

# CLÁUSULAS GENERALES Y DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO

José M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ

## I. INTRODUCCIÓN

«UN peligro para el Derecho y el Estado» es el subtítulo de la famosa monografía de Hedemann, «Die Flucht in die Generalklauseln» («La huida hacia las cláusulas generales») (1), en la que advierte del riesgo de una legislación que abuse de las cláusulas generales. Publicada en 1933, la admonición de Hedemann se convertiría pronto en una realidad, porque el nacionalsocialismo, entre otros medios, utilizó las cláusulas generales para subvertir el Ordenamiento jurídico alemán con sus principios racistas y autoritarios (2). Este cambio de sentido del Ordenamiento en Alemania mediante las cláusulas generales ha sido magníficamente estudiado por B. Rùthers en un libro cuyo título podemos traducir como «La interpretación sin límites» (3) muy expresivo de los enormes espacios abiertos por estos instrumentos y de los problemas que presentan a la división de poderes. Carl Schmitt lo formuló de modo muy claro: «Todos los conceptos jurídicos

---

(1) Tubinga 1933.

(2) El mismo Hedemann, sin embargo, puntualizaba que una utilización política de las cláusulas generales no tenía que producir necesariamente una catástrofe en el Ordenamiento jurídico. Distinguía entre las cuestiones verdaderamente esenciales para el Estado y el resto de las partes del ordenamiento. Si el que ostente el poder, decía Hedemann, se limita a ejercer su arbitrio mediante las cláusulas generales en el primer ámbito citado, eso puede ser aceptable, e incluso puede ser aplaudido, en tiempos de desorden (Hedemann, *op. cit.* p. 73).

(3) B. Rùthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2.<sup>a</sup> ed. Francfort 1973. Existen posteriores ediciones (4.<sup>a</sup> 1991).

indeterminados, todas las llamadas cláusulas generales han de ser aplicados incondicionalmente y sin reservas en sentido nacionalsocialista» (4).

Se advierte rápidamente que las llamadas cláusulas generales permiten cambiar como mínimo el color del Ordenamiento y convertirlo en algo substancialmente diverso sin modificar las leyes. Por tanto, algo que, desde el punto de vista de un Estado de Derecho, es sumamente peligroso, porque pone en entredicho la división de poderes. La primera impresión frente a las cláusulas generales ha de ser por ello de prevención. Después de algunas experiencias puede llegar incluso la irritación, el cansancio o el pesimismo ante la ligereza de su invocación (5). Sin embargo, también es ineludible asumir que han existido siempre y que su importancia confirma que un sistema de fuentes concebido formalmente como garantía de aplicación objetiva del Derecho es ilusorio en una medida muy considerable (6), porque depende realmente de las relaciones de poder existentes (7).

---

(4) C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Reichstaat*, JW 1934, 713 (717) citado por Rüthers, p. 216.

(5) Sin irritación, pero algo harta, la STS 19 de marzo de 1996 califica a la buena fe en el ejercicio de los derechos de «socorrido principio», negando que en el caso enjuiciado se pudiera aplicar. Véase con cierto pesimismo y en relación al art. 11.1 y 2, de la LOPJ, Díez-Picazo, *Constitución, Ley, Juez*, REDC 1985, núm. 15, p. 9 «...cuando el razonamiento se colorea de pesimismo, puede llegar a pensarse que ese texto, tan simple, puede llegar a suplir al Código civil, al resto de los Códigos y, si bien se mira, al resto del Ordenamiento jurídico».

(6) Puede pensarse que las cláusulas generales al remitir a convicciones básicas de la comunidad, constituyen en realidad un modo de invocar los mismos presupuestos materiales del poder estatal.

(7) Ejemplo característico es la cláusula del art. 80 CC de conformidad con el Derecho del Estado. Es criticable que el ajuste al Derecho del Estado de las causas de nulidad canónicas se interprete muy laxamente, de modo que por ej. sea causa de nulidad relevante para el Derecho del Estado la intención de ser infiel al otro cónyuge al tiempo de contraer matrimonio, intención probada después de 30 años de convivencia (SAP Valencia 4.4.1996). También resulta criticable la argumentación que considera conforme al Derecho del Estado la dispensa de matrimonio rato y no consumado contenida en la STS 23.11.1995. Pero el Estado no se obligó ni pudo obligarse a legislar o no legislar en un cierto sentido sobre el matrimonio, sino que la remisión a la conformidad con el Derecho del Estado es dinámica, esto es, a una legislación a la que puede ser o no conforme el Derecho de la Iglesia. El Estado, es obvio, no se obliga a procurar tal conformidad. El Estado se obligó a dar eficacia civil a las resoluciones canónicas si se declaran ajustadas al Derecho del Estado, pero no a que se declaren ajustadas. Tal dispensa sería conforme al Derecho del Estado si se admitiera un divorcio por voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo, pero esto no lo admite el Derecho del Estado. La dispensa de matrimonio rato y no consumado es semejante al divorcio y no a la nulidad. La STS 17.6.1996 rechaza que dicha dispensa sea contraria al principio de igualdad. Afirma esta Sentencia que «plantear una infracción del principio de igualdad, exige en primer lugar demostrar que no se le ha tratado del propio modo que a otros implicados en análogos rescriptos, pero no es eso lo perseguido por el recurrente, que se entretiene en advertir diferencias entre los ciudadanos según sus credos, lo que le debería llevar a sugerir el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero no a sostener que se infringe la igualdad cuando a su matrimonio canónico se le aplican las reglas que él mismo eligió y con absoluta igualdad que a otros casos iguales». Subyace aquí una interpretación errónea del sistema matrimonial, propiciada por algunos canonistas, según la que en el Derecho español existen dos matrimonios y que quien contrae matrimonio en forma religiosa católica elige un régimen jurídico distinto que el Estado reconoce. La disolubilidad, mediante el divorcio, del matrimonio contraído bajo ritos religiosos no ofrece dudas, y eso por sí solo contradice la errónea idea de la dualidad de

Ahora bien, como ha recordado Rodotá, los juristas no han tenido y no tienen necesidad de referirse a cláusulas generales para plegarse a las dictaduras o a los programas de los grupos que desempeñan los papeles de mando (8).

Apenas consolidada la organización nacionalsocialista, surgieron voces contrarias a las doctrinas que atribuían amplias posibilidades al juez, y entonces las cláusulas que antes pudieron servir para combatir los principios liberales se consideraron peligrosas «y se desaconseja su empleo en cuanto la dictadura exige estabilidad y teme que los Tribunales las utilicen para eludir sus mandatos» (9). Así se afirma la inutilidad de las máximas de la buena fe y las buenas costumbres, porque «son superfluas en un consorcio civil estructurado sobre bases comunitarias, donde los ciudadanos renuncian a los propios egoísmos y colaboran para alcanzar fines colectivos» (10).

Lo característico de la doctrina nacionalsocialista es la dualidad metodológica. En efecto, mientras se exige estricta fidelidad del juez a las nuevas leyes, esto es, a las posteriores a la toma del poder nacionalsocialista, se inventa una cláusula general destinada a justificar su no vinculación a las leyes anteriores (11). Así en un congreso jurídico se aprueba la siguiente conclusión: «Los preceptos legales, que hayan sido promulgados antes de la revolución nacionalsocialista, no deben ser aplicados si su aplicación ofendiera al sano sentimiento popular actual» (12). C. Schmitt la formularía más precisamente: «Toda ley solo pretende regir según la

---

matrimonios. Ahora bien, es obvio que nuestra jurisprudencia parece todavía bastante alejada de considerar que una causa de nulidad canónica no sea conforme al Derecho del Estado. Que una decisión de los Tribunales eclesiásticos o del Sumo Pontífice pueda ser considerada contraria al orden público español todavía hoy es muy difícil. Aquí puede observarse la dependencia de las cláusulas generales de otros sistemas sociales (religión) que ejercen profunda influencia en el Derecho matrimonial. Más bien se especula con que en caso de que el Estado no reconociera la dispensa de matrimonio rato y no consumado, habría actuado de mala fe al suscribir el Acuerdo con la Santa Sede (STS 23.11.1995). Me parece clarísimo que los principios de separación entre Iglesia y Estado, libertad religiosa y no discriminación por razón de religión, así como el de seguridad jurídica, obligan a no considerar conformes al Derecho del Estado a muchas causas de nulidad canónicas, que es explicable que sean muy diversas a las civiles al ser el matrimonio católico un sacramento. Paradójicamente, la dispensa de matrimonio rato y no consumado, sólo puede ser conforme al Derecho del Estado si éste liberaliza mucho más las causas de divorcio. El art. 80 se pronuncia en los mismos términos condicionales en que lo hace el Acuerdo («si se declaran ajustadas al Derecho del Estado») como no podía ser de otra manera. Se trata, pues, de una remisión dinámica a otras normas que pueden cambiar a favor o en contra de la conformidad.

(8) Rodotá, *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, en *Il principio de la buona fede*, Milán 1987, p. 255, remitiéndose al análisis del problema político de la buena fe realizado por Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato*, Milán 1970, p. 531-563.

(9) Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato*, Milán 1970, p. 555-556.

(10) Corradini, *Il criterio*, p. 556 y 557, donde refiere las opiniones de H. Seydel.

(11) Rüthers, *Die unbegrenzte*, p. 177. Véase también Gernhuber, *Das völkische Recht*, en *Festschrift für E. Kern*, 1968, p. 190 y 191, sobre la discusión acerca de la vinculación del juez a las leyes anteriores, con interesantes matices.

(12) Véase en Rüthers, *Die unbegrenzte*, p. 146.

voluntad del legislador, en la medida en que especiales circunstancias fácticas, que no hayan sido valoradas ni por ella ni por otra ley, no exijan, conforme a la conciencia jurídica del pueblo, otra solución del caso» (13). La conciencia jurídica popular será la que permitirá superar las contradicciones valorativas entre las leyes anteriores y la nueva cosmovisión. Para las leyes posteriores no se admite ninguna cuestión sobre su conformidad con el sentimiento jurídico popular, «rigen como expresión de la voluntad común que vive en el Führer» (14).

Por lo demás, como afirma Corradini, Hedemann no tardó en concebir sus propias doctrinas, según él mismo afirmó, «a la clara luz de la cosmovisión nacionalsocialista» (15). En ello Corradini ve un testimonio más de cómo sólo desde el contexto político obtienen impulso y contenido las cláusulas generales, y cómo no necesariamente aquellos que las rechazan sean paladines de la democracia, mientras que aquellos que las valoran en sus múltiples aspectos deban ser considerados responsables o cómplices de los gobiernos autoritarios (16).

Pero dejando aparte la utilización manifiestamente interesada desde un punto de vista jurídico perverso (17), las cláusulas generales han obtenido aceptación generalizada y de modo muy especial de los partidarios de la Escuela del Derecho Libre. Estos las elevaron a la cima de la Codificación, calificándolas de párrafos regios o soberanos (18). Para Fuchs: «El BGB sólo está bien en un único lugar..., en el § 242» (19). Según Kantorowicz, lo que la lógica jurídica y el arte de la interpretación ocultan en la aplicación de los conceptos jurídicos, queda claro en las cláusulas generales: la jurisprudencia es creación judicial del Derecho (20).

Además de esta importante contribución de la Escuela del Derecho Libre a la buena imagen y vitalidad de las cláusulas generales, en Alemania se produjeron conmociones sociales, políticas y económicas de una extraordinaria virulencia que determinaron de modo considerable el éxito de las cláusulas generales.

---

(13) Véase en Rüthers, *ibidem*.

(14) Rüthers, *Die unbegrenzte*, p. 177. V. Peter Landau, *Die deutschen Juristen und der nationalsozialistische Deutsche Juristentag in Leipzig 1933*, ZNR 1994, p. 378, donde explica cómo, para la ideología nacionalsocialista, el pueblo como sujeto de la historia solo puede existir en conexión con el Führer y por ello es inconcebible una separación de ambos. V. también Gernhuber, *Das völkische Recht*, en *Festschrift für E. Kern*, 1968, p. 167-200.

(15) Corradini, *Il criterio*, p. 562.

(16) Corradini, *Il criterio*, p. 563.

(17) Se entiende por perversión del Derecho, su instrumentalización al servicio del poder.

(18) Sin embargo, según Hedemann, p. 6, fue él mismo quien acuñó esta calificación en una conferencia: «Todo práctico sabe que la suerte de cada uno de los párrafos de nuestra codificación civil es muy distinta. Entre ellos hay Reyes, pero a su lado muchos, muchos ignorados pordioseros. Centenas de párrafos no juegan ningún papel... ¿qué significan por ejemplo 100 párrafos de un rincón del Derecho de Sucesiones frente a una regla soberana, según la que todos los contratos están situados bajo el signo de la buena fe?».

(19) *Justiz*, año I, p. 349, citado por Hedemann, p. 11.

(20) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906. Precisamente Kantorowicz tuvo que abandonar Alemania en 1933 por la presión de la violencia nacionalsocialista.

Expresión importante de esas convulsiones, es la polémica en torno a la revalorización de las obligaciones a causa de la descomunal inflación que sufrió Alemania en los años veinte de este siglo.

El § 242 del BGB cobró un relieve espectacular a partir de las polémicas en que se vio envuelta la jurisprudencia en 1923 por la revalorización de las obligaciones, porque la inflación puso en peligro la misma subsistencia de los acreedores (21). Después de diversos intentos de dominar la situación con otros remedios, que no fueron suficientes, el Reichsgericht acudió al § 242 para decidir que el acreedor podía negarse a la cancelación de la hipoteca, si se le pagaba solo el valor nominal conforme a las leyes de cambio vigentes (22). De este modo el Reichsgericht puso el principio de la buena fe, contenido en el § 242, por encima de las leyes de Derecho público que imponían el principio nominalista. Esto supuso una novedad importantísima, porque hizo de este precepto una especie de norma supervisora de todo el Derecho. Pero no acabó aquí la lucha por la revalorización. El Gobierno, a la vista de la sentencia, se dispuso a tomar medidas para que una ley cortara el camino emprendido por la jurisprudencia. Y entonces, cuenta Weber, sucedió lo impensable: el consejo de los magistrados del Reichsgericht aprobó una famosa memoria en la que exigían al legislador el respeto a la jurisprudencia del Tribunal y anunciaban desobediencia si se llevaban adelante los anunciados propósitos legislativos. Era algo inaudito y aun lo sería hoy, dice con razón el mismo Weber. La legitimación para este proceder la encontraban en la cláusula general del § 242 pues afirmaban: «la idea de la buena fe está por encima de toda ley, por encima de toda disposición jurídica positiva. Ningún Ordenamiento jurídico que merezca este digno nombre puede subsistir sin este principio. Y precisamente el legislador no puede frustrar por el poder de su palabra un resultado que la buena fe exige imperativamente» (23). En este abierto e impresionante conflicto entre los poderes del Estado, no cabe duda de que se reflejaban también los poderosísimos intereses del gran capital acreedor frente a los intereses de la industria, de los agricultores y del mismo Estado como deudores. Es de notar que los juristas se dividieron en la crítica a esta jurisprudencia y que, por ejemplo, Heck se mostrara contrario a ella (24).

¿Fueron estos enfrentamientos y convulsiones, junto quizá con el postulado del Estado social y democrático de Derecho, los que originaron un desarrollo tan extraordinario del § 242? ¿Contribuyeron también los violentos cambios

---

(21) Sigo la exposición de R. Weber, *Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum «königlichen Paragraphen»*, JuS 1992, p. 633 y s.

(22) El § 242 del BGB dispone: «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico».

(23) R. Weber, *Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum «königlichen Paragraphen»*, JuS 1992, p. 633 y s.

(24) Véase Rütters, p. 88.

políticos, que han tenido lugar en Alemania en la primera mitad de este siglo, a despertar la conciencia de las posibilidades de las cláusulas generales (25)? ¿Por qué textos absolutamente semejantes no condujeron a los mismos o al menos parecidos resultados, por una parte en Alemania, y por otra en Francia, Italia y España? Mientras en Alemania el § 242 ha obtenido un desarrollo espectacular, de modo que viene a resumir en sus dos líneas al menos otro Código paralelo, y los comentaristas le dedican cientos de páginas, sus precedentes franceses, han merecido escasamente un par de páginas de observaciones reiterativas de la importancia de cumplir las obligaciones contractuales (26). Probablemente las condiciones sociales, económicas y políticas francesas hayan sido más favorables al mantenimiento de los valores formales de la autonomía privada. Sería preciso seguramente investigar la trascendencia, en Derecho francés, de las cláusulas de orden público, moral, buenas costumbres y la función controladora de la causa respecto de la autonomía privada. Lo mismo debería hacerse en España, sin perder de vista el juego que principios generales o considerados generales han tenido a través de la antes llamada doctrina legal. Las diferencias entre Alemania e Italia, dice Mengoni, en parte se encuentran en las distintas raíces históricas y en el diverso proceso de formación del Estado italiano respecto de Alemania. En Italia, sostiene Mengoni, el Estado de Derecho se ha consolidado en estrecha conexión con la ideología del positivismo legislativo dando lugar a una enraizada tradición de formalismo legalista (27). Según Rodotà, en Italia «todavía hace veinte años, cuando la buena fe no era secamente liquidada como puro referente ético, se la consideraba privada de cualquier relevancia normativa. Y, estando así las cosas, no era ciertamente una sorpresa la falta de jurisprudencia sobre la materia. Hoy la situación aparece profundamente cambiada» (28).

En España es difícil observar un uso importante de la buena fe (art. 1258) de modo paralelo al § 242 BGB, hasta la reforma del título preliminar del CC

---

(25) Rùthers, p. 3, señala cómo el Derecho alemán muestra de modo ejemplar y exagerado el fenómeno de adaptación a las cambiantes circunstancias sociales, económicas y políticas. «Las relaciones sociales y políticas, dice Rùthers, han cambiado en Alemania varias veces de modo radical. Las grandes codificaciones civiles, como el BGB y el HGB, sin embargo continúan rigiendo sin cambios esenciales. Han sobrevivido tanto a la Revolución de 1918, a la inflación de 1923 y a la toma del poder en 1933 como a la derrota de 1945 y a la reforma monetaria de 1948. La elasticidad de estas Codificaciones parece ser suficiente para ofrecer las pautas jurídico-civiles de enjuiciamiento tanto en una Monarquía constitucional, en una Democracia liberal, en un estado dictatorial nacionalsocialista como en un Estado social de Derecho. Esta circunstancia obliga a reparar en las extraordinariamente altas posibilidades de interpretación de los textos legales». Téngase en cuenta además que el BGB, en 1973, todavía regía, aunque con limitaciones, en la hoy extinta DDR.

(26) Véanse los arts. 1134-3 y 1135 del Código civil francés.

(27) Mengoni, Spunti per una teoria delle clausule generali, en *Il principio di buona fede*, Milán 1987 p. 7.

(28) Rodotà, *Il tempo*, p. 250.

en 1974 (29). Reforma que bien pudiera llamarse de las cláusulas generales, porque se introducen en ese título las de la buena fe, abuso del derecho, equidad, fraude a la ley, y realidad social, que han contribuido al desarrollo judicial del Derecho (30). No obstante, debe tenerse en cuenta la importancia que los principios y la llamada doctrina legal han tenido siempre en nuestro Ordenamiento a través del recurso de casación. Hoy ese papel parece asumirlo directamente la doctrina jurisprudencial, con alguna referencia a los principios constitucionales, o a los simplemente generales del Derecho, y cláusulas generales legales.

## II. CONCEPTO. TERMINOLOGÍA

En el Derecho español todavía no es frecuente el uso de la expresión «cláusula general» para designar disposiciones legales de cierta estructura y características. Se emplea a veces en el sentido de conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo por la jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional (STC 20.1.1994, para referirse a «insuficiencia de recursos para litigar» o a una norma de remisión general, así la STC 29.3.1994, que se refiere al art. 455 LOPJ). La STC 17.3.1994, por el contrario, alude a la «...cláusula más general de Estado social y de Derecho del art. 1.1 o a la del art. 9.2». Basten estas citas para comprobar el amplio espectro que cubre la expresión «cláusula general». En la jurisprudencia del Tribunal Supremo es rara la utilización de la expresión «cláusula general» en el sentido en el que aquí la empleamos, pero cada vez se usa más (31). En la jurisprudencia de las Audiencias se encuentra a propósito del art. 5 LDC, o del hoy derogado art. 87 de la Ley de marcas (32). En la SAP Barcelona de 18.3.1991 se hace una referencia extensa a propósito de la cláusula general de orden público del art. 45.5 de la Ley

---

(29) Es interesante comprobar cómo los tribunales españoles y alemanes, hacia 1930, han decidido de modo totalmente opuesto los mismos casos fundándose en disposiciones jurídicas semejantes. Véase Díez Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona 1963, p.189 y ss. En caso de repetidos retrasos en el pago de la renta por el arrendatario, sin que el arrendador hiciera uso de su facultad de resolver el contrato, decidió el Reichsgericht que «el arrendador que durante largo tiempo acepta pagos de la renta efectuados con retraso, sin formular ninguna reserva, si después quiere hacer uso de su facultad de resolución del contrato debe advertírselo previamente al arrendatario». En cambio, el Tribunal Supremo español en 1934 decidió justamente lo contrario.

(30) Sobre la reforma y su incidencia en la renovación del Ordenamiento, Cadarso, *reforma de la Ley y renovación del Ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, ADC 1976, p. 55-84.

(31) STS 20.3.1996, al citar el art. 5 de la LCD; 22.2.1996, relativa al art. 11 LOPJ, la expresión es utilizada por el recurrente, quien copia mi comentario al art. 7.1 CC; 10.7.1995, cláusula general de la equidad. También en SSTs 7 y 20 de marzo de 1996 sobre competencia desleal y STS 3 de febrero de 1997 sobre el art.125.3 de la Ley General de Cooperativas.

(32) SAP Cantabria 12.5.1993, SAP Toledo 4.4.1992, respectivamente. También respecto del art. 1902, SAP Zaragoza 4.3.1996. Otras: SSAP Madrid 24.5.1994 (*exceptio doli*), 15.9.1994, 27.9.1994, 13.12.1994, SAP Pontevedra 21.9.1995, STSJ de Cataluña 17.10.1994.

de arbitraje (33). En las leyes se encuentra la expresión en el sentido al que aquí nos referimos solamente, en lo que se me alcanza, en el art. 5 de la LCD, aparte de en los preámbulos de las leyes de Marcas y de la misma Ley de Competencia desleal. También en la Exposición de Motivos de la LSRL de 1995 (34).

El concepto de cláusulas generales dista mucho de ser claro y ha sido objeto de muchas definiciones. Se definen por contener elementos del supuesto de hecho normativo de gran extensión y escasa intensidad, por tanto serían conceptos con escaso número de características y con gran alcance respecto de los objetos afectados. También de un modo muy destacado se las ha definido así: «Cláusulas generales son disposiciones jurídicas que en relación al contexto normativo contienen conceptos muy generales y/o muy indeterminados, se refieren a supuestos de hecho muy generales o que son muy abstractos». De modo más breve, pero comprensivo de un aspecto muy importante, se ha dicho que son «expresiones de valores porosas y vagas» (35).

En estas definiciones destaca que las cláusulas generales son disposiciones legales a las que les falta precisión. También se dice que contienen, para un ámbito determinado, una directiva que es aplicable a diversas situaciones, sin que, sin

---

(33) SAP Barcelona 18.3.1991 (AC a170/1991, marginal 393): «Séptimo. El orden público, cuya contravención el art. 45.5 convierte en causa de anulación del laudo, ha de entenderse en el sentido amplio de conjunto de principios o directivas que, en cada momento histórico, integran la estructura de un orden jurídico justo según las convicciones de la colectividad, las cuales ha de seguir el legislador al redactar la norma y, en último caso, el Juez al resolver los conflictos, tanto si aparecen positivados por medio de las llamadas normas de orden público, cogentes o inderogables por los particulares, sea la Constitución, norma jerárquicamente suprema –así arts. 14 y siguientes–, sean las leyes ordinarias, como si, afectando a la esencia de la institución de que se trate o al cur (sic) de su tutela jurídica, no lo están pero se obtienen de un proceso de generalización de las normas o de la Jurisprudencia complementaria.

Octavo. La mencionada cláusula general, precepto en blanco o válvula del Ordenamiento, ha de ser integrada y cabe que lo sea con valores o criterios ya amparados por otras normas de la misma Ley, sancionadoras también con la anulación del laudo. Así acontece cuando ésta versa sobre materia respecto de la que las partes no tenían potestad de disposición, por recaer sobre ella intereses ajenos, ya que uno de los valores o principios esenciales de nuestro sistema jurídico, en el orden sustantivo, es el de que el derecho subjetivo sólo se transfiere por voluntad de su titular –*res inter alios facta nec nocet nec prodest id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest...*– y, en el orden procesal, el de que todo debate, judicial o sucedáneo, no puede válidamente ser decidido en el fondo sin dar oportunidad de audiencia a quien ha de resultar directamente afectado por la resolución –*litisconsorcio necesario, interdicción de la indefensión...*–. Aparecen, así, relacionados los conceptos orden público y poder de disposición y a ambos, en relación con la decisión arbitral atacada, va a referirse la Sala exclusivamente, por resultar suficientes para la decisión del litigio.

Se ocupan de la cláusula general del orden público en la Ley de arbitraje bastantes SS de Audiencias Provinciales, por ej.: Alicante 15.6.1993, 23.5.1994; Málaga 25.6.1996; Pontevedra 19.11.1996.

(34) La disposición derogatoria 3.<sup>a</sup> de la Ley de 30.4.1992 de Medidas urgentes de Reforma procesal se titula «cláusula general de derogación».

(35) V. estas definiciones de Haft, Garstka y Kilian en G. Teubner, *Generalklauseln als sozionormative Modell*, en *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden 1978, p. 13 y ss., donde efectúa una apreciación crítica de las mismas.

embargo, determine su necesaria aplicación a un concreto caso de la vida. Pero esta vaga descripción no basta para una definición de las cláusulas generales, porque casi todos los conceptos jurídicos necesitan una cierta ulterior precisión. De esta manera las cláusulas generales no se distinguirían de los conceptos indeterminados ni de las reglas generales (36). En la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, como hemos visto, se llaman cláusulas generales a veces a conceptos indeterminados o a normas generales de remisión. Es en la Ley de competencia desleal donde la expresión cláusula general ha sido utilizada en el sentido del que vamos a tratar en su art. 5, rotulándolo expresamente con esa denominación. En la doctrina alemana se ha utilizado también en ocasiones la expresión en un sentido muy amplio (37).

Como señala R. Weber, las imprecisiones marginales de las normas no son suficientes para considerarlas cláusulas generales. Debe evitarse esta generalización porque de esta manera no se capta el verdadero sentido de las auténticas cláusulas generales. Estas deben considerarse en cuanto normas jurídicas incompletas, medios auxiliares de la metodología con tareas y misiones específicas dentro del marco del Derecho legislado. Por eso debe reservarse el nombre de cláusulas generales para aquellas normas a las que incumbe esta específica función. Deben excluirse de esta consideración aquellas normas que solo tienen una cierta imprecisión en torno a un núcleo bien determinado. Las normas no son cláusulas generales solo por contener algún concepto jurídico indeterminado. Según R. Weber, solo pueden ser definidas como cláusulas generales las disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación en su contenido que además del inevitable ámbito difuso en el llamado *Begriffshof* también carecen de un núcleo de un sentido unívoco claramente comprobable. Esto sucede sin embargo solo por remisión a conceptos extrajurídicos de carácter moral o ético. Como ejemplos relevantes: la buena fe, la moral, las buenas costumbres, equidad, pero también el orden público. La imprecisión aquí no se limita a los lugares periféricos del concepto sino a su mismo núcleo que se hace lingüísticamente inaprensible de modo que la incertidumbre se extiende al concepto en su totalidad. Solo en estos casos aparece adecuado hablar de cláusulas generales.

---

(36) R. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. AcP 192 (1992), p. 516-567.

(37) Véase Rütters, p. 213, donde refiere las opiniones de Hedemann, Engisch y Esser. Hedemann sólo se refirió a tres conceptos elementales: «bonum et aequum», «bona fides» y «exceptio doli» con lo que entendió que quedaba definido aproximadamente lo que quería decir con «cláusulas generales». Engisch, dice Rütters, ve sobre todo las cláusulas generales en su función de instrumentos de la técnica legislativa. Posibilitan una concepción capaz de adaptarse y completa de grandes grupos de situaciones. Según Esser, las cláusulas generales son directivas legales que renuncian a supuestos de hecho fijos o a consecuencias jurídicas determinadas de modo preciso.

Esto significa que una cláusula general no existe solo porque el caso sometido a la decisión no se pueda subsumir directamente en la formulación legal. Las cláusulas generales se caracterizan más bien y precisamente porque sus conceptos están asentados en tal grado de abstracción que ni siquiera un inequívoco núcleo es aprehensible y que sobre el espectro de la norma solo se puede llegar a traducir la disposición para el caso concreto por medio de una decisión valorativa basada en fundamentos éticos y morales (38). De estas cláusulas generales, de las que a partir de ahora solo trataremos, también se ha dicho que mejor se puede sentir su auténtico contenido que describirlo.

Estas cláusulas generales no son por tanto normas jurídicas independientes que puedan ser entendidas por sí mismas, sino figuras metódicas auxiliares del legislador (39).

Las cláusulas generales son disposiciones de la ley, por tanto desde un punto de vista formal, se distinguen claramente de los principios generales que evidentemente no necesitan para serlo estar formulados como tales en la Ley.

Mengoni explica muy bien la distinción entre cláusulas generales y principios generales. Se distinguen, dice, bien se trate de principios axiomáticos o dogmáticos (libertad contractual, *pacta sunt servanda*, principio consensualista, principio de causalidad de las transmisiones patrimoniales) o simplemente máximas de origen teórico (principio de la confianza, *nemo plus iuris*, enriquecimiento injustificado). Los primeros, dice Mengoni, son principios autónomos *principia demonstrandi*, premisas mayores de la deducción en la forma de silogismo apodéctico de reglas de decisión en el ámbito de categorías más o menos amplias de supuestos de hecho; los segundos suministran puntos de vista, bases de partida para argumentaciones del juez en la forma dialéctica de la lógica preferencial. Las cláusulas generales no son ni principios deductivos, ni principios de argumentación dialéctica, si bien imparten al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión: son una técnica de formación judicial de la regla aplicable al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido de un supuesto de hecho abstracto. En este sentido las cláusulas generales son normas incompletas, fragmentos de normas: no tienen un propio supuesto de hecho autónomo, porque están destinadas a concretarse en el ámbito de programas normativos de otras disposiciones. Pone el ejemplo del art. 1175 CC italiano que puede trasladarse al art.1258 CC español que opera en la formación, integración y la ejecución del contrato (40).

---

(38) F. Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, en *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971, distingue los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales, en que en los primeros aparecen en primer plano consideraciones técnico-jurídicas y en las segundas se presentan de modo muy saliente concepciones ético-jurídicas.

(39) Jürgen Schmidt, en *Staudingers Kommentar*, 12.<sup>a</sup> ed, § 242 núm. 155.

(40) Mengoni, Spunti per una teoria delle clausule generali, en *Il principio di buona fede*, Milán 1987 p. 9 y s.

Es verdad que principios generales y cláusulas generales son diversos, pero nada obsta a que un principio se halle formulado a través de una cláusula general como sucede con el de la buena fe. Pero lo importante es que la cláusula general es una disposición legal que remite a valores y que puede considerarse como auxiliar del legislador. Como hemos dicho antes, la jurisprudencia del TS no ha empleado normalmente la expresión cláusula general, lo cual no tendría mayor importancia si solo se tratara de un problema de terminología. Lo importante es que una cláusula general como las de los arts. 7.1 ó 1258, coloca a la buena fe en la jerarquía de las fuentes a la misma altura que la ley y no a altura que se atribuye a los principios generales como supletorios (41).

Las cláusulas generales también se pueden distinguir de los *standards* siempre que se parta de una moderna concepción de aquéllas, conforme a la que ya no cumplen una mera función receptora o de remisión a normas sociales, sino que son mucho más que eso. Bien porque se considere que cumplen además funciones de transformación y delegación en la formación de normas, bien porque se las considere como figuras auxiliares del método jurídico y se destaque su papel en la fundamentación de nuevas normas o nuevos elementos de los supuestos de hecho normativos o en su caso de las consecuencias jurídicas. Teubner explicó muy bien el cambio operado a lo largo del siglo xx en las funciones de las cláusulas generales en el caso concreto de las buenas costumbres, de normas de remisión se transforman en directiva, de normas de aplicación, en normas de creación o normas que contienen una autorización, con lo que se presenta el difícil problema de su distinción respecto del derecho legislado. También recuerda que las teorías americanas sobre los *standards* evolucionan de modo tal que se podría resumir en esta fórmula: El *standard* de las buenas costumbres se transforma en la directiva del buen orden (42). Los *standard* se entienden en un sentido empírico de modo que corresponden a un entendimiento de las cláusulas generales como normas de remisión. Pero si éstas se consideran dotadas de otras funciones, parece claro que no pueden ser confundidas con su mera dimensión empírica (43). Desde la pers-

---

(41) Véase la STS de 5.6.1992 que atribuye al principio de la buena fe contractual un valor supletorio. Aunque Cossío afirma que la excepción general de dolo tiene carácter subsidiario (El dolo en el derecho civil, Madrid 1955, p. 250), también sostiene contundentemente que: Decir que las leyes del derecho positivo deben cumplirse estrictamente, aunque el resultado de tal cumplimiento sea contrario a los principios de la buena fe, es algo tan monstruoso que supone no sólo un insulto a la justicia, sino incluso al legislador, ya que nunca puede suponerse sin ofensa que tal haya sido su voluntad (p. 248). Cossío atribuye a la buena fe una función negativa, correctora de una norma, no la de establecer una norma nueva (p. 247): impide que una norma existente actúe. Desde este punto de vista, que me parece parcialmente exacto, en cuanto atribuye a la buena fe una función correctora de una norma, es claro que la afirmación del carácter subsidiario de la excepción de dolo general no significa en absoluto que la buena fe sólo tenga una función supletoria para llenar lagunas contractuales o legales.

(42) Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Francfort 1971, p. 56 y ss.

(43) Teubner, *Standards*, p. 45 y ss., se ocupa de la posición de Esser y su desenvolvimiento por Strache.

pectiva de la teoría de los sistemas que concibe al Derecho como sistema caracterizado por la llamada autopoiesis, se deben concebir las cláusulas generales por su función reproductora de elementos del sistema y por resolver conflictos con otros subsistemas (44).

En la actualidad, la polémica en torno a las cláusulas generales se centra, superada la cuestión de su conveniencia, fundamentalmente en el método de concreción.

No obstante, desde otro punto de vista, Kaplow ha efectuado un análisis económico del Derecho para establecer la eficiencia de una legislación que utilice reglas casuísticas frente a otra que utilice *standards* (45). Observemos que en el ámbito jurídico anglosajón se habla de *standards* y no de cláusulas generales (46). Se nos dice que una regulación casuística es más costosa de promulgar que una que utilice *standards*, mientras que estos son costosos para los operadores jurídicos, porque requieren ulterior determinación de su contenido. En este análisis se toma en cuenta como factor central, para la determinación de si es preferible la regulación detallada o por *standards*, la frecuencia de la conducta a regular. Si la frecuencia es baja, es preferible la utilización de un *standard*. Por el contrario, si la conducta a regular es frecuente, los costes adicionales de establecer una regulación detallada serán probablemente superados por los ahorros que se obtengan cada vez que la regla se aplique. Las reglas detalladas exigen un considerable esfuerzo de información para determinar el contenido jurídico adecuado, aunque sólo por una vez. Los *standards* por el contrario requieren este esfuerzo a los aplicadores u operadores jurídicos, que deberá hacerse repetidamente, a no ser que el *standard* se transforme en una regla a través del precedente. Y sin consideración a si la aplicación es frecuente, muchos particulares en consideración al comportamiento que está sometido a la ley encontrarán que es más costoso cumplir con el *standard*, porque generalmente es más difícil predecir el resultado de una futura investigación (por el aplicador u operador respecto del contenido jurídico de la norma) que examinar el resultado de una investigación ya realizada en el pasado.

En mi opinión aquí existen algunas afirmaciones que son verdaderas paradojas. En efecto, si se utiliza un *standard* es porque la conducta se puede someter a unos parámetros extraídos de la realidad social en la que deben ser relativamente frecuentes. La cláusula general tiene una dimensión empírica que a veces es de

---

(44) Véase sobre esto las recientes posiciones de Teubner y M. Barcellona, que se exponen *infra*. La expresión autopoiesis fue inventada por el biólogo chileno Maturana y utilizada ampliamente en sus trabajos con el también biólogo chileno Varela. Se ha difundido en la sociología y ha sido asumida por Luhmann y otros en múltiples trabajos. Se han publicado recientemente en castellano trabajos de Luhmann, de 1978 y 1982, bajo el título, Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, Méjico 1997.

(45) L. Kaplow, Rules versus Standards: an economic analysis, en *Duke Law Journal*, 42 (1992), p. 557-629.

(46) La visión anglosajona de éstas la ofrece J. P. Dawson, «The general clauses, viewed from a distance», en *RabelsZ* 41 (1977), p. 441-456.

simple conocimiento, porque constituye la práctica generalizada. Así no puede decirse que sea de difícil conocimiento y que el *standard* valga para los casos en que la conducta es poco frecuente. En realidad suponer que la gente no sepa lo que es una conducta correcta, que se ha definido con arreglo a lo que es normal, es cerrar los ojos a la mayoría de los casos. Sólo puede explicarse en los casos en que se quiera extremar las posibilidades y actuar al límite de las prácticas normales. Para la mayor parte de la gente resultará claro un *standard* precisamente por serlo. Otra cuestión distinta es la dimensión promocional de la cláusula en cuanto quiera modificar prácticas incorrectas y estabilizar las adecuadas en contra de las habituales. También resulta otra cuestión diferente, la dimensión temporal de la cláusula en cuanto pretenda asumir los cambios valorativos que se vayan produciendo.

Es cierto que Kaplow también considera la frecuencia de la conducta que a su vez contiene numerosas variables. Entonces, como la determinación del Derecho para todas las contingencias posibles sería muy cara y la mayor parte del gasto se derrocharía, es preferible esperar a que se produzcan las circunstancias particulares.

### III. CONCRECIÓN O PRECISIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL

La propuesta de Wieacker (47) de precisar el § 242 del BGB por medio de un método de tipificación de casos y sistematización de los mismos bajo el criterio de la función de la cláusula, obtuvo una gran aceptación. Según esta propuesta, la reducción de la inseguridad, que la cláusula general produce, se ha de lograr tipificando los grupos de casos y sistematizándolos. De esta manera se obtienen características que pueden operar como los elementos de los supuestos de hecho de las normas propiamente dichas y por ello permitir fundar adecuadamente las decisiones al facilitarse una subsunción de los casos en los supuestos de hecho tipificados. A su vez los grupos de casos se sistematizan en torno a las funciones de la cláusula a la que, bajo el modelo del *ius honorario* romano, se le asigna la triple función *adiuvandi, supplendi y corrigendi gratia*:

- a) El juez, por una parte, actúa en cumplimiento estricto del Ordenamiento jurídico escrito y en virtud del *officium iudicis* se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado de la regulación.
- b) El juez actúa con mayor libertad y *praeter legem* cuando exige a las partes que en el ejercicio o en defensa de sus derechos se comporten de manera justa. Este es el campo que históricamente ocupaba la *exceptio doli*.

---

(47) Wieacker, El principio de la buena fe, Madrid 1977.

- c) Finalmente la aplicación se realiza *contra legem* mediante la ruptura que de la ley acomete la jurisprudencia 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 (48).

A estos tres apartados les asigna los lemas *officium iudicis*, *exceptio doli* y creación judicial del derecho (49).

Frente a este magnífico intento de superar la vaguedad de la cláusula general del § 242, que obtuvo gran acogida, sin embargo se han formulado varias objeciones.

Primero, en cuanto no logra sus propios objetivos. La precisión a partir de grupos de casos no consigue la suficiente concreción, justamente porque los casos no son suficientemente precisos, esto es, en los nuevos casos difíciles y atípicos la relación con la casuística no proporciona los necesarios criterios de orientación (50). De otra parte la sistematización efectuada no corresponde exactamente a las funciones asignadas. Se observa con razón que la clasificación no se corresponde con su contenido. En efecto, la clasificación no corresponde siempre a las funciones asignadas, porque lo que se considera aplicación *secundum legem* (por ejemplo, deberes de protección en los contratos) es en parte una innovación que puede alterar significativamente la distribución de riesgos que la Ley ha efectuado en la reglamentación dispositiva del contrato. Otras figuras que se construyen en una función *contra legem* pueden y han sido explicadas con referencia a los principios de la autonomía privada (desaparición de la base del negocio) (51).

Estas críticas se refieren más bien a la ejecución de un método, cuyos principios, sin embargo, comparten. Pero Teubner en su crítica va mucho más allá, porque afirma que el método de grupos de casos no toma en serio la verdadera función social de la cláusula general, porque precisamente desconoce que en la indeterminación de las cláusulas está su sentido, de modo que ese método contradice precisamente la función de las cláusulas generales al reducir su indeterminación demasiado precipitadamente (52).

Según este planteamiento, antes que reducir la indeterminación, se debe profundizar en ella, advirtiendo las diversas dimensiones que posee. Desde un punto

---

(48) Wieacker, El principio, p. 51.

(49) Wieacker, El principio, p. 51.

(50) Teubner, Comentario al § 242 núm. 4, en *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Neuwied 1980. R. Weber, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, AcP 192 (1992), p. 516-567, aquí p. 535 y ss.

(51) Teubner, Comentario al § 242, en *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Neuwied 1980.

(52) Teubner, Comentario al § 242 núm. 5, en *Alternativkommentar*.

de vista material, existe indeterminación en cuanto no está predeterminado el tipo de programa que va a realizarse. Éste puede tener lugar desde diversos puntos de vista, uno, por ejemplo, desde el plano de las relaciones individuales, como la imputabilidad personal, la consideración de todas las circunstancias del caso, la equidad, o bien de un modo más abstracto, desde el punto de vista de los papeles que corresponden al individuo en un determinado conjunto (el honrado comerciante, el cuidado exigible, posiciones profesionales). Finalmente, en el marco de las cláusulas generales, pueden ser integradas expectativas en forma de programas de fines para cuya realización todavía es preciso elegir los medios (por ejemplo una competencia funcional). Por último, en un plano muy abstracto de programas de valores, se pueden agrupar expectativas en torno a los principios generales del derecho, valoraciones constitucionales, concepciones de fines políticos (por ejemplo: libertad de conciencia, pluralidad de opiniones, igualdad) (53).

De un modo correlativo se formula la indeterminación de las cláusulas generales en la dimensión temporal. Con lo que se quiere decir que las expectativas construidas en relación con la cláusula general se pueden referir a diferentes perspectivas temporales. La indeterminación afecta también, no sólo al aspecto material, sino a la relación entre la adecuación a la realidad y la permanencia de los modelos externos del Ordenamiento jurídico. La indeterminación en el ámbito temporal es necesariamente una exigencia de la adaptación del Derecho, por ejemplo, de los contratos o de la responsabilidad civil al entorno. En las verdaderas cláusulas generales se combinan aspectos normativos y cognoscitivos de las expectativas a diferencia de las meras reglas de remisión (por ejemplo, a las reglas de la técnica) para conseguir un cierto compromiso entre adecuación al entorno y expectativas de estabilidad y representan un caso de mecanismos opuestos que al mismo tiempo aumentan el rendimiento del sistema. Como ejemplo se citan los casos de los deberes profesionales de médicos, abogados etc. Aquí, por una parte, se adapta el *standard* jurídico al proceder normal y esperado habitualmente en la práctica social y por otro se estabilizan exigencias jurídicas contra la práctica dominante (por ejemplo, se imponen deberes de información). Aquí no existe obviamente ningún método general que establezca el rango entre mecanismos cognoscitivos o normativos o su mezcla óptima, como por el contrario pretende el método normativo del grupo de casos (54).

Finalmente también las cláusulas generales en su dimensión social son indeterminadas en relación a las exigencias de consenso. Esta indeterminación no se elimina, ni en el tipo de una norma de remisión, ni en el de una norma de delegación o autorización. Según el mismo Teubner, mientras que para las demás normas es suficiente y necesario el consenso bastante bien definido constitucional-

---

(53) Teubner, Comentario al § 242 núm. 5, en *Alternativkommentar*.

(54) Teubner, Comentario al § 242 núm. 6-10, en *Alternativkommentar*.

mente del órgano legislativo competente y legitimado democráticamente, aquí queda en el aire qué cualidad debe tener el consenso, qué grupos y en qué medida han de prestar apoyo a la decisión. Las conocidas fórmulas como honrado comerciante, diligente padre de familia, etc., muestran el amplio espectro ante el que se encuentra el juez. Se pueden referir a papeles profesionales, a determinados grupos, a las expectativas de la otra parte contratante, a grupos de referencia, generalmente a las expectativas formalizadas de una profesión, a sus normas informales o finalmente a un modelo de expectativas institucionalizadas en el conjunto de la sociedad. Aunque el plano de este consenso estuviera definido no se sabe tampoco la cualidad ni la medida del mismo. No se sabe si se finge, se presupone, se anticipa, o se decreta. También en esta dimensión, una fijación general de las exigencias del consenso contradice la función de las cláusulas generales. Solo en el proceso de la decisión judicial, se presentará la complicada reciprocidad de las expectativas contractuales, del tráfico, de las metas políticas preferibles y las determinaciones judiciales de las normas (55).

Según Teubner, si se hace así y se toma verdaderamente en cuenta la indeterminación en las tres dimensiones de la estructura de la norma, material, temporal y social, se hacen patentes o visibles abundantes alternativas de concreción.

Con este programa de indeterminación, sostiene Teubner, se hace un mejor servicio a la función social de las cláusulas generales de posibilitar decisiones jurídicas adecuadas socialmente. Pues estas cláusulas generales así flexibilizadas se pueden aplicar de un modo universal para adecuar el Derecho a los cambios sociales y también para, con su ayuda, intervenir activamente en los procesos sociales. Si bien con ello, sostiene Teubner, se dificulta el procedimiento de aplicación del Derecho, porque entonces se presenta agudizado el problema de los criterios de elección.

Nosotros podemos observar cómo el ideal de la codificación está presente en algunos planteamientos sobre las cláusulas generales. Este ideal se caracteriza por la pretensión de plenitud de la regulación. Trasladando este ideal al método de los grupos de casos se puede obtener una cierta seguridad en la decisión. Pero el mismo ideal de exhaustividad puede provocar decisiones insatisfactorias por no captar la indeterminación inmanente a las cláusulas generales. Así, por ejemplo, el TS cuando en S. 16.12.1985 no aplica el art. 1258 a las cartas de patrocinio, porque, entre otras razones, entiende que no al no tratarse de un contrato no procede la aplicación de la cláusula general de la buena fe (56). Esto es el reflejo de la aplicación del método de la subsunción que subyace en el método de la formación de casos para la obtención de características susceptibles de reemplazar a los

---

(55) Teubner, Comentario al § 242 núm. 11, en *Alternativkommentar*.

(56) Ya en 1955, Cossío había propugnado una amplia aplicación del art. 1258 mucho más allá de las obligaciones contractuales (El dolo, p. 247 y s.), cuando todavía no existía el actual art. 7.

elementos del supuesto de hecho normativos y que proporciona aquí la base para un argumento a contrario.

La objeción debe dirigirse por tanto y necesariamente a un método de formación de grupos de casos que pretenda tener carácter exhaustivo. También en cuanto, desde el principio, ciña su tarea a eliminar la indeterminación de la cláusula general, sin profundizar en ella y en sus múltiples posibilidades. En la medida en que se reconozca la subsistencia de la indeterminación, la sistematización de las decisiones producidas con apoyo en las cláusulas generales tiene una indudable utilidad para su recepción posterior en una ley especial en cada uno de los campos afectados. Esta función de canalización de las soluciones desde la práctica judicial al Derecho legislado es frecuente en los campos de nuevas leyes. Por otra parte, en ellas pueden coexistir la cláusula general y supuestos concretos que se consideran desarrollo de la misma. Por poner dos ejemplos: la LCU contiene en su art. 10 junto a la cláusula general de buena fe y equivalencia de las prestaciones una concreción de la misma en una serie de supuestos de hecho normativos. También la Ley de competencia desleal además de la cláusula general del art. 5 contiene un elenco bastante amplio de actos concretos de competencia desleal.

El problema que puede suscitar esta coexistencia de cláusulas generales con supuestos concretos bien sistematizados doctrinalmente, bien legalmente como en el caso de las dos leyes citadas, es que se imponga un criterio de exigencia extraído más bien de los supuestos concretos que de la cláusula general. Esto puede ser perjudicial, si por ejemplo en la Ley de protección de los consumidores la pauta la marcan los supuestos concretos, porque contienen casos de condiciones muy claramente perjudiciales para el consumidor. Así, por ejemplo, la doctrina del TS sobre la condición general de sometimiento a fuero procesal distinto del legal, ha admitido la validez de la condición general, con razonamientos que no han utilizado para nada la cláusula general de la buena fe y el equilibrio de las contraprestaciones. Ésta imponía seguramente, como así se desprende de la posterior Directiva comunitaria, considerar nula a la condición. Algunas sentencias del TS han variado después su doctrina en atención a la Directiva, todavía no transpuesta y en aquel momento todavía en plazo para su transposición. Esto puede aleccionar sobre la necesidad de que el papel de los jueces debe asumir más responsabilidad y que el peligro de la arbitrariedad no está solo en un abuso de las cláusulas generales, sino precisamente también en la omisión de su utilización.

Por otra parte, las cláusulas generales contenidas en leyes especiales deben concretarse en función de la finalidad de la Ley en la que se insertan y esta finalidad puede determinar su sentido y la medida de la relación de la cláusula con los supuestos de hecho previstos por la misma Ley. Así mientras en la Ley General de Protección de los Consumidores y Usuarios, la cláusula general de la buena fe y equilibrio de las contraprestaciones debe medirse por criterios más rigurosos que los supuestos concretos desenvueltos por la Ley, porque su finalidad es la protec-

ción del consumidor, frente a las condiciones abusivas, y también impedir la competencia desleal a través de condiciones generales perjudiciales, en la Ley de competencia desleal, la cláusula general seguramente debe interpretarse en sentido menos riguroso que los supuestos concretos, porque la finalidad de la ley es promover la competencia y también de rebote a los consumidores, a los que también se les protege con la libre competencia. Es decir, que por una parte lo que se reprime con la cláusula general en un caso son condiciones abusivas, que deben ser juzgadas con rigor, para proteger a los consumidores y también a la competencia; y en otro caso se reprimen prácticas concurrenciales que no deben ser excesivamente limitadas para no perjudicar precisamente a la libertad de la competencia y a los mismos consumidores. Aquí puede comprobarse cómo la cláusula general de la buena fe depende en su concreción de programas de política legislativa determinados en cada ámbito del Ordenamiento y que su significado puede ser distinto.

La cláusula general opera, por tanto, al servicio no solo de unos valores materiales como por ejemplo honradez, lealtad para la protección de la confianza, sino también como instrumento de aplicación del Derecho al servicio de finalidades específicas de los diversos sectores del Ordenamiento.

Más recientemente R. Weber ha insistido en la crítica al método de los grupos de casos (57). La crítica de este autor puede resumirse así (58):

1. Los grupos de casos no se forman desde la cláusula a concretar, sino desde los casos resueltos.
2. El método del grupo de casos es necesariamente incompleto y falla precisamente en los casos críticos con nuevas constelaciones de problemas.
3. Contradice el principio de la separación de poderes, en cuanto atribuye a la jurisprudencia un papel que sólo corresponde al legislador.
4. Produce el peligro de un positivismo jurisprudencial.
5. Desconoce la función de las cláusulas generales de aligerar al Derecho legislado de los casos especiales atípicos.

En alguna medida esta crítica coincide con la expuesta por G. Teubner. R. Weber insiste en que a través de la creación de grupos de casos se intenta obtener normas utilizables por la vía de la subsunción y reconducirlas así al clásico método de aplicación del Derecho. Con ello, dice Weber, se pretende conjurar el peligro denunciado por Hedemann. Pero, a su juicio, si la indeterminación de las cláusulas preocupaba entonces a los juristas todavía anclados en los presupuestos

---

(57) R. Weber, AcP 1992, p. 535 y ss. Sobre esta crítica véase T. Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten?, AcP 194 (1994), p. 105-176, en p. 133 resume los citados puntos de la crítica de R. Weber.

(58) R. Weber, AcP 1992, p. 565 y s. V. también Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten?, AcP 194 (1994) p. 105-176, aquí p. 133.

de la Ilustración, lo que hoy debe considerarse como un peligro es la disminución del espacio libre dejado a las cláusulas generales, disminución que se produce por la amplia concreción de las mismas. En este desplazamiento de las cláusulas generales hacia normas determinadas se va dejando poco espacio libre para las constelaciones atípicas y con ello se va relegando a la penumbra a la justicia del caso concreto (59).

La crítica de Weber ha sido contestada por A. Beater y por T. Mayer-Maly. Según el primero, la finalidad de las cláusulas generales no se limita a complementar al Derecho abstracto que generaliza y descuida las particularidades atípicas. Sirven también para desarrollar el Derecho y acomodarlo a las condiciones cambiantes. El legislador no está en situación de atender a novedades sensibles, que surgen poco a poco, y cortaría merced a su hiperactividad importantes posibilidades de evolución. Por ello es imprescindible llenar las cláusulas generales mediante la formación de grupos de casos. Sólo así pueden desarrollarse y evolucionar satisfactoriamente las regulaciones jurídicas. Esta cooperación entre la judicatura y el legislador es razonable y ha dado buenos resultados en el pasado. Las leyes precipitadas no benefician a nadie. Los grupos de casos en cambio proporcionan al juez valiosas ayudas para la decisión. Garantizan la seguridad jurídica y no excluyen decisiones justas de los casos concretos (60).

Por su parte, Mayer-Maly (61) entiende que de la crítica de Weber sólo es convincente la cuarta razón, esto es, la existencia del peligro de un positivismo jurisprudencial. Ese peligro, sostiene Mayer-Maly, existe realmente, pero también sin el método de formación de casos. A juicio de Mayer-Maly el ideal de la Codificación no puede darse por abandonado, como lo demuestra el nuevo Código civil holandés, y, por otra parte, la formación de grupos de casos persigue precisamente combinar el tratamiento de lo empírico con lo sistemático. Tampoco comparte la tesis de Weber según la cual el método de formación de grupos de casos constituye una extralimitación de la competencia para crear Derecho. Este método no se desenvuelve regularmente por los Tribunales, sino por la ciencia del Derecho y es a veces aceptado por éstos. La separación de poderes no resulta atacada por el intento de ordenar mediante características genéricas las distintas decisiones que concretan los conceptos legales. En lo que están de acuerdo ambos autores es en el peligro de un positivismo jurisprudencial. Mayer-Maly observa que tanto en el ámbito de los estudios, como de la literatura jurídica práctica, se antepone las exposiciones de sentencias a las verdaderas fuentes del Derecho. Ahora bien, afirma con razón que tal cosa sucede tanto donde hay cláusulas generales y método de formación de grupos de casos como donde no hay ni unas ni

---

(59) R. Weber, AcP 1992.

(60) A. Beater, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), p. 82-89, p. 89.

(61) Mayer-Maly, Was leisten, p. 133.

otro. Finalmente, contra la quinta tesis de Weber, Mayer-Maly opone que ni la cláusula general de la ley sobre la competencia desleal, ni la de la buena fe en los párrafos 157 y 242 rigen sólo en los casos atípicos, sino en primera línea en los casos normales.

Debe tenerse en cuenta que en los ámbitos en los que no existe Derecho legislado o en los que éste exista bajo la forma de cláusulas generales, la posible debilitación del sometimiento a la ley de ninguna manera puede confundirse con la imposibilidad o lo innecesario de estructuras de fundamentación deductivas. Por el contrario, afirma Damm, para asegurar todo lo posible la más amplia fundamentación deductiva de las decisiones precisamente en caso de esa vinculación debilitada a la ley, hay que reforzar la necesaria formación de premisas y la vinculación del juez a premisas (62).

Toda la discusión sobre las cláusulas generales pone en tela de juicio cuestiones básicas de toda índole. Ante todo, queda muy claro que la pretensión de considerar al Derecho como un conjunto de normas ya formuladas y predisuestas de antemano para decidir con plenitud cualquier cuestión, es una idea que debe abandonarse. Considerar que de otro modo peligra el principio de separación de poderes, significa ignorar que las leyes nunca han sido completas y que siempre han necesitado de ayudas, complementos y correcciones (63). Se ha afirmado que la Ley debe asumir una función de planificación estratégica y no debe confiar esta función a los Tribunales, mientras que éstos deben dar la batalla sobre el terreno con cierta libertad táctica (64). No obstante, en ocasiones los Tribunales se enfrentan a difíciles cuestiones que el legislador no ha abordado, aunque debería haberlo hecho, y que exigen una respuesta ineludible de los Tribunales (65). Como se ha dicho no pueden ser compatibles al mismo tiempo: la doctrina de la separación de poderes, la prohibición de la denegación de justicia y la insuficiencia de la ley. Con razón decía Radbruch que uno de estos tres puntos debe ceder (66).

La vinculación del juez no es a la ley entendida de una manera rígida o en una sola dimensión, sino entendida como un todo dotado de sentido dentro de su propio contexto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto y del sistema social al que

---

(62) Damm, *Alternativkommentar I, Allgemeiner Teil*, Neuwied 1987, Einleitung núm. 84.

(63) En este sentido es sumamente ilustrativo el discurso de Portalis de 23 de febrero de 1803 en el que presenta el Proyecto definitivo de Código civil al Cuerpo legislativo y su comentario por Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe 1962, p. 60 y ss.

(64) Véase sobre este enfoque, A. Meier-Hayoz, *Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts*, *JZ* 1981, p. 417-423.

(65) Por ejemplo, las SSTs sobre transexualidad, en las que se acude a la idea de la ficción de un modo metodológicamente discutible, pero en decisión materialmente adecuada.

(66) Radbruch, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 22, p. 359, citado por Meier-Hayoz, *Strategische*, p. 418.

se debe y para el que ha establecido sus previsiones, sin perder de vista la dimensión temporal que posee.

En nuestro Derecho un conflicto surgido de circunstancias semejantes aunque diversas a la polémica sobre la revalorización de las obligaciones en Alemania, es resuelto de forma semejante recurriendo a las cláusulas generales de la buena fe y el abuso del derecho. Se trata de la obligación impuesta a los arrendadores de realizar obras de conservación en los supuestos de arrendamientos con rentas ínfimas por su congelación y antigüedad. La corrección que del tenor literal de la ley se realiza por la jurisprudencia de las Audiencias, al descargar, en esos casos, al arrendador de esta obligación, encuentra toda su justificación en las cláusulas generales de la buena fe y el abuso del derecho. Resulta muy aleccionadora la acumulación de razones y argumentos, que se produce en las sentencias de las Audiencias, dirigidos todos ellos a corregir la norma que impone al arrendador realizar las obras necesarias para mantener la cosa conforme al uso pactado. El juez ha tenido que asumir aquí las responsabilidades que ni el legislativo, ni el ejecutivo, que estaba autorizado a determinar los porcentajes de incremento de la renta, no habían asumido por razones obvias de popularidad. Considerar que el juez se extralimita en su función de administrar justicia, porque corrige un precepto legal por medio de una cláusula general, sería un verdadero sarcasmo. La cláusula general está precisamente para eso (67).

---

(67) Véase como ejemplo la SAP Ciudad Real de 19.11.1993, coincidente sustancialmente con otras de Audiencias Provinciales: «Segundo. Esta Audiencia se ha pronunciado sobre estas materias, en unas ocasiones obligando al propietario a realizar las obras de conservación, otras, más frecuentes, permitiendo al arrendatario, consciente de su privilegiada situación contractual a realizarlas por su cuenta, y si bien la segunda de las soluciones sigue pareciendo justa y oportuna, conviene revisar aquella por el peligro de incurrir, de hacer una interpretación literal de la Ley –arts. 1.554 del Código Civil, 107 y 110 de la Ley de Arrendamientos Urbanos– en una verdadera injusticia. Por ello es preciso principiar la resolución de este asunto recordando presupuestos tan pacíficos como que el Derecho debe interpretarse y en consecuencia aplicarse según las normas de la buena fe –arts. 7.1 del Código Civil y 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos–, y que debe atenderse a la realidad social del tiempo en que se aplica –art. 3.1 del Código Civil–. También resulta oportuna la referencia a los principios generales del Derecho, por su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico –art. 1.4 del Código Civil–, y entre estos principios se encuentra, de manera incontrastable, el de equivalencia en las prestaciones, propio del sistema económico capitalista y de propiedad privada vigente en la sociedad occidental desde hace siglos...

Cuarto. La desaparición de la base del negocio o alteración de la cláusula rebus debe tener importantes consecuencias para enjuiciar el presente caso desde el principio de la buena fe, por lo que todo lo expuesto anteriormente nos lleva a hacer una interpretación correctora de la norma que impone al arrendador mantener la cosa en buen uso, integrándola en el resto de las obligaciones que competen a una y otra parte, y de la misma manera que el uno no puede acomodar el contravalor al tiempo presente ni tampoco dar por concluso el contrato, por las mismas razones no se le puede exigir que haga una considerable aportación económica de su propio peculio fuera por completo de cualquier expectativa contractual en beneficio exclusivo de quien no le corresponde con una contraprestación ni aproximada. En verdad, de seguir el criterio de la sentencia, que es por cierto el seguido por esta Sala hasta el presente replanteamiento se produciría al arrendador aquella *lesio enormis* proscrita por el Derecho Romano y el Canónico, olvidada por el exacerbado individualismo de la

Así puede decirse que las decisiones que invocan cláusulas generales, en muchas ocasiones, sólo desde una determinada visión de la ley, parece que van en contra de la vinculación del juez a la ley. Las decisiones que se apoyan en ellas no van contra la ley, porque las cláusulas generales son disposiciones de la ley. Pero más que esta simple afirmación puede convencer la postura que las concibe como instrumentos metodológicos que la ley misma ofrece al juez. No se trata de normas de remisión a otras normas de carácter extrajurídico, ni siquiera de autorizaciones a modo de directiva para hallar la norma del caso. Son más bien fórmulas vacías de contenido normativo propio que van a operar sobre otras normas para completarlas o incluso corregirlas.

Un juez no actúa en contra de la ley por usar de las cláusulas generales en contra del texto legal si responde al sentido de la ley en ese contexto. Por el contrario existen muchas doctrinas jurisprudenciales creadas al margen de cláusulas generales y que aparecen con escasa justificación. En muchas ocasiones la podrían encontrar en las cláusulas generales que, no debe olvidarse, como tales, son instrumentos que la misma ley ha previsto. Lo que no debe perderse de vista es que las cláusulas generales no proporcionan una fundamentación de la decisión sólo por su mención; es preciso que sea reconocible al menos implícitamente la norma del caso que el juez ha hallado y conforme a la cual ha decidido.

Esto es especialmente importante en el control de la actividad de los tribunales inferiores por el TS (68). Una decisión que sólo cite la cláusula general y no formule de alguna manera la regla de su decisión difícilmente se podrá atacar en casación, donde lo más probable es que se afirme que, por ejemplo, la buena fe es cuestión de hecho o un concepto apreciable por el juez de instancia. Incluso que como principio general tiene una función supletoria.

En definitiva puede decirse que las cláusulas generales constituyen un instrumento indispensable para el progreso del Derecho y para que su aplicación responda a las exigencias de justicia que la sociedad reclama.

La lucha por el Derecho mediante las cláusulas generales se produce de manera constante a través de las convicciones de la sociedad y de su afirmación permanente en la realidad jurídica.

Pero la creación jurisprudencial del Derecho se produce no solamente como es obvio a través de cláusulas generales. En ocasiones el TS se parece más bien al Pretor romano al utilizar para justificar sus decisiones una ficción. Pero no parece que nuestro sistema de fuentes consienta tal tipo de fundamentaciones. Recuér-

---

época de nuestros Códigos y que ahora, en un Estado democrático y social de derecho, urge resucitar haciendo uso de la equidad, sólo permisible –art. 3.2 del Código Civil– cuando tenga una base legal, que en este caso encontramos en el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que proscribire de manera genérica y para todo su ámbito el abuso de derecho».

(68) Sobre este tema véase Roselli, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Nápoles 1983.

dense las SSTs sobre la transexualidad: 2.7.87; 15.7.88; 3.3.89; 19.4.91. Mientras que la segunda argumenta mediante el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, la primera sorprende por su argumentación basada en la utilización del expediente de la ficción, que también es utilizado por la tercera, pero en menor medida (69).

Por otra parte, en ocasiones el recurso a las cláusulas generales parece totalmente innecesario. Así, por ejemplo, en la SAP Salamanca 16.1.1995 se considera contrario a las buenas costumbres un contrato de arrendamiento rústico celebrado con posterioridad a la hipoteca de la finca con ánimo de perjudicar al acreedor hipotecario. Pero un arrendamiento rústico posterior a la hipoteca, no debe prevalecer sobre ella, porque precisamente el acreedor hipotecario tiene derecho a que se enajene la finca en el estado jurídico en que se hallaba al ser hipotecada. Para que esto no sea así y el adquirente deba respetar el arrendamiento, es necesario un precepto que lo establezca. Nada de eso sucede en el caso de los arrendamientos rústicos, por lo que no es necesario acudir a las buenas costumbres para decidir que el arrendatario debe ceder ante el tercer adquirente (70).

---

(69) Véase el comentario de Gordillo, en *Ley, Principios generales y Constitución*, Madrid 1990. Según la STS 2.7.1987: «Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también extiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por la experiencia; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en qué apoyarse. Así, y solamente en el ordenamiento jurídico privado, cabría recordar los supuestos de ficción establecidos en los arts. 29, 124, 357, 440 y 446 del Código Civil». Ahora bien esos arts. son arts. de la Ley y no construcciones doctrinales o jurisprudenciales. Con esto el TS se equipara a la Ley. Nadie, en lo que se me alcanza, ha pensado que el juez en un sistema que le impone sometimiento a la ley pueda crear Derecho mediante ficciones. La analogía sobra. Quiero decir: ¿para qué cavilar sobre los requisitos de la analogía, si mediante una ficción podemos equiparar lo que queremos? En realidad el TS sólo establece la igualdad del transexual a efectos registrales de cambio de nombre y constancia del sexo, pero no de matrimonio. Para ello hubiera bastado operar con la *ratio* de las normas correspondientes para establecer la analogía en lo relativo a la identificación de la persona. «Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo». Aquí el TS argumenta por analogía más que por ficción, pero sin mencionar la *ratio* de las normas sobre el nombre y el sexo en su función de identificación de la persona.

(70) El arrendatario sucumbe ante el tercero simplemente por ser posterior y no por ser malo. Creer que los derechos adquiridos ceden ante la mera ignorancia ajena significa privarles de su esencia. La SAP Salamanca ha efectuado un largo razonamiento para llegar a un resultado que le ofrecía ya la correcta aplicación de las normas vigentes. En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Salamanca acude a una argumentación absolutamente innecesaria, porque mucho más simplemente se podía decir que el derecho (no el contrato) de los arrendatarios no podía ser opuesto al acreedor hipotecario y que éste prevalece. Si el contrato de arrendamiento es válido o no es otro problema que no nos importa para decidir si el adjudicatario (causahabiente en cierto sentido del acreedor hipotecario... al menos en cuan-

Por el contrario, ejemplo muy claro de desarrollo judicial del Derecho digno de aplauso, es la exigencia de buena fe en el adquirente que primero inscribe en el Registro en caso de doble venta, lo que va en contra de la letra del artículo 1.473.2 CC y del artículo 32 LH. Este desarrollo se produce desde la STS de 13 de mayo de 1908, y después existen otras muchas: 31 de octubre de 1929 (sería opuesto a las leyes de la moral y daría nacimiento a que pudiera declararse la existencia de una causa ilícita), 11-2-46, 23-6-51, 11-5-54, 24-1-57, 12-4-57, 27-5-59, 30-1-60, 25-5-65, 30-11-67, 24-1-69 (por imperativos de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía precisamente con el significado y el alcance del Registro en nuestro ordenamiento), 31-12-1969, 30-4-1974. Es muy claro que el artículo 1.473.2 CC, como el artículo 32 LH, no requieren buena fe, porque siguen de cerca el modelo de sanción del título no inscrito en conexión con una concepción llamada latina de la publicidad. Sin embargo, este modelo ya fue negado desde antiguo y hoy puede considerarse absolutamente consolidada la jurisprudencia y la doctrina que exigen buena fe en ambos preceptos (71).

---

to es el acreedor hipotecario el que pone en marcha la ejecución y en virtud de su derecho se enajena la finca bajo el presupuesto obviamente de que el ejecutado fuera propietario de los bienes al tiempo de la constitución de la hipoteca o en otro caso el acreedor haya adquirido *a non domino* el derecho real de hipoteca) es preferido o no al arrendatario en el disfrute de la finca. No sé si es por dificultades técnicas por lo que esta solución no se comprende o si se acude a las buenas costumbres porque es algo mucho más inmediato y que parece va a ser mejor aceptado. Desde esta perspectiva, los arrendatarios sucumben porque son malos, no porque simplemente sean posteriores al acreedor hipotecario. No se entiende, por algunos, que la prioridad en la adquisición de derechos sobre una cosa (eso es la hipoteca, un derecho real, a pesar de todas las discusiones sobre su naturaleza) significa mucho más allá de todo formalismo *que ya se tiene un derecho* sobre la cosa cuando el otro llega después y que por tanto si este prevalece le quita al otro un derecho ya adquirido. Por tanto cuando alguien arrienda una finca hipotecada y pretende imponerse al adjudicatario está privando de un derecho al acreedor hipotecario, porque si el arrendamiento ha de ser respetado por el adquirente se disminuye el contenido del derecho que se transmite.

En cualquier caso se trata de una colisión de derechos cuya solución no requiere que el contrato de arrendamiento sea nulo o se extinga por la ejecución. No es necesario decir que el contrato de arrendamiento es nulo, sino simplemente que el derecho que de él nace no se puede oponer al adjudicatario, bien porque es personal y por tanto se dirige sólo contra el otro contratante (arrendador) bien porque si decimos que es real entonces no cabe duda de que se purga o no es oponible. En esta jurisprudencia se pone de manifiesto la inconsistencia conceptual de las fundamentaciones, porque resulta de ellas que el arrendamiento prevalece frente a un derecho real por ser precisamente un derecho personal (?), porque si fuera real sucumbiría en la colisión por ser posterior. Esto no es más que el resultado de escamotear que un derecho personal se hace valer frente al otro contratante, pero no frente a terceros. Los arrendamientos sólo pueden prevalecer sobre hipotecas *anteriores*, porque así lo decida el legislador en atención a otros valores constitucionales, como es proteger el derecho a una vivienda, delimitando la propiedad, y, en este caso, la hipoteca, por su función social.

(71) Es interesante comprobar cómo en Italia la Corte de Casación, dice Mengoni (*Spunti* p. 11), se muestra inclinada a considerar al art. 2.043, equivalente a nuestro art. 1.902, como cláusula general porque lo aplica para establecer que incurre en responsabilidad por hecho ilícito, el segundo adquirente de un inmueble, que, conociendo en el momento de la adquisición la enajenación anterior, transcribe primero su propio título, frustrando el derecho del primer adquirente. La Corte de Casación, dice Mengoni, reputa evidentemente cláusula general al art. 2.043 y lo concreta en el ámbito del art. 2.644 otorgando relevancia jurídica (a efectos de la responsabilidad extracontractual) a un dato de hecho, la mala fe del segundo adquirente, que sería irrelevante conforme al texto del artículo.

No es posible ignorar los fundamentos políticos, sociales, económicos, y morales del Derecho. No obstante, la autonomía y la complejidad del sistema, no permiten entender que las decisiones jurídicas se puedan tomar directamente de la política, de la economía o de los valores ético-sociales. *Dura lex, sed lex*, puede expresar muy bien los problemas de la relevancia de los factores citados. Dichos factores no son menos equívocos e indeterminados que las reglas jurídicas y por supuesto están expuestos a muy diversas percepciones.

En una sociedad cada día más informada y diferenciada, no aguantarían mucho tiempo decisiones tomadas según factores que cada cual entiende de manera diversa y según valores con un rango absolutamente variable para cada cual.

La idea de la pretensión de corrección del Derecho y la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, cualquiera que sea el material normativo del que dispongan, es seguramente básica para explicar la necesidad de las cláusulas generales (72).

La idea según la que las cláusulas generales producen inseguridad, debe considerarse muy relativa. En algunas ocasiones su utilización no hace más que reforzar la ideología dominante. En realidad en épocas de totalitarismo ideológico, las cláusulas generales refuerzan el sentido político del OJ y su aplicación lleva a decisiones perfectamente previsibles, aunque sean rechazables. No producen tanta inseguridad e incertidumbre como injusticia, porque son aplicadas en un sentido político que instrumentaliza el Derecho para sus fines.

Pero aún en sociedades pluralistas, las cláusulas generales también pueden contribuir poderosamente a reforzar el sentido de la ley en favor de la ideología dominante. En definitiva, el problema de la inseguridad puede suscitarse sobre todo en épocas de cambios de valores y por la acción de jueces especialmente sensibles a estos cambios, que incluso pueden aparecer como adelantados a su tiempo. Pero más debe reprocharse la insensibilidad a los valores constitucionales y la incapacidad para ver su operatividad en el caso concreto a través de las cláusulas generales y encontrar a partir de ellos la norma que explícitamente fundamenta la decisión.

Podríamos entender que las cláusulas generales son la manifestación más clara de la necesidad de cada sociedad de hacer presente en la esfera del Derecho sus relaciones de poder que se reflejan en su especial política acerca de la verdad. No basta la labor expresa de la ley, es necesario que nada escape a esa política acerca de la verdad. La red urdida por las relaciones de poder se hace omnipresente.

Las cláusulas generales muestran que siempre los diversos ordenamientos han estado y están abiertos a la realidad social, al entorno: son especialmente importantes cuando las reglas del sistema conservan una impronta anticuada o contra-

---

(72) Sobre la pretensión de corrección del Derecho, v. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México 1993.

dictoria con los nuevos valores. Pero al margen de esto, son imprescindibles para completar y flexibilizar el sistema. Más aún puede decirse que son mecanismos que contribuyen a la reproducción de los elementos del sistema y por tanto a mantenerlo vivo.

Recientemente Teubner (73) considera las cláusulas generales del Derecho Privado como ejemplo paradigmático de reglas de colisión en acción. Para ello considera importante su alto grado de indeterminación, que las hace especialmente capaces de asumir este papel. El modo en el que las cláusulas generales han conseguido su reputación, dice, es un ejemplo estupendo de «materialización» del Derecho Privado. Pero, a juicio de Teubner, sería demasiado estrecho ver la «materialización» del Derecho privado como un proceso de intervencionismo estatal para compensar los fallos del mercado. Más bien aquí se trata, según este autor, de un intento de utilizar los recursos de la ley para resolver problemas que surgen de un alto grado de diferenciación funcional dentro de la sociedad. Materialización en este sentido significa, para Teubner, hacer visibles las dependencias de las expectativas contractuales respecto de una variedad de expectativas sociales no contractuales, incluyendo las intervenciones estatales, y su coordinación con el contrato. Aquí la ley, entiende Teubner, no es aplicada formalmente en el sentido de que ella determina qué subsistema social ha de ser usado para resolver el problema, sino materialmente en el sentido de que normas legales sustantivas son desarrolladas para tratar la colisión entre subsistemas funcionales.

Teubner considera a las cláusulas generales como una regla de conflicto o colisión que se refiere a tres niveles de formación del sistema como un modo de equilibrar sus demandas contradictorias.

La función contemporánea de las cláusulas generales, según Teubner, consiste en una intervención *ad hoc* para resolver conflictos entre sistemas que desde el punto de vista del Derecho de los contratos aparecen como contingentes y así no sometidos a reglas generales y formales.

---

(73) TEUBNER, *Law as an Autopoietic system*, Oxford 1993, pp. 115 y ss. También es de interés a nuestro objeto otro trabajo de Teubner, *Il diritto soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica «costruttivista»*. RCDP 1990, pp. 287 y ss. donde sostiene: «1) La percepción de la realidad advertida por el Derecho no puede considerarse como correspondiente efectivamente a una realidad social externa. Más bien es el Derecho, como sujeto epistémico autónomo, el que reconstruye una propia realidad social. 2) No son los individuos singulares, los que a través de su comportamiento intencional, los que crean el Derecho como producto cultural. Viceversa, es el Derecho como proceso comunicativo el que mediante sus operaciones jurídicas hace entrar en escena a los seres humanos como construcciones semánticas. 3) Dado que la sociedad moderna resulta caracterizada de un lado por la fragmentación en diversos subsistemas, y por otro por su recíproca interferencia, el análisis jurídico permanece prisionero de una trampa epistémica. La simultánea dependencia e independencia de otras formas de comunicación es la razón por la que el derecho moderno oscila permanentemente entre posiciones de autonomía epistémica y posiciones de heteronomía». Sobre la teoría sistémica del Derecho, véase el interesante estudio de Evaristo Prieto Navarro, *El Derecho y la moderna teoría de sistemas*, de próxima publicación y que el autor me ha facilitado amablemente.

En el nivel de la interacción, las cláusulas generales se refieren a expectativas informales sobre la conducta, pero en el caso de fallos de la interacción, los propósitos objetivos del contrato son definidos por los jueces. Igualmente en el nivel institucional, cuando hay un fallo del mercado, la asunción de la ética del comercio y los usos del tráfico es sustituida por la formulación de deberes de información y *standards* profesionales. Finalmente en el nivel social, las cláusulas generales se refieren a políticas del derecho que se han hecho vinculantes en normas legales. En el caso de una crisis de los mecanismos políticos, se deja a los jueces decidir cómo hay que definir la política general (74).

También Mario Barcellona (75), desde la perspectiva de la llamada autopoiesis normativa, cuestiona la tradicional concepción de las cláusulas generales. La naturaleza autoreferencial del Derecho moderno reside ante todo en la autonomía

---

(74) TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, pp. 115 y ss. en pp. 119 y ss. se expresa del siguiente modo: «En el nivel de la interacción tratamos de los conflictos entre el consentimiento contractual tal como se define legalmente y las normas que derivan de las expectativas informales de las partes. Complementariedad y reciprocidad de expectativas y la exigencia de coherencia en la conducta son mecanismos esenciales para la formación de normas con influencia para la determinación legal de las obligaciones contractuales.

En el nivel institucional se trata de conflictos entre contrato e instituciones sociales como el mercado y las otras organizaciones. Los contratos están incrustados en un contexto institucional más amplio. Esto da lugar a coacciones estructurales que el Derecho de los contratos debe tener en cuenta. Al imponer obligaciones adicionales y limitar derechos, las cláusulas generales actúan como una regla de conflicto respecto de las relaciones externas de los contratos que no pueden ser tratadas por el derecho contractual o de daños clásicos. La indeterminación de las cláusulas generales puede ser reducida de los siguientes modos. En la dimensión social, la referencia a los *standards* sociales de la moralidad comercial es sustituida por la formulación de directivas legales. Cuando la judicatura diagnostica un fallo del mercado, se sigue que los *standards* meramente comerciales que tienen por función complementar el mercado ya no son aceptados más. Entonces las instancias legales, y no los intereses comerciales, determinan las exigencias del consenso. Esto trae consigo un cambio en el nivel de generalización, en la dimensión material.

Los conflictos entre el contrato y otras esferas sociales aparecen en el nivel social. Se entiende por otras esferas sociales, otros sistemas funcionales como la política, la economía, la familia, la cultura, y la religión. El contrato privado está entretelado entre éstos de una manera compleja. Tanto como su función se hace cada vez más diferenciada, así se hace cada vez más autónomo. Al mismo tiempo, sin embargo, se hacen cada vez más interdependientes. La mayoría se regulan a sí mismos, la mayoría están recorridos por conflictos, contradicciones y tensiones. Esto tiene un impacto obviamente en los sistemas contractuales. Los contratos, definiendo normativamente cuáles son los riesgos para el futuro, estabilizan las tensiones causadas por su interdependencia. Funcionan como islas de estabilidad en medio de aguas turbulentas. Sin embargo, hasta un punto determinado, las perturbaciones del entorno dejan de ser aceptables y son necesarios mecanismos de ajuste para resolver los conflictos entre las regulaciones contractuales y sus entornos sociales. La prioridad ilimitada del consenso individual entre las partes no puede ser mantenida a toda costa, cuando se está tratando de materias de la conciencia individual, prohibiciones religiosas estrictas, regulaciones políticas o controles económicos. La cláusula general es particularmente adecuada para reconciliar los entornos sociales inestables con constantes exigencias cambiantes y contradictorias, a causa de su alto grado de indeterminación».

(75) *L'interpretazione del diritto como autoriproduzione del sistema giuridico*, RCDP 1991, p. 3-132.

con la que el sistema jurídico reestructura los problemas sociales. En su transposición al sistema jurídico, los conflictos y los problemas sociales son artificialmente reconstruidos y reestructurados autónomamente. En esta reestructuración el sistema jurídico se sirve a menudo del lenguaje de los otros subsistemas y de sus ciencias, pero este lenguaje cuando es transpuesto del ámbito externo al jurídico sufre una «retranscripción» que lo separa de su significado originario y le atribuye el sentido propio del contexto jurídico en el que es utilizado (76). Se dice que el paradigma del específico tipo normativo de problema, respecto del que el sistema jurídico ha recurrido a las cláusulas generales, constituye una red estructural, que determina las modalidades operativas de tales conceptos y selecciona los posibles significados. Culpa, equidad, buena fe evocan términos que podrían parecer propios del lenguaje moral, categorías de la justicia universal, pero que insertos en el tejido normativo, sufren una *mutación semántica* que depende del específico tipo de problema (que el sistema jurídico trata de resolver) y que resulta configurada por el mismo.

Las cláusulas generales no son criterios de decisión, sino técnicas de invención de criterios de decisión o índices sistémicos establecidos para activar procedimientos de tal naturaleza (77). Las cláusulas generales no son criterios diversos de las reglas, sino normas sobre la producción de reglas.

En la perspectiva de la autopoiesis normativa no es decisiva la circunstancia de que el precepto resulte formulado por el juez. Decisivos son por el contrario los criterios según los cuales el juez debe llegar a la formulación del criterio de decisión. Entre la fuente legislativa y la judicial *tout court* se extiende en efecto una gama articulada de técnicas de producción normativa. En tal gama las cláusulas generales se colocan al nivel de la autointegración reflexiva productoras de normas tanto generales –concretas como generales– abstractas (78).

Una idea que me parece especialmente fructífera es la que considera a las cláusulas generales figuras auxiliares de la metodología, sin desconocer su función de llamamiento a un proceder justo y honrado, que persiguen mantener el principio de la vinculación a la Ley en los casos en que se da una valoración libre según los postulados de la justicia exigida socialmente y no según una vinculación a una norma material (79). Jürgen Schmidt se ha preocupado en el comentario al § 242 del BGB de estudiar especialmente cómo se fundamentan las decisiones que lo invocan y cómo deben sistematizarse. La idea básica es que con el § 242 solamente no es posible fundamentar una sentencia y por ello es necesario establecer cómo han de fundamentarse las futuras decisiones. La diferencia con los casos normales consiste en que las normas sobre las que ha de apoyarse la decisión, en

---

(76) M. Barcellona, *L'interpretazione*, p. 78.

(77) M. Barcellona, *L'interpretazione*, p. 103.

(78) M. Barcellona, *L'interpretazione*, p. 104.

(79) Jürgen Schmidt, en *Staudingers Kommentar*, 12.ª ed, § 242 n. 155.

el caso de invocar una cláusula general, no están en el Código o en las demás leyes, como en los casos normales, sino que es preciso obtener las fundamentaciones a partir de nuevas normas materiales, lo que incluye la tarea de formular y fundamentar en las normas ya existentes, las nuevas normas, o, al menos, los nuevos elementos de los supuestos de hecho normativos o respectivamente los nuevos elementos de las consecuencias jurídicas. En este planteamiento se encierran dos proposiciones: 1. En el procedimiento de fundamentación, en el que se argumente formalmente con ayuda del § 242, deben formularse nuevos elementos de los supuestos de hecho normativos y de las consecuencias jurídicas y aplicarse entonces en la subsunción. 2. Estas nuevas normas materiales o en su caso nuevos elementos de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas, deben fundamentarse a su vez en normas materiales ya existentes.

Este planteamiento choca con los habituales conforme a los que las exigencias de la buena fe sólo pueden determinarse según las circunstancias del caso concreto. Pero con razón opone J. Schmidt que no es concebible un Derecho que sólo sea válido para un caso concreto. Si el juez descubre con ocasión de un caso que no son suficientes las normas existentes en la ley, y encuentra una solución, ésta para ser admisible debe ser válida para los casos semejantes y por ello apoyarse en una norma, siquiera ésta no esté formulada todavía. Por otra parte, si bien los jueces actúan sin formular explícitamente las normas en que se apoyan cuando invocan la cláusula general, en todo caso debe subyacer a su decisión una norma formulable.

La fundamentación de las nuevas normas o en su caso de los nuevos caracteres de los supuestos de hecho normativos y de las consecuencias jurídicas, en las normas ya existentes, es un problema central de la metodología del Derecho y naturalmente, según las diversas posiciones metodológicas, se entenderá que debe hacerse de modo diverso. A juicio de J. Schmidt, en una posición que puede ser discutible en nuestro Derecho, no debe producirse a partir de principios superiores de carácter intemporal y universal, ni tampoco mediante deducciones de principios de tipo intermedio, como «confianza», «inexigibilidad» y otros semejantes, porque este procedimiento quedaría expuesto a las mismas objeciones. Estos principios pueden ser considerados, en el mejor de los casos, como conjunto de *topoi* para la argumentación, cuya relevancia para un procedimiento de fundamentación no debe ser muy valorada.

A su juicio, la fundamentación de las decisiones debe tener lugar en este marco, mediante la demostración de que la norma en cuestión corresponde a las exigencias de justicia que la sociedad reclama para una determinada situación. Para ello debe atenderse a la misma situación (si se refiere a una sola persona, a pocas o a la generalidad de los ciudadanos) y a los criterios para enjuiciar la situación. Éstos deben ser criterios histórico-sociales. Como tales propone en la situación histórica actual: a) Los criterios constitucionales, especialmente los criterios

desenvueltos a partir del principio del Estado social y del catálogo de los derechos fundamentales. b) Los criterios del sistema parcial del que se trate, por ejemplo, del derecho civil. Sobre todo aquí son relevantes los criterios que proporciona el procedimiento analógico. c) Los criterios del subsistema. d) Debe tenerse en cuenta finalmente la relatividad de los contenidos por la historicidad del proceso.

La fundamentación de las normas será por ello variable de un campo a otro. Y por otra parte en la mayoría de los casos será difícil encontrar fundamentaciones convincentes, pero a pesar de ello debe emprenderse la tarea para mostrar fundamentaciones que eviten la inmunización de las decisiones mediante proposiciones de fundamentación vacías de contenido. Desde esta perspectiva la sistematización de las nuevas normas debe producirse siguiendo el orden de las existentes sobre las que han operado las cláusulas generales. Se expone así un Código paralelo siguiendo el orden del ya existente.

También Rüthers considera que la cláusula general de la buena fe es un instrumento de la creación del Derecho. Sin embargo, matiza con razón que no es fuente en el sentido en que de ella brote el Derecho, sino que el juez crea nuevo Derecho bajo la invocación de este principio. En vez de una fuente, debe hablarse de un instrumento para la legalización de la creación judicial del Derecho. Esta función de la cláusula general ha sido considerada desde hace tiempo en el Derecho suizo. Así se manifestaba Egger: «Son demasiado generales y no proporcionan ninguna directiva. El juez por eso debe establecer reglas complementarias, integradoras. Se debe reconocer que con ello se mantiene dentro del marco legal, que así está cubierto por la ley. Pero se procedería de modo injusto y desagradecido si no se quisiera reconocer que el juez, para llegar a una decisión satisfactoria, ha tenido que establecer reglas, que antes no estaban ahí, y que son su creación» (80).

---

(80) Rüthers, *Die unbegrenzte*, p. 55.