

LA EPIQUEYA DE ARISTÓTELES EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA *

Aristotle's Epieikeia in times of Economic Crisis

HARM PETER WESTERMANN **

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 54 (2020), 383-401

1. TRASFONDO: LA JUSTICIA EN ARISTÓTELES

El discurso de ingreso en la Academia por parte de quien ha sido distinguido con dicho honor no se presta bien a presentar modelos ni técnicas tendentes a solucionar cuestiones propias de la justicia cotidiana, por muy relevantes y acuciantes que estas fueren. Se trata más bien de analizar un pensamiento fundamental que los juristas podemos encontrar en la obra de uno de los más profundos y también prolíficos pensadores de la Antigüedad, cuya influencia llega a nuestros días, en cuanto a posibles nuevas influencias en la aplicación del Derecho en el contexto de una crisis económica. Parto de la base de que juristas, jueces e investigadores podrían dotar de una mayor dignidad a sus reflexiones asumiendo el pensamiento de un autor de la categoría de Aristóteles.

1.1. Contenidos económicos y políticos de las exigencias por una justicia

En el libro quinto de la *Ética nicomáquea* Aristóteles trata de la justicia. Hoy hay que tener cuidado con este concepto. Según una breve noticia de prensa el 53% de la población alemana desea más justicia. Podemos asumir que con ello se refieren a algunos postulados generales, como la disminución de las diferencias entre ricos y pobres, la igualdad salarial entre hombres y mujeres, o entre empleados en los antiguos y en los nuevos *länder* alemanes; quizá incluso a la igualdad de oportunidades en el sistema educativo, pero no hacen referencia a medidas legislativas concretas o a las condiciones de celebración y cumplimiento de los contratos. No obstante, y mis colegas de la *Nomiki-Scholi* podrán ratificarlo, en la Universidad enseñamos a nuestros

* Traducción: Rafael Adolfo Zambrana Kuhn. Revisión: Jochen Albiez.

** Universidad de Tubinga, Alemania.

estudiantes que no debe preocuparnos que un contrato sea justo, es decir, que la prestación y la contraprestación sean equitativas o, en general, que los respectivos intereses de las partes estén equilibrados, en tanto que no haya una clara desproporción en las oportunidades y los riesgos que asume cada parte, debido a la superioridad económica o intelectual de una de ellas, lo cual supone, pues, que esa parte habría obtenido para sí una ventaja actuando de manera reprobable. También en la promulgación de las leyes existen casi siempre grupos de población ganadores y perdedores. Así, pues, al hablar de justicia tendremos que considerar unos valores y criterios algo distintos. A este respecto encontramos en Aristóteles —a diferencia de Platón, quien se refería fundamentalmente al Estado— que junto con la importante exigencia que le plantea a la comunidad, a la cual también Aristóteles concede gran importancia, concretamente de tratar justamente a los ciudadanos atendiendo a las necesidades generales, también establece un principio no menos importante en las relaciones contractuales entre las personas. Este sería aplicable, según la clasificación que hacemos hoy día del Derecho de las obligaciones, a aquellas relaciones contractuales basadas en la libre voluntad de las partes y a la necesidad de compensación en caso de causar un perjuicio mediante una actuación ilícita (Horn, 2016, nota 263) (Adomeit, 1999, pp. 102 y ss.) (Adomeit, 2011, pp. 91 y ss.). No podemos poner suficiente énfasis en este aspecto: Estos son dos pilares del Derecho privado, basado en la libertad individual, el cual se distancia del planteamiento socialista y del de la economía dirigida, y nos llevan a extraer algunas conclusiones.

Se trata en principio de una observación en el ámbito de la filosofía del Derecho, pero que nos obliga a hacer una diferenciación. La justicia es, por una parte, un objetivo y quizá incluso el contenido de las leyes. Una norma que se percibe como justa es moralmente aceptable y su cumplimiento, deseable. De esta consideración de una ley como objetivamente justa se desprende el sentido subjetivo de justicia, es decir, la convicción del Juez responsable de aplicar la norma al hacer valer la justedad de la misma (Radbruch, 2003, p. 30), aunque no obstante en la actualidad, a la vista de lo ocurrido con los Jueces durante la época del nacionalsocialismo, se plantea la duda legítima de si quien ha de aplicar normas formalmente neutras e imbuidas de manera soberana o política de un “principio de justicia”, puede aplicarlas con manera partidista y de si puede ir tan lejos como para, a la vista de una Ley material que en su opinión es claramente injusta, puede contravenir la justicia formal de dicha norma¹. Veremos que

1. A este respecto —aunque en la literatura alemana no está seriamente contemplado— Hoerster (2013, pp. 14 y ss.).

este último supuesto también remite a Aristóteles, lo que me permite hacer hincapié en ello.

Sin embargo, este no es más que el punto de partida de nuestra reflexión. A partir de aquí el razonamiento (Radbruch, 2003, pp. 36 y ss.) nos lleva a la conocida distinción que Aristóteles hace de los dos aspectos fundamentales de la justicia. Por una parte, está la justicia orientada a la asignación de derechos y obligaciones, pero también al derecho a recibir prestaciones de la comunidad (en griego: *dikaion dianemetikon*; en latín: *iustitia distributiva*), esto es, la justicia distributiva en el seno del Estado. Aunque esta distinción no es demasiado clara en Platón ni en Aristóteles, hoy día asignaríamos esta idea al Derecho público, el que regula tanto las prestaciones como las actuaciones del Estado sobre el ciudadano. Frente a esta, la justicia conmutativa (en griego: *dikaion diorthotikon*; en latín, *iustitia commutativa*) regula las relaciones entre ciudadanos, ya sea en el Derecho de obligaciones o en el de las indemnizaciones por daños. Se trata, pues, de Derecho privado (Radbruch, 2003, 36) (Manthe, 1996, p. 4), donde la sencilla clasificación que hace Aristóteles no comprende la distinción predominante en la actualidad, incluso a nivel internacional, entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual. Resulta obvio que hay que aplicar criterios de justicia que tengan en cuenta la especial relación entre los ciudadanos individuales, por ejemplo entre quien encarga un contrato de obra y sus trabajadores, pero también entre los afectados por un accidente de circulación.

1.2. Los conceptos de Aristóteles en la historia de las Humanidades

La diferenciación entre justicia distributiva y justicia conmutativa jugó un papel extraordinario en la historia del Derecho romano y también en el de los países de Europa central (Manthe, 1996, nota 2) (Trude, 1955) (Canaris, 2012, pp. 35 y ss.). Esto comenzó con los juristas romanos que, tras desarrollar por completo un sistema de casos y analizar exhaustivamente los textos, pudieron establecer, junto con el concepto de justicia, el de equidad (*aequitas*). De aquí extrajeron muchas decisiones individuales aplicables a muy diversos litigios como, por ejemplo, sobre un contrato de custodia de un bien robado entre el ladrón y el receptor, o sobre casos de adulterio (Finkenauer, 2014, pp. 20 y ss.). Estos dos aspectos fundamentales de la justicia son contemplados aún en la actualidad, aunque algunos ordenamientos jurídicos codificados que, en el contexto de la soberanía reguladora sobre algunos sectores económicos, han introducido fuertes limitaciones a la autonomía de las partes implicadas así como nuevas

responsabilidades jurídicas, ven la justicia como algo más que un sistema soberano de compensación. En cualquier caso esa distribución debe atender a la dignidad, aunque con la reserva (Aristóteles, ética, V, 1131a, 26-29) de que demócratas, oligarcas y aristócratas entienden por esto algo distinto, cada uno conforme a su forma de pensar. Esto se pone especialmente de manifiesto en el famoso ejemplo de la flauta propuesto por Aristóteles, en el que se trataba de determinar, a la hora de repartir gratuitamente flautas entre los músicos de este instrumento, qué criterio de referencia habría de aplicarse para establecer la idoneidad de los candidatos (Hoerster, 2013, p. 49). Está claro que la justicia distributiva es una cuestión de criterios. Pero en el concepto de justicia distributiva subyace también la idea de una corrección necesaria, si bien con un fundamento matemático que parte de los pitagóricos y que posteriormente, tras un rechazo inicial por su parte, fue desarrollado por Aristóteles (Manthe, 1996, pp. 8 y ss.). Sin embargo esto no puede mantenerse, al menos no sin alguna modificación, en cuanto al Derecho privado y más concretamente al Derecho de obligaciones. Aquí Aristóteles se aproxima significativamente a la perspectiva que hoy día podríamos considerar predominante sobre la equivalencia entre la prestación y la contraprestación, puesto que cuando propone un intercambio voluntario de bienes solo hace referencia a que cada una de las partes obtenga en valor aquello que ella misma ha aportado, sin que haya ganancia ni pérdida. En la literatura alemana (Manthe, 1996, p. 5) se deduce de ello que la *dikaion diorthotikon* no tiene la función de corregir la distribución injusta o la valoración injusta en la equivalencia del intercambio, siempre que se mantenga la equivalencia acordada en la relación contractual —también en cuanto al cumplimiento de dicho contrato. En el caso de lesión de las obligaciones contractuales como también en el caso de cualquier otra lesión de bienes, de compensar al perjudicado recurriendo a la ganancia de la contraparte, y, en ocasiones, incluso al patrimonio personal del mismo (Aristóteles, ética, V, 1132a, 2-3, 4-5, 9-10) (Manthe, 1996, p. 6). Estas ideas fueron mejor perfiladas por los juristas romanos, especialmente en los *digestos* de Justiniano (Finkenauer, 2014, pp. 12, 18 y ss.). Especialmente en el concepto de *iustitia* y en el papel del Juez como “sacerdote de la Justicia”, lo que sucedió con vistas a un ordenamiento mucho más organizado y, en parte, también codificado. En su lugar Aristóteles introduce el concepto recogido en el título de nuestra ponencia, la epiqueya, para el que, hasta donde yo sé, no hay una traducción generalmente aceptada al alemán²,

2. Dirlmeier, F. en sus consideraciones al libro V, 13-14, nota marginal 118.2. La traducción utilizada, “Güte” (bien) es, en mi opinión, incorrecta.

pero que está muy próximo a nuestro concepto de *Billigkeit* y al concepto anglosajón de *common law equity*.

1.3. La epiqueya en particular

He acometido el reto, algo osado para un humilde civilista, de releer la *Ética nicomáquea*, libro V, n.º 14, notas marginales 1137b y 1138a, para considerar cómo clasifica Aristóteles la epiqueya dentro de su sistema de justicia. En un principio se plantea la cuestión de si existe oposición entre la justicia de la Ley y la epiqueya, pero no es así, en tanto que ambas incorporan valores. No obstante, la segunda parece ocupar un lugar superior a la primera y constituye, dicho en términos sencillos, una corrección de la misma. Esto se debe a que toda Ley está enunciada con carácter general y en algunos casos particulares no se puede establecer una disposición general de tal forma “que sea correcta”. Con ello la Ley admite una regulación excesivamente general (así entiendo yo la afirmación) sin obviar que se produce un defecto de origen, pero que este no es atribuible al legislador, sino a la “naturaleza de las cosas”. Se podría incluso interpretar que Aristóteles admitía la posibilidad de una Ley injusta y que exigiría su corrección mediante la epiqueya (Kaufmann, 2004, p. 35). Por mi parte, tengo claro que la alusión a la “naturaleza de las cosas” abre nuevas perspectivas, incluyendo una propuesta que seguidamente expondremos, en el sentido de que, allí donde la Ley falla, por su formulación excesivamente general, es necesario corregir el problema atendiendo al espíritu del legislador. Al leer esto se podría traducir *epiqueya*, como hace Horn (2016, nota 263), como *justicia de los casos particulares*, de manera que el razonamiento de Aristóteles también proporciona al Juez la legitimación para cubrir lagunas legales e incluso para desviarse del tenor de la Ley (Adomeit, 1999, pp. 112 y ss.).

Lo que no resulta tan evidente es el segundo aspecto de la *dikaion diorthotikon*, concretamente la justicia conmutativa de los contratos, que nos lleva a plantear la cuestión de si un Juez pueden también completar o corregir disposiciones contractuales. Se podría pensar que con ello se apartaría de la Ley, en tanto en cuanto esta considera que los contratos celebrados libre y válidamente son vinculantes y, en consecuencia, no son susceptibles de modificación por alguien ajeno a las partes contratantes. No obstante, mis colegas juristas podrían confirmar que una de las principales tareas que nos ocupan se refiere a la pregunta, continuamente planteada, de si vemos, especialmente en tiempos de crisis, alguna forma de adaptar un contrato celebrado a las condiciones cambiantes o incluso de apartarnos

de lo acordado, para lo que también hay apoyos en el Código Civil griego³. Como jurista alemán no deseo ahora profundizar en ello, pero creo que disponemos de una mina de modelos y soluciones a dichos problemas en el precedente de la gran crisis económica que se produjo en Alemania y otras partes del mundo tras la Primera Guerra Mundial y que me permite apuntar la idea de que deberíamos investigar si aquello que hicieron los Tribunales entonces (y también poco después de la Segunda Guerra Mundial) puede ser visto y entendido como ejemplo de epiqueya y, por tanto, de justicia en el sentido aristotélico.

2. LA EPIQUEYA EN LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y EN LA ACTUALIDAD

2.1. *La búsqueda de soluciones por el Tribunal Imperial alemán (Reichsgericht)*

A comienzos de la Primera Guerra Mundial, la cantidad de papel moneda circulante en Alemania estaba todavía sujeta a la Ley de reservas de oro y de moneda en el Banco Central, que fue abolida por el gobierno con idea de poder disponer de dinero sin dichas limitaciones. Esto animó también a las empresas privadas a utilizar giros en cuenta, en lugar de moneda en metálico y en papel. Sobre este frágil fundamento, el dinero barato consiguió, como bien podemos entender actualmente, un boom económico en los primeros meses de la posguerra, aunque finalmente llevó al colapso de la moneda alemana, de forma que en noviembre del año 1922 un dólar estadounidense valía al cambio 4,2 billones de marcos imperiales. Esta situación no mejoró hasta que el gobierno alemán se vio obligado a hacer una reforma monetaria e introducir el *Rentenmark*, el cual consiguió traer estabilidad, pero que planteaba el problema de la conversión de dinero malo en dinero bueno⁴. El Tribunal Imperial (RG) había venido manteniendo desde hacía años el principio de justicia contractual —también en el sentido aristotélico— fijando un cambio paritario de ambas monedas, pero ignorando con ello la diferencia existente entre el marco de oro y el de papel. Sin embargo, en noviembre de 1923 adoptó la famosa decisión —que habremos de tratar en más detalle— de actualizar el valor de las obligaciones contraídas por los deudores en la moneda antigua⁵. Esto se vio como una

3. En relación con Grecia, solamente Liappis (2014, pp. 23 y ss.).

4. El texto sigue la presentación exhaustiva de Thiessen (2016, pp. 735 y ss.).

5. RGZ 107, 78, 87 y ss.

desviación de la vinculación legal por parte del Juez y aún se sigue viendo así (Nörr, 1996) (Thiessen, 2016, nota 40). En todo caso quedaba claro que con ello no solo se perseguía la protección del acreedor individual, es decir, la evitación de una injusticia catastrófica para él, sino de la protección de la política inflacionaria del *Reichsbank* (Thiessen, 2016, p. 738). Es de destacar también que el Tribunal, que durante los años de la guerra había defendido el cumplimiento de los contratos con independencia de las enormes dificultades económicas, fue paulatinamente abandonando la búsqueda de soluciones en el Código Civil, el BGB, y finalmente basándose únicamente en el principio de *bona fides* (a nivel internacional hablaríamos hoy de *good faith*)⁶ fue buscando soluciones adecuadas para cada caso particular. Esto significa prácticamente un reconocimiento de la epiqueya.

El Tribunal Imperial no siempre encontró apoyo y tampoco siempre siguió la línea propuesta. En un caso concreto del año 1919⁷ el acreedor, de nacionalidad holandesa, tenía la posibilidad de hacer valer su pretensión en florines o en marcos. Esto suponía un problema, pues en aquella época regía en Alemania la prohibición del comercio en moneda extranjera. Según el § 265 BGB, que regulaba las obligaciones alternativas, el Tribunal debería haber reconocido la imposibilidad de una de las alternativas y haber obligado al deudor a pagar solamente en moneda alemana. Sin embargo, el RG le condenó al pago en moneda alemana de la cantidad equivalente al importe en florines, de forma que el deudor hubo de pagar una cantidad considerablemente mayor a la cantidad objeto del préstamo. De esta forma asumió todo el riesgo de la devaluación monetaria en virtud de la cual el acreedor había acordado la obligación alternativa. En la literatura de la época esto se vio incluso con buenos ojos, como una desviación de algunas otras sentencias que lesionaban inadmisiblemente la obligación contractual⁸, pero en el punto álgido del proceso inflacionista el Alto Tribunal cambió su criterio, como ya hemos indicado y aún volveremos sobre ello.

La reacción de los Tribunales en tiempos de crisis económica no solo ha de medirse en términos de dinero y cuestiones monetarias, pues en el fondo siempre existe el riesgo de que la carencia de dinero impida la liberación del deudor. En círculos jurídicos alemanes, si bien en relación con el § 279 BGB, posteriormente derogado, corría una lapidaria sentencia: el BGB obliga a tener dinero. Esto ya se apreciaba durante la Primera Guerra

6. Sobre la buena fe en el Derecho privado europeo MünchKomm/BGB/Roth, G. § 242, nota marginal 40; Zimmermann ZEUP 2005, 264; Erman /Boettcher, L./Hohloch, G. §242, notas marginales 59 y 60.

7. RG JW 1919, 1973.

8. Nussbaum, JW 1920, 370.

Mundial en el caso de los arrendatarios de circos, cabarets y algunos otros establecimientos, los cuales tuvieron dificultades para hacer frente a sus pagos, debido a que, como consecuencia de la guerra, el público dejó de asistir al circo o porque, tras la decisión soberana de restringir la fabricación de cerveza en sus instalaciones, los locales vieron reducidos sus ingresos⁹. Si bien los arrendatarios de locales nocturnos pudieron liberarse de sus obligaciones contractuales, pues, al quedar los espectáculos de baile suspendidos en su totalidad, se consideró que se daban las condiciones de imposibilidad del cumplimiento¹⁰. Sin embargo, en los otros casos mencionados el Alto Tribunal no admitió la liberación de la deuda. La escasez provocada por la guerra en las mercancías que una parte contratante necesitaba para cumplir sus contratos tampoco la liberaba de dicha obligación. De esta forma el encarecimiento de los precios, que hacía que el nitrato procedente de Chile o el estaño procedente de Inglaterra fueran virtualmente inasequibles, no era considerado ni siquiera bajo el principio de *bona fides* una excusa relevante del deudor¹¹.

2.2. *La epiqueya en el marco de aplicación del Derecho codificado*

Veamos una peculiaridad de la aplicación del Derecho que hasta ahora no he mencionado en mi exposición sobre la epiqueya. No se trata meramente de la aplicación o no de la Ley, sino de dictar una resolución particular justa en el marco de determinadas formas e instituciones del Derecho codificado. Si deseamos aplicar la Ley atendiendo a la epiqueya, esto nos obliga a hacer una clasificación sistemática del concepto de justicia aplicando una serie de procesos de razonamiento y argumentación establecidos por la Ley, aunque también podamos, en algunos casos concretos, apartarnos de la valoración de intereses que haga el legislador.

- a) Un ejemplo muy frecuente en el debate jurídico en Alemania es el caso del vendedor de huevos de Galitzia¹²: en noviembre de 1914 el vendedor de una gran partida de dicha mercancía tuvo que huir, junto con su familia, ante el avance de las tropas rusas. El medio de transporte utilizado fue un carromato, en el cual, una vez insta-

9. En relación con estos casos, RG 86 y 397 de 1915.

10. RGZ 87, 277-1915; coincide Thiessen (2016, p. 270).

11. RGZ 90, 102-1917; RGZ 88, 172-1916.

12. RGZ 90, 1-1920; también al respecto, por ejemplo, Ermann/Westermann, H.P. § 243 BGB, nota marginal 10.

lados los enseres personales y los pasajeros, ya no tuvieron cabida los huevos objeto del litigio, si bien se encontraban disponibles en abundancia y a disposición del vendedor. La especificación de la mercancía con una denominación de origen presupone, según el § 243 BGB una obligación genérica según las reglas del mercado o ilimitada. Esto tiene como consecuencia que el vendedor está obligado a abastecerse y es quien soporta el riesgo del abastecimiento en caso de no poder suministrar el pedido. Sin embargo, el Alto Tribunal consideró que, dado lo especial de la situación, este razonamiento no era acertado, pues, si bien la mercancía genérica se hallaba disponible, el deudor no podía tener acceso a ella, y tampoco parecía razonable que hubiera podido prever esta circunstancia. En aquella época el razonamiento prevalente suponía a menudo un perjuicio para aquellos deudores que argumentaban su incapacidad de realizar el suministro¹³. No obstante, en el caso del vendedor de huevos la demanda del comprador fue desestimada, y así se fallaría también hoy en día con el argumento de que, incluso en el caso de una obligación genérica ilimitada, el deudor no debe quedar sujeto a sacrificios excesivos para el cumplimiento del contrato.

Tuve ocasión de defender exitosamente esta “argumentación de la epiqueya”, si me permiten la expresión, en un informe jurídico que me fue solicitado, no en un contexto posbélico ni de crisis económica generalizada, pero sí en el marco de las consecuencias derivadas de una crisis. Una de las grandes empresas de la industria gasística alemana, proveedora de fábricas, centrales municipales y por tanto también de hogares privados, se puso en contacto conmigo. Estaba teniendo dificultades de suministro porque su principal proveedor, la compañía holandesa Gas-Unie, había tenido, a su vez, que interrumpir el suyo. La razón era que los Países Bajos habían sido excluidos del suministro petrolífero iraní por desavenencias surgidas entre los dirigentes de este país y el gobierno neerlandés. Para evitar que la población padeciese los rigores del invierno, el gobierno neerlandés había decidido que, en lugar de petróleo, se utilizase en todas partes gas con fines de calefacción, de forma que el gas que había sido vendido a Alemania ya no podía ser suministrado. Se puede entender que el gobierno

13. Por ejemplo, en las sentencias RGZ 88 y 172 del año 1916; 95 y 41 del año 1919; más en detalle Thiessen (2016, p. 741).

holandés prefiriese que fuese la población alemana, en lugar de la suya propia, quien padeciese el frío, pero como consecuencia la empresa alemana tuvo que buscar otra alternativa al gas que, procedente de Rusia, importaba a través de los Países Bajos; sin embargo, esto resultaba imposible debido a la limitada capacidad de los gasoductos existentes. En este caso también habría cabido aplicar las reglas generales sobre obligaciones genéricas ilimitadas para declarar la exoneración de la deuda por imposibilidad de cumplimiento; sin embargo, se optó por argumentar, con éxito, basándonos en el precedente del vendedor de huevos de Galitzia, que se había producido una perturbación de la prestación que no era debida a la empresa suministradora ni era tampoco previsible por parte de la misma. En cualquier caso, esto suponía aplicar la epiqueya solamente a medias, puesto que surgía un nuevo problema: el gas no había desaparecido totalmente del mercado, pero resultaba simplemente insuficiente para abastecer a toda la demanda de acuerdo con sus pretensiones contractuales. La jurisprudencia existente establecía que en ese caso el deudor debe repartir la mercancía disponible entre todos los acreedores de manera proporcional, pudiendo entonces quedar exonerado frente a todos ellos de su obligación ulterior de cumplimiento¹⁴. Sin embargo, las centrales municipales pusieron muchas objeciones ante los previsibles recortes de suministro que ellas mismas pudieran sufrir, pues estos afectarían, a su vez, a los hogares privados. Mi conclusión fue que el recorte en el suministro de determinados acreedores podría resultar especialmente perjudicial, en parte debido a la posibilidad de que se crearan discontinuidades de flujo en los conductos, con el consiguiente riesgo de explosión, por lo que el deudor estaría obligado a suministrar por completo a estos acreedores y a recortar de manera desproporcionada el suministro a los demás. Así lo reflejé por escrito en mi comentario al § 243 BGB¹⁵, toda vez que los afectados se mostraron conformes. Quizá debería haberme remitido ya entonces al concepto de epiqueya, con el argumento de que el tenor de la Ley, al menos en cuanto al § 279 BGB vigente en aquel momento, era excesivamente general.

14. RGZ 84, 125; 95, 20; ver también Gsell (1988, pp. 169 ss.); crítica en Wolf JuS 1962, 103 ss.

15. Erman/Westermann, H.P. § 243, nota marginal 12.

- b) En la exposición de Aristóteles, que he reproducido brevemente, el énfasis recae en la observación de que a veces la Ley está redactada de forma demasiado general y que tampoco puede ser de otra forma, pues esta debe tener carácter general. En tiempos de crisis esto es aplicable a lo que luego se ha dado en denominar Leyes de medidas económicas, con las cuales el legislador intenta dar respuesta a determinados problemas, por ejemplo y especialmente, los impedimentos a la prestación o, como vimos a raíz del proceso hiperinflacionario, a la decisión del Tribunal Imperial de revalorizar las deudas monetarias.

Un caso algo más peculiar, pero que llevó a dicha decisión del *Reichsgericht*¹⁶ resultó de las condiciones existentes en el territorio que en aquellas fechas constituía la colonia alemana de África Sudoccidental (la actual Namibia). El deudor de un préstamo concedido con la garantía de un terreno de su propiedad en dicho territorio no pudo convencer al acreedor para que aceptara pagos en papel moneda, aunque dichos pagos eran práctica habitual. La situación era algo distinta en Alemania¹⁷, donde el deudor podía realizar el pago en papel moneda, siempre que el importe de dicho pago fuese idéntico al del préstamo concedido en monedas de oro. Pero entretanto el papel moneda se había devaluado fuertemente. Allí interpuso demanda el propietario del terreno, localizado en África e hipotecado, siendo el acreedor hipotecario un prestamista alemán. En la demanda reclamaba la cancelación de la hipoteca, puesto que él había realizado el pago, si bien en “marcos de papel, carentes de valor”. El Alto Tribunal desestimó la demanda: la deuda había de satisfacerse no solamente por el mismo importe, sino por el mismo valor. A esta valoración de intereses, como indicaba también el RG, deben supeditarse las disposiciones legales sobre la moneda. El legislador había pasado por alto este detalle, de manera que interpretando el contrato sobre la base de la buena fe, el pago en papel moneda no era suficiente para el cumplimiento del contrato. Esto llevó a considerar los criterios de revalorización de la deuda, lo cual se hizo en un ambiente de fuerte debate político, pero el principio del nominalismo estaba muy debilitado. En cualquier caso esta decisión demuestra que —como ya hemos dicho— la

16. RGZ 107, 78, 1923.

17. Con motivo de la Ley relativa a la reforma del Derecho bancario de 1.6.1909, RGBl I, p. 515; en cuanto al caso, en profundidad Thiessen (2016, p. 759).

solución particular debe integrarse en el sistema jurídico, lo que llevó a dirimir la cuestión previa de si el lugar de cumplimiento era Alemania o África para establecer cuál era el Derecho aplicable, en este caso resultó ser el de la colonia africana.

- c) Al igual que el legislador, las partes contratantes no pueden, en el momento de celebración del contrato, distanciarse suficientemente de las condiciones económicas en que en ese momento se encuentran. Así, por ejemplo, un banco suizo para conceder un préstamo a un deudor alemán estableció dos condiciones con idea de protegerse de las fluctuaciones monetarias: por una parte, la obligación del deudor de devolver el préstamo en monedas de oro; por otra parte, la obligación del mismo de compensar al banco por cualquier pérdida que se produjera al cambio. Este último riesgo se materializó y, aunque entretanto el deudor alemán ya no podía pagar con monedas de oro, fue condenado en virtud del tenor del contrato, pues el Tribunal deseaba evitar un perjuicio a un acreedor extranjero por considerarlo lesivo para la política económica¹⁸. Por otra parte, en tiempos de guerra las partes contratantes no habían acordado nada sobre cómo resolver las dificultades del suministro resultantes del conflicto. Cuando en uno de estos casos un vendedor vio sus precios afectados por una subida muy fuerte, apenas asumible, el Alto Tribunal rehusó ayudarle mediante la actualización o la rescisión del contrato, argumentando que en el comercio exterior siempre había que contar con esas contingencias¹⁹. Veremos aún que el reparto de determinados riesgos relativos a la evolución futura de las circunstancias, ya sea previo acuerdo o por valoración objetiva de los intereses, constituye un aspecto fundamental de la doctrina, reconocida tanto en Grecia como en Alemania, relativa a la ausencia o la desaparición de la base del negocio jurídico, que también, según Artistóteles, determinaría la dirección en que debe moverse el Juez que aplica la epiqueya. No podemos obviar algunas similitudes de estos casos con ciertos problemas actuales derivados de la crisis —piénsese en el recurso a la deuda exterior por parte de algunos Estados sometidos a dificultades financieras²⁰.

18. RGZ 100, 79 del año 1920.

19. RGZ 92, 322 del año 1918; ver también RGZ 95, 41 del año 1919.

20. Sobre la objeción de la inmunidad del Estado frente a la exigencia de responsabilidades a la República Helénica por su injerencia en el Derecho de los acreedores de deuda pública,

2.3. Ausencia o desaparición de la base del negocio jurídico

La teoría de la base del negocio jurídico mencionada con anterioridad supone, en términos históricos, un intento de superar de forma ajustada a la Ley las consecuencias inflacionarias y los cambios drásticos en las condiciones de vida de la población²¹, sin embargo entretanto ha adquirido mucho mayor alcance. Se aplica de forma generalizada cuando un Juez considera que un contrato no puede ser ejecutado o mantenido en los términos en que fue originalmente concebido. Esto va mucho más allá de las consecuencias de una crisis económica, como demuestra el hecho de que actualmente existe una disposición general en el § 313 BGB que no deja en ocasiones de resultar problemática²². En Grecia se plantean consideraciones similares en relación con el art. 388 del Código Civil (Liappis, 2014, nota 19). La teoría se aplica a todo tipo de contratos en cuanto a la inexactitud de aquellas ideas que, que no formando parte del contenido natural del contrato, son compartidas por las partes contratantes en cuanto a la existencia, o a la futura aparición o no, de determinadas circunstancias sobre las que se basa la voluntad negocial²³. Esto incluye modificaciones, falsas estimaciones e incluso alteraciones de la situación jurídica, siempre que no sean previsibles²⁴ y que tengan graves consecuencias. Podemos pensar en algunas disposiciones del Derecho de familia y de sucesiones, aunque principalmente afecta a contratos de suministro a largo plazo, contratos de arrendamiento, contratos de sociedades y, a veces, a la pérdida patrimonial de una de las partes, especialmente en el caso de contratos de préstamos. Las devaluaciones de moneda, aunque históricamente han ocupado un lugar principal, no quedan subsumidas aquí sin más²⁵: la jurisprudencia es muy consciente del peso macroeconómico que tiene el principio del cambio paritario, “un marco por un marco”.

Sin embargo desde el punto de vista del Derecho privado debemos contemplar también un segundo razonamiento, concretamente el alcance del reparto de riesgos, ya sea fijado por Ley o por el contrato, cuya importancia ya hemos visto al exponer la jurisprudencia del Tribunal Imperial en

en sentido discrepante, BGH WM 2016, 734; en sentido contrario, OLG Oldenburg WM 2016, 1878 con consideraciones de Mankowski WuB 2016, 783.

21. Para la época del BGH, ver BGHZ 61, 153, 159; 120, 10, Erman/Böttcher, L. § 313, nota marginal 3.

22. Más detalle en Her, F., Canaris, C.-W. (2002, p. 21); Feldhan (2005, 2381).

23. RGZ 168, 121, 126; BGHZ 25, 390; 40, 334; BGH NJW 1991, 1478; 2001, 1204; Erman/Böttcher, L. § 313, nota marginal 17.

24. Erman/Böttcher, L. § 313, nota marginal 24.

25. BGHZ 86, 168; BGH NJW 1989, 1688; 193, 272.

el marco de la crisis económica mundial. Generalmente se parte de la base de que el deudor de obligaciones dinerarias y en especie asume el riesgo del abastecimiento, mientras que el acreedor de obligaciones en especie asume el riesgo de la utilización, y existen algunos tipos contractuales en los cuales para una de las partes contratantes, por su formación y experiencia, determinados riesgos son reconocibles y por tanto, ha de asumir en solitario, en caso de producirse dicha contingencia²⁶. Esto rige también para las reformas legislativas; por ejemplo, en el marco del proceso de la reunificación alemana²⁷, la reforma del Derecho tributario puso especial énfasis en el impuesto sobre el valor añadido²⁸. Aunque en ocasiones se temió que pudiera ocurrir también con el cambio de moneda, la opinión general es que el cambio del marco al euro no llegó a tener consecuencias graves ni, en cualquier caso, a causar alteraciones imprevistas.

En el debate abierto en Grecia en torno a la superación de la crisis económica recientemente se propone, junto a la teoría de la desaparición de la base del negocio jurídico, la reinterpretación del contrato sobre argumentos económicos²⁹, como curiosamente en su día ya hizo el Tribunal Imperial alemán en el caso de Namibia. Esto permitiría intentar asignar el riesgo a aquella de las partes para la que resultase menos oneroso³⁰, aunque esta solución desde luego no es aplicable a todas las constelaciones.

La consecuencia jurídica de la ausencia o la desaparición de la base del negocio jurídico es, en primer lugar, la adaptación del contrato, pero en determinadas circunstancias también la resolución o la cancelación de algunas obligaciones individuales. En este proceso el Juez no puede simplemente imponer su punto de vista, sino que en principio debe promover el acuerdo entre las partes, si bien la obligación de estas de entablar nuevas negociaciones es, desde luego, discutible³¹. Al final no es infrecuente llegar a una modificación judicial del contenido del contrato, o incluso a la reso-

-
26. BGH NJW 2004, 58; BGHZ 161, 90; numerosas pruebas en Erman/Böttcher § 313, notas marginales 19a y 20. Igualmente, para el Derecho griego, Liappis (2014, nota al pie 19); coincidente, Tassikas, A. RabelsZ 2016, 960.
 27. OLG Naumburg OLG-NZ 1995, 82; sobre la adaptación de los contratos de usufructo de *dachas*, BGH NJW 2002, 2098.
 28. En relación con esto último, por ejemplo, OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1520; BGH DStR 1994, 1093; frente a las modificaciones generales del Derecho tributario, con reservas, la jurisprudencia citada en Erman/Böttcher, nota marginal 66.
 29. Kornilakis en Tröger y Karampatzos (2014, pp. 155 ss.); en lo relativo a Alemania, Säcker, FS Westermann, H.P., 2008, 617 y ss.
 30. También al respecto, Kornilakis (2014).
 31. Relativo al tema, Heinrichs, FS Heldrich, 2005, 195; Riesenhuber BB 2004, 2697; Dauner-Lieb/Dötsch NJW 2003, 921.

lución del mismo. Pero los abogados están obligados en el propio escrito de demanda, el cual busca un acuerdo de la contraparte, a contemplar la posibilidad real de que su nueva propuesta sea factible³². Se puede apreciar que el planteamiento de la epiqueya que hace Aristóteles está un poco influido por la idea del Juez como sacerdote del Derecho, pero alcanza también al núcleo de la situación actual. Los consejos dados por Aristóteles en referencia a la retórica, en ocasiones incluso el de recabar una decisión de arbitraje neutral, apuntan también en esta dirección, actualmente digna de gran atención.

Existe un cierto paralelismo de la nueva normativa aprobada en Alemania en el marco de la Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones, concretamente con el § 275, apartado 2, BGB, según el cual el deudor tiene derecho a rehusar la prestación cuando dicha prestación suponga un esfuerzo que, teniendo en cuenta la relación obligacional y el principio de buena fe, resulte desproporcionado frente al interés del cumplimiento por parte del acreedor. En cualquier caso, hay considerar el esfuerzo total, no solamente un posible esfuerzo adicional por parte del deudor debido a alguna circunstancia especial. En la práctica esta disposición se aplica con gran moderación, por ejemplo en el caso de la subida de precios en el mercado, y por ello algunos prefieren utilizar el argumento de la desaparición de la base del negocio jurídico³³.

3. LA JUSTICIA INDIVIDUAL EN CONTRAPOSICIÓN A LA VINCULACIÓN DE LA LEY EN LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y EL CIUDADANO

La justicia distributiva la encontramos hoy día en el ámbito del Derecho público, donde en esencia la configuración y las voluntades soberanas del Estado se contraponen al ciudadano privado. El legislador no es más hábil en este ámbito que en el marco del Derecho privado, y con frecuencia tiene que resolver verdaderos conflictos de intereses, en ocasiones incluso entre distintas instancias del poder soberano. Mediante el principio fundamental de que la Administración debe ajustarse a la legalidad vigente, principio que intentamos mantener, las condiciones para la aplicación de las leyes a ciertos hechos y circunstancias jurídicas de carácter polémico son distintas a las del Derecho privado, pero también aquí se trata de elaborar unas reglas jurídicas a partir de los intentos de superación de las crisis.

32. Más en Erman/Böttcher § 313, nota marginal 40.

33. Más en Erman/Westermann, H.P. § 275, nota marginal 29.

Las dificultades económicas de un Estado llevan a menudo a la elaboración de planes fiscales, los cuales pueden suponer una redistribución de la riqueza: un ejemplo lo tenemos en la permuta forzosa de los títulos de deuda pública griega por nuevos títulos con un valor nominal inferior, establecida por la Ley 4050/2012, pudiendo así hacerse extensible a aquellos inversores privados de deuda pública que no habían aceptado el canje oficial propuesto con anterioridad. Otro ejemplo de esto lo encontramos en el debate surgido en Alemania —a partir de una decisión del Tribunal Federal Constitucional— en torno a determinadas disposiciones en materia de Derecho sucesorio, principalmente en lo relativo al tratamiento fiscal de aquellos herederos que desean continuar con la actividad societaria y, por tanto, no deben ser excesivamente penalizados por la política tributaria. Tras largos debates de varios proyectos de ley, parece haberse alcanzado una solución pormenorizada³⁴, que apenas contendrá disposiciones de carácter general, por lo que no es preciso que nos detengamos ahora en ello. Otra cosa distinta podría suceder si un Estado en situación de crisis económica estableciera por Ley que el impuesto de sucesiones debería calcularse en función del valor patrimonial de la herencia establecido con anterioridad a la crisis. Esto podría colocar a los herederos en serias dificultades económicas y provocar un verdadero desajuste en la planificación testamentaria y contractual. En dichos casos en que, con Aristóteles, podríamos hablar de “injusticia legal”, les estaría permitido a los Jueces y Tribunales desviarse de la disposición legal³⁵.

Las situaciones críticas pueden darse no solamente por problemas financieros, monetarios y crediticios en las empresas, sino también en las corporaciones públicas. Estoy pensando en interrupciones y alteraciones del suministro de energía, es decir, petróleo, gas y electricidad, a la ciudadanía, así como el deterioro y las suspensiones que pueden afectar a los conductos, mayoritariamente construidos y operados por empresas privadas. Me viene a la mente un caso reciente, sucedido en el norte de Alemania: un oleoducto construido en las proximidades de una autopista, según el contrato de licencia celebrado en su día con la República Federal, el *land* y las autoridades responsables de la red viaria, actuando estas en representación de los anteriores, deberá a corto plazo ser modificado para dejar espacio a un nuevo acceso a la autopista. Existen dos posibilidades para ello: o bien el traslado de dicho oleoducto a otros terrenos más alejados, o bien el soterramiento del trazado actual a una profundidad mínima de 35 m., lo cual nunca

34. Sobre el actual estado de la legislación, Holtz, N. J. W., 2016, 3750.

35. También al respecto, el tratado mencionado al principio de Hoerster (2013, p. 15).

antes se había reclamado, ni remotamente, y constituye un precedente a nivel mundial. Las autoridades aducen, entre otras, unas disposiciones del Derecho público que, en relación con las autopistas y autovías, supeditan cualquier otra utilización del terreno afectado a la estricta prevalencia del transporte viario expedito. Si, como consecuencia de ello, la explotación de la instalación resulta económicamente inviable o si dicha instalación ha de ser clausurada durante un periodo prolongado, el suministro energético a la ciudadanía de la zona, incluyendo algunas grandes ciudades, puede verse amenazado. El tenor de la Ley parece claro y no deja lugar a excepciones, por lo que podríamos decir que, puesto que no contempla este caso, que no es meramente teórico, dicho tenor de la Ley presenta lagunas. Los mencionados contratos de licencia son de naturaleza jurídico-privada, presupuesto del que parte también la Ley federal de carreteras; por tanto, si las autoridades pretenden, como han anunciado, que los costes derivados del desplazamiento del oleoducto corran de cuenta de la empresa, amenazando en caso contrario con la rescisión del contrato de licencia, esto podría dar lugar a la interposición de acciones ante los Tribunales civiles. Está por ver si estos reconocen la prevalencia del interés del transporte, o si exigirán la participación del Estado en la planificación y financiación de las obras de modificación; pero no sería la primera vez que un Tribunal se niega a seguir una norma que confiere a las autoridades la debida discrecionalidad cuando la adopción de determinadas medidas afectan gravemente a la ciudadanía.

Las medidas de política monetaria, así como aquellas disposiciones legales y de control aplicables a la concesión de créditos y a la liquidez del sector monetario, afectan lógicamente también, tanto en Grecia como en Alemania, a la economía del Estado y, por tanto, a la banca pública. No sería de extrañar que la evolución de la crisis llevara a adoptar una serie de medidas legislativas y de control que dieran voz al deseo de justicia y, por ende, de epiqueya aristotélica³⁶. Ignoramos cuánto podía saber el «Estagirita» sobre economía financiera, pero probablemente no estaría muy familiarizado con la relación existente entre los ingresos del Estado y las medidas de control. También en este sentido deberíamos aplicar hoy día la epiqueya.

36. En lo relativo a las iniciativas del Derecho comunitario para regular las condiciones del Derecho privado de los Estados nacionales, también Papakonstantinou (2016, pp. 356 y ss.); *European Review of Contract Law* 2016, pp. 356 y ss.; con anterioridad, Westermann y Doris (2015, pp. 1809 y ss.).

4. CONCLUSIONES

Esta expectativa personal, sin duda algo especulativa, no deseo presentarla a modo de conclusiones, pues ya con anterioridad se han constatado muchas lagunas y rupturas entre el concepto de justicia que existía en la época antigua y el de la época moderna. Sin embargo, creo poder formular una hipótesis, o al menos una propuesta de investigación: la epiqueya, en el sentido aristotélico, podría conducir a una cierta reserva por parte de los Jueces y Tribunales ante la justicia excesivamente generalizadora de la Ley, en la búsqueda de justicia para cada caso particular, contemplando con amplitud de miras el desajuste producido, como consecuencia de una crisis económica, en los intereses de los afectados, y no sólo en el caso de una deuda dineraria. Deseo agradecer a la Academia de Atenas la oportunidad de haber podido exponerla aquí.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adomeit, K. (1999). *Rechts- und Staatsphilosophie I (Antike)*. 2.^a ed. Decker.
- Adomeit, K. (2011). *Rechts- und Staatsphilosophie I (Antike)*. 3.^a ed. Decker.
- Aristóteles. *Ética nicomaquea*.
- Canaris, C.-W. (2012). Die Bedeutung der Justitia Distributiva im deutschen Vertragsrecht. *Gesammelte Schriften*, tomo 3. Berlín: De Gruyter.
- Finkenauer, T. (2014). Die römischen Juristen und die Gerechtigkeit. En Höffe, O. (ed.), *Recht und Gerechtigkeit*. Rombach.
- Hoerster, N. (2013). *Was ist eine gerechte Gesellschaft?* C.H Beck.
- Horn, N. (2016). *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. 6.^a ed. C.F. Müller.
- Kaufmann, A. (2004). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7.^a ed. C.F. Müller.
- Manthe, U. (1996). Beiträge zur Entwicklung der antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte CX III* Rom. Abt.
- Nörr, K. W. (1996). *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit*. C. F. Müller.
- Papakonstantinou, G. (2016). Investment Bankers in Conflict: The Regime of Inducements in MiFID II and the Member States' Struggle for Fairness. *European Review of Contract Law*, pp. 365 y ss.
- Radbruch, G. (2003). *Rechtsphilosophie* (editado por R. Dreier y S. Paulson). 2.^a ed. C.F. Müller.
- Thiessen, J. (2016). The German Hyperinflation in the early 1920. En Fox, D. y Ernst, W. (eds.). *Money in the Western Legal Tradition*. Oxford University Press.

Tröger, T. y Karampatzos, A. (2014). *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*. Mohr Siebeck.

Trude, P. (1955). *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin: De Gruyter.

