

Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa entidad»

CHRISTIAN BALDUS
Universidad de Heidelberg¹

RESUMEN

*La interpretación histórica, en sentido clásico, no tiene mucho peso en el Derecho comunitario. Pero, para una aplicación del Derecho privado comunitario materialmente correcta, ha de recurrirse más bien a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, en el sentido de una interpretación histórica en sentido amplio. Un punto de vista práctico para esto es la cuestión de cómo los operadores jurídicos de los Estados miembros, con los escasos recursos técnicos y lingüísticos que tienen a su disposición, pueden hallar criterios seguros para la interpretación, bajo la primacía del Derecho comunitario. El artículo dibuja este problema en el Derecho de la compraventa según la directiva 99/44/CE, que refleja en su artículo 3.6 la máxima de *minimis non curat praetor*, y se extraen algunas consecuencias para la metodología del Derecho privado comunitario en general.*

¹ Versión inalterada de la Lección inaugural (*Antrittsvorlesung*) pronunciada en la Universidad de Heidelberg el 28 de abril de 2005, salvo con el añadido, en aspectos concretos, de indicaciones (lo más recientes posible) sobre los puntos centrales. Respecto a los últimos desarrollos, *vid.* concretamente *infra* notas 25 y 26. La traducción al castellano ha corrido a cargo (con la brillantez acostumbrada) de mi colega Francisco Javier Andrés Santos (Valladolid) y se realiza gracias a la amable autorización de la editorial Sellier de Múnich.

Deseo expresar aquí mi agradecimiento, por su lectura crítica y por la cuidada organización de la Lección inaugural y del subsiguiente Coloquio con los asistentes, a mis colaboradores, en particular a la licenciada Johanna Stremnitzer. Todos los textos correspondientes al Coloquio se encuentran publicados en Chr. Baldus/P.-Chr. Müller-Graff (eds.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München 2006, con resúmenes en diversos idiomas; *cfr.* la crónica en castellano de Lena Kunz, publicada en *ADC*, 2005, pp. 1653-1661. Sobre el conjunto, *cfr.* también la Lección inaugural sobre

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Interpretación.*—III. *Interpretación histórica.*—IV. *Derecho Privado.*—V. *Derecho Comunitario.*—VI. *Derecho Privado Comunitario.*—VII. *Normas de los Estados miembros y dogmas como indicadores de contenidos del Derecho Privado Comunitario.*—VIII. *Hacia la determinación de ordenamientos jurídicos de referencia.*—IX. *Ejemplo: Criterios de la «falta de cofor-midad de escasa importancia», antes y después de la Directiva sobre venta de bienes de consumo.*—X. *Sobre el papel del Derecho Romano.*—XI. *Cuestiones abiertas.*—XII. *Resultados y perspectivas.*

I. INTRODUCCIÓN

Una lección inaugural debe proporcionar una imagen de lo que constituye lo esencial de la investigación del recién llamado a ocupar una cátedra universitaria. Es natural, por tanto, que un historiador del Derecho que se ocupa del Derecho civil y del Derecho comunitario europeo —y ambas disciplinas principalmente desde la perspectiva sistemática y metodológica— hable de la «interpretación histórica y comparatista del Derecho privado comunitario». De ahí que, asimismo, resulte lógico que alguien así afirme que la interpretación histórica puede ser de gran provecho también en un campo tan dinámico como el del Derecho comunitario. Bajo esta forma no podré cubrir las expectativas que acabo de mencionar. Yo no voy a ofrecer la tesis, revolucionaria para un especialista en el Derecho comunitario, de una dependencia decisiva de la historia de la legislación; pienso mostrar, por el contrario, que esta sería una vía errónea, pero también que, para una aplicación del Derecho privado comunitario materialmente correcta, ha de recurrirse más bien a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, en el sentido de una interpretación histórica en sentido amplio. Un punto de vista práctico para esto es la cuestión de cómo los operadores jurídicos de los Estados miembros pueden hallar criterios seguros para la interpretación de la cláusulas generales², bajo la primacía del Derecho comunitario.

un tema semejante pronunciada en el mismo lugar hace doce años por Winfried Brugger («Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 119, 1994, pp. 1-34).

² Al respecto, *vid.* más detalles en las otras aportaciones publicadas en el volumen colectivo cit. en la nota anterior; en la lit. monográfica más reciente, *vid.* M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005; A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen 2004; *ead.*, «§ 12: Die Konkretisierung von Generalklauseln», en K. Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlín, 2006, pp. 273-291.

Para ello, voy a hacer a continuación un recorrido por algunas categorías centrales y sus problemas, para luego señalar cómo podrían aplicarse esas categorías a un ejemplo ordinario que desde la época romana se conoce con la máxima *de minimis non curat praetor* o *de minimis non curat lex*: consiste en que determinadas normas no se aplican a supuestos de hecho en que la desviación de la realidad respecto a la norma es tan pequeña que puede despreciarse, de modo que la parte gravada no puede, en todo caso, hacer valer determinadas consecuencias jurídicas. Se excluye así la resolución del contrato de compraventa por defectos de la cosa comprada (la llamada hasta 2001 en el Derecho alemán *Wandelung*) cuando el defecto resulte irrelevante.

Por ejemplo: el vendedor ha dicho que el coche consume 5,5 litros de gasolina cada 100 kms, pero, en realidad, consume 5,7. Este motivo no es suficiente para resolver el contrato de compraventa, pero pueden venir al caso otros remedios, como la reparación (*Nachbesserung*), la sustitución (*Nachlieferung*) o la rebaja (*Minderung*), esto es, una reducción adecuada del precio. Según el Derecho comunitario actualmente en vigor, la reparación y la sustitución gozan de prioridad, y sólo allí donde estos remedios quedan excluidos puede procederse a la rebaja o la resolución, y esta última, además, sólo si el defecto no es esencial, pues la resolución destruye la obligación contractual, esto es, la composición de intereses a la que las partes han llegado; por tanto, desde 2002, la resolución se halla sujeta a la doble limitación derivada de la primacía del cumplimiento ulterior (*Nacherfüllung*) y el requisito de la esencialidad.

Esta idea de la subsidiariedad de la resolución se ha introducido en la Directiva sobre venta de bienes de consumo³. El artículo 3.6 de la misma dice, en su versión española: «El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia»⁴. En correspondencia, en la trasposición de esta norma, afirma el BGB (§ 323 V 2): «Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia»⁵.

³ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de bienes de consumo y de las garantías del consumidor («D.O.C.E.» núm. L 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16).

⁴ En la versión alemana: *Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung.*

⁵ Versión original: *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

El problema de estas prescripciones es obvio: ¿cómo puede determinarse lo que es sólo una desviación «mínima» de la condición debida de la cosa? ¿Debe el comprador quedarse con el coche si consume seis litros? ¿Y si son siete? ¿De dónde puede extraer el Derecho categorías capaces de proporcionar aquí una cierta seguridad? Y, sobre todo, ¿de dónde toma el operador jurídico de un Estado miembro esas categorías, si su contenido ha de establecerse conforme al Derecho comunitario? Pero vayamos primero a los conceptos generales que jalonan nuestro tema.

II. INTERPRETACIÓN

Toda norma jurídica requiere una interpretación, tanto las normas de los Estados miembros como las comunitarias. Siempre se interpreta, de modo expreso o implícito. La interpretación es la base de la concretización por el juez de normas formuladas en términos generales. Por tanto, no puede decirse de una vez para siempre qué efectos son irrelevantes: siempre queda un margen para la decisión judicial. Cuanto más quede fijada la jurisprudencia con vistas a la interpretación de la ley bajo umbrales de relevancia cuantificados (esto es, en valores porcentuales), tanto mejor para la seguridad jurídica y peor para la justicia del caso concreto; por el contrario, cuanto menos se oriente en ese sentido, tanto mayor será el riesgo de inseguridad jurídica.

Los ordenamientos jurídicos de Europa han desarrollado diferentes categorías para la interpretación que se basan parcialmente en el Derecho romano. En su núcleo, la interpretación es, según esto, la búsqueda del sentido de la norma. Esto se refleja en los cuatro cánones –que, en su mayoría, se remontan a Savigny⁶– de la literalidad, la historia, el sistema y –en primer término– el sentido y el fin (*telos*) de la norma. Así pues, el comprador puede devolver el vehículo cuando el consumo de gasolina ha de verse como considerablemente superior a lo admisible según el sentido de la norma –sea este el que fuere.

Por supuesto, también se interpreta el Derecho comunitario, en principio conforme a reglas que parten del Derecho internacional público, pero que han desarrollado su propia dinámica; y se plantean cuestiones especiales cuando se trata del Derecho privado de

⁶ Cfr. CHR. BALDUS, «§ 3: Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert», en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* núm. 2) pp. 32-74 (con más referencias); la última monografía al respecto es la de S. MEDER, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen, 2004.

la Comunidad. Esto se muestra particularmente en el canon de la interpretación histórica.

III. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

El concepto de «interpretación histórica» no se infiere por sí mismo. No significa generalmente una comprensión conservadora de las normas, manteniendo el sentido que se les dio en épocas pasadas. Más bien se trata de la observación de un momento preciso, el de la emisión de la norma⁷. La necesidad de una interpretación histórica se desprende, en la óptica del siglo XIX, del primado del legislador: no puede resultar indiferente lo que las personas que participaron en el proceso legislativo se representaron –subjetivamente– bajo la norma en cuya emisión colaboraron. Es decir, que, si bien lo que pensó el Parlamento, o incluso los redactores del proyecto, puede servir de ayuda para entender el sentido de la norma pretendido en ese momento, la norma misma debe ser comprendida objetivamente –o, dicho con más cautela–, intersubjetivamente. Por tanto, la interpretación histórico-subjetiva sólo es un instrumento para la búsqueda de un contenido objetivo de la norma. Un caso típico de aplicación es el argumento de que tal diputado o tal miembro de una comisión se expresó sobre lo que la norma debía o no significar.

Especialmente importante es la interpretación histórica negativa en tanto que argumento de rechazo⁸. Si el legislador sopesó determinadas formulaciones y las rechazó, esta circunstancia habla en contra de una interpretación del texto normativo finalmente adoptado que se incline por la formulación rechazada. Se puede argumentar que, si el legislador hubiera querido esa interpretación, entonces habría podido escoger precisamente aquella expresión. Estructurado de otra forma, pero también con carácter negativo, es el argumento de que no fue pensada una determinada significación de la norma o una determinada situación de aplicación de la misma.

⁷ Sobre el problema, *vid.* E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2.^a ed., Bern/München/Wien, 2005, pp. 104-130 (esp. 119-125).

⁸ Para ver un ejemplo (importante y problemático) tomado del ámbito del Derecho privado comunitario, *cfr.* U. G. SCHROETER, «Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht», en *ZEuP*, 2006, 515-551 (esp. 523 s.): no hay ninguna competencia transversal para fijar el Derecho privado por la Unión según el Tratado Constitucional, porque las correspondientes iniciativas fueron rechazadas. Para la interpretación de lo suscrito en el texto, *cfr.* CHR. BALDUS, «Codification of Private Law in the EC: Legal Basis, Subsidiarity and Other Questions», en G. Barrett/L. Bernardeau (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe* (ERA Forum Special Issue), Trier, 2002, pp. 89-108.

Así pues, una interpretación histórica sirve, en el espacio jurídico nacional, sobre todo para la eliminación de aquellos resultados que serían conciliables con el fin objetivo de la norma, pero que, habiendo sido examinados en el proceso legislativo, fueron rechazados.

Sin embargo, las cuestiones de interpretación no pueden resolverse definitivamente desde un enfoque histórico. Siempre hay que ver si el resultado así obtenido es conciliable con los otros criterios, sobre todo con el del fin y objeto de la norma. Esto se desprende de dos debilidades internas de este canon interpretativo: un problema fundamental de orden teórico, que es el de la función de la ley; y otro de orden práctico, que es el del tiempo. La ley debe primeramente desplegar efectos reguladores siempre y para el futuro. Ahora bien, lo que era razonable en el momento de emisión de la norma puede resultar ya dudoso diez años más tarde. Pero incluso si nada cambia en cuanto al contenido por el paso del tiempo, éste siempre influye en las posibilidades de una interpretación histórica. De la actuación de los políticos sólo quedan documentos, más o menos tendenciosos; el trasfondo económico y cultural de las decisiones jurídico-políticas se pierde de vista o es valorado de forma diferente. De ahí que la teleología objetiva, referida al momento actual de aplicación del Derecho, tenga la primacía en caso de duda.

Más aún: si de los trabajos preparatorios no puede deducirse lo que los agentes querían (y esto ocurre con bastante frecuencia), entonces una teoría de la interpretación concentrada en lo subjetivo ya no está en condiciones de extraer algo constructivo de la historia –a menos que se presuponga la persistencia de la dogmática dominante en el momento de producción de la ley–. Pero tal cosa sólo formalmente sigue siendo un apego a las representaciones «del legislador». En realidad, se produce una apertura a un fenómeno que no podría darse si se piensa en términos puramente positivistas, pero que resulta muy familiar al historiador del Derecho, a saber: la continuidad efectiva de normas existentes con anterioridad a la promulgación de la ley. Justamente es esa continuidad de efectos lo que debe ocuparnos aquí, partiendo precisamente de la persona del operador jurídico (y, como paradigma de tal, el juez). Quien debe aplicar el ordenamiento busca en el nuevo Derecho primeramente lo antiguo, lo que resulta conocido para él y, en correspondencia con esto, trata de hacer una interpretación. Intenta construir también en el nuevo Derecho una regla dotada de sentido y que le resulte familiar. Esto se denomina «teoría del enrejado» (*Gittertheorie*)

(Knütel)⁹, que ve en el nuevo Derecho codificado sólo una reja a través de cuyos huecos pueden penetrar todos aquellos contenidos y valores transmitidos que el legislador no ha expulsado inequívocamente.

Con ello se abre la mirada a la posibilidad de que la interpretación histórica vaya más allá y sea algo distinto de la historia de la legislación. Los autores del § 323 V BGB tenían ante sus ojos el artículo 3 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo, y con ello al mismo tiempo –al menos indirectamente– el Derecho uniforme de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (en sus siglas inglesas, CISG). Detrás de éste se encuentran a su vez los escritos de Ernst Rabel¹⁰, y con ello una gran cantidad de literatura romanista y comparatista. Tenían también ante sus ojos el antiguo § 459 BGB¹¹, detrás del cual se encuentra asimismo una línea de desarrollo que se remonta al Derecho romano; y, finalmente, también la historia del Derecho de compraventa de los otros países europeos conduce, en gran medida, de nuevo a Roma.

Una interpretación a través de la historia del surgimiento de un acto jurídico es siempre una toma de postura sólo momentánea, que tradicionalmente ha sido privilegiada en el interior de los Estados, en última instancia por motivos constitucionales. Pero en Europa cuenta una especialidad: que la constitución de la Comunidad, bajo la que se hace la interpretación, está orientada a una integración dinámica¹²; a ello se habrá de volver al tratar el tema del Derecho privado comunitario. De ahí que una interpretación histórica no pueda ser primordialmente una vinculación retrospectiva a una determinada situación de compromiso político. Los Tratados de Roma arrastraban ya antes un carácter constitucional, y ello se ha ido acentuando con el paso del tiempo. Esta constitución preten-

⁹ Cfr. M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18.^a ed., München, 2005, § 1 núm. 37 (p. 12).

¹⁰ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlín, 1936. Vid. el artículo conmemorativo de U. DROBNIG, «Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung. Zum 50. Todestag von Ernst Rabel», en *ZEuP*, 2005, pp. 821-831.

¹¹ § 459 BGB (redacción anterior, hasta 2001): *I. Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.*

II. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

¹² Es clásico el libro de Hans PETER IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 5/72 (pp. 131 s.); una visión comprensiva sobre los «criterios generales de interpretación y el *effet utile*» puede verse en M. GEBAUER, «Kapitel 3: Europäische Auslegung (...)», en id./T. Wiedmann (eds.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss (...)*, Stuttgart, 2005, pp. 95-120 (esp. 99 ss., núm. 4-10).

de una integración dinámica, y en correspondencia con ello debe interpretarse el Derecho comunitario.

Así pues, se plantea la cuestión de cómo puede ser la interpretación histórica algo más que una impresión puntual tomada del momento de producción de la norma. Se trata del depósito de experiencias de la historia jurídica¹³. En la medida en que en el pasado se han producido experiencias con determinadas formulaciones, conceptos e interpretaciones, buenas o malas, se puede intentar aprovechar esas experiencias a un nivel de integración más elevado. Los conceptos y construcciones viajan con su bagaje histórico, con problemas e interpretaciones tradicionales, con contenidos y connotaciones, de los que, como demuestra la experiencia, no se puede prescindir sin pérdida de eficiencia y justicia. Esto sería una interpretación histórica en sentido amplio. Sobre ello vamos a tratar a continuación, y específicamente para el Derecho privado –es decir–, la materia que crecientemente se va colocando en el centro del Derecho comunitario.

IV. DERECHO PRIVADO

El Derecho privado tiene una relación total con la historia, una relación que va mucho más allá de la comprensión histórica de una ley en su contexto de aparición. Se tendría una mirada muy corta si uno se limitara a ver sólo el momento de emisión del imperativo legal. Toda norma de Derecho privado está condicionada históricamente y, por tanto, limitada en el presente y abierta hacia el futuro. Sus presupuestos y límites se explican a partir de la época en que se formuló, se revisó o fue reformulada; su apertura se deduce precisamente de ahí y se muestra en el hecho de que puede ser de nuevo modificada, sobre todo a la vista de nuevas experiencias.

Detrás de esto se encuentra una autonomía estructural del Derecho privado¹⁴. Este se ocupa siempre de los mismos conflictos fundamentales entre quienes se consideran, por principio, iguales. Los condicionamientos marginales pueden influir en una u otra decisión valorativa, pero no se puede inventar de nuevo la rueda. Queda la elección entre diversos modelos de solución y patrones

¹³ Cfr., sobre la cuestión clásica, y hasta hoy discutida, de lo que sea la Historia del Derecho, F. J. ANDRÉS SANTOS, «Rechtsgeschichte», en Baldus/Müller-Graff (*cit. supra* núm. 1), pp. 93-114 (esp. 97-104).

¹⁴ Fundamental sobre el concepto de «aislamiento» (*Isolierung*) del Derecho, sobre todo del Derecho privado romano, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlín, 1934; reimpr. 2003, pp. 13-26 (esp. 23-26) (trad. esp. *Principios del Derecho romano*, 2.ª ed., Madrid, 2000, pp. 39-59).

de fundamentación, la reorganización de los sistemas dogmáticos. El iusprivatista debe ofrecer a la sociedad soluciones aceptables para los conflictos de intereses que indefectiblemente han de surgir. Si estas soluciones son antiguas o modernas, es algo secundario. Las soluciones se transmiten en una formulación y una trama sistemática de las normas. Ahí se combinan de nuevo una y otra vez los elementos del Derecho privado y se reorganizan conforme a la época. Los conceptos se mueven de un lado a otro, son definidos, discutidos, traducidos, hasta que sirven como elementos de construcción del sistema pretendido cada vez; lo nuevo en los cambios del Derecho privado es normalmente más la ordenación de las piezas que su forma y sustancia.

De ese modo, el iusprivatista se encuentra atrapado en la historia de sus instrumentos. Con este alcance, toda buena interpretación es histórica. El concepto técnico de «interpretación histórica» sugiere que la historicidad del Derecho privado es primordialmente su vinculación a imperativos normativos condicionados por el tiempo. Lo que se impone es lo contrario, con todo el debido respeto al Derecho constitucional y a la voluntad expresa del legislador.

En este sentido, podemos distinguir entre una interpretación histórica en sentido estricto y una en sentido amplio: en sentido estricto, se orienta a la indagación de aquello que el legislador histórico quiso; en sentido amplio, en cambio, investiga la interpretación histórica el telón de fondo de la norma concreta, su modelos, su conexión con otras normas de las épocas por las que la norma ha atravesado, desde el punto de vista del presente: su potencial que emerge históricamente.

Cuanto más compleja y, al mismo tiempo, más estable es un área jurídica en sus contextos, mayor conocimiento promete este sentido amplio de la interpretación histórica; y apenas puede imaginarse un sistema más complejo y, en su núcleo, más estable que el Derecho civil continental de procedencia romanista.

V. DERECHO COMUNITARIO

Incluso a los juristas experimentados no les resulta fácil adaptarse a las peculiaridades del modo de pensar del Derecho comunitario. Esto es particularmente válido para la metodología. La interpretación, la analogía y la construcción jurídica en el Derecho comunitario siguen a menudo reglas propias.

En este ámbito la interpretación histórica tiene tradicionalmente una importancia marginal. Sólo para el Derecho secundario,

especialmente para los Reglamentos y Directivas de órganos de la Comunidad, se toman a veces argumentos de la historia del surgimiento de tales actos. Para este resultado hay esencialmente dos explicaciones¹⁵: una, que refleja las raíces del Derecho comunitario en el Derecho internacional público, y otra, que se apoya precisamente en la gran especialidad de la Comunidad, su objetivo de integración.

También las normas europeas se realizan por la vía del compromiso. Las actuaciones siempre son en parte extraoficiales y, en consecuencia, a ciertos testimonios de esas actuaciones que se hayan dado a conocer tampoco se les puede imputar mucho. También es verdad que la Comisión prepara tan intensivamente actos jurídicos sobre diversas comunicaciones, que ahora es posible representarse con facilidad algunos pasos decisivos del proceso de producción normativa.

La otra razón es, por tanto, la decisiva: los preceptos comunitarios se inscriben en los fines de integración de los Tratados. En la duda no prevalecen las reservas de soberanía, sino los mecanismos de integración, en particular los que persiguen los fines del mercado interior.

De ahí se desprende particularmente una pérdida de importancia del «argumento de rechazo»: si determinados participantes no querían una determinada reglamentación comunitaria y, a raíz de eso, se llegó a una formulación poco clara, la interpretación del resultado de la negociación puede implicar justamente la regulación rechazada. El fin de la integración no puede detenerse por el hecho típico de que una mayoría para un determinado acto jurídico comunitario sólo pueda lograrse bajo numerosos reparos y compromisos.

No es este el lugar para mayores diferenciaciones según situaciones negociadoras y funciones de los órganos participantes. El Derecho comunitario está bien alejado de una teoría que comprenda todos esos fenómenos. Es precisamente en el Derecho privado, con sus especiales exigencias sistemáticas, donde vale lo siguiente: que, en la medida en que la Comisión haya combinado razonablemente elementos sistemáticos procedentes de diversas tradiciones,

¹⁵ Cfr. más detalles (también sobre lo que sigue), en GEBAUER, «Kapitel 3: Europäische Auslegung...» (cit. *supra* n. 12); K. RIESENHUBER, «§ 11: Die Auslegung», en id. (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 244-272; CHR. BALDUS/ F. VOGEL, «Metodología del derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 10, 2006 (en prensa). Todas las publicaciones recientes sobre metodología del Derecho privado comunitario vienen siendo objeto de recensión en la revista *Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* de Múnich, desde 2003.

se da un campo abonado para intervenciones puntuales (a menudo motivadas por simples intereses particulares) dirigidas a menoscabar el juego conjunto de las normas y, con ello, la eficiencia de la regulación.

Se entiende que interpretar históricamente en sentido estricto significaría aquí conservar una configuración histórico-normativa que, muy por el contrario, está concebida para tener un desarrollo ulterior. Aquí reside la razón decisiva para el alcance siempre limitado del «argumento de rechazo»: la interpretación histórica –en sentido estricto– puede cobrar importancia todo lo más cuando los órganos comunitarios comparten concepciones reguladoras completas o cuando, por el contrario, se oponen unas a otras, pero del modo más explícito posible. Todas las demás combinaciones son demasiado inseguras para satisfacer las exigencias de un Derecho privado del mercado interior que sea practicable –esto es, sistemático– y, por tanto, no pueden servir de base para adoptar decisiones en casos dudosos.

Esto vale tanto más cuanto que el tenor de las normas en el Derecho comunitario europeo ofrece escaso apoyo, ya que se deben considerar, al menos teóricamente, todas las lenguas oficiales en igual medida. Incluso si supusiéramos un intérprete que dominara todas esas lenguas, éste encontraría muchas veces tal cantidad de variantes, también de contenido, que los textos normativos podrían ser para él más un estímulo que una barrera. Esto implica como resultado práctico que en la Europa de los Veinticinco nadie está en condiciones de interpretar un acto jurídico comunitario conforme a las reglas que en la Europa de los Seis aún funcionaban, y esto sucede ante un fuerte ascenso de la importancia práctica de la materia en cuestión.

Pero, entonces, si se admite una interpretación histórica en sentido amplio, ¿cómo es posible armonizar unos con otros, de modo practicable, elementos procedentes de diversas tradiciones (así como eventuales novedades) incorporados a un precepto del Derecho comunitario, cuando literalidad y *telos* no resultan suficientes? Su combinación no se desprende por sí misma, en particular en el caso de las cláusulas generales que, por su propia naturaleza, requieren una concretización, como en el ejemplo que poníamos al principio: la literalidad y el *telos* no alcanzan a indicar con la necesaria precisión para el caso concreto cuándo una falta de conformidad con el contrato es insignificante –y, por tanto, la infracción del deber es de poca importancia. También se necesita, empero, un método para poder extraer propuestas razo-

nables de la tradición regulativa común y, por cierto, de una manera practicable para el operador jurídico medio. El recurso a las experiencias existentes –por ejemplo con conceptos sobre la insignificancia– debe darse conforme al método, en concreto sin infracción de la regla fundamental de que, en caso de duda, la construcción de conceptos jurídicos en el Derecho comunitario debe producirse –en interés del objetivo de integración– de modo autónomo y no puede conducir a una dispersión en la aplicación del Derecho. El que vuelve sobre las discusiones tradicionales lo hace como aplicador del Derecho europeo y para la construcción autónoma de conceptos europeos. Sobre ello habrá que volver más adelante.

Una cosa queda clara: los hilos de la tradición que resultan determinantes han de identificarse primordialmente por la vía comparatista, no constitucional-institucional. Por ejemplo, no hay ninguna clase de presunción en favor de que la importancia o los riesgos de una determinada solución escogida por el BGB vayan a ser mejor apreciados, para la comprensión de una norma europea, por el representante alemán en el Consejo. Aquí, por el contrario, se depende en primer término sólo de quién está en condiciones de apreciar de modo correcto el Derecho realmente aplicado y explicarlo correctamente a los juristas de otras culturas jurídicas. Pero esto puede hacerlo cualquier jurista alemán, o un comparatista extranjero o un funcionario de la Comisión dedicado a la materia de que se trate, y posiblemente mejor que el representante de la República Federal Alemana en el Consejo; en todo caso, la función del órgano y la calidad de miembro de un órgano carece de importancia para esta forma de interpretación histórica. Con ello es conforme el hecho de que la Comisión, en el caso ideal, cimiente sus proyectos con estudios de Derecho comparado; cuanto más profunda y críticamente examine todos los modelos, tanta más fuerza de convicción pueden reclamar sus propuestas. La comparación jurídica sigue el método funcional: busca el problema y el modelo de solución, en vez de aferrarse a las formulaciones legislativas; pero en el contexto del Derecho privado comunitario debe quedar finalmente de nuevo una formulación apta para la subsunción. Aquí se tocan la Historia del Derecho, el Derecho comparado y la doctrina de la legislación, las tres al servicio de la Dogmática; lo que la norma europea es capaz de aportar puede expresarse mejor a la vista de las implicaciones conocidas del pensamiento subyacente a la norma que tras la difuminación de esas experiencias.

VI. DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

Los hilos se juntan en el Derecho privado comunitario (*Gemeinschaftsprivatrecht*)¹⁶. Este es el Derecho privado positivo de la Comunidad Europea (en el futuro, de la Unión): las normas de Derecho privado establecidas en su interpretación y aplicación por los órganos competentes de la Comunidad y de los Estados miembros. El Derecho privado de estos va armonizándose gradualmente, las normas estatales son de segundo rango con respecto a las europeas y han de interpretarse a la luz de éstas, al igual que todas las demás áreas del Derecho. Así se realiza el objetivo de integración. El núcleo de la integración son las libertades fundamentales de los ciudadanos en el mercado con relación a las mercancías y la prestación de servicios, las cuales afectan esencialmente al Derecho privado. El aspecto jurídico-público es una parte del marco de estas libertades; pero el titular de la libertad fundamental, el ciudadano en el mercado, compra y vende, ofrece o reclama la prestación de servicios, limitado en principio sólo por la autonomía privada. Aquí se hallan las raíces de que el ámbito del Derecho privado comunitario no se pueda perfilar de una vez para siempre, tampoco en atención al marco competencial; va cambiando, crece sobre todo con la iniciativa privada y en los márgenes de los obstáculos que se pongan a su camino. Una Comunidad en integración ha de luchar contra la imprevisibilidad estructural de las situaciones de amenaza. No se sabe de antemano qué obstáculos erigirán los Estados particulares (o también los sujetos privados con poder en el mercado), limitándose así las libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión.

Por esa vía el Derecho comunitario ha llegado al núcleo del Derecho civil europeo, quizá de la forma más clara en la Directiva sobre venta de bienes de consumo. Con ello quedan reconfiguradas materias en las que todo operador jurídico ha sido instruido en el uso particularmente preciso de instrumentos metodológicos y en las cuales las perturbaciones sistemáticas pueden tener consecuencias especialmente graves. En particular son reconfiguradas a través del mandato de una interpretación del Derecho de los Estados miembros conforme al Derecho comunitario¹⁷.

¹⁶ Para el concepto, *vid.* M. SCHMIDT-KESSEL/CHR. BALDUS/P. JUNG/E. NAJORK/R. SCHUMACHER, «Gemeinschaftsprivatrecht (Editorial)», en *GPR* 1, 2003/2004, pp. 1 ss.; P.-CHR. MÜLLER-GRAFF, *ibid.*, pp. 4 s.

¹⁷ Al respecto, *vid.* ahora una visión de conjunto en S. LEIBLE/R. DOMRÖSE, «§ 9: Die primärrechtskonforme Auslegung», y W.-H. ROTH, «§ 14: Die richtlinienkonforme Auslegung», ambos en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 184-216 y 308-333, respectivamente.

Precisamente en este campo especial –y, no obstante, decisivo– del Derecho comunitario es donde los criterios de interpretación típicos del Derecho privado –y, entre ellos, la interpretación histórica– pueden desempeñar un papel más destacado –a saber, una interpretación histórica en sentido amplio que lea las normas del Derecho privado en sus contextos de significación madurados históricamente, desarrollados y concretados por los tribunales de los Estados miembros–. La interpretación histórica en sentido amplio se presenta, pues, como una interpretación histórico-comparativa y con vocación sistemática. No es una interpretación meramente comparatista¹⁸, porque no busca el «mejor» modelo sin más, ni importa de dónde se haya conseguido, sino que prima aquel que mejor se adapte al trasfondo histórico-jurídico de la respectiva norma europea; toma el Derecho privado comunitario como un sistema en autodesarrollo, como una nueva combinación de elementos en su mayoría heredados, de los que hay que presumir que también para su combinación sistemática hay modelos en la tradición común.

En este lugar hay que proceder a una diferenciación, sobre la que aún volveremos. Hay figuras que van a encontrarse en todos los ordenamientos jurídicos de la Comunidad. Piénsese sólo en el contrato de compraventa. Aquí todas las tradiciones tienen contenidos que ofrecer. Otros conceptos son típicos de determinadas tradiciones, mientras que en otras no aparecen o sólo en un contexto distinto: así, p. ej., la *Wandelung* (redhibición), la *Anspruch* (pretensión) o el *Gestaltungsrecht* (derecho potestativo) en el Derecho alemán. Aquí se plantea la cuestión de si puede atribuirse a estas tradiciones un valor especial en la interpretación o si precisamente por eso son de menor importancia. Puede resultar difícil ya la propia distinción entre estos casos, sobre todo cuando el correspondiente concepto por sí solo no la posibilita: puede aparecer en diversos ordenamientos jurídicos, pero a menudo ya dentro de ellos con distintas significaciones. Por eso el legislador comunitario utiliza a veces conceptos «no cargados»: si la Directiva sobre venta de bienes de consumo habla de «resolución del contrato» y no, por ejemplo, de *Wandelung* (redhibición) es precisamente para eludir en la medida de lo posible tales problemas; y esto a pesar de que esta palabra ya era conocida en algunos ordenamientos jurídico-privados de la Comunidad.

¹⁸ Sobre la «interpretación comparatista» en el Derecho privado comunitario, *vid. GEBAUER*, «Kapitel 3: Europäische Auslegung...» (cit. *supra* n. 12), núm. 9 (pp. 100 ss.); sobre el Derecho comparado como base del método en Derecho comunitario, *vid. A. SCHWARTZE*, «§ 4: Die Rechtsvergleichung», en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 75-92.

Lo decisivo es que, en el ámbito del Derecho privado comunitario confluyen dos ideas sistemáticas que también guían la interpretación: la composición de intereses de todas las partes y el objetivo dinámico de la integración.

El Derecho privado comunitario tiende a la composición de intereses de todas las partes porque es Derecho privado. Con independencia de toda finalidad política, ya no es primordialmente Derecho de los consumidores o Derecho de las empresas que operan en un mercado transfronterizo, sino un ordenamiento que tiende a la plenitud, potencialmente comprensivo en su ámbito de aplicación de todas las relaciones jurídicas *inter privatos*. Se trata, en medida creciente, de un sistema. Traducir decisiones valorativas en una estructura lo más técnica posible es la tarea de todo sistema jurídico. La interpretación del Derecho privado comunitario tiende, pues, a la construcción de un sistema a la luz del objetivo de integración, es decir, a la funcionalidad¹⁹. En este orden de cosas, no puede limitarse a seguir las intenciones aisladas del legislador comunitario respecto de los actos jurídicos particulares. Más bien aspirará la función del Derecho privado comunitario a aprovechar todas las posibilidades de interpretación insertas en la correspondiente norma; esto puede significar remontarse a interpretaciones más antiguas en el seno de los Estados miembros de los conceptos con los que la norma europea trabaja.

VII. **NORMAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DOGMAS COMO INDICADORES DE CONTENIDOS DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO**

¿Cómo puede extraerse de las tradiciones existentes modelos regulativos y bajo qué condiciones producirán los resultados apetecidos?

Europa ofrece un laboratorio único para ensayar la capacidad funcional de determinadas técnicas reguladoras; único también porque, sobre la base del desarrollo histórico, las líneas dogmáticas fundamentales son comunes, pero también bastante variadas. Así, es posible estudiar qué cambios en detalle, y bajo qué condiciones, son los que han conducido a diferentes interpretaciones de conceptos emparentados o idénticos.

¹⁹ Vid. S. GRUNDMANN, «§ 10: Systemdenken und Systembildung», en Riesenhuber (ed.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (cit. *supra* n. 2), pp. 217-243.

Se trata, por tanto, en la consideración del Derecho de los Estados miembros desde un punto de vista jurídico europeo, de un modo de proceder histórico, pero histórico en un sentido funcional, no primordialmente genético. Genéticamente habría que establecer un vínculo con los modelos concretos que pueden haberse encontrado a la vista de los miembros de los organismos europeos. Pero en el ámbito jurídico-privado se trata de la capacidad funcional de las normas, de su transparencia, coherencia y justicia. Así pues, si las instituciones competentes establecen un texto normativo que se asemeja claramente al que está ya vigente en determinados Estados miembros, tal vez incluso haciendo referencia explícita a ello, en esa cercanía textual hay tan sólo un indicio en favor de que también puede recurrirse a la interpretación que sea allí usual.

Puede recurrirse a ella si es conforme al sistema europeo y su fijación de objetivos; por tanto, si la experiencia histórico-comparativa enseña que la comprensión conceptual desarrollada, su construcción, sirve para el fin regulativo del acto jurídico concreto y a la finalidad superior de la integración bajo la composición de intereses de todas las partes.

Con ello se ha hecho alusión a un punto un tanto problemático desde el punto de vista de los principios. La interpretación de los conceptos del Derecho comunitario es autónoma, en el sentido de que, según la opinión absolutamente dominante, las interpretaciones particulares recibidas por tradición no desempeñan aquí ningún papel. Como ya se ha indicado, también quien albergue simpatías hacia una interpretación comparatista concebirá esta como fuente de inspiración para el operador jurídico, pero no, en cambio, como una puerta de entrada normativa para una invasión por parte de la concepción usual en el ordenamiento jurídico tomado como referencia.

En todo caso, es correcta a este respecto la consideración de que la autonomía de la construcción conceptual comunitaria debe defenderse frente a la tendencia a los desarrollos ulteriores de modelos de interpretación particulares que contribuyen a la fragmentación jurídica. No se trata ni de conferir autoridad a las normas de otros legisladores por la vía de la interpretación, ni de obstaculizar los procesos de integración a través de una orientación hacia interpretaciones particulares. Más bien debe indagarse qué rendimiento puede esperar el objetivo de la integración en el Derecho privado de los elementos singulares de la tradición común.

Con esto, ante todo, se está haciendo de la necesidad virtud. El Derecho comunitario europeo ha de ser practicado primordialmente por el operador jurídico del Estado miembro, y éste a veces tiene también una formación en Derecho comunitario, pero nunca única-

mente en este sector. Por tanto, buscará un anclaje en el Derecho propio para entender una norma comunitaria cuando los métodos de interpretación usuales en el Derecho comunitario ya no sirvan de ayuda. Ha de examinarse cómo puede suceder esto con corrección metodológica: cuanto mayor sea el fundamento, más grande será la posibilidad de encontrar elementos que puedan prestar un servicio a los fines interpretativos específicos del Derecho comunitario. Si la comparación jurídica dice al juez cómo entienden las otras tradiciones jurídicas de los Estados miembros el correspondiente concepto que ha de ser interpretado, entonces disminuye el riesgo de generalizaciones inadmisibles a partir del ordenamiento jurídico propio.

Surge así la cuestión de dónde y cómo se encuentra –más allá de las grandes panorámicas del Derecho comparado– el material para una interpretación histórica en sentido amplio, incluso para cuestiones de detalle o con vistas a un examen crítico de esos trabajos panorámicos, y de qué modo puede hacerse fructífero de manera óptima para las necesidades prácticas todo ese trabajo realizado hasta ahora por las más importantes culturas jurídicas de Europa.

VIII. HACIA LA DETERMINACIÓN DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE REFERENCIA

Aquí sólo puede aludirse al problema fundamental de tal determinación, a saber: que utilizar todas las tradiciones jurídico-privadas de Europa de forma materialmente correcta en cuanto a su contenido es algo prácticamente imposible. Por tanto, si se pretende al menos tomar nota de las ideas determinantes de las particulares tradiciones de interpretación del Derecho privado comunitario, se hace inevitable una cierta selección. Se necesitan experiencias representativas con respecto al concepto o instituto que ha de interpretarse, no irrelevantes o demasiado peculiares. Tales pueden ser los Derechos de Estados especialmente importantes, que se irradian hacia otras jurisdicciones, pero también Derechos modernos de Estados típicamente pequeños que –más allá de los habituales procesos de recepción y superposición– han recibido creativamente influencias extranjeras y las han reelaborado a través de nuevos Códigos civiles. Como palabras clave al efecto puede hablarse de «ordenamientos jurídicos directores» y de «modelos de integración», respectivamente²⁰. Qué ordenamientos civiles de Estados

²⁰ Sobre el concepto de «ordenamiento jurídico de referencia» como «ordenamiento jurídico clave», *cfr.*, por ejemplo, Chr. C. WENDEHORST, «Die Leistungskondition und

miembros vienen aquí al caso, y por qué, es algo que no podemos exponer en este lugar; en todo caso, hasta hace poco, en la Europa de los Quince, han sido ordenamientos directores seguros el alemán, el francés y el inglés, y modelos de integración seguros el portugués y el holandés.

Frente a este modelo puede haber varios tipos de dudas. No obstante, la posición actual de la doctrina metodológica, según la cual un recurso a los significados propios de las tradiciones no puede desempeñar ningún papel, y menos aún bajo una referencia selectiva a ordenamientos jurídicos particulares, es una posición meramente teórica, que no encuentra ninguna correspondencia en la praxis. Ésta última parte, consciente o inconscientemente, del significado de un concepto que se encuentra ante los ojos del operador jurídico particular, y este significado no es otro que el de su propio Derecho privado²¹. En la práctica tampoco puede hacer otra cosa, salvo en el caso, totalmente atípico, de un alto tribunal muy bien equipado logísticamente y a la vez muy interesado en el Derecho comparado. En esto radica, al mismo tiempo, un peso especial, por una parte, de los ordenamientos jurídicos en los que se deciden muchos casos, y, por otra, de aquellos que están más acostumbrados que otros a tratar con influencias extranjeras.

En los límites de los demás cánones interpretativos, el operador jurídico de un Estado miembro tenderá siempre a la interpretación que le resulte familiar, y esta tendencia ha de asumirse de una manera metodológicamente razonable, también dirigiendo la mirada al menos a algunos ordenamientos jurídicos de referencia que sean importantes.

IX. EJEMPLO: CRITERIOS DE LA «FALTA DE CONFORMIDAD DE ESCASA IMPORTANCIA», ANTES Y DESPUÉS DE LA DIRECTIVA SOBRE VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Razones de espacio, pero también lagunas en la investigación, me impiden desarrollar comprensivamente lo hasta ahora expuesto

ihre Binnenstruktur in rechtsvergleichender Perspektive», en R. Zimmermann (ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden, September 2003*, Tübingen, 2005, pp. 47-140 (esp. 52 s.).

²¹ En el mismo sentido ya N. JANSEN, «Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht», en *ZEuP*, 2005, 750-783 (esp. 778 s.).

sólo de forma teórica de la mano del ejemplo inicial. No obstante, es posible al menos describir el problema.

El artículo 3.6 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo dice, en su versión alemana: «*Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung*». En inglés se dice «*the lack of conformity is minor*»; en francés, «*le défaut de conformité est mineur*»; en italiano, «*difetto di conformita minore*». Aquí domina, pues, el comparativo (en todo caso, en la raíz lingüística). Con acento más cualitativo suenan las dos versiones ibéricas (que en esto no siguen la versión francesa): ahí la contravención del contrato es «*de escasa importancia*» o «*insignificante*».

Si regresamos a los clásicos instrumentos de interpretación desde la concepción alemana, nos encontramos con que la literalidad de unas y otras formulaciones lingüísticas resulta estéril: queda en el aire dónde se encuentra el tamaño o la importancia que decide lo esencial. Dicho claramente: una determinación puramente cuantitativa apenas sería conciliable con la referencia española o portuguesa a la «importancia» o la «significación».

Sobre la interpretación histórica en sentido estricto, hay que señalar que los considerandos de la Directiva no dicen nada sobre la limitación *de minimis* del derecho de resolución del contrato. Sin embargo, existe el testimonio cualificado al respecto del funcionario encargado de la redacción de la Directiva: «Finalmente, el derecho de resolución del contrato está limitado en el artículo 3.6 a incumplimientos del contrato que no sean insignificantes. Esta limitación fue una concesión de la mayoría del Consejo a los Estados escandinavos, que insistieron en tal limitación, ya conocida en sus Derechos nacionales»²².

Con ello nos movemos en las fronteras de una interpretación histórica en sentido estricto: la objeción viene del procedimiento legislativo, y su contenido, de la tradición jurídico-privada de los Estados miembros.

Sólo algunos Estados miembros conocían en su antiguo Derecho de compraventa la regla *de minimis*, pero en parte referida al concepto de vicio que, p. ej., en Alemania hasta 2001 abría inmediatamente la vía a la redhibición (*Wandelung*)²³. Lo especial de la nueva regulación desde un punto de vista sistemático reside, en primer término, en que la resolución del contrato está sometida a la

²² D. STAUDENMAYER, «EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts», en S. Grundmann/D. Medicus/W. Rolland (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln et al., 2000, pp. 27-47 (esp. 39).

²³ Cfr. *supra* n. 11.

primacía del cumplimiento ulterior y, *además*, en que el derecho de elección del comprador entre una rebaja y la resolución está limitado, pues actúa en caso de un defecto no insignificante.

De este estado de cosas pueden extraerse varias conclusiones, si es que se admite una interpretación histórico-comparada que vaya más allá del sentido estricto de la expresión: se puede considerar el Derecho escandinavo de compraventa como especialmente instructivo; eso no tiene nada que ver con la posición constitucional en la Comunidad de los representantes escandinavos en el Consejo, sino con la relación material con el modelo por ellos representado (si el Ministro alemán, p. ej., se hubiera referido al Derecho sueco, no habría sucedido algo distinto). O pueden incluirse todas las tradiciones que conocen la regla *de minimis* para la resolución del contrato. El procedimiento ideal consistiría en incluir a todas, pero examinando exactamente si aquellas jurisdicciones que no conocían otras limitaciones preestablecidas del derecho de resolución admitían con más generosidad la falta de importancia.

(Por lo demás, este mismo modo de proceder promete también resultados incluso si se renuncia a la idea de una «interpretación histórica en sentido amplio», puesto que también bajo la óptica de la eficiencia en la transposición interesa conocer en qué medida el Derecho anteriormente vigente sigue actuando «subterráneamente» y cómo pueden combatirse las diferencias jurídicas derivadas de tal continuidad de efectos).

Asimismo, en las fronteras entre interpretación histórica en sentido estricto y en sentido amplio se encuentra la consideración de qué enseñanzas pueden obtenerse de la comparación con el artículo 49.1.a) del Convenio de Viena de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), donde se exige para la resolución del contrato un «incumplimiento esencial» del mismo, puesto que este instrumento lo tuvo ante sus ojos el legislador europeo y pretendía acercarse a él. Además, las reglas de compraventa escandinavas, en su redacción vigente en el momento de aprobación de la Directiva, ya estaban influidas por la CISG. Ahora bien, hay que tener en cuenta, desde un punto de vista sistemático y a un nivel valorativo, que en el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas no hay ninguna prioridad del cumplimiento ulterior como en la Directiva, de modo que el «incumplimiento esencial del contrato» representa la única barrera para la resolución del mismo –y, desde luego, más alta en comparación con el Derecho europeo de compraventa–.

En cambio, con toda seguridad queda superada la interpretación histórica en sentido estricto si se observan otros proyectos

Europeos de Derecho contractual. Puesto que estos se han realizado con la metodología comparatista –y propiamente sobre la base de los Derechos europeos–, extraen lo que podría decirse una suma de las experiencias (también) de los Estados miembros. Citaré, sólo a modo de apunte, los *Principles of European Contract Law*, los Principios UNIDROIT y el proyecto de la Accademia dei Giusprivatisti Europei (el Grupo Gandolfi). Pero si se hace uso de estos textos, entonces debe admitirse en la misma medida el recurso a las experiencias de los Estados miembros a propósito de las cuestiones especiales. El extendido recurso científico y político-jurídico a las diversas obras de principios prueba indirectamente que el intérprete del Derecho comunitario está autorizado, allí donde los restantes medios no son de ayuda, a hacer un análisis más detenido de los fundamentos en el Derecho de los Estados miembros. Y esto tanto más cuanto que el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas y los Principios UNIDROIT están concebidos para el tráfico mercantil, frente al cual los Derechos civiles de los Estados miembros conciben el caso regular de aplicación del Derecho europeo de los consumidores.

Paso por alto la aplicación al caso que hemos puesto como ejemplo. Su resultado es, en lo esencial, lo siguiente. El recurso a las obras de principios no lleva a ninguna concretización digna de reseñar sobre la «esencialidad» al nivel de las formulaciones legales. Sólo se va más allá si se incluye –en la medida en que exista– la jurisprudencia al respecto. Pero entonces vuelve a plantearse el interrogante de por qué no debería poder traerse a colación la historia y la dogmática de los regímenes de compraventa de los Estados miembros.

Teleológicamente se plantea la cuestión de qué objetivo regulador pretende colocarse en la base: la defensa del comprador o también el principio de la conservación del contrato. Es del todo discutible hasta qué punto se alcanza esto último en la Directiva. Algunos autores quieren conceder al comprador tantas y tan extensas facultades de elección como sea posible, a fin de que pueda disfrutar de la mejor oferta que tenga. Las dudas fundamentales frente a tal «autonomía privada *à la carte*» son evidentes. Una defensa unilateral del comprador no es adecuada para lograr un Derecho de compraventa aceptable para todos²⁴. Más bien es justamente la compensación de intereses de todas las partes una condi-

²⁴ Cfr. sobre esto CHR. BALDUS/F. VOGEL, «Un “droit compétitif des contrats»: un modèle d’harmonisation?» (Montpellier-Seminar 2006: L’harmonisation du droit du contrat en Europe – Die Harmonisierung des Vertragsrechts in Europa), en *Annuaire de droit européen*, 2007 (en preparación).

ción funcional del Derecho privado comunitario. Además, debe ser una pauta de la obligación contractual el lograr una interpretación bastante estricta de la posibilidad de revocar los efectos del contrato, esto es, el principio de la conservación del contrato.

Si echamos ahora un vistazo a las tomas de postura científicas y a las primeras prácticas en relación con la «falta de conformidad de escasa importancia» (*geringfügige Vertragswidrigkeit*), llama la atención una cosa: al final, lo que hay en las sentencias alemanas²⁵ es, en ocasiones, valores porcentuales, reglas prácticas del tipo «un defecto cuya eliminación no suponga más allá del 4,5 por 100 del precio de venta no es esencial». En virtud de qué criterios se va del texto normativo a la regla práctica es algo que, por el momento, resulta cualquier cosa menos claro. Pero justamente en un ámbito

²⁵ No es posible en este punto una utilización exhaustiva de la bibliografía y la jurisprudencia; hasta ahora (septiembre de 2006) no se ha publicado ninguna sentencia del Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) que sienta jurisprudencia con carácter general (pero *vid. infra* n. 27 sobre casos de dolo). Cfr. sólo tres sentencias de la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf sobre tema de compraventa. El principal fundamento jurídico de la sentencia del *OLG* de Düsseldorf de 27 de febrero de 2004 (3 W 21/04, NJW-RR 2204, 1060 s.) dice: «Der Käufer eines Gebrauchtfahrzeuges ist gem. §§ 437, 323 V BGB nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, wenn den Verkäufer keine erhebliche Pflichtverletzung trifft» [«El comprador de un vehículo usado no está autorizado a resolver el contrato de compraventa, de conformidad con los §§ 437, 323 V BGB, si al vendedor no se le imputa una infracción importante de su deber» (aquí, un gasto de reparación para la eliminación de defectos por debajo de un 3 por 100 del precio de venta)].

Con todo, según la misma Sala de la Audiencia de Düsseldorf (sentencia de 8 de junio de 2005, 3 U 12/2004), el criterio cuantitativo puede ser en todo caso obviado a expensas del comprador (de nuevo en relación con un caso de compra de un coche usado – una puerta que no cerraba con toda perfección estética, lo cual apenas era perceptible): «Um die Unerheblichkeit eines Mangels annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, daß der Mangel mit geringem Aufwand beseitigt werden kann. Denn auch wenn relativ geringe Reparaturkosten dafür sprechen, daß ein Mangel unerheblich ist (Senat NJW-RR 2004, 1060), so ist dies nicht das einzige Kriterium. Auch Mängel, die nicht beseitigt werden können, sind dann unerheblich, wenn es sich um Bagatellen handelt, die nur zu einer allenfalls äußerst geringfügigen optischen Beeinträchtigung führen und keinerlei Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit zur Folge haben. Auch in diesen Fällen sind die Schadensersatz- und Minderungsansprüche zur Wahrung der Interessen des Käufers ausreichend. Strittig bei der Festlegung der Erheblichkeitsschwelle ist, ob diese anzusetzen ist wie bei § 459 Abs.1 BGB a.F. (...) oder aber deutlich höher liegt (...).» [«Para poder admitir la insignificancia de un defecto, no es exigible que el defecto pueda eliminarse con un pequeño gasto, pues, si bien unos costes de reparación relativamente pequeños hablan en favor de que un defecto es insignificante (Sala NJW-RR 2004, 1060), éste no es el único criterio. También defectos que no pueden eliminarse son insignificantes si se trata de bagatelas que llevan únicamente a una imperfección óptica extraordinariamente pequeña y que de ningún modo tienen como consecuencia una limitación en la capacidad de uso. También en estos casos son suficientes las pretensiones indemnizatorias y las de rebaja para garantizar los intereses del comprador. Se discute, en la determinación del umbral de significación, si éste ha de establecerse como en el antiguo § 459 párrafo 1.º BGB (...) o si, por el contrario, se encuentra considerablemente por encima (...).»]

La misma Sala exige (bajo la apelación a la jurisprudencia de antes de la reforma del Derecho de obligaciones) una reducción de más del 5% respecto a la velocidad máxima que técnicamente puede alcanzar el vehículo (de modo que el pobre adquirente de un automóvil que, en vez de 202 km/h, sólo alcanza los 197,51, no podrá desistir del contrato): *OLG Düsseldorf*, 7 de septiembre de 2005, I-3 U 8/04, NJW 2005, 3504, 3505.

del Derecho de compraventa que es central desde el punto de vista de la práctica jurídica es de esperar una gran cantidad de sentencias. El Derecho comparado, en tanto que instrumento de investigación comparativa y acompañamiento de los actos de transposición, se encuentra, pues, con importantes tareas por delante.

Muchas cosas hablan en favor de la idea de que, al final, decidirá un criterio no cuantitativo: se puede desistir de un contrato donde la confianza ha sido grave e irreversiblemente defraudada; se trata, pues, de aceptabilidad del incumplimiento²⁶. Pero, en la duda, un incumplimiento ha de verse como irrelevante, porque apartar la resolución permite conservar el contrato y, por tanto, la autovinculación en uso de la autonomía privada. Se podría concebir una relación regla-excepción a favor de la autovinculación²⁷. Si queremos comprobar este principio a través de una observación histórico-comparativa, habrá que proceder paso a paso. Primero hay que preguntarse qué ordenamientos jurídicos han trabajado antes de la transposición de la Directiva con la resolución del contrato como remedio regular (como el BGB) y dónde, por el contrario, era subsidiario; luego, cómo han cifrado conceptualmente los ordenamientos jurídicos esas decisiones; después, cómo procedió

²⁶ De entre la bibliografía más reciente, *vid.* W. FABER, «Zur «geringfügigen Vertragswidrigkeit» nach Art. 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG. Beschluß des österreichischen Obersten Gerichtshofes vom 24. Mai 2005», en *ZeUP*, 2006, pp. 676-694; sobre la situación jurídica en la República Federal Alemana, véase el *Münchener Kommentar zum BGB* (vol. 2a, 4.ª ed., München, 2003), § 323, núm. 243 (*Wolfgang Ernst*).

²⁷ Sobre ambos puntos, *vid.* ahora la sentencia del Tribunal Federal de 24 de marzo de 2006 (V ZR 173/05), en *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)*, 2006, pp. 235 ss. (comentada por Brigitta Jud en *GPR* 2006, en prensa); ha de negarse la insignificancia «al menos, como regla», si al vendedor se le imputa dolo: «Wird der Abschluss eines Vertrags durch arglistiges Verhalten einer Partei herbeigeführt, so verdient deren Vertrauen in den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Schutz» (...). «Vielmehr bleibt es in diesen Fällen bei dem allgemeinen Vorrang des Gläubigerinteresses an einer Rückabwicklung des Vertrags, ohne dass es hierzu einer weiteren Abwägung bedürfte. Ob dies selbst dann gilt, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers trotz Vorliegens einer arglistigen Täuschung derart unbedeutend ist, dass eine verständige Vertragspartei ohne weiteres am Vertrag festhalten würde – was bei Mängeln mit Bagatelldarakter in Betracht zu ziehen ist – braucht nicht entschieden zu werden, weil davon vorliegend keine Rede sein kann.» [«Si se produce la conclusión de un contrato por el comportamiento doloso de una parte, su confianza en el estado de un negocio jurídico no merece ninguna protección» (con referencias a la jurisprudencia más antigua) (...). «Más bien se mantiene en estos casos la prioridad general del interés del acreedor en el desarrollo ulterior del contrato, sin que se necesite para ello una ponderación añadida. No es preciso decidir si vale esto mismo en caso de que la infracción de su deber por parte del vendedor sea insignificante, a pesar de la existencia de una deslealtad dolosa tal que un contratante juicioso se mantendría sin más aferrado al contrato –lo que ha de verse en caso de defectos que no pasen de ser una bagatela–, puesto que de ello no puede hablarse en el presente caso.»].

En todo caso, la segunda frase aquí citada (relativa a la relación regla-excepción) abre cuestiones que, en última instancia, remiten a la consideración de cuál es la parte a la que quiere proteger la Directiva que está en la base; el *obiter dictum* no aporta en la tercera frase ningún criterio de decisión; pero aquí no podemos profundizar en todos estos extremos (*cfr.*, sin embargo, la mencionada nota de Jud, así como la siguiente nota a pie).

con eso la praxis y qué conclusiones extrajo de ello la ciencia jurídica; finalmente –y con creciente importancia–, si las decisiones judiciales sobre el nuevo Derecho de compraventa han seguido hasta ahora tales líneas tradicionales y en virtud de qué metodología. Estarán conmigo en que, de todo este programa, en el curso de una conferencia sólo puede hacerse un esbozo.

X. SOBRE EL PAPEL DEL DERECHO ROMANO

De nuevo de forma comprimida: ¿cómo se presenta en el modelo y ejemplo descrito el papel de la Historia del Derecho?

El Derecho romano de la compraventa está marcado por una duplicidad de sistemas de defensa jurídica incluso en la jurisdicción, y esta duplicidad sigue teniendo efectos hasta la actualidad²⁸. Por una parte estaba el Derecho especial de los ediles curules para determinados tipos de mercancías (los esclavos y los animales de tiro). Sus defectos apenas eran reparables y, tras un corto período de tiempo, ni siquiera podían demostrarse. Edilicios son la redhibición (*actio redhibitoria*, *Wandelung*) –por tanto, la raíz histórica de la actual resolución (*Rücktritt*)– y la rebaja (*actio quanti minoris*, *Minderung*), caracterizados por plazos cortos y una estricta limitación de los supuestos de aplicación. Por otra parte estaba la acción de compra ordinaria (*actio empti*), concedida por el pretor, que, gracias a una cláusula de *bona fides*, resultaba muy flexible en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Aquí el vendedor responde primordialmente con una indemnización por daños, y ello en virtud del contrato. Desde la época clásica confluyeron ambos sistemas de remedios jurídicos en una *actio empti* con consecuencias jurídicas más amplias, pero los detalles al respecto son objeto de discusión²⁹.

En Roma encontramos testimonios jurídicos sobre el problema de *minimis* sólo esporádicamente, y siempre para el caso de la redhibición: si la *causa* es sólo *minima*, entonces no cabe la redhibición, siempre que el vendedor estuviera de buena fe con respecto al vicio³⁰. En el ejemplo típico de la venta del esclavo, es

²⁸ Sobre lo que sigue, *vid.*, por todos, Chr. BALDUS, «Una actione experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht», en *Orbis Iuris Romani (OIR)* 5, 1999, pp. 20-83; sintéticamente, *id.*, *Binnenkonkurrenz kaufrechtlicher Sachmängelansprüche nach Europarecht. Zur Rolle des Richters bei der Koordinierung gesetzlicher Tatbestände*, Baden-Baden, 1999, pp. 61-65; el más reciente estudio monográfico al respecto es el de N. Donadio, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004.

²⁹ *Vid.* referencias en los trabajos cit. en la nota anterior.

³⁰ D. 18,1,54 (Paul. 1. *ad ed. aed. cur.*): *Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet.*

determinante si están disminuidos el «uso» y el «servicio» (*usus ministeriumque*). La principal fuente al respecto nos produce algunos problemas de comprensión, no sólo de índole lingüística, ya que admite varias lecturas posibles³¹. Aquí puede suponerse nuevamente, también con una mirada de conjunto a la restante casuística, que en esencia se trata de una cierta utilidad mínima de la cosa comprada, no de una reducción de valor cuantificable con respecto al precio. Si falta esta utilidad, entonces procede la redhibición. Con todo, debe tenerse cuidado a la hora de establecer conclusiones sobre las ideas fundamentales, y aún más con las generalizaciones.

En la Edad Media cambia el cuadro de la situación³². En Acursio se encuentra un llamativo testimonio sobre la concurrencia entre la *actio redhibitoria*, por una parte, y la rebaja y la *actio empti*, por otra: sólo puede pedir la redhibición quien no haya comprado con conocimiento del vicio. Con ello se alude en realidad a la gravedad del defecto, pero con el revestimiento de una valoración hipotética. En correspondencia con ello se desarrolló el Derecho común posterior: defecto (*vitium*) es sólo lo que menoscaba la utilidad de la cosa; y únicamente puede pedir la redhibición por tal vicio quien no tenga ningún interés en la conservación de la cosa –un interés meramente disminuido conduce sólo a la rebaja. Así se pronuncian después algunos ordenamientos particulares, y luego también la doctrina del Derecho común: sólo puede resolver el contrato quien no puede hacer uso de la cosa o no la hubiera comprado de haber conocido el defecto. Esto es tanto más importante cuanto que, en la misma época –en oposición a la tendencia que puede observarse en

Tr. «La cosa vendida de buena fe no debe declararse como no comprada por una causa mínima».

³¹ D. 21,1,1,8 (Ulp. 1. *ad ed. aed. cur.*): *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur.(...)*

Tr. «Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición, con tal que hayamos tenido presente que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso».

Otra traducción posible: «Por consiguiente, si hubiera habido un vicio o una enfermedad tal que impida el uso y servicio del esclavo, tendrá lugar la redhibición, teniendo en cuenta que no cualquier cosa que sea mínima produce el efecto de que se tenga por enfermo o defectuoso».

³² Para los desarrollos medievales y de inicios de la Edad Moderna, *cfr.* P. M.^a Vecchi, «La garanzia nella vendita in diritto comune», en M. J. Schermaier (ed.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, 2003, pp. 67-109 (con fuentes y bibliografía; en el mismo volumen hay muchos otros trabajos útiles de naturaleza histórica, comparatista y dogmática). La misma problemática de la rebaja es objeto de un amplio proyecto de investigación en la Universidad de Heidelberg.

la antigua Roma— la *actio empti* retrocede respecto a los remedios edilicios. Aquí puede verse una ponderación de intereses: el interés del vendedor en la conservación del contrato sólo se sacrifica si el interés del comprador ha naufragado completamente.

Así pues, nos encontramos, en los albores de las grandes codificaciones, con una doctrina que no parte del Derecho procesal romano, sino de una ponderación de intereses muy convincente desde el punto de vista ético-jurídico. De qué forma consiguió abrirse paso esta idea y en qué codificaciones, esto es, qué ordenamientos jurídicos —como el alemán desde 1900 hasta 2001— hubieron de combatir contra una recaída parcial en un privilegio anacrónico favorable al desistimiento es algo que queda pendiente de un estudio detallado.

Con todo, una cosa es clara: en muchos lugares han aparecido fórmulas prácticas, pero en ninguno fórmulas mágicas. El análisis histórico-comparativo no buscará tales cosas, sino que intentará describir de un modo tan preciso como sea posible la lógica de las fórmulas empíricas, es decir, al nivel de valores porcentuales que pongan en relación el valor del defecto con el valor de la cosa, en general o con referencia a aquellos ordenamientos jurídicos que se ocupan del problema regulativo de manera constructivamente comparable; será luego tarea de la ciencia jurídica preguntarse si esos paralelismos son casuales.

En esta comprimida presentación del problema puede verse ya la doble función que tiene precisamente el Derecho romano: por un lado, desde un punto de vista genético, es la base del Derecho actual —de muchos de sus contenidos, pero también de numerosos anacronismos, en especial a causa de una fijación irreflexiva en formulaciones y construcciones heredadas; por otro, funcionalmente, señala qué valores y qué soluciones son posibles. Los anacronismos han de afrontarse mediante la descontextualización³³: quien sepa que los ediles no eran materialmente competentes para una acción dirigida al cumplimiento ulterior del contrato y para la mayoría de los objetos de compraventa no considerará el recurso inmediato a la resolución como un principio intemporal del Derecho romano, sino como una solución parcial provocada por motivos en parte razonables de naturaleza histórico-procesal, cuya incorporación al ordenamiento jurídico común sólo tuvo lugar poco a poco. El intento del BGB de 1896 de atribuir un privilegio a la resolución frente al cumplimiento ulterior fracasó en la prácti-

³³ Para el concepto, véase K. W. NÖRR, «Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts», en *ZEuP*, 1994, pp. 67-76. En la discusión romanística actual, «descontextualización» a veces no se refiere exactamente al procedimiento descrito por Nörr; *vid.*, v. gr., D. Mantovani, «El Derecho Romano después de Europa: la historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo», en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, 6, 2006 [<http://www.iustel.com> (13 de septiembre de 2006)].

ca, y no por casualidad³⁴. Sólo ese privilegio otorga asimismo a las limitaciones del derecho de resolución un alcance que no conocían para el ámbito específico de aplicación del instituto en su época. Pero si el instituto se desliga de su específico contexto de aplicación romano (o del Derecho común), entonces serán también visibles los valores que hoy nos interesan –bajo las condiciones de una libre concurrencia de pretensiones materiales en un procedimiento civil unitario–, desde la conservación del contrato hasta la buena fe, pasando por la aceptabilidad del incumplimiento. Aquí ofrece la *actio empti*, esto es, un instituto no orientado en su origen a la retroacción de efectos, mucho más material en las fuentes que los remedios edilicios.

También la Historia de los dogmas (*Dogmengeschichte*), informada por el Derecho moderno, requiere, pues, en primer lugar, una aclaración de lo específico de cada época, de lo históricamente contingente, y sólo en un siguiente paso una nueva combinación de los elementos restantes. Pero este análisis y recombinación es un proceso de conocimiento abierto. Puede –como toda investigación– no planearse para obtener resultados predeterminados³⁵, tampoco con la vista puesta en las necesidades dogmáticas y sistemáticas del presente.

XI. CUESTIONES ABIERTAS

En este punto se abren nuevos interrogantes de carácter fundamental, esto es, metodológico y filosófico. ¿En qué se funda el hecho de que el ordenamiento no pueda fijar límites de relevancia cuantitativos inmutables y aceptables para todas las partes? ¿En la variedad de formas de las relaciones de la vida? Esto podría ser un falso argumento, pues la tarea del Derecho es, justamente, regular de modo satisfactorio aquellos casos en los que el legislador no pudo pensar en concreto. ¿En la limitación intrínseca de la regulación legal, en la necesidad de depositar confianza en los jueces? Estos argumentos, preferidos en tiempos de dudas sobre la Codificación, tienden a enmudecer cuando lo Público queda insatisfecho con las decisiones particulares. ¿En la generalidad de los principios que se encuentran detrás de la ley? Precisamente por eso es tan necesaria la concretización.

³⁴ Vid., para los problemas del antiguo § 459 BGB, U. Bündenbender, en B. Dauner-Lieb et al. (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002, § 8, esp. núm. 1 s.

³⁵ En contraposición a determinadas ideas –en su mayoría inspiradas en motivos fiscales y/o por una mala imitación de modelos norteamericanos– de la actual política de investigación; vid. al respecto, desde el punto de vista de lo señalado en el texto, Chr. BALDUS, «Bezahlt die Forscher auch fürs Lesen. Zeitressourcen und Interdisziplinarität», en *Forschung und Lehre* 13, 2006, pp. 450 ss.

Como quiera que sea, se requiere un mecanismo de descubrimiento del Derecho que lleve en todo caso a una solución capaz de suscitar discusión e, idealmente, de generar consenso.

XII. RESULTADOS Y PERSPECTIVAS

Voy a hacer una recapitulación a partir de los problemas de aplicación y de carácter esencialmente cronológico. El derecho de resolución del contrato (en el BGB: *Rücktritt*) por causa de un defecto material de la cosa es estructuralmente una excepción, no la regla. En el caso regular, los remedios jurídicos del comprador se dirigen al restablecimiento de la situación conforme al contrato. Por tanto, sólo excepcionalmente se puede exigir la resolución del mismo.

Esta relación de regla y excepción se vio perturbada en el BGB de 1896, puesto que el antiguo Derecho de compraventa quedó anclado, selectiva y anacrónicamente, en determinados elementos del Derecho romano, a saber, a los remedios edilicios. En el Derecho romano, en cambio, era ya posible reconocer en el orden jurisdiccional, que dependía de los bienes objeto de la venta, lo que era la regla y lo que era la excepción. En el caso de la mayoría de los bienes, a través de la *actio empti* se exigía primeramente una indemnización por el incumplimiento, y sólo para algunos casos se podía resolver el contrato, quedando gobernada esta acción por el principio de la *bona fides*. Aquí tienen su punto de partida todas las consideraciones en torno a la confianza y su lesión irreparable, la aceptabilidad del incumplimiento y la falta de ella.

La relación regla-excepción es restaurada en la reforma del BGB, bajo influencias del Derecho comparado y del comunitario, y además para todos los objetos de venta. Con ello vuelve a situarse la resolución del contrato en su correcto lugar sistemático: como último recurso.

Pero, ¿cómo se determinan, entonces, los presupuestos específicos de este remedio? La referencia solamente al fin y el sentido de la norma no es suficiente, puesto que la Directiva pretende lograr el equilibrio entre conservación del contrato y protección del comprador. Por tanto, no se dará una determinación abstracta de los criterios de la «insignificancia». Pero bien pueden los tribunales civiles europeos –y, en su cúspide, el TJCE– sintonizar entre ellos su jurisprudencia. En este proceso de sintonización cada ordenamiento jurídico aporta sus tradiciones, y eso debe ocurrir abiertamente.

La ciencia jurídica puede y debe ayudar en este proceso, tanto del lado comparatista como desde el Derecho comunitario. Quien compra o vende en el mercado interior se ve gravado por los retra-

sos y los déficit en la armonización, precisamente al nivel de la aplicación de las normas –una simple introducción de los textos normativos unitarios no es capaz de mover gran cosa–.

La ciencia del Derecho privado comunitario puede servirse para este fin de una interpretación histórica en sentido amplio, de una elevación representativa de los materiales que sirven para llenar de contenido las cláusulas generales del Derecho privado. La Historia del Derecho y el Derecho comparado no están emparentadas sólo en cuanto al método, sino también en el objetivo: ambas disciplinas sirven para sondear y equilibrar aquello que en el Derecho privado comunitario está necesitado de una concretización.

En el caso que hemos puesto como ejemplo, muchas cosas hablan en favor de la idea de que, a nivel europeo, los valores porcentuales y las cuotas de consumo excesivo ya no van a ser más que medios auxiliares para la objetivación de una decisión valorativa fundamental: sólo puede resolverse el contrato por aquel a quien ya no resulte aceptable mantenerse en su palabra, sea porque ha sido defraudado en su confianza, sea por la importancia de un defecto o por otras valoraciones de intereses. Tales valoraciones deben declinarse cruzadamente, a la luz de al menos algunos ordenamientos jurídicos representativos. En los casos-tipo, esto puede encontrarse en las citadas reglas prácticas. Pero para aquel que, p. ej., adquiere un automóvil de lujo, cuyo precio y presentación publicitaria hacen esperar una cierta perfección, puede resultar muy relevante un defecto que, expresado en porcentajes, se considera insignificante. Lo único importante es que se logre un consenso en cuanto a qué parámetros valorativos se van a utilizar.

¿Qué es lo que se puede generalizar desde un punto de vista metodológico? No existe «la» interpretación histórica: la hay en un sentido estricto y en uno amplio; y tan razonable resulta ser precavido a nivel europeo con la primera como importante se muestra la segunda, es decir, la que tiene un carácter histórico-comparativo y orientado a fines europeo-sistemáticos.

Desde un punto de vista histórico-jurídico, la interpretación europea pone al descubierto defectos estructurales de la interpretación histórica en sentido estricto. Lo que en el siglo XIX era moderno no se adecúa a los complejos procesos de decisión de los actuales procedimientos de creación normativa. El Estado particular puede considerar estos cambios como irrelevantes y dejar inalterada su doctrina metodológica, en la medida en que el estado de cosas haya de juzgarse sin referencias comunitarias; la Comunidad, sin embargo, para cuya constitución la defensa de los sujetos privados representó desde el principio un valor básico central de forma diferente que para el Estado del siglo XIX, no puede hacerlo así. No puede fijarse en un deter-

minado momento histórico y deducir de éste determinados aspectos a los que deban anudarse consecuencias disfuncionales.

Otra cosa sucede con la interpretación histórica en sentido amplio, con la que se pregunta por las ideas jurídicas conservadas y practicadas durante mucho tiempo. Esta no aísla puntos de vista particularmente ligados a una determinada situación, sino que entrelaza la experiencia de generaciones; tiene en su favor la presunción de funcionalidad y la familiaridad con el Derecho privado. Ahora bien, tal interpretación exige lo que tantas veces falta: conocimientos sólidos de la historia de los dogmas y de la codificación, así como del Derecho comparado, y un sentido del desarrollo de problemas, conceptos y sistemas.

Un último punto va más allá de la Historia de los dogmas. En la Historia del Derecho hay desde hace años una disputa teórica sobre si es metodológicamente equivocado abordar la Historia jurídica retrospectivamente a partir de las cuestiones del presente, o bien lo defectuoso es justamente lo contrario, es decir, hacerse la ilusión de que es posible una contemplación «puramente histórica». Mi posición se desprende ya del propio uso de la palabra «ilusión»³⁶. Quien crea poder librarse en la observación del Derecho del pasado de sus propios condicionamientos está fabricando ya las causas determinantes de su propia ceguera.

Así, el historiador del Derecho resulta especialmente sensible a las ilusiones de naturaleza comparable en el Derecho vigente. Quien opine seriamente que un operador jurídico medio en cualquier lugar de Europa va a leer una norma cualquiera de otro modo que a través de los anteojos de su propia formación, se equivoca, aunque sólo sea por la sobrecarga de muchos tribunales con casos cotidianos. Pero, si se consigue montar los citados anteojos en una óptica más integradora, ya se habrá logrado mucho. La interpretación histórica en sentido amplio no sólo contextualiza el Derecho comunitario, sino que también amplía el conocimiento de los ordenamientos jurídicos vecinos e instruye la mirada hacia aquella condicionalidad, limitabilidad y apertura históricas del Derecho que está parcialmente olvidado, pero que sigue actuando de manera tanto más real. Si el Derecho privado comunitario tuviera repercusiones en este sentido en el Derecho intraestatal, constituyéndose así en catalizador de una metodología transformada, entonces no llegaría a ser ese factor distorsionador del sistema que se insinúa desde una cierta visión unilateral, sino más bien el espinazo necesario en la carne demasiado grasa que representa lo que queda del Derecho nacional.

³⁶ Esto es, en sentido negativo o peyorativo (el único que existe en alemán).