 dice que los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico.

El parágrafo 626 que la relación de servicios puede ser denunciada por cada parte sin observancia de un plazo de denuncia si se da para ello un motivo decisivo. (*N. del E.*)

sociales, y su generalidad, no significa, siempre bajo los presupuestos anteriores, algo así como una renuncia a la «validez» absoluta, general e intemporal de las cláusulas generales para cada caso concreto.

No es necesario ningún *excursus* de filosofía jurídica para mostrar la inadmisibilidad de estas premisas. Basta con hacer alusión a la definitiva destrucción del sueño de un Derecho racionalista llevada a cabo por Kant ¹⁹, al descubrimiento por Hegel ²⁰ de la historicidad de la ley moral o a la crítica que el protestantismo reformador hizo al Derecho natural ²¹. Últimamente Welzel ²² ha examinado de nuevo estas críticas y, con referencia especial a la teoría del Derecho, ha mostrado cómo para una actividad histórica, personal y especialmente condicionada no se puede dar un precepto

¹⁹ Cfr., últimamente, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1955), 165 y sigs.; *ibidem*, 167-68 sobre el intento de KANT —incompatible con esto— de llegar a una ética material a través del imperativo categórico.

²⁰ Sobre todo en: *Die wissenschaftliche Behandlung des Naturrechts* (Ed. LASSON), 342 y sigs., en particular 388; también WELZEL, cit. 171-72.

²¹ De la enorme bibliografía se podrían destacar: K. BARTH, *Rechtfertigung und Recht* (1938); DELEKAT, *Kirche und Recht*, Theol Litz, 1949, 559 y sigs.; Doubois, *Naturrecht und christl. Existenz* (1952); ELLUL, *Die Theologische Begründung des Rechts* (Trad. alemana de O. WEKER, 1948); JOH. HECKEL, *Lex Charitatis* (fundamentalmente sobre el pensamiento jurídico de LUTERO); SCHEUNER, en *Kirche und Recht* (Göttingen, 1950), 38 y sigs.; ERIK WOLF, *Rechtsgedanke und bibl. Weisung* (1948); *Das Problem der Naturrechtslehre* (Karlsruhe, 1955), 40-41; ERNST WOLFF, *Naturrecht und Gerechtigkeit*, en *Evangel. Theologie* 1947/48, 235 y sigs.; *Rechtfertigung und Recht*, en *Kirche und Recht* (Göttingen, 1950), 6 y sigs.; «Trinitarische» oder «christologische» Begründung des Rechts, en *Recht und Institution* (Witten/Ruhr, 1956), 19-33.

²² *Naturrecht*, cit. 181-185; *Festschrift der Gött. Fakultät für Niedermeyer* (1953), 279 y sigs.

general material que pueda prescindir de la historia, de la persona o de la situación. Con otras palabras: la ética social puede perfectamente establecer máximas *hic et nunc*, esto es, líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos. «Buena fe» o «buenas costumbres» no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico ²³.

El desarrollo posterior de la Ética no ha invalidado estas críticas. Aun cuando se considere posible formalmente un «Derecho natural de contenido variable», ello no nos lleva al reconocimiento de unas normas materiales de valor absoluto ²⁴. La constatación de Welzel de que la totalidad del campo jurídico se halla en cierto modo penetrada por estructuras lógico-materiales hacia las cuales se pueden orientar las decisiones, el reciente intento de Maihofer ²⁵ de revalorizar en un permanente personalismo el *uno* que el existencialismo había inicialmente minusvalorado y, por último, la referencia de Esser ²⁶ —que a continuación será analizada más detenidamente— a las fuentes forenses

²³ Cfr. inmediatamente págs. 37 y sigs.

²⁴ WELZEL, *Naturrecht*, 178 y sigs.; cfr. WIEACKER, cit. 350 y sigs.

²⁵ *Recht und sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (1954).

²⁶ Sobre todo JZ 53, 129 y sigs.; JZ 53, 521 y sigs.; cfr. también *Elementi del diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, Nuova Rivista del Dir. Commerciale, V (1952), 1 y sigs.

de un arte de la justicia concreta, coinciden en no admitir la posibilidad de que el legislador formule juicios ético-sociales de validez general.

La concepción tradicional según la cual el parágrafo 242 simplemente constituye una recepción en el Derecho positivo de las normas de conducta social bien estructuradas, podría únicamente implantarse de nuevo mediante una repristinación del Derecho natural precrítico. Ello constituiría un abandono del trabajo filosófico sobre el problema ético, si se llevase a cabo bajo la forma venerable y metódicamente severa del pensamiento tomista del Orden, mediante la formulación de normas jurídicas culturales²⁷ como Derecho natural protestante (rechazado por la crítica de la reforma), o incluso mediante el Derecho natural benévolo y ecléctico de nuevos reyes-jueces. No seguiremos estos caminos.

Aun en el caso de que existiesen normas sociales generales, bajo las cuales pudiese el juez subsumir su conflicto al igual que bajo un precepto jurídico positivo, nuestros conocimientos actuales sobre la esencia de la aplicación judicial del Derecho no admitirían semejante concepto de aplicación de la norma al caso concreto. El esquema mental

²⁷ La última exposición de esta estructura normativo-cultural como «intento de una nueva fundamentación del Derecho natural», en COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts* (1974). Las decisivas reservas en contra en WELZEL, *Naturrecht*, 181, nota 23.

que se advierte en las palabras «aplicación del parágrafo 242» contendría una concepción demasiado ingenua y simplista de las relaciones existentes entre norma jurídica y sentencia considerando la norma del 242 como un «juicio general» y la sentencia basada en el 242 como un simple acto cognoscitivo de subsunción. También aquí nos referimos a algo demostrado hace ya tiempo.

Que la aplicación del Derecho no se limita a la realización de una figura lógica acabada, esto es, de un juicio analítico, sino que es siempre interpretación, ha sido puesto de manifiesto por Esser²⁸ en el campo del Derecho civil y es algo que hoy día no se discute ya. Rara vez la configuración necesariamente general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes simples juicios analíticos. La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquella se orienta. •

En la medida en que la aplicación que de la norma se hace en la decisión judicial —considerada como realización de aquella elección— contiene elementos volitivos al lado del acto de juicio lógico, cada decisión constituye un elemento de una nueva creación de Derecho, es decir, en cierto modo —y también en nuestro Continente— *law in making*. Y ello es tanto más así cuanto más indeterminada sea la

²⁸ JZ 53, 521 y sigs. Su postura ha sido aceptada últimamente por REINER SCHMIDT en su ponencia —hasta ahora inédita— a la sesión de la Sociedad Jurídica de Hamburgo, marzo 1955; sobre ella la crónica de REICHERT-FARILIDES, en JZ 55, 396-97.

prescripción del legislador. Y de manera especialísima, en el caso de las cláusulas generales. Por esta razón, la aplicación de una cláusula general —esto es, toda sentencia basada en el parágrafo 242—, contribuye a la creación del Derecho futuro, de la misma manera que cada golpe de aguja a la formación del tejido: traza una línea cuya dirección no puede establecerse previamente.

Sin embargo, la relación entre la cláusula general y el caso concreto, no es tan sencilla como la subordinación lógica de lo particular a lo general. Los valores a los que remiten las ideas de «buena fe» o de «usos del tráfico»²⁹ sólo quedan en realidad integrados en la sentencia. La *fides uberrima* del parágrafo 242 —como toda cláusula general en sentido propio— es una referencia a experiencias, reglas o máximas que hay que actualizar *in foro*.

²⁹ En los usos del tráfico, en efecto, se encuentra también otro elemento, a saber, la vinculación del ámbito de interpretación judicial a los datos de psicología social que legítimamente determinan las expectativas de los sujetos jurídicos y que poseen tanto más peso cuanto más contenido de justicia concreta posean o inversamente cuanto más afecten la *áδιδροπα* de la justicia (como la instalación de la estufa por el arrendatario, el conducir por la derecha o por la izquierda). Como observó G. BESELER, superando el elemento romántico de la teoría del espíritu del pueblo, aquellos pertenecen además a las ideas colectivas creadoras o integradoras del Derecho con las cuales la sociedad participa en la formación del Derecho no escrito (y que en el positivismo jurídico, en base al monopolio estatal de creación del Derecho, se ven desvalorizados a simples fuentes de conocimiento del mismo o desviados a los canales de un Derecho consuetudinario excepcional). A ellos pertenecen, también, las respectivas *lex contractus*, en particular, las condiciones negociales, sobre todo también los convenios colectivos, hace tiempo reconocidos como creación de Derecho por grupos. Bajo todos estos puntos de vista el problema de los «usos del tráfico» en el parágrafo 242 es muy distinto del de la «buena fe».

Por este motivo, tampoco es llano que su aplicación haya de hacerse mediante la recepción *in complexu* de representaciones valorativas de carácter ético-social general, sino más bien mediante la actualización individual y voluntaria del Derecho en la sentencia.

Como por primera vez subrayó F. V. Hippel³⁰, en las cláusulas generales nos hallamos ante directrices que como tales *per definitionem* remiten a *su vez* a una significación a encontrar, esto es, directrices referidas al caso y por tanto orientadoras, y no puntos fijos concretos (como intereses públicos o privados individualizados); de lo contrario el juez se comportaría como aquel perro del que hablaba Rilke (en el serio tema de la exigencia religiosa) que mordía el dedo que le indicaba la meta antes de buscar esta última. La llamada cláusula general es una *máxima* de actuación justa que invita a orientarse en líneas de tendencia. Por ello, de forma hipercrítica, aunque no incorrecta, podría decirse: no es, en efecto, ninguna cláusula *general*, esto es, ninguna prescripción «general».

4. Los límites de la simple subsunción lógica

Estos son los motivos por los cuales la aplicación del parágrafo 242, concebida como una exigencia de subsunción del caso discutido en una norma,

³⁰ *Richtlinie und Kasuistik* (1940).

supone en el juez una acción parecida a la del barón de Münchhausen, que se sacó del pantano tirando de su propia cabellera. Presupone como dada, una norma, que, en realidad, debe ser primero elaborada (como hipótesis) para la situación conflictiva concreta. Y esto vale incluso allí donde parecen existir los *prejuicios* correspondientes o *rationes decidendi*. Pues precisamente éstas no tienen una validez general, sino que están de tal forma limitadas a su específico caso jurídico que en rigor no admiten la subsunción en otros casos. Sobre ello no deben ni por un momento inducir a engaño las demasiado cómodas directrices de las publicaciones oficiales de sentencias.

III. Criterios para la actualización de la directriz contenida en el párrafo 242

1. Orientación del juez hacia "un arte jurisprudencial"

¿Ha supuesto esta crítica una labor puramente destructiva que deja completamente desorientados al juez y a los justiciables? Ello sería cierto si el espacio libre de la cláusula general pudiera rellenarse mediante una remisión a valores individuales o empíricos, como «interés», «utilidad», «bien común» o «sentimiento del Derecho». En lugar de ello ha de recurrirse a una rica, segura y vinculante reserva de factores de orientación. También aquí podemos servirnos de los resultados obtenidos hace algún tiempo por la teoría del Derecho.

◁ Dadas las manifiestas dificultades que suscitan, tanto la idea del Derecho Natural como el positivismo, una reciente reflexión surgida en el campo de la teoría del Derecho civil³¹ ha partido de la

³¹ Introducida por F. V. HIPPEL, *Zur Gesetzmässigkeit der juristischen Systembildung* (1930) y sigs.; hoy sobre todo ESSER (cfr. los trabajos citados anteriormente la nota 26); cfr., también, SCHMIDT (en nota 28); parecido a ello la exigencia

consideración de la jurisprudencia como un arte de la profesión judicial y por consiguiente de que las máximas utilizadas en la aplicación del Derecho (y en la interpretación) son objeto de una teoría ético-jurídica de este arte. Los principios de esta teoría del arte son consiguientemente los de una conducta práctica, los del arte de la sentencia. Se forman preferentemente en el foro, en la jurisprudencia, con la colaboración en su caso de la doctrina. En este sentido H. Lehmann³² subrayaba ya que los tribunales únicamente están autorizados a llevar a cabo una libre configuración jurídica basada en el párrafo 242 en el marco de una nueva jurisprudencia aceptada (y reconocida) «en determinados supuestos de hechos típicos». La forma de presentación de estas reglas de arte las ve Esser³³ en los *Thesaurus* de experiencias y de máximas forenses, que —frente a la estricta regulación legal— podrían ser considerados como un *ius commune*. Comprenden, de manera general, la lógica jurídica, la *naturalis ratio*, la naturaleza de las cosas³⁴ y la *aequitas*. Y de manera particular: la totalidad de las decisiones judiciales importantes, las *rationes decidendi*, las máximas y las reglas o directrices, que en una determinada Ciencia del Derecho se han convertido en convenciones de vali-

de WILBURG del «desarrollo de un sistema móvil en el Derecho civil» (1950). Con respecto de esta exigencia VIEWEG ha hablado de forma fructífera —aunque no sin malentendidos— de una «estructura tópica» de la jurisprudencia. *Topik und Jurisprudenz* (1953), en particular 64 y sigs. (sobre la dogmática actual del Derecho civil).

³² *Schuldrecht* (1954), 21-22.

³³ Cfr. JZ 53, 521 y sigs.

³⁴ Sobre esto, entre otros, GUTZWILLER, *Zur Lehre von Natur der Sache*; RADBRUCH, *Festschrift für Laun* (1948), 57 y sigs.; últimamente ESSER, JZ 53, 522; cfr., también, WIEACKER, cit. 251-52, 357.

dez general. Desde la perspectiva de la Historia del Derecho y del Derecho comparado deben recordarse los rescriptos y *responsa* romanos, los *consilia* y los *loci communes* de la jurisprudencia del derecho común, los precedentes y máximas de la *equity* anglosajona, y por último evidentemente las importantes sentencias de los más altos tribunales alemanes.

Este material debe ganar —«en virtud de un arte estamental vinculante»— un significado de ordenación que en base a una convención profesional de los juristas especializados convenga públicamente. Reimer Schmidt, que recientemente se ha adherido a la posición de Esser³⁵, espera una penetración más intensa y una ordenación sistemática de esta masa de precedentes a través de un puro «pensamiento jurídico institucional», que «de forma considerable condense la red de puntos geométricos de los que ha de partir el juez». Tanto una como otra posición han de aceptarse en la medida en que hayan superado la idea de una ética material normativa y sobre todo la de una simple *aplicación* del Derecho y vuelvan a considerar el arte de la aplicación del Derecho como algo profesional, como algo específicamente jurídico.

2. Y hacia la ética práctica

Esta forma de análisis tiene la ventaja, frente al fortalecimiento del juez a través del Derecho Natural

³⁵ Cfr. JZ 55, 396-97.

y del Positivismo, de fundamentar de nuevo sobre bases teóricas su autoconciencia y su conciencia del deber, que son la condición previa de la eficacia social de la jurisprudencia. Una objeción contra esta nueva posición sería el peligro de convertir en autarquía la reconquistada autonomía del arte jurídico profesional, peligro del que no escaparon totalmente ni la antigua jurisprudencia romana ni la jurisprudencia inglesa. Evita este peligro la conexión de la experiencia judicial con la *evidencia* general de los datos sociales, que el siglo XIX encontraba en la «naturaleza de las cosas» y hoy día la gran pasión lógica de Welzel coloca en las estructuras lógico-objetivas, que suministran una amplia y orientadora red de puntos geométricos ³⁶.

Pero es que incluso se puede incluir perfectamente la totalidad del tesoro de sólidas tradiciones ético-sociales de nuestra cultura. El arte judicial es ética jurídica aplicada. Es ética jurídica y también teoría de la justicia ³⁷. En la medida en que concebimos la aplicación judicial del Derecho como un arte que se manifiesta en principios prácticos, nos serán útiles —con independencia de la crítica de la ética material *normativa*— todos los principios sustentadores de la ética práctica. Y ello mediante la inclusión de aquellas de sus formas históricas no envejecidas (como lo serían las éticas estamentales del juez que subsistieron hasta el siglo XIX en los espejos de regentes y consejeros.

Con otras palabras: en la aplicación del pará-

³⁶ Así sobre todo *Naturrecht und mat. Gerechtigkeit*, 197-98; desarrollado en primer lugar en el concepto de actividad penal; cfr. por todos: *Um die finale Handlungslehre* (1949).

³⁷ Sobre este equiparamiento de forma atinada WELZEL, *Naturrecht*, 7.

grafo 242, las máximas del arte de la decisión judicial deben poder reconducirse a las cognoscibles y determinables indicaciones del legislador o a los principios elementales, prácticamente indiscutidos, del obrar justo.

Un esfuerzo en este sentido se intentará a continuación. Si vale lo dicho —quizá demasiado largamente— sobre la crítica fundamental y la fundamentación teórico-jurídica, con el intento de una ordenación y sistematización de la masa jurisprudencial entramos dentro de la totalidad de la experiencia diaria de los tribunales.

IV. La triple función del párrafo 242

Con la clasificación y ordenación interna de la jurisprudencia formada desde hace medio siglo en torno al párrafo 242 continuamos el trabajo de elaboración, ampliamente desarrollado en los últimos manuales y comentarios ³⁸, con el intento sobre todo de poner de relieve las máximas que presiden su contenido ³⁹. Para ello se necesita una *enérgica* clasificación. Pues pudiera ocurrir que tras la apli-

³⁸ Por todos LEHMANN, *Schuldrecht* (1954), 17 y sigs.; LARENZ, *Schuldrecht*, I (1953), 78-89; ESSER, *Schuldrecht* (1947), 44-45; BLOMEYER, *Schuldrecht* (1953), 21-26; en especial, sin embargo, el comentario fundamental de SIEBERT en SOERGEL, *Schuldrecht*, págs. 569-670.

³⁹ El entendimiento literal del párrafo 242 sirve de bien poco; en particular, la «buena fe» —el antiguo neologismo de *bona fides*— es más bien declaración del legislador que criterio seguro. Continuamente tanto la «buena fe» como los «usos del tráfico» reenvían a elementos a realizar por el juez; los «usos de tráfico» a un ejercicio y experiencia permanentes que determinan social e históricamente las concretas exigencias y valoraciones de un determinado círculo jurídico (cfr. más arriba nota 29); la «buena fe» a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad. Más no se podría alcanzar a partir de aquí.

cación del 242 se ocultaran hoy en día tareas judiciales totalmente distintas, de tal manera que los problemas prácticos fundamentales —por ejemplo la relación entre el 242 y el Derecho imperativo— no puedan ya solucionarse de manera uniforme. A semejante clasificación no se le puede objetar que no se adapte perfectamente a cada conflicto concreto: la legítima tarea de ordenación y descripción de la ciencia del Derecho incluye el análisis de los elementos conceptuales y funcionales de sus fenómenos.

El problema fundamental de una cláusula general como la del párrafo 242 concierne a la relación del juez con el Derecho escrito. Por consiguiente, la clasificación del material debe fundarse en la correspondiente relación entre la aplicación del Derecho basada en el párrafo 242 y el resto de la regulación legal. Se comprende fácilmente que se adopte el esquema con el que en otro tiempo los juristas romanos intentaron dar cuenta de la relación del derecho pretorio con el *ius civile*. Como Boehmer⁴⁰ ha destacado, el párrafo 242 BGB actúa también *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*.

Naturalmente, ésta no es ninguna tradición inmediatamente aplicable; ya no es posible restablecer la especial relación entre el ordenamiento jurídico legal nacional del *ius civile* y la promesa pretoria de protección jurídica. Tras la desaparición del sistema de acciones (ya en el antiguo Derecho común) no es necesario que el juez revista soberanamente un *dare oportere* civil con una acción, ni, a la inversa, admisible que dé una *actio honoraria* a un *debere* no

⁴⁰ *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II, 2 (1952), 20 y sigs., en particular 73-74.

reconocido civilmente. Con todo, la tensión entre la estructura normativa legal y la aplicación judicial del Derecho se da también en nuestro caso y hace necesaria una clasificación semejante:

a) El juez actúa en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito y en virtud de su *officium iudicis* se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal (*vid. infra*, núm. 1).

b) El juez actúa con mayor libertad y *praeter legem*, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa. Desde el punto de vista histórico-dogmático, éste era el campo ocupado por el concepto de la *exceptio doli*, con inclusión del *dolus generalis sive praesens* (*vid. infra*, núm. 2).

c) Finalmente, la aplicación del 242 se realiza *contra legem*, mediante la ruptura que de la jurisprudencia acomete hacia un nuevo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguardia del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes (*vid. infra*, núm. 3).J

Analizaremos a continuación estos tres apartados bajo los lemas simplificados de *officium iudicis*, *exceptio doli* y *creación judicial innovadora*⁴¹.

⁴¹ En este tema (frecuentemente con fundamentación y formulación distintas) la sensibilidad para esta triple relación se encuentra tanto en ESSER, *Schuldrecht* (1949), en particular 44-45 (a: el cómo y el sí de la prestación; b: sucesión de la *exceptio doli*; c: movimientos de adaptación) como en LEHMANN, *Schuldrecht*, 19 y sigs., y, sobre todo, en el Comentario de SIEBERT, que nos proporcionó un valiosísimo estímulo para este intento.

1. El párrafo 242 como concreción de un plan legal de ordenación (*officium iudicis*)

En el primer campo de aplicación —que desde el punto de vista de su contenido se corresponde prácticamente con la rúbrica B («fundamentación de derechos») del gran comentario de Siebert al párrafo 242, contenido en la obra de Soergel⁴², el párrafo 242 es simplemente la vía para una adecuada realización por el juez del plan de valoración del legislador. La apariencia de una gran libertad judicial tiene su origen esencialmente en los límites que en el Derecho de obligaciones el legislador ha puesto a la concreción. Justamente por ello utilizamos la fórmula *officium iudicis*, que, desde el punto de vista histórico, corresponde de manera exacta a este supuesto. Dogmática e históricamente, desde el punto de vista de la tradición del Derecho común, el párrafo 242 no es otra cosa que la conversión de todas las pretensiones jurídico-obligacionales —esto es, también de las estrictamente jurídicas del Derecho romano y en parte del Derecho común—, en *bonae fidei iudicia*, cuya peculiaridad residía no en el imperium del pretor, sino en el debido margen de apreciación que para el *iudex* resultaba de la indeterminación de la orden de condena *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Del *officium iudicis* proceden también la mayoría de las normas jurídicas dispositivas del Derecho de obligaciones pandectístico. Por lo demás, este contexto da su exacto sentido histórico

⁴² Cit. 584-589; extensamente también en LEHMANN, cit. 19-21.

a la popular afirmación de que el párrafo 242 es el primer y más alto principio de todo el Derecho de obligaciones del que, en esencia, deberían derivarse todas las demás prescripciones legales.

Se encuentra en este amplio espacio de juego, que resulta necesariamente de los límites que existen para la concreción legal del Derecho de obligaciones:

(a) El desarrollo de la ordenación contractual conforme a su sentido (todavía cercano de la interpretación judicial, según los párrafos 133 y 157 BGB)⁴³ *, el *cómo* de la prestación. El juez no encuentra apoyo en el texto contractual ni apelando a una interpretación literal del mismo (párrafo 133), ni tomando en cuenta el valor de la declaración razonablemente apreciado o los usos del tráfico (párrafo 157). Se atiene, sin embargo, al sentido correspondiente a la convención social de la ordenación contractual o relación obligacional que se le somete; sentido al que también expresamente le remiten los «usos del tráfico» del 242. Se comporta, por consiguiente, del mismo modo que el legislador cuando establece los llamados preceptos dispositivos del Derecho de obligaciones (que en realidad deriva también del *officium iudicis*). Así, el párrafo 366 **,

⁴³ Acertada delimitación entre interpretación complementaria según el párrafo 157, por una parte, y el párrafo 242, por otra, en BGHZ 9, 273 (275 y sigs.).

* Según el párrafo 133 en la interpretación de una declaración de voluntad se ha de investigar la voluntad real y no el sentido literal de la expresión. El párrafo 157 fue ya recordado más arriba (vid nota a) y ordena que los contratos se interpreten como exige la fidelidad y buena fe en atención a los usos del tráfico. (N. del E.)

** El párrafo 366 dice lo siguiente: "si el deudor está obligado para con el acreedor por varias relaciones obligatorias a prestaciones de igual naturaleza y el cumplimiento o pago no

«en la duda» establece de manera explícita exactamente lo que un juez entendido consideraría típicamente («en la duda») como sentido de una ambigua *extinción* de la deuda. De muchos otros preceptos del Derecho de obligaciones se puede decir también que el juez los hubiera encontrado con base en el parágrafo 242, aun cuando el legislador los hubiera olvidado.

A la inversa, los preceptos dispositivos contenidos en la ley están en consecuencia sometidos por su parte al *officium iudicis*: el juez, mediante apelación al 242, podrá también apartarse de ellos allí donde «en la duda» se lo permite.]

(b) Al sentido y significación del contrato pertenecen de manera especial los llamados *naturalia negotii* de la tradición del Derecho común que con frecuencia no son convenidos de forma expresa precisamente porque valen entre las partes como *naturalia*. Fundamentalmente es aquí donde las obligaciones accesorias derivadas de la naturaleza de las cosas encuentran su sitio, en particular las consecuencias necesarias de las obligaciones aceptadas de modo expreso —en el sentido de la máxima del Derecho territorial: «Cuando las leyes otorgan un derecho, conceden también el medio sin el cual aquél no podría ser ejercitado» (ALR, Intro, 89). Citemos,

basta para la extinción de todas las deudas, se extingue aquella deuda que el deudor determina al efectuar la prestación. Si no adopta ninguna determinación se extingue la deuda vencida: entre varias deudas vencidas aquella que menor seguridad ofrezca al acreedor; entre varias igualmente seguras, la más gravosa para el deudor; entre varias igualmente gravosas, la más antigua; y en caso de igual antigüedad, todas a prorrata. (N. del E.)

entre otras, la obligación del autor de no comercializar los ejemplares que ha recibido rebajados, la del editor de no malvender los libros; la obligación del prestatario de asegurar los cuadros entregados para una exposición; el deber del vendedor de introducir en la cosa vendida los cambios considerados comúnmente necesarios hasta el momento de su entrega o su derecho de intentar su mejoramiento antes del ejercicio por parte del comprador de su derecho de saneamiento por vicios ocultos; el deber del arrendador de proporcionar al arrendatario ciego un sitio para el perro lazarillo ^{44,45}. El juez sigue siempre aquí una pauta fija: la de la ley misma (por ejemplo, la idea del parágrafo 618 BGB) ⁴⁶, o, en su caso, la de los usos del tráfico, o por último el grado de

⁴⁴ Lg Göttingen NdsRpfl. 51, 49.

⁴⁵ Otros casos instructivos de este grupo en la jurisprudencia reciente: BGHZ 5, 33 (limitación de la obligación del depositario colectivo a la transmisión de cuotas de corporeidad en lugar de entrega de partes concretas); 12, 79 (liberación mediante pago al Banco Hipotecario germano-occidental tras expropiación del acreedor germano-oriental si el deudor pudiese considerar el Banco como acreedor); 12, 268 (interpretación de *efectuar*, en la venta por correspondencia); 12, 345 (pensión de jubilación en virtud de interpretación complementaria); 13, 115 (145): obligaciones derivadas de un contrato de representación teatral; 14, 274 (284): inexistencia de responsabilidad del correo germano-occidental en caso de decomiso del envío por el germano-oriental; 16, 4 y sigs. (prohibición de concurrencia para diseñador de modas: remesa del mismo modelo a otro empresario); 16, 50 (53): deducción de derechos pasivos.

⁴⁶ La conocida jurisprudencia en SIEBERT, cit. 585: aplicación al arrendamiento de obra desde RGZ 80, 27; Lpz. Z. 14, 1894; DR 33, 239; JW 38, 2308; RGZ 159, 268. Interesante OIG Braunschweig, NdsRpfl. 51, 145: permanencia exenta de peligro para el fabricante que espera en el taller por la reparación. BGHZ 5, 65, considera fundamentada la responsabilidad por accidente del contratista en base al parágrafo 242, sin embargo, para seguridad cita además la analogía legal con el 618.

vinculación contractual, más alto en los contratos de trabajo o de sociedad que en las relaciones obligacionales particulares ^{47,48}. Ha de tenerse en cuenta también aquí la consideración de la idea de riesgo, recientemente estudiada de nuevo.

(c) Estos ejemplos demuestran, que en la función *officium iudicis* del 242 se basa el desarrollo de los hoy generalmente denominados *deberes de protección*. Por ejemplo: deberes de custodia, de información, de aclaración ⁴⁹ y de la defensa de los intereses del otro contratante. Finalmente encuentra también aquí su base la responsabilidad derivada de la comunidad contractual por *culpa in solvendo e in exigendo* ⁵⁰. El juez no actúa nunca aquí *praeter legem* o como creador del nuevo Derecho, sino que únicamente cumple la obligación de actuación establecida por la ley. La apariencia contraria sólo puede proceder del hecho de que el legislador del BGB no ha conseguido delimitar de forma apropiada los principios del Derecho de obligaciones por él proyectados, lo que en parte se debe a la estructura casuística de la tradición del Derecho común y en parte al fracaso

⁴⁷ Al grado de vinculación reenvía —aparte de SIEBERT— también LEHMANN, cit. 17.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Sobre derivación de obligaciones de información, a partir del 242, aunque también sobre su limitación, según la buena fe, cfr. BGHZ 10, 387 (restricción de la obligación contractual de información en atención a la amenaza de espionaje industrial); 14, 53 (56, 58-59): obligación de información en base al 242, si bien con preservación de los derechos del destinatario de la información.

⁵⁰ Por el contrario la *culpa in contrahendo* hace saltar este marco en la medida en que esta creación de Derecho (desde el caso *linoleum*) encerraba lagunas originadas en infundadas diferencias entre responsabilidad contractual y delictual (en particular parágrafos 278 y 831), esto es, en un Derecho incorrecto.

de las construcciones pandectísticas, como, entre otras, la teoría de la imposibilidad de Friedrich Mommsen. Incluso en el desarrollo de las llamadas *violaciones contractuales positivas* ⁵¹, no puede existir duda alguna de que la jurisprudencia realizaba en todo momento y únicamente las intenciones del legislador; ni formuló a las partes exigencias específicas de equidad ni llevó a cabo actos *contra legem* creadores del Derecho.

En la discusión sobre el tema surge siempre la objeción de que precisamente aquí (por ejemplo, en los llamados deberes de protección o en las lesiones contractuales positivas) no se puede establecer un límite claro frente a la creación judicial del Derecho. Y es cierto que hay transiciones resbaladizas. Interpretación por una parte y «puntual» creación del Derecho a través de cada sentencia o mediante constante jurisprudencia por otra, es algo que, según hemos dicho, no se puede separar. Del mismo modo no se debe desconocer, desde un punto de vista histórico y político-jurídico, la *diferencia* entre la función del *officium iudicis* y la del Derecho judicial. Esta última aparece en el distinto estilo de argumentación de protección o en las lesiones contractuales positivas, en líneas generales aparecen en primer plano la analogía de la ley (parágrafos 180 y 618) o la analogía jurídica (parágrafo 276). Por el contrario, en

⁵¹ Ultimamente, todavía en BGHZ 11, 80 (84-85, 88) se fundamenta en el parágrafo 242 la negativa de la contraprestación en caso de lesión contractual positiva de la otra parte.

la revalorización o en la base del contrato, se manejan las ideas de no exigibilidad o de la equidad ⁵².

(d) Finalmente representa también una parte de este campo la *extensión* que se le concede al juez en caso de insignificancia: *minima non curat praetor*.⁵³ Semejante margen es perfectamente natural en todo juzgador desde las XII tablas. El índice para incluirlo en el *officium iudicis* reside efectivamente en el hecho de no depender de si el legislador concede expresamente esa extensión (como en los casos de los párrafos 280 II, 320 II, 459 I, apartado 2) * sobre

⁵² Acertado y característico sobre la posibilidad de determinar de forma más concreta el paso de la aplicación a la creación del Derecho, LEHMANN, cit. 21-22 (configuración judicial únicamente sobre base legal o en el marco de una jurisprudencia reconocida y aceptada para *determinados presupuestos de hecho típicos*, como desvalorización monetaria, desaparición de la base del negocio, abuso del derecho), y BOEHMER, *Grdl.* II, 2, págs. 75 y sigs. (cuidadosísimo trazado de los límites desde el ejemplo de los contratos inter vivos formalmente nulos).

* El párrafo 2.º del párrafo 280 se refiere al caso de la imposibilidad parcial de la prestación, preceptuando que en este caso el acreedor puede rechazar la parte de prestación aún posible y exigir indemnización de daños fundada en el no cumplimiento de la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él interés. El párrafo 2.º del párrafo 320 se refiere a los casos de cumplimiento parcial y dice que en este caso no se puede rehusar la contraprestación, si la negativa según las circunstancias y en especial a la causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada fuese contraria a la buena fe.

Por último, el apartado 2.º del párrafo 1.º del párrafo 459, al establecer la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de las cosas vendidas y tras decir que se tienen en cuenta a este respecto aquellos vicios o defectos que priven a la cosa de valor, anulen aquel valor o la utilidad de la cosa para su uso habitual o para el preestablecido por el contrato, estatuye que un aminoramiento insignificante del valor o de la utilidad para el uso no se toman en consideración. (N. del E.)

imposibilidad parcial de la prestación, excepción de incumplimiento por falta de cumplimiento en pequeña cuantía o insignificancia de los vicios de la cosa vendida o lo deja al buen criterio del juez. La mayor parte de las veces actúa una desproporción de intereses ⁵³. A veces la excepción del «ejercicio claramente inicuo del derecho» se funda en la invocación de un mínimo del tiempo necesario ⁵⁴.

2. El párrafo 242 como máxima de conducta ético-jurídica

Un tipo totalmente distinto de actuación judicial es el representado por el campo fundamental de la *exceptio doli*, que se corresponde en su totalidad con la rúbrica C. de Siebert, sobre «Inadmisibilidad de una conducta contraria a la buena fe» ⁵⁵. Conservamos la antigua expresión forense, aunque naturalmente debamos ver en la *exceptio doli* —siguiendo las nuevas doctrinas— una concepción anticuada de la excepción de inadmisibilidad del ejercicio del derecho ⁵⁶.

⁵³ Así en RGZ 86, 334, en donde no se admite una demanda de desahucio por impago cuando los atrasos no eran más de 10 marcos (en un arrendamiento cuatrimestral de 500 marcos).

⁵⁴ Así en el caso Hess. Olg. Zakdr 38, 602, en el que una parte contractual, a pesar de no tener un interés propio en la realización del contrato, quería retener a la otra que, tres horas después de la conclusión del mismo, se había retirado *re integra*.

⁵⁵ (SOERGEL-) SIEBERT, 589-602.

⁵⁶ Sobre todo, SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung* (1933), y en SOERGEL-SIEBERT, 590-91; así como advertencia II 2 antes del párrafo 226. Aprobatorio (ENNELCERUS-) NIPPERDEY, Parte General II (1953), 1029; nota 21; ESSER, *Schuldrecht*; jurisprudencia: RGZ 145, 315;

Hay que incluir en este apartado todas aquellas máximas en virtud de las cuales se exige judicialmente a una parte procesal una conducta personal ético-jurídica, aunque esta exigencia no se vincula con una censura ético-jurídica (*dolus praesens*). Estas máximas son conocidas desde hace tiempo de la doctrina y la jurisprudencia, aunque siempre no reciban una versión unitaria. En muchos casos se aproximan a las reglas y brocados de la *equity* anglosajona. Nuestra tarea en este terreno se puede limitar a buscar los elementos de justicia a los que se refieren aquellos principios, favoreciendo su determinación ético-jurídica y el conocimiento de su estructura interna. De esta manera se les puede sustraer a una arbitraria aspiración de equidad o al pensamiento de jurisprudencia de interés y quizá se les puede articular de una manera más firme en la tradición ético-social y jurídica.

Analizaremos las conocidas máximas que se encierran en los sucintos brocados siguientes: a) *Venire contra factum proprium*, b) *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, c) *tu quoque* («adquisición de mala fe de un derecho») y d) *inciviliter agere* o «acción judicial claramente inicua y desconsiderada».

(a) *Venire contra factum proprium*

Esta máxima expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ella se alumbra la

147-285 y 337; 152, 328 y 346; 145, 315; otras sentencias hablan, conciliadoras, de la «excepción» de la inadmisibilidad. En particular, cfr. más abajo, págs. 88 y sig.

totalidad del principio. La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides* que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, *el pacta sunt servanda*, y la restricción del deber de prestación *inicua* a través del principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la *fides* a través del elemental entendimiento de que la concepción textual del vínculo debía ser sustituida por una concepción leal del mismo. Dicho más concisamente: en lugar de la letra, el espíritu de la obligación. El elemento duradero en este proceso de cambio ético-jurídico venía constituido por la virtud jurídica de la *constantia*, de la lealtad, que hace incompatible a la contradicción propia con la responsabilidad jurídica. El principio *venire contra factum proprium* está profundamente arraigado en la justicia personal, a cuyo elemento más interno pertenece la veracidad.

Sin embargo, este principio no es idéntico con el deber ético de veracidad. El *venire contra factum proprium* es *dolus praesens*. No presupone necesariamente el que, de mala fe o con negligencia culpable, se cree una expectativa en la otra parte⁵⁷. La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino —como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad— el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte⁵⁸. Más

⁵⁷ No es ninguna limitación de este principio el que el abandono de un punto de vista jurídico *erróneo* no debe fundamentar una contracción con la conducta previa (RG. JW 06, 16; RECHT 14 NR. 2387), pues la argumentación jurídica no debería en absoluto pertenecer sin más a la conducta previa *negocial*.

⁵⁸ A esto se refiere la idea de PAPINIANO de que no pode-

simplemente: el principio del *venire* es una aplicación del principio de la «confianza en el tráfico jurídico»⁵⁹ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira.⁶⁰

Hoy en día se acepta que son casos de aplicación del *venire c. f. p.* la caducidad (*Verwirkung*) y la inadmisibilidad de la invocación de determinados vicios de forma⁶¹. La nota particular de la caducidad reside en que la conducta previa a imputar es una *inactividad*⁶¹, de la que no se puede separar el elemento de una determinada duración. La pertenencia del vicio de forma al *venire* o deriva del hecho de que la inadmisibilidad de la invocación del vicio de forma presupone en todo caso una conducta previa del demandante: ha ocasionado (de modo no necesariamente imputable) el vicio de forma en cuestión o pese a él ha manifestado la ejecución del contrato mediante el comienzo de su cumplimiento⁶². Por lo demás,

mos dar a nuestra propia conducta ninguna interpretación con la que podamos lesionar el principio de buena fe: *Nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram (...) nec facere nos posse credendum est* (D. 28, 7, 15); en contra, F. SCHULTZ, *Hist. of Roman Legal Science* (Oxford, 1946), 235.

⁵⁹ EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen* (1952).

⁶⁰ BOEHMER, *Grundlagen der bürg. Rechtsordnung* II, 2, páginas 102 y sigs.; SOERGEL-SIEBERT C III; *ibidem* lc: «prácticamente también en estos casos se trata fundamentalmente de la aplicación del *venire contra factum proprium*» (591). Ciertamente, SIEBERT recomienda acto seguido el no dejar que la caducidad se produzca plenamente en el *venire c. f. p.*, lo que ciertamente es útil a una elaboración sistemático-institucional, pero no debe oscurecer la originaria identidad de ambas máximas.

⁶¹ De aquí parte, consecuentemente, la conocida exposición de KRAUSE sobre el «silencio en el tráfico jurídico» (1933).

⁶² Demasiado amplia es, por tanto, la fórmula: «Hacer fracasar las pretensiones contractuales por vicios formales si ello fuese contrario al principio de la buena fe según las relaciones de las partes y la totalidad de las circunstancias»; así

ambos campos de aplicación del 242 han sido tan minuciosamente analizados por Boehmer y Siebert que nos basta con remitirnos a ellos.

(b) *Dolo agit qui petit quod statim redditurus est*

Esta máxima es más difícil de reducir a un elemento de justicia práctico-forense de validez general. No es inexacto decir, aunque quizá sea demasiado general que se trata de un «típico caso de aplicación del mandato de respeto y consideración»⁶³. Más exacto sería fundamentar la inadmisibilidad del ejercicio del derecho en la falta de un «interés propio duradero»⁶⁴. Porque, efectivamente, el fundamento de esta má-

SIEBERT, cit. 600, según RGZ 157, 209; 169, 73; 170, 203; OGHZ 7, 217; en contra, con razón, BOEHMER, cit. 99. Tampoco se puede aceptar la interesante sentencia de la Sala quinta de la BGH 12, 287 y sigs., que ve en la ocupación durante años del más tarde preterido por parte del causante un informal «acuerdo según la buena fe» (¿un contrato traslativo?), incluso una «determinación vinculante del heredero», para de esta forma conseguir un derecho de este heredero a la herencia (con grandes limitaciones prácticas mantenido en las sentencias de 9-2-1955 —NJW 55, 106—, 3-5-1955 —Rdlandw 55, 197—). En todo caso era más satisfactoria la admisión por parte de la instancia inferior de la inmorality del acuerdo por el que el heredero fue preterido, y sería mucho mejor, en caso de existencia de las debidas condiciones previas, derivar de los parágrafos 826 y 249 las pretensiones de aquél. Este caso nos parece uno de los pocos en que una innovación del parágrafo 242 ha llevado a la BGH más allá de los límites de las facultades judiciales. Con razón no ha encontrado mucha aprobación (RÖTELMANN, NJW 54, 164) y sí severas críticas (PIKALO, Rdlandw 54, 193; BAUR, JZ 54, 631; RIEDEL, JZ 55, 110; BOSCH, FamRZ 55, 172; reparos también en REINICKE, MDR 54, 641). Cfr., por lo demás, notas 75 y 101; también detenidamente en WIEACKER, Dtsch. Notar-Zeitschr., 1956.

⁶³ SIEBERT, cit. 592.

⁶⁴ SIEBERT, *ibidem*.

xima reside en la unidad de la *promesa de protección jurídica*, que deriva de la unidad del ordenamiento jurídico civil. El *dolo agit* no es una simple exigencia económica procesal, ya que entonces no podría ser vinculado al precepto de la fidelidad jurídica. Más bien lo que ocurre es que aquí el demandante transforma su pretensión de protección judicial, de un *medio* para el restablecimiento de la situación adaptada al ordenamiento jurídico, en una autónoma finalidad en sí misma, impidiendo a la parte contraria el recurso a otras normas jurídicas y violando de este modo el principio de igualdad de oportunidades. Un resultado semejante sólo lo permite el ordenamiento jurídico en el *ius strictissimum*, como en el proceso cambiario, en las medidas cautelares provisionales o en las acciones posesorias, donde el recurso a la totalidad del ordenamiento jurídico se sacrifica en favor de la primacía de valoración de determinados intereses especialmente garantizados. Fuera de ello, el ordenamiento jurídico, en cuanto indivisible, permite siempre la apelación inmediata a motivos definitivos de coordinación, como se muestra ya *ope exceptionis* en la invocación del enriquecimiento de la otra parte e incluso con relación a motivos obligacionales independientes (parágrafo 812 BGB) *.

Próximos a esta máxima están los derechos de denegar o rehusar la prestación establecidos por ley en casos en los cuales, a causa de perturbaciones en la equivalencia,

* El parágrafo 812 establece el principio general del enriquecimiento sin causa. (N. del E.)

existiría —o debería ser sustituido— un derecho de resolución o de denuncia (el 321 en relación con el 325; 610 BGB) *.

En el *venire c. f. p.* y en el *dolo agit*, el dolo del demandante es con frecuencia sólo hipotético (un *dolus praesens*), una figura convencional de la tradición jurídica a causa de la falta de toda imputabilidad. Otra cosa sucede en las siguientes reglas en las que la conexión con una infracción personal ético-jurídica está en todos los casos garantizada ⁶⁵.

* El parágrafo 321 permite al obligado a cumplir primero la prestación en un contrato sinalagmático, denegar el cumplimiento de la prestación que le incumbe, hasta que sea realizada la contraprestación o se asegure su cumplimiento, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable de la condición patrimonial de la otra parte de manera que corra peligro su derecho a la contraprestación.

El parágrafo 325 establece las consecuencias de la imposibilidad total o parcial sobrevenidas por causa anterior a la deuda.

Por su parte, el parágrafo 610, en la regulación del contrato de préstamo dice que quien ha prometido la entrega puede revocar la promesa si en las condiciones patrimoniales de las otras partes se produce un empeoramiento que determina el que corre peligro su derecho a la contraprestación. (N. del E.)

⁶⁵ De otra opinión es, como es sabido, la jurisprudencia que en las dos máximas siguientes se aparta reiteradamente de la culpa cuando se da únicamente una lesión «objetiva» de la buena fe. También SIEBERT (cit. 592): «no es necesario ningún daño doloso de la otra parte, con mayor razón, un daño de mala fe». Contra la aplicación de este principio al *incivili-ter agere*, a continuación pág. 71 y nota 73. Casos en los que debe impedirse la pretensión al demandante sin actuación desleal pertenecen a la teoría general del abuso del derecho o a nuestro grupo tercero: sobre las sentencias que reforman *contra legem* el Derecho (más adelante, pág. 72).

(c) *Excepción de adquisición de un derecho de mala fe*

Más exactamente se trata de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando «la posición jurídica alegada ha sido creada mediante una conducta ilegal o contraria al contrato»⁶⁶. De forma todavía más general, aunque no menos inexacta, se puede decir: solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica⁶⁷. Así entendida la idea, se aglu-

⁶⁶ Así, acertadamente, SIEBERT, cit. 590.

⁶⁷ De la jurisprudencia: RGZ 113, 71 (sobre autotutela); 160, 60; 167, 259 (inadmisibilidad de la compensación cuando la situación de compensación ha sido creada por la propia conducta, no necesariamente dolosa); RGZ 167, 391 (ninguna pretensión contra el propietario del vehículo si el demandante ha tomado parte conscientemente en el viaje ilegal); RGZ 156, 382; 162, 343 (ningún seguro en caso de pago de las primas después del accidente); BGHZ 10, 323 (inadmisibilidad de la invocación de una reserva anticontractual). Aquí se incluyen también la mayoría de los casos de SIEBERT, cit. C17 (abusiva negativa de una aprobación y ejercicio abusivo de la oposición), en la medida en que sean reconducibles a la aplicación correspondiente del párrafo 162. De la reciente jurisprudencia es de citar aquí especialmente BGHZ 4, 11 y BGH JZ 55, 330: debe negarse el derecho de exclusión de una sociedad de responsabilidad limitada cuando la conducta de los otros socios no justifica esta medida. Es extraño que la sentencia últimamente citada excluya este principio en perjuicio del demandado y precisamente con la fundamentación de que éste no persigue, por su parte, la disolución de la sociedad y que no ha hecho valer que también (su adversario) X. es inapropiado desde el punto de vista moral para la gestión de un cabaret-bar danzante; el demandado más bien opina que de esta forma su propia conducta se ve «neutralizada». Aquí parece que la BGH vuelve a caer en el concepto de la *exceptio*; hubiera debido, en efecto, examinar de oficio la admisibilidad de la exclusión, más sencillamente hubiera debido rechazar aquí un motivo importante. (Contra la sentencia, también SCHILLING, JZ 55, 331-32.) Acertado es, por el contrario, el punto de vista de que el demandado mismo ha oscurecido el saldo de cuentas con finalidad de liquidación.

tinan en ella una serie de conocidas máximas forenses como: *“turpitudinem suam allegans non auditur; equity must come with clean hands; he who wants equity must do equity*. Un caso de aplicación más concreto es la fórmula *tu quoque*, que impide a la otra parte, especialmente en la defensa, recurrir a normas jurídicas que ella misma no cumplió. ■

La excepción de adquisición del derecho de mala fe tiene su fundamento en la conocida regla de oro de la tradición ética: «lo que tú no quieras que te hagan no se lo hagas tú a otro»⁶⁸. Su configuración jurídica necesita, sin embargo, alguna aclaración. Esta regla se basa en una ley estructural de las comunidades jurídicas, según la cual los sujetos jurídicos crean ellos mismos los criterios conforme a los cuales deben ser juzgados. Las comunidades jurídicas se ven, pues, permanentemente integradas —esto es, creadas y mantenidas— por la conducta de sus miembros. Y determinan por tanto el *standard* que uno puede reclamar en cuanto sujeto jurídico. Lo cual no constituye una arcaica represalia de la infidelidad jurídica (como la que se lleva a cabo, por ejemplo, en *El Mercader de Venecia*), sino que es consecuencia inmediata de las condiciones de integración del Derecho mismo. El trasfondo último más general es la violación de la exigencia de igualdad que constituye un elemento fundamental de la justicia: un demandante que reclama a pesar de su propia infracción jurídica, está queriendo el tratamiento desigual

⁶⁸ Sobre esto, ante todo, REINER, *Die goldene Regel*, Zeitsch. F. philosoph. Forschung III (1948/49), 74 y sigs.; cfr. también BRUNNER, *Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit* (Zürich, 1949), 15 y sigs; sobre ello, ENGISCH, Z. f. d. ges. StrafrW. 67 (1955), 486-87.

de su contrincante en beneficio suyo⁶⁹. Con otras palabras: la exigencia de reciprocidad es un elemento de la exigencia de igualdad.⁷⁰

Un caso especial de aplicación de esta máxima se encuentra en el párrafo 162 BGB⁷⁰ * y precisamente en su aplicación inmediata a las condiciones negociales y en su aplicación analógica en caso de influjo de mala fe sobre las condiciones jurídicas⁷¹. La especialidad no reside aquí en los presu-

⁶⁹ No se puede aprobar la progresiva tendencia de la jurisprudencia de —paralelamente al párrafo 254— obtener a partir del 242 otra limitación de la indemnización por daños y perjuicios por medio de la excepción del ejercicio inadmisibles de un derecho (BGHZ 14, 6 (16); 16, 275), o incluso de graduar caso por caso una obligación legal de indemnización según el comportamiento del titular del derecho; así, BGHZ modera la pretensión en caso de restitución, pues de otro modo el demandante obtendría (!) «considerables ventajas económicas». Por el contrario, BGHZ 7, 199 (207) analiza acertadamente si al derecho a indemnización por error profesional en caso de aborto (no permitido) puede oponérsele el expreso deseo de abortar de la embarazada fallecida (aquí rechazado, pues el autor «ha infringido gravemente el Código Penal»; en este caso con perfecta razón, aunque apenas con una clara fundamentación).

⁷⁰ Acertadamente, SIEBERT, C I 3 a, pág. 590.

* Según el párrafo 162 si el cumplimiento de la condición es entorpecido contrariamente a la buena fe por la parte en cuya desventaja se produciría, la condición vale como cumplida y si el cumplimiento de la condición es procurado en forma contraria a la buena fe por la parte en cuya ventaja se produce, el cumplimiento vale como no ocurrido. (N. del E.)

⁷¹ Un instructivo caso en BGHZ 9, 208: la excepción de caducidad se excluye cuando el demandado mismo impide la restitución de la finca; por tanto, se admite también *ope repletae* la idea del párrafo 162. En la misma idea fundamental se basa la denegación de los derechos pasivos de un «antiguo combatiente» (que en caso contrario se derivarían de la buena fe) que por la fuerza había llevado ante el DAF a la empresa obligada al pago de la pensión y había conseguido *con ello* su puesto en la misma (BGHZ 9, 94). En contraposición con esta sentencia, posiblemente BGHZ 13, 346 no se ha sustraído a una consideración caso por caso de opiniones políticas (cfr. tam-

puestos (también aquí la posición jurídica ha sido adquirida deshonestamente, «contra la buena fe»), sino en la consecuencia: la realización objetiva del derecho contrario a consecuencia del sabotaje jurídico del derecho condicional. Esta consecuencia, que va más allá de la pura inadmisibilidad del ejercicio del derecho, se fundamenta en la tradición romana.

* Del mismo modo, la exclusión de la repetición en el supuesto de contravención a las buenas costumbres por parte del obligado a la prestación (párrafo 817, párrafo 2.º BGB) * se explica de forma inmediata a partir del principio (canónico, aunque desarrollado a partir de fuentes romanas), según el cual *turpitudinem suam allegans non auditur*.

En contra del especial origen histórico del principio y de la doctrina dominante —que emplea el párrafo 242 para debilitarlo—, nosotros vemos en él una aplicación del principio de adquisición de un derecho de mala fe. Si esto es exacto, el tan discutido principio debería carecer de fundamento siempre

bién BGHZ 12, 345), mientras que la famosa sentencia BGHZ 13, 267 (307 y sigs.) ha rechazado una reducción desproporcionada de las retribuciones funcionariales desde la perspectiva de un *Betriebsrisiko* del desplazado. Una correcta aplicación del principio la da BGHZ 13, 67: los Ferrocarriles federales no pueden aceptar ninguna reclamación por devolución, cuando esta última ha sido ocasionada por medidas de los Ferrocarriles del Reich.

* Según el párrafo 817, si la finalidad de una prestación estaba determinada de forma que el receptor ha atentado por la aceptación contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres, dicho receptor está obligado a la restitución. La repetición está excluida si a aquél que realiza la prestación le es imputable igualmente semejante atentado, a no ser que la prestación consistiese en contraer una obligación; lo entregado para el cumplimiento de semejante obligación no puede ser repetido. (N. del E.)

que, aun estando prohibida la prestación, su cumplimiento no fuese sin embargo ninguna infelidad jurídica. Ello es válido en todos los casos de prestaciones prohibidas por la ley, que no atenten al mismo tiempo contra la ley moral ⁷².

(d) *Acción legal claramente inicua y desconsiderada*

A causa de una indeterminación, esta regla plantea con mucho los problemas más delicados de todo el campo de aplicación que estamos estudiando. Muy pequeñas dificultades ofrece su configuración jurídica.^{*} De manera semejante a la adquisición de un derecho de mala fe, aquí se priva al actor del ejercicio de su derecho merced a su abandono del *standard* jurídico. (De lo dicho anteriormente (*vid* c) se deduce que la comunidad jurídica presupone la disposición de uno a comportarse de manera que sea posible una paz jurídica duradera; paz que se vería

⁷² Puesto que la mayoría de las veces no se ve en el párrafo 817, párr. 2.º, una derivación del principio de la adquisición de un derecho de mala fe, en sentido inverso y de forma consecuente, doctrina y jurisprudencia plantean el problema de sí y en qué sentido la norma preceptiva del párrafo 817, párrafo 2.º, *excluye* la aplicación del párrafo 242, sobre todo en el significativo caso de infracciones de las disposiciones sobre congelación de precios y racionamiento, en el que eventualmente no debe existir una infracción de la ley moral general (cfr. SIEBERT, cit. 578, con detenidas referencias). Si la «opinión más suave», recurriendo al párrafo 242, no quiere aplicar el 871, párr. 2.º, allí «donde desde la perspectiva global del fenómeno y de la conducta de las partes la exclusión de la reclamación aparecería como una infracción tan burda contra la equidad que sencillamente no podría ser comprendida» (SIEBERT, cit. 578), entonces quizá esa complicada fórmula-límite, en el sentido del texto, se podría sustituir por la más sencilla de: «allí donde el demandante no ha actuado de manera moralmente reprobable».

excluida por una afirmación egocéntrica, brutal y ciega de derechos frente a la otra parte.^{*} También aquí se manifiesta de forma latente la exigencia de igualdad: nadie permitiría consigo mismo una desconsideración semejante. Intentamos plasmar esta conducta en el brocardo *inciviliter agere* que el lenguaje jurídico romano utilizó precisamente en relación con los amplísimos deberes de consideración en la comunidad jurídica de los *cives*.

Si bien este difícil y peligroso campo de aplicación del párrafo 242 no puede desprenderse del específico reproche que lo liga con el sentimiento jurídico de la deslealtad, tampoco es exacto contentarse con fundarlo, como hace la doctrina dominante con una *objetiva* desproporción entre los intereses del reclamante y los de su contrario ⁷³. El mayor alcance que la «excepción de ejercicio inadmisibles de un derecho» recibe hoy en la práctica como consecuencia de la resignación frente a la aludida

⁷³ Ello resulta de las fórmulas: «imponerse de una manera inadecuada y lesiva para la otra parte con vistas a la satisfacción de intereses egoístas» (más correctamente, *proprios*), «interés personal desproporcionado», en relación con la constatación de que una lesión dolosa de la otra parte no sería necesaria: SIEBERT, cit. 592. Según esto, sólo una parte satisface de la jurisprudencia citada por SIEBERT en 592 y sig.; en el problema de donde el ejercicio del derecho debe precisamente *preparar* la futura lesión desleal (así en RGZ 148, 278: negativa al examen de los libros por este motivo) juegan otros puntos de vista. Puros casos de aplicación del principio son Hess.OLG ZAKDR 38, 602: ninguna pretensión contractual si el desistimiento fue declarado *tres horas* después de la celebración de contrato y la otra parte insiste en una total indemnización por daños y perjuicios sin haber dispuesto en modo alguno del contrato, o RGZ 150, 286: rescisión en el último día únicamente para impedir la defensa contra la rescisión con medios jurídicos. Ello será correcto si el contrato mismo ha previsto tales medios (mejora posterior, decisión arbitral).

NO
OBJETIVO
DE PAUP

censura, tiene un legítimo fundamento: el párrafo 242, en realidad, debe sustituir al principio más general del abuso del derecho o, más exactamente, el principio de los límites sociales de los derechos subjetivos privados, en contraposición con el problema intersubjetivo de los límites de la pretensión frente al sujeto pasivo de la misma. Desde un punto de vista dogmático y de política jurídica es, sin embargo, recomendable dar al abuso del derecho un puesto institucional independiente entre los problemas fundamentales de Derecho privado, como corresponde por lo demás a su posición en el Código civil suizo (Art. 2-2.º: «El manifiesto abuso...»), aunque es verdad que inmediatamente contiguo al «ejercicio de los derechos» y al «cumplimiento de obligaciones según la buena fe»: art. 2-1.º), en el mismo Código civil alemán (párrafo 226 BGB) * y sobre todo en la doctrina extranjera ⁷⁴.

Para evitar que este campo de aplicación del 242 derive hacia una justicia del cadí desprovista de principios, es necesario centrarlo en una ponderación *subjetiva* de la falta de equidad, esto es, a una sobrevaloración totalmente desproporcionada del propio interés. Precisamente porque la jurisprudencia actual no lo quiere reconocer así, el «ejercicio inicuo de un derecho» se ha convertido en algo bastante deformado. Un criterio seguro lo pueden proporcionar también aquí el conjunto de convenciones profesionales reconocidas como obligatorias en el ejercicio forense, que impone una defensa leal de los intereses

* El párrafo 226 dice que el ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona. (N. del E.)

⁷⁴ Cfr. más arriba, nota 7.

y una atención especial a las faltas de lealtad personal. Como pauta a seguir tenemos aquí la valoración de intereses típica de los sujetos jurídicos *todavía suficientemente leales*. De acuerdo con este criterio puede pronunciarse el *incivile ac inusitatum* romano o lo que es lo mismo, «una cosa así no la exige una persona medianamente decente» ⁷⁵.

La observación tradicional de que no es necesario un perjuicio doloso de la otra parte ⁷⁶, nos parece al menos equívoca. Más exacto nos parece lo siguiente: según los conocidos principios de la teoría general de la culpa no se puede aceptar la alegación del actor de no ser consciente de que el ejercicio de la pretensión (bajo las condiciones por él conocidas) puede ser valorado como grave desconsideración. En este caso se evidencia con especial claridad que la

⁷⁵ Parece dudoso si una tal valoración era oportuna en BGHZ 12, 287 y sigs. (cfr. nota 62), en donde la entrega de la hacienda agrícola por el heredero —previsto desde antiguo y en ella ocupado— a otro determinado en el contrato traslativo se ve desvalorizada en «burdo abuso del derecho por parte del causante». Si aquí el abuso puede ser fundamentado en los criterios generales, «actitud del heredero» y «causa de expectativas», entonces están perfectamente justificadas las objeciones expresadas, entre otros, por WOHRMANN (*Landwirtschaftsrecht*, 129 y sigs; cfr. nota 62), contra tal intervención en la libre disposición del propietario de la hacienda agrícola. El juez interfiere aquí —creemos— el campo del legislador, que en base a motivos en general bien meditados había restablecido esa libertad de disposición en contra de la Ley del patrimonio familiar hereditario. Únicamente sería distinto si el nuevo heredero hubiese obtenido del causante la propiedad de la hacienda a través de especiales maquinaciones. Cfr. más adelante, nota 101.

⁷⁶ SIEBERT, cit. 592.

aplicación del parágrafo 242 no puede llevarse al establecimiento de principios generales ético-jurídicos, ni a una subsunción de litigios concretos bajo dichos principios.

Una conformación particular del precepto *civiliter agere* es naturalmente el no exigir algo que lesione la elemental dignidad humana. Puesto que el nacimiento de tales deberes de prestación está excluido ya por el parágrafo 138 BGB, quedan aquí únicamente los casos de la llamada imposibilidad moral sobrevenida (por ejemplo, el manido, aunque instructivo, ejemplo del payaso que debe actuar a pesar de la noticia de la muerte de su hijo). Aquí han de incluirse también los problemas —muy estudiados recientemente— de la denegación de una prestación a causa de la inexigibilidad del quebrantamiento de obligaciones religiosas ⁷⁷.

3. *El parágrafo 242 como medio de ruptura ético-jurídica del Derecho legal.*

«Las reglas que hasta aquí hemos agrupado bajo la rúbrica de la *exceptio doli* pueden quedar reducidas a unas pocas exigencias elementales que, en su conjunto y conforme a las sólidas tradiciones de la ética práctica, constituyen criterios de justicia (subjetiva) en la actuación social. Algo totalmente distinto ocurre en los casos que se presentan como ruptura del Derecho o, más exactamente, como *brechas ético-*

⁷⁷ Sobre el problema de la denegación de prestación por motivos de conciencia, cfr. BOSCH-HABSCHEID, JZ 54, 213 y siguientes; AN BLOMEYER, *ibidem*, 309 y sigs.; WIEACKER, *ibidem*, 466 y sigs.

jurídicas en el Derecho legal ⁷⁸. *Aquí se incluyen de modo especial la libre revaloración y el reajuste de la contraprestación a causa de un cambio total *sobrevenido* de las circunstancias económicas, con independencia de que institucionalmente se construyan como casos de inexigibilidad, de imposibilidad económica o de desaparición de la base del negocio ⁷⁹. *Se incluyen, por último, otros casos de «dificultad inmoderada de la obligación» o de *traspaso del «límite de sacrificio»*, como la subida del salario en el supuesto de aumento desproporcional de costes o la reducción de las pensiones de empleados directivos desde la perspectiva de comunidad de riesgos con la empresa ⁸⁰. Prácticamente en todos estos casos

⁷⁸ Sucinta visión general sobre este fenómeno en la jurisprudencia de los altos Tribunales alemanes, entre otros en WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 310.

⁷⁹ En la desaparición de la base del negocio se trata preponderantemente de «calamidades masivas», tanto después de la primera como de la Segunda Guerra Mundial; los primeros siete tomos de las sentencias de la BGH en materia civil tratan casi exclusivamente de casos referentes a las consecuencias de la guerra (visión general sobre la materia hasta 1951 en LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 174 y sigs.). Naturalmente existe también un problema intemporal de la base de negocio, sobre todo en caso de error común, sobre las circunstancias en el momento de la realización del contrato, aunque también en casos del estilo de una coronación frustrada. Estos casos tienen, sin embargo, un peso jurídico-político desproporcionadamente pequeño; son, por lo demás, perfectamente accesibles a la planificación previa del legislador (en contraposición precisamente con los trastornos económicos analizados por KEGEL en este contexto; cfr. más arriba, nota 3, al principio). Por consiguiente, en modo alguno han de fundamentarse en el parágrafo 242, sino que deben ser regulados legislativamente y, donde esto no sea posible, conformados institucionalmente de forma rigurosa. Semejante regla no es menos fácilmente determinable que las de los parágrafos 119, 459 o 779 del BGB, íntimamente vinculadas al problema de la *decepción individual* ante las expectativas.

⁸⁰ RGZ 150, 91; cfr. también 148, 91. Sobre el principio:

existe una perturbación de la equivalencia económica entre prestación y contraprestación. Las sentencias consecuentemente tienden hacia el reconocimiento de un principio material de equivalencia ⁸¹, a veces en favor del acreedor de dinero (como en los casos de revaloración) y con frecuencia a su cargo (como en casi todas las demás agravaciones de la prestación) ⁸².

(a) En los campos de aplicación que hemos analizado hasta el momento no es fácil incluir este grupo de casos. Es imposible afirmar que en estas decisiones el juez se limite a concretar el plan legislativo de ordenación del Derecho de obligaciones ⁸³.

«El empresario puede rehusar el pago de las pensiones de jubilación prometidas si y en la medida en que la continuación de los pagos pudiera conducir, en virtud de un cambio profundo y no culpable de las relaciones económicas, a un riesgo inmediato para la existencia de la empresa y, por consiguiente, ello no es exigible al empresario en base a la buena fe»; cfr. SIEBERT, cit. 624; principios como éste muestran cómo la jurisprudencia se esfuerza por una ponderación escrupulosa; sin embargo, no deben constituir ninguna expresión ideal de un arte judicial soberano.

⁸¹ WIEACKER, cit. 310.

⁸² Una función independiente de este grupo en BGHZ 12, 154 (157): limitación de la reclamación de la Seguridad Social en base al párrafo 1.542 RVO contra el causante de daño en la medida en que aquella recibiere más que el resarcimiento de los daños. BGHZ 10, 205: inadmisibilidad de la invocación de la «posición jurídica formal en cuanto propia personalidad» (en caso de sociedades bélicas) para excluir la compensación. Sobre el tema, críticamente LEHMANN, JZ 52, 289, y NIPPERDEY, *Allg. T.* 210.

⁸³ Sobre la evidente objeción de que aquí no puede trazarse una línea perfectamente delimitadora entre la interpretación de acuerdo con el sentido de la ley y la creación judicial, cfr. más arriba, págs. 50 a 56. En el litigio concreto naturalmente entran en consideración con frecuencia varias funciones; sin embargo, no se puede con ello reducir la tarea de ordenación y exposición de la dogmática jurídica a un análisis fundamental.

El legislador más bien se ha decidido expresamente en todos estos casos *contra* un principio material de equivalencia, y ha configurado la deuda pecuniaria en el sentido del nominalismo como deuda de valor nominal (párrafos 244-45 *) ⁸⁴ y se ha declarado —con pocas y muy determinadas excepciones fáciles de explicar— *contra* la necesidad de un equilibrio material de la prestación, en particular de un *iustum pretium* (Cfr. especialmente el párrafo 138-2 BGB *) ⁸⁵.

* Menos admisible es, sin embargo —como hace una doctrina muy extendida—, reconducir la reduc-

* Según el párrafo 244 si una deuda dineraria expresada en moneda extranjera ha de pagarse en el país, el pago puede efectuarse en moneda del Reich a no ser que el pago en moneda extranjera esté estipulado especialmente. El cambio de relaciones según el valor en curso que esté vigente en el tiempo del pago y en el lugar del pago. El párrafo 245 dice que si una deuda dineraria ha de pagarse en un determinado tipo de moneda que al tiempo del pago ya no se encuentra en circulación, el pago ha de hacerse como si no estuviese determinado el tipo de moneda. (N. del E.)

⁸⁴ Detenida fundamentación en favor de la existencia de la deuda por su valor nominal en la crisis monetaria después de la Segunda Guerra Mundial en BGHZ 5, 16 (19, 20, 22); también BGHZ 7, 143 (147). No es de esta temática el problema especial del pago «en el último minuto» (cfr. BGHZ 10, 1 y sigs.). De forma diferente interpreta ESSER, *Schuldrecht* (1949), par. 69, la revalorización judicial después de la Primera Guerra Mundial: opina que la conocida sentencia sobre revalorización RGZ 107, 78 da por supuesto, tanto antes como después, el principio de la deuda por su valor nominal y *precisamente por este motivo* emplea como corrección el párrafo 242. Cfr. WIEACKER, cit. 310; *Das Sozialmodell der mod. Privatrechtsgesetzbücher* (Karlsruhe, 1953), 9.

* Sobre el párrafo 138 *vid.* lo dicho en la nota a) (N. del Editor.)

⁸⁵ Por eso BGHZ 5, 342 subraya expresamente la admisibilidad del desistimiento en base al párrafo 350, aun cuando el comprador no pueda devolver la cosa, esto es, rechaza de nuevo el examen de la pérdida de equivalencia.

ción o exoneración del deber de prestación a exigencias personales de justicia frente al acreedor. No se diferencia aquí suficientemente entre lo que le puede *ser exigido al deudor* y lo que el *acreedor* no puede exigir al deudor. Ciertamente es que el juez se atreverá a llevar a cabo rupturas de este estilo cuando se hayan preparado dentro de los cambios éticos de la conciencia jurídico-pública; entretanto no es posible hacer *ex post* de tales transformaciones (que se están iniciando) preceptos vinculantes del Derecho no escrito. Si el ordenamiento legal no debe perder toda certeza y toda obligatoriedad, no se puede decir que un deudor infrinja el principio de la buena fe al considerarse liberado mediante el pago con dinero desvalorizado y ello en base a que el ordenamiento jurídico escrito, por motivos antaño convincentes, considera la deuda pecuniaria como una deuda por su valor nominal (prescindiéndose, por lo pronto, de la idea de riesgo que no puede ignorar que también el deudor se ve por su parte afectado por la desvalorización del dinero). Tampoco se puede decir que un acreedor infrinja el principio de buena fe al insistir en la prestación de acuerdo con el antiguo precio, a pesar de una elevación desproporcionada de costes en el deudor y ello en base a que el ordenamiento legal, aun en el caso de perturbaciones de equivalencia, insiste expresamente en el *pacta sunt servanda*. Esto es particularmente claro en el caso (aquí la mayoría) de cambios *sobrevenidos* y es de todas maneras absolutamente válido mientras el ordenamiento legal no se vea transformado por una sólida jurisprudencia reconocible por la conciencia jurídica general, por un «Derecho de jueces»; sólo entonces los casos de este grupo pasarán al primero y al segundo, de la

misma forma que en otro tiempo la (originariamente pretoria) *bona fides* pasó al *ius civile*. Mientras esto no suceda, a los afectados por la nueva creación de Derecho (deudor en caso de revalorización, acreedor según el contrato) no se les puede reprochar sin más una infidelidad jurídica; son más bien víctimas de este fenómeno creativo de Derecho, si el sacrificio tiene lugar en base a la justicia. Si la necesidad de semejante sacrificio —justificado por los cambios de la conciencia jurídica objetiva— se interpretase como exigencias de validez intemporal a la justicia subjetiva de las partes, se llegaría a la disolución de la misma conciencia jurídica subjetiva.

(b) En realidad subyace aquí un fenómeno que en sus orígenes escapa a la comprensión dogmático-jurídica. Hasta ahora hemos tratado del *cumplimiento* judicial de la ley o de una serie de exigencias de validez intemporal impuestas a la conducta de las partes que conservaban su sentido en cada situación social e histórica. Este último grupo se refiere a la irrupción de la historicidad en el Derecho positivo: los cambios sociales bajo los *mismos* criterios han convertido en injustas valoraciones hasta ahora justas o bien se ha transformado la misma conciencia jurídica histórica⁸⁶. Hemos visto ya como la historicidad, o de forma más general, el condicionamiento de la realidad de la creación jurídica humana hace imposible cualquier normación material de valor intemporal. Justicia es también un *ius suum cuique «saeculo» tribuere*. La contraposición entre los postulados intemporales de la justicia y los condiciona-

⁸⁶ Sobre esto, entre otros, H. MITTEIS, *Von Lebenswert der Rechtsgeschichte* (1947).

mientos históricos de su realización es una de las antinomias de la existencia humana que se dan inevitablemente por la finitud de los hombres en relación con la infinitud de la exigencia ideal y que sólo eventualmente puede ser superada de forma dialéctica (en el sentido de la metafísica histórica hegeliana): en nuestro caso a través de rupturas históricamente duraderas que coloquen la experiencia ético-jurídica sobre un nuevo plano. La aplicación jurídicamente creadora del parágrafo 242 es desde la Primera Guerra Mundial uno de los fenómenos históricamente dialécticos de este estilo.

Rupturas de la conciencia moral general hacia nuevos contenidos de vivencia han hecho siempre época en la historia íntima de la humanidad. Su símbolo más trascendental es el permanente anuncio del sermón de la montaña «se os ha dicho, sin embargo yo os digo», que muestra cómo una ley antigua no se «desintegra», sino que se cumple, esto es, se «conserva» a través de nuevas experiencias morales. Un fenómeno parecido, aunque más modesto, es, por ejemplo, en la epopeya Parsifal, el progreso desde el ceremonial caballeresco al libre amor al prójimo. Y en la Orestíada de Esquilo aparece como uno de estos progresos del pensamiento jurídico la irrupción de la idea de la comunidad jurídica de la polis.

No es necesario, sin embargo, ir tan lejos. Rupturas ético-jurídicas de situaciones puramente formales y al mismo tiempo petrificadas como salvación sabática y hundidas en una fenecida historicidad, son también problemas fundamentales de la evolución del Derecho privado. Su muestra más prodigiosa la constituye la actividad del Pretor romano, que

por diversos caminos a la vez se convirtió en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la «buena fe»⁸⁷; otras muestras son la formación de la jurisprudencia canónica sobre la equidad en relación con el Derecho de gentes y la de la *equity* anglosajona en relación con el *Common Law*. Un caso de aplicación en modo alguno despreciable ha sido también la jurisprudencia del Tribunal del Reich después de la Primera Guerra Mundial. Esta ruptura se ensambla con la fundamental exigencia de retribuir la prestación de un modo materialmente equivalente y socialmente justo, sobre todo en el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho y ello para aplicar la fórmula constitucional de esta nueva forma organizativa⁸⁸.

(c) ¿Cuál es la misión del legislador y de la doctrina ante estos acontecimientos? Ciertamente no les corresponde aprobar o alentar rupturas semejantes, pues ello supondría abandonar la idea de la justicia intemporal —a la que en todo caso han de aproximarse en el establecimiento de sus principios, si bien condicionados por el *hic et nunc* de las relaciones— o incluso se verían ellos mismos acusados de injusticia. El Derecho legal, como «querer invio-

⁸⁷ La creación de los *bonae fidei iudicia*, que ya en la primera etapa del Derecho clásico se fundamentaban en el *ius civile* y no el Derecho pretorio, puede, en efecto, vincularse sólo presumiblemente a la actividad del pretor en la época preclásica; cfr., en particular, KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im röm. Schuldr.*, Festschrift Koschaker II (1939), 1 y sigs.

⁸⁸ Cfr. FECHNER, *Die soziologischen Grenzen der Grundrechte* (1954); WIEACKER, *Sozialmodell*, 13 y sigs.; 24 y sigs. La influencia del principio constitucional del Estado social de Derecho sobre la aplicación del Derecho privado moderno ha sido últimamente analizada por NIPPERDEY.

lable» (en el sentido de la conocida definición formal de Stammler) no puede —en todas las decisiones definitivas— declararse a sí mismo como algo que carece permanentemente de validez. Pero el legislador puede ser lo suficientemente inteligente y resignado para darse cuenta de lo relativo y temporal de sus planificaciones.

<Queda el problema de saber hasta qué punto el juez se hace profesional y políticamente responsable de semejante ruptura jurídica.⁸⁹ Desde un punto de vista estricto se podría decir que actúa bajo su propia conciencia, como Lutero en Worms o Yorck en Touroggen. En realidad, sin embargo, sus decisiones son legítimas en la medida en que se mantenga dentro de los claros límites del ámbito de actuación que desde siempre ha reservado a la jurisprudencia el arte judicial profesional⁹⁰. Con todo, en la determinación de estos límites, y a mayor abundamiento después de su transgresión, actúa a su propio riesgo. Debe decidir aquí con «temor y temblor». Y no a causa de la responsabilidad exterior, sino ante el riesgo de poner en peligro la consciencia jurídica por la vía de la equidad aunque sea bien intencionada.

El legislador puede y debe codificar las rupturas ya producidas, como lo hizo oportunamente en el caso de la legislación sobre revalorización o sobre revisión de los contratos por vía judicial. La dogmática jurídica debe penetrarlas desde el punto de vista institucional. De esta forma, en una especie de sístole de la historia jurídica, vuelven ambas a transformar en ordenación la situación de ruptura jurídica, con sacrificio del antiguo Derecho; lo mismo que hicie-

⁸⁹ Cfr. más arriba, págs. 44 y 45.

ron los juristas romanos cuando empezaron a comentar el edicto del pretor tras su consolidación como *edictum tralatitium*. Con buena razón, por consiguiente, las pasadas sesiones de esta Asociación han hecho objeto preponderante de su análisis científico dichos problemas de ruptura.

(d) ¿Cuál es la legítima función que al párrafo 242 le corresponde en todo este proceso? Consideremos por lo pronto el comienzo del giro que se produce en la jurisprudencia, en el caso, por ejemplo, de la libre revaloración o del reconocimiento general de la base del negocio después de la Primera Guerra Mundial. Desde un punto de vista estricto deberíamos admitir que se abandona de entrada toda conexión del párrafo 242 con el contexto sistemático e institucional que ocupaba en nuestro ordenamiento jurídico escrito. Al párrafo 242 —según la intención del legislador— le correspondía antes que nada la humildísima misión de determinar más concretamente el cómo del deber de prestación en el cuadro del ordenamiento legal: a partir de esta limitación se ha ido produciendo su sucesivo desarrollo con los casos de la *exceptio doli*, si bien en este caso (en atención a la tradición del Derecho común) en modo alguno se efectuó *contra legem*. Sin embargo, rebasó efectivamente el ámbito de la decisión legislativa contenida en el párrafo 242 cuando sobre esta cláusula general basó una serie de valoraciones que se encontraban en contradicción con los principios de la ley (deuda por el valor nominal, ningún principio de equivalencia material). Nos hemos ocupado ya⁹⁰ de la objeción de que con ello no sucede algo

⁹⁰ Más arriba, pág. 50; cfr. también nota 83.

fundamentalmente distinto al caso de la concreción del deber legal de prestación. (Grupo 1.)

Sin embargo, una vez que el nuevo terreno jurídico quede asegurado, al haber creado una jurisprudencia continuada un nuevo Derecho judicial, de las nuevas sentencias que se reconozcan como importantes se derivan a su vez firmes elementos de un arte judicial profesional que crean convenciones obligatorias para la jurisprudencia posterior ⁹¹. Además, se trata en general de sentencias con un contenido determinado (por ejemplo, en lo que se refiere al principio material de equivalencia o a la consideración de la desaparición de la base del negocio según máximas más concretas), de modo que el Derecho judicial —en las directrices y fundamentos de las sentencias innovadoras— no se puede decir que carezca por completo de concreción. Por consiguiente, el párrafo 242 tomado en un sentido estricto no se ajusta a su función esencial, sino que, todo lo más, en este nuevo campo, el juez se ve reenviado ciertamente de forma intensa al problema de la justicia ⁹². Un dato exterior sobre esta situación es la falta de claridad de los puntos discutidos, que durante años han establecido la conexión entre el párrafo 242 y el Derecho de revisión de los contratos ⁹³.

⁹¹ Cfr. más arriba, pág. 82.

⁹² Característico de la ambivalencia en el paso de la ruptura jurídica a la institucionalización es la interpretación por ESSER de la primera sentencia sobre revalorización mencionada en la nota 84, como abandono del principio marco-marco en contradicción con la interpretación tradicional.

⁹³ Sobre ello, Verhandlungen des 40 Deutschen Juristentages (1953), bürgerlichrechtliche Abteilung, con la ponencia de KEGEL citada en nota 1.

En resumen: la función del párrafo 242 en el punto que analizamos es únicamente la de una obstetra o —para decirlo de forma más simple— es una regla nemotécnica de la creación judicial del Derecho ⁹⁴. Con ello no quiere decirse que tales ayudas, insatisfactorias dogmática y sistemáticamente, sean improcedentes desde el punto de vista de la política jurídica. Antes bien, desarrollan una función muy saludable: la tradicional (y por lo tanto perteneciente al Derecho judicial) apelación al párrafo 242 vincula también la jurisprudencia futura a los constantes principios jurisprudenciales que con anterioridad fueron elaborados para la aplicación de aquél. Sin embargo, con todo ello no debe oscurecerse la comprensión de los límites que al rendimiento de una cláusula general han sido establecidos en la estructura del mismo ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Para excluir cualquier malentendido, aquí no se predica carta blanca para la jurisprudencia, sino, al contrario, *se aconseja* una prematura creación judicial del Derecho —sin perjuicio de la obligación profesional de los Tribunales de insistir ante los órganos legislativos y la opinión pública para la modificación de un Derecho positivo inexacto o injusto. El juez penal deberá en casos semejantes recomendar el indulto a la instancia competente. Puesto que en el proceso civil no puede existir un «indulto» (en favor de la otra parte), no se puede privar al juez civil de su propia decisión de equidad. En estos casos, sin embargo, se encontrará *de todos modos* vinculado a las máximas que hasta el momento la jurisprudencia sobre el párrafo 242 ha desarrollado; en este sentido, el Derecho judicial se ve sometido a condiciones más estrictas que las de la legislación estatal. Estos límites nos parecieron rebasados en las sentencias criticadas en las notas 62 y 75.

V. Aplicaciones prácticas

Saquemos ahora algunas conclusiones prácticas de nuestro intento de distinguir en el campo de aplicación del parágrafo 242 tres tipos diversos de funciones. Se trata sobre todo de tres problemas principales, muy estudiados, para los que esperamos obtener al menos algún resultado positivo:

I. *¿Restricción del parágrafo 242 al Derecho de Obligaciones?*

A la pregunta, que durante largo tiempo ha sido erróneamente formulada, sobre *si la aplicación del parágrafo 242 ha de limitarse al Derecho de obligaciones*, quizá se puede responder ahora de una forma más precisa. No necesita mayor discusión, que las máximas generales de conducta ético-jurídica y la nueva creación de Derecho no se limitan al Derecho de obligaciones y, por consiguiente, no se encuentran vinculadas al lugar que ocupa actualmente el parágrafo 242 en la ley. Por el contrario, la función

genuina *officium iudicis* de nuestro primer grupo está sin duda típicamente asociada a la relación obligatoria —con inclusión de las obligaciones legales de prestación del Derecho de cosas, de familia, de sucesiones—⁹⁵ y naturalmente del Derecho de sociedades. Pues solamente así se puede hablar de un plan legislativo de valoración, más simplemente, de criterios para el *cómo* del deber de prestación.

2. *Exceptio doli y efecto inter partes*

Largamente discutido aparece también a primera vista el problema de la *exceptio doli*. Esta figura procedente del Derecho común hubiera debido desaparecer a consecuencia del parágrafo 242, pues este precepto transforma a todos los fallos que recaen sobre prestaciones jurídico-obligacionales en *bonae fidei iudicia*, con lo cual la *exceptio doli* se ve absorbida en el *officium iudicis*. No obstante, la admisión en el BGB de un concepto de excepción en sentido jurídico-material como contraderecho⁹⁶ mantuvo a la *exceptio doli* con vida hasta que fue puesta en entredicho desde dos puntos de vista diferentes. Por un lado, la primera objeción que se hizo a la figura derivaba del hecho de que rápidamente se reconoció que los remedios jurídicos de este tipo no presuponen necesariamente «mala fe» del demandante, aunque también es cierto que ya en el Derecho romano apenas se hablaba de mala fe en la conducta jurídica en el caso del *dolus praesens*. Pero sobre todo

⁹⁵ Sobre la aplicación a los derechos de legítima, BGHZ 13, 48.

⁹⁶ Sobre esto en particular, DE BOOR, *Einrede und Gerichtsschutz* (1942).

se impuso la convicción —en especial merced a los trabajos de Siebert— de que la invocación del parágrafo 242 no es un «límite exterior», sino una delimitación inmanente del derecho subjetivo mismo (la llamada «teoría de la intencionalidad»),⁹⁷ con lo cual el punto de partida —quizá demasiado rápidamente generalizado— era el abuso del derecho. Por consiguiente, la excepción de «ejercicio inadmisibles del derecho» debe ser hoy incuestionablemente examinada de oficio, y, en caso necesario, incluso puesta en evidencia mediante el derecho de interrogación judicial.

Mas dado que en el proceso civil ordinario las partes disponen como es natural sobre la materia debatida y sobre los medios de ataque y defensa, se origina una cierta tensión entre la situación jurídico-material concebida según la «teoría de la intencionalidad» (por ejemplo, la renuncia a la admisión de un «contraderecho» en sentido material) y la normal situación técnico-procesal. En esta tensión se ve cómo nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de haber transformado la *actio* en pretensión material, no puede ser un sistema de realización total del derecho subjetivo ya que la realización del derecho depende de la actitud de las partes en el proceso. La teoría y la práctica jurídica intentan afrontar esta (percibida aunque no reconocida) tensión con la pregunta acerca de si, en el caso dado, la otra parte ha «sentido» la conducta del demandante como una violación de la buena fe⁹⁸. Este arbitrio —que cobra

⁹⁷ Cfr. más arriba, nota 56.

⁹⁸ Característico en PALANDT, 1956, nota 1 al parágrafo 242 (después de la constatación de que carece de importancia el que la parte contraria en el litigio lo invoque o no), es la sua-

todo su sentido en materia de relaciones societarias o comunitarias muy estrechas y que puede tener su origen en el Derecho de divorcio —no es sin embargo aplicable en todos los casos.

Prescindiendo de estas dificultades, posee cierto sentido el preguntarse si en la situación procesal «normal» en la que un acreedor reclama la prestación, el demandante (esto es el acreedor) o el demandado (esto es el deudor) invocan típicamente el parágrafo 242.

a) En la medida en que el parágrafo 242 únicamente determina de forma más concreta la obligación legal de prestación. Y estamos por consiguiente en lo que hemos denominado más arriba *officium iudicis*, el precepto favorece por igual a ambas partes limitando la obligación de prestación o ampliándola. En los contratos bilaterales, sin embargo, conduce muchas veces a una ampliación de la obligación de prestación del deudor de una cosa (y acreedor del dinero).

b) En los casos de nuestro segundo grupo la apelación a la buena fe se opone al demandante en el supuesto de ejercicio de un derecho subjetivo. Ello se explica por el hecho de que hasta hoy la antigua *exceptio* ha conservado su caracterización como «*topos*» para los casos.

c) La creación judicial del Derecho de nuestro tercer grupo puede, según los casos, actuar a favor o en contra del demandante. Es, sin embargo, carac-

vizante información de que «en el examen de la exigibilidad será a veces importante el si la parte contraria siente como inexigible la prestación y así lo manifiesta». Semejantes confusiones no son imputables a los comentaristas, sino que radican en la antinomia arriba señalada.

terístico de la tendencia social de las actuales rupturas que aquélla actúa más frecuentemente *contra* el titular de un derecho (base del negocio, inexigibilidad y límite del sacrificio, limitación de derechos reales) que en *su favor* (libre revalorización).

«Cuestión distinta es la de si el parágrafo 242 constituye una causa de extinción definitiva del derecho o fundamenta únicamente un impedimento transitorio del titular para el ejercicio del mismo. Este problema no se refiere ya a la contraposición entre excepción en sentido material y excepción en sentido procesal, sino a la que existe entre el ejercicio de un derecho y el derecho mismo. En nuestro caso ha de decirse con Endemann, Lehmann, Esser⁹⁹ y Siebert que al titular no se le impide el futuro ejercicio *leal* de su derecho, aunque la simple deslealtad pasajera no será probablemente lo normal¹⁰⁰. El que la caducidad según su sentido literal y material excluya siempre por completo semejante ejercicio posterior (y por esa razón produce prácticamente un efecto jurídico invalidante) es una consecuencia de la irreversibilidad del paso del tiempo al que la caducidad (en cuanto inactividad del titular del derecho) está vinculada. Además, el parágrafo 162 BGB conduce a la partida definitiva de la sustancia del derecho.

El problema planteado en último lugar se refería a los efectos *inter partes* del parágrafo 242. Especialmente en el campo de la *exceptio doli* se plantea además de forma apremiante el problema de si un *dolus*

⁹⁹ *Schuldrecht* (1949), 47.

¹⁰⁰ Acertadamente SIEBERT, cit. 590: «La lesión contra la buena fe no es ningún motivo de desaparición del derecho, pues su existencia no se aniquila por el hecho de que se in-

praeteritus, o aún un *dolus praesens* no limitado a las partes, surte efecto en favor o contra terceros o incluso si fundamenta o suprime derechos absolutos. Como muestra la tan instructiva como desafortunada decisión BGHZ, 12, 286 ss., en definitiva ello traería como conclusión el que la sentencia basada en el párrafo 242 sustituiría a negocios jurídicos que originan situaciones jurídicas absolutas, como, por ejemplo, transmisiones, instituciones de heredero o incluso matrimonios (en base a un informal convenio). El problema principal lo plantea la inadmisibilidad de la invocación de defectos formales. ¿Pueden los terceros, recurriendo a esta excepción, considerar la pretensión, el derecho real, el derecho hereditario como existentes a su favor?

Esta conclusión no puede admitirse fundamentalmente por dos motivos. Primero, porque en la *exceptio doli* se manifiestan exigencias, que son personales frente al comportamiento ético-jurídico de la parte contraria y que únicamente son ejecutables en la relación intersubjetiva entre las partes procesales. Y aunque con la *exceptio* la causa se trata de una excepción derivada del derecho de un tercero. Segundo: una transformación objetiva de la situa-

tente ejercer fuera o más allá de sus límites inmanentes»; rechazando las opiniones contrarias, DANZER-VANOTIS, DRZ 32, 74 y MANIGKS, DJZ 36, 380. En el caso de existencia permanente de la objeción, la inadmisibilidad del ejercicio del derecho conduce prácticamente a su desaparición. Sobre caducidad, en especial, SIEBERT, 600. También SIBER (RG-Festschrift, III, 376 y sigs.), buscó la realización de la situación conforme a la buena fe por la vía de los párrafos 826, 249; por el contrario, BOEHMER, GrdLg. d.bürg. RO, II, 25, 96 y sigs., quiso tratar como valederos *inter partes* (al menos obligatorios) contratos formalmente nulos. En todo caso, no debe pasarse por alto el efecto permanente del párrafo 162, incluido el supuesto de su aplicación necesaria.

ción jurídica impondría al juez llamado a decidir *inter partes* la responsabilidad por los amplios efectos que de la sentencia se derivaran contra terceros que no hayan participado en el proceso. Por ejemplo contra el acreedor hereditario y el heredero preterido. De este modo, se rebasaría la misión del poder judicial, que debe promover la justa ordenación de la comunidad, no mediante una inmediata conformación autoritaria, sino mediante *decisiones* judiciales. Todo ello, prescindiendo del hecho de que con la renuncia a la inscripción registral, al pacto sucesorio hecho en debida forma y por qué no también a los matrimonios se destruiría la totalidad de la estructura de ordenación del Derecho vigente ¹⁰¹.

Una excepción la constituye el párrafo 162 BGB *, merced a especiales motivos histórico-jurídicos, si el derecho del adversario, invocado o frustrado de mala fe, era un derecho absoluto, por ejemplo la propiedad del comprador con reserva de dominio.

3. La relación del párrafo 242 con el Derecho legal imperativo

En la doctrina las dos cuestiones antes examinadas se involucran frecuentemente con el problema de la relación entre el párrafo 242 y el Derecho impe-

¹⁰¹ Esta es quizá la objeción más importante contra la jurisprudencia de la BGH expuesta de forma crítica más arriba (notas 62, 75), que ve en la cesión fáctica de la explotación de la hacienda durante largo tiempo una «determinación vinculante del heredero», esto es, un motivo de llamamiento hereditario extralegal en base al párrafo 242.

* Sobre el párrafo 162 *vid*, lo dicho en la nota * de la pág. 68. (N. del E.)

rativo ¹⁰², cuya peculiaridad en algunas ocasiones no se destaca suficientemente. Existe además la tentación de dar respuestas demasiado fáciles. Mientras no se realce lo suficiente la especial situación del grupo *exceptio doli* no podrá resultar totalmente aclarada la difícilísima cuestión de la repercusión de las excepciones planteadas en el proceso sobre las situaciones jurídicas de derecho material. Y por ello se intentan soluciones unitarias. En realidad hay que devolver a la cuestión su sentido originario —¿cuándo puede el juez admitir excepciones basadas en el parágrafo 242 contra situaciones jurídicas que resultan de preceptos imperativos?— Hay que responder

¹⁰² Por lo pronto, entendemos este concepto en su sentido tradicional como suma de proposiciones jurídicas que no pueden ser modificadas mediante negocios jurídicos, esto es, como limitaciones legales a la autonomía privada. En el problema aquí discutido este concepto es únicamente aplicable de forma aproximada, pues en nuestro caso la relación del parágrafo 242 con las normas jurídico-positivas es objeto de discusión en un nivel normativo más alto. Sobre esta cuestión: RGZ 152, 407; 160, 357; OBHZ 1, 68; BOEHMER, cit. 94 y sigs.; SIEBERT, cit. 577 (aquí principalmente sobre la relación del parágrafo 242 con la cosa juzgada), 600 y sigs. (sobre la relación con las disposiciones formales obligatorias; por último, 581 y sigs. (sobre el interés público). Fundamentalmente SIEBERT quiere aplicar también el parágrafo 242 «en el marco de disposiciones coercitivas», aunque pretende que se examine si «el carácter coercitivo de una disposición se basa en un interés superior o simplemente predominante o sirve más bien de protección a intereses particulares» (577). También a él se le presenta, por consiguiente, la necesidad de determinar más concretamente el concepto «Derecho coercitivo»; y llega a un análisis de intereses públicos preponderantes, pues no limita el grupo de las *exceptio doli* (de las que aquí fundamentalmente se trata, por ejemplo, en el supuesto de las disposiciones sobre la forma) a una injusta conducta subjetiva del actor; en caso de mala fe subjetiva apenas sería convincente la referencia a preponderantes intereses públicos contrapuestos. LEHMANN, *Schuldrecht*, pág. 18, reflexiona sobre una «interpretación restrictiva de las proposiciones jurídicas coercitivas».

por separado respecto de cada uno de nuestros grupos.

(a) Si lo que hemos llamado *officium iudicis* es sólo una aplicación más concreta de un plan legal de ordenación, es claro que puede vulnerar el Derecho imperativo. Precisamente en este límite se manifiesta de manera particularmente clara la especialidad de este grupo frente a la aplicación creadora de Derecho derivada del parágrafo 242.

b) Por el contrario, la ruptura jurídica de nuestro tercer grupo de casos no encuentra *per definitio-nem* ningún límite en el Derecho imperativo, si bien ocasionalmente el carácter imperativo de un precepto puede impedir la creación jurídica. Aunque también es verdad que en otros casos puede precisamente provocar la ruptura jurídica en lugar de la interpretación integradora. Estamos aquí ante una relación de rango entre el «Derecho judicial» y el «Derecho legal». Si el Derecho judicial es realmente *Derecho* se le debe atribuir la cualidad, en cuanto Derecho posterior, de derogar el anterior (y por tanto también al imperativo).

c) Es en concreto el grupo de la llamada *exceptio doli* el que plantea la cuestión más difícil y el que no permite una solución unitaria. Por de pronto, la inadmisibilidad de la invocación de formas imperativamente prescritas muestra precisamente como de forma evidente no va más allá de la (frecuentemente definitiva) no satisfacción de pretensiones derivadas del Derecho coercitivo. Por otro lado sería claramente inexacto el afirmar que en tales casos el Derecho coercitivo se verá *infringido* por el parágrafo 242, pues —prescindiendo siempre

del párrafo 162 BGB— no se ven afectados, según lo dicho hace un momento, los efectos objetivos de las normas jurídicas imperativas que se extienden más allá de la satisfacción de la pretensión del actor en un litigio determinado. En concreto, la existencia de derechos absolutos no se ve afectada por la excepción del *venire contra factum proprium*, del *dolo agit*, de la prosecución legal claramente inicua, etc. Unicamente por la vía de los párrafos 826 ó 249¹⁰³ se puede llegar en otro proceso al restablecimiento de la situación jurídica objetiva conforme a la buena fe, y también esta vía conduce únicamente a efectos jurídicos personales, esto es, a pretensiones que no surten efecto contra terceros, especialmente en los casos de ejecución y quiebra. Esta limitación, que, por lo demás, se deriva de la tensión entre la pretensión de regulación exhaustiva del ordenamiento jurídico material y su necesaria y condicionada realización en un proceso entre partes, es inevitable. Si se suprimiese sin más esta tensión entre el legal *ius strictum* y el judicial *ius aequum*, existente en todas las grandes culturas jurídicas (*ius civile* y Derecho pretorio; *Common Law* y *Equity*) se llegaría en una «terrible simplificación» a la equidad tan débil como totalitaria que caracterizó al Derecho bizantino y también a un pasado no tan lejano.

¹⁰³ SIBER, *RG-Festschrift*, III, 376 y sigs.; en este sentido, también claramente BOEHMER, cit. 97.

Recapitulación

Para concluir, estableceremos los resultados de nuestro trabajo como si nos encontráramos en la necesidad de llevar a cabo una codificación para poner a prueba su concreción y claridad.

1.º En el campo de lo que hemos llamado *officium iudicis* el texto actual del párrafo 242 expresa su función de forma bastante exacta y acertada. Todo lo más, se podría añadir para mayor claridad, que el deudor ha de efectuar la prestación y el acreedor ha de exigirla conforme a la buena fe... Así entendido, el párrafo 242 se adapta mejor a la vanguardia de un moderno Derecho de Obligaciones y expresa de manera más perfecta los nuevos puntos de vista sobre el omnicomprensivo carácter de la relación obligacional contractual.

2.º Las máximas pertenecientes al campo de aplicación de la *exceptio doli*, en cuanto *ius commune* reconocido como vinculante en los tribunales alemanes, son perfectamente accesibles a una consideración dogmática e incluso susceptibles de codificación. El

lugar de semejante recepción no es sin embargo el Derecho de Obligaciones, sino la totalidad del campo jurídico. Serían, por consiguiente, las Introducciones generales a los códigos, como aquellas en las que el *Allgemeine Landrecht* y el Código civil suizo resumieron las máximas de la conducta justa en una especie de «derechos y obligaciones fundamentales del Derecho civil». Sin embargo, probablemente faltan en las actuales circunstancias alemanas la autoconciencia de los jueces y la paciencia y la seria voluntad del legislador para una autovinculación duradera que pudieran dar a una fijación semejante de principios ético-jurídicos validez y respeto duraderos. Motivo de más para que su constante determinación y profundización deba ser tarea de la dogmática jurídica.

3.º Las nuevas creaciones ético-jurídicas que hoy suelen invocarse con base en el párrafo 242 escapan totalmente —como hemos ya señalado— a la codificación y a la exposición científica. El legislador no es dueño del futuro de su sociedad y la historia se ha burlado siempre del intento de dirigir sus enormes poderes por cauces previamente establecidos. Razón de más para que nuestra tarea deba consistir en desviar las mareas en calma, dominarlas y dirigirlas hacia un trabajo útil. *

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



6402298383

CUADERNOS CIVITAS

1. Menéndez Menéndez, Aurelio:
Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima.
2. Triepel, Heinrich:
Derecho Público y Política.
Traducción e introducción de José Carro.
3. Rodríguez Mourullo, Gonzalo:
Presente y futuro del delito fiscal.
4. González Pérez, Jesús:
La justicia administrativa en España.
5. García de Enterría, Eduardo:
La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo.
6. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:
La cláusula de orden público, límite —impreciso y creciente— al ejercicio de los derechos.
7. Montoya Melgar, Alfredo:
Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España.
8. Gómez Orbaneja, Emilio:
El ejercicio de los derechos.
9. González Pérez, Jesús:
Los derechos reales administrativos.
10. Alcalá-Zamora Castillo, Niceto:
La protección procesal internacional de los derechos humanos.
11. Castro y Bravo, Federico:
Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes.
12. Lacruz Berdejo, José Luis:
El nuevo Derecho civil de la mujer casada.
13. Wieacker, Franz:
El principio general de la buena fe.
14. Uría Gonzalo, Rodrigo:
El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima