

JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, clx + 2218 pp.

La década de los años noventa y el primer decenio del siglo XXI alumbraron una nueva doctrina jurídica de carácter indudablemente europeo que fructificó en una serie de textos pretendidamente normativos, pero carentes de cualquier fuerza legal, que han contribuido poderosamente a la modernización del derecho de obligaciones y contratos a lo largo del continente. Primero fue el *soft law*: los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* o PECL por sus siglas en inglés, casi simultáneamente la primera versión de los *Principios de los Contratos Comerciales Internacionales* o Principios Unidroit (PICC), luego el Borrador de Marco Común de Referencia o DCFR; por último, pero ya con carácter prelegislativo, la propuesta de Reglamento sobre un derecho europeo común de la compraventa o CESL. Todos estos textos se sucedieron entre 1995 y 2011. A estos hitos, aunque sin duda con menor impacto, aún deben añadirse otras iniciativas, como el Ante-proyecto de Código europeo de contrato, una idea liderada por Giuseppe Gandolfi, los *Principes Contractuels Communs* de la Asociación Henri Capitant o el *Feasibility Study* de la comisión de expertos para revisar el DCFR que nombró la Comisión Europea y que antecedió al CESL. Los frutos legislativos de estos empeños van desde la reforma del Código civil alemán de 2002 hasta la del Código francés de 2016. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hallado inspiración en esta serie de materiales para remendar el vetusto Código civil, ante el poco interés del legislador en la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión de Codificación y más tarde la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que beben de estas fuentes; mención aparte merece el Libro 6 del Código civil de Cataluña, muchos de cuyos artículos sobre la compraventa son fácilmente reconducibles a los mencionados textos europeos. Por último, también se toman en consideración los convenios internacionales que afectan a las materias; posición destacadísima merece la omnipresente Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, que tanta influencia ha desplegado en el nuevo derecho contractual europeo, pero se toman en consideración otros como la convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, cuya aprobación coincidió con el final de los trabajos de la Comisión Lando.

Sería lógico pensar que los materiales que ocupan esta secuencia proponen una evolución, y que el último de ellos, el CESL, sería directamente tributario de los PECL. Nada más lejos de la realidad. Por supuesto que hay lazos entre estos textos. Aún más, existen evidentes influencias entre ellos, en particular entre los PECL y los PICC, que se redactaron casi en paralelo aunque por grupos distintos, y parcialmente entre el DCFR y los PECL, pues aquellos tratan de actualizar aquellos e incorporarles el derecho comunitario, singularmente las diversas directivas promulgadas por los órganos competentes de la Unión Europea en materia de consumo, amén de expandirse por los contratos en particular y desbordarse a algunas instituciones de derechos reales. Pero, en realidad, no hay una verdadera línea directa descendiente entre los PECL y el CESL. Basta con señalar que los PECL son un conjunto de normas flexibles de derecho general de contratos, que esencialmente se ocupan de la parte general del contrato, aunque abrazan también aspectos como la prescripción o materias de teoría general de la obligación como la mancomunidad y la soli-

daridad, la cesión de créditos o la compensación; en cambio, el CESL es una propuesta de reglamento optativo para las partes, cuyo objeto se reduce a la compraventa y servicios relacionados, siempre que se trate de un contrato transfronterizo y el adquirente sea un consumidor. CESL que, sea dicho de paso, no llegó a convertirse en texto legal; solo, tras su jibarización, se ha convertido, por una parte, en las Directivas (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, y 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Este que se ha convenido en llamar nuevo derecho europeo de contratos, pues, se halla disperso en una pluralidad de textos no siempre tan homogéneos como sería deseable. Aprovechando la calma de las instituciones europeas tras el fracaso del CESL, el último gran proyecto de Reinhard Zimmermann (director del Instituto Max Planck de Hamburgo), acompañado de su discípulo Nils Jansen (catedrático de la Universidad de Münster) son los voluminosos comentarios a los derechos europeos de contratos. El uso del plural («derechos europeos») se debe a esta multiplicidad de fuentes que son objeto de análisis: todos los textos referenciados, que constituyen lo que los autores denominan «estratos» o «capas», pasan por el tamiz del método histórico y comparado que Zimmermann ha propugnado con tanto éxito de resultados. Además de ellos dos, otros veinte autores redactan los diversos capítulos, todos ellos tributarios del intenso y extenso magisterio que Zimmermann ha desplegado.

La introducción general explica con claridad y el punto de ironía habitual la finalidad de la obra: como Graciano –sobrenombre con el que los participantes se referían a ella– hizo con el derecho canónico mediante el *Decretum*, la principal meta es ordenar el pequeño caos en que se ha convertido esta multiplicidad de fuentes. Pero el título (*Commentaries*) se toma de Blackstone, el gran sistematizador del derecho inglés. Es, precisamente, en un momento de impasse, de descanso tras los esfuerzos sin recompensa inmediata que supusieron los PECL y luego el DCFR, de *cooling-off* que dicen los editores, que han abordado este magno proyecto que se recensiona ahora con mucha más brevedad y superficialidad de lo que el trabajo titánico realizado merece.

Esta reordenación del nuevo derecho europeo de contratos parte de los PECL. Literalmente: la estructura que se sigue de análisis en principio exegético toma por base los artículos de los PECL, que se comentan uno por uno. No puede extrañar que sea así: Zimmermann fue miembro capital de la conocida como Comisión Lando¹ que los redactó, llegando a sufragar su funcionamiento en la fase final de su vida gracias al premio Leibniz que recibió. Pero, además, los PECL constituyen, sin duda, el más influyente y citado de los estratos del derecho europeo de contratos. Y los comentaristas no dudan en explicitarlo cuando tienen la oportunidad para ello; por ejemplo, señalando su carácter de compromiso entre las distintas tradiciones jurídicas nacionales (p. 342). Con todo, no es un mero comentario exegético. Los PECL concluyeron en 2003 con la publicación de su tercera parte. Desde entonces, amén de directivas que no se pudieron tener en cuenta por razones temporales, como la 2011/83 de derechos de los consumidores o la 2016/943 del

¹ Sirva, también, esta recensión como sentido homenaje a Ole Lando, autor intelectual de los PECL y alma del derecho privado europeo durante tantos años, fallecido recientemente.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se han dado a conocer otros de los estratos, desde el DFCR hasta el CESL; los PICC han sido objeto de diversas revisiones; y los mismos PECL presentaban alguna deficiencia estructural, como un capítulo y sobre validez y un capítulo 15 sobre la ilegalidad pero ningún capítulo específico sobre nulidad o anulabilidad, o la regulación de la capitalización del interés apresuradamente en el capítulo 17 de la Parte III lejos de la indemnización de los daños contractuales que se normaba en el capítulo 9. De ahí que el comentario a veces se vuelve sistemático, con comentarios conjuntos y remisiones entre artículos de capítulos distintos.

Es reordenación sistemática, pero es también revisión y compleción. El segundo propósito de los autores, y que no es tan explícito, es formular un texto base de derecho europeo de contratos a partir de los PECL –reordenados, del modo que se acaba de indicar– y del derecho de la Unión Europea en vigor. De este modo, se incorporan nuevos artículos o apéndices a los artículos de los PECL e incluso dos capítulos de nueva factura. Ello puede deberse a dos razones: simplemente alguna cuestión fue tratada demasiado someramente, como la obligación de restitución de las respectivas prestaciones tras la resolución del contrato (art. 9:306 y su comentario y los dos apéndices que se adicionan), pero sobre todo porque el derecho de la Unión Europea se ha desarrollado. Ejemplo de inclusión de nuevos preceptos son los art. 2:302 y ss sobre los deberes de información precontractual en los contratos con consumidores, que acopian las reglas de la Directiva de derechos de los consumidores, o 6:201 y ss, que incorporan la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas; ejemplo de lo segundo, además del que se acaba de mentar, el apéndice al art. 9:102(1) en cuanto a la falta de conformidad de la Directiva 99/44, o al art. 9:508, en materia de indemnización de daños y perjuicios², con los artículos pertinentes de la Directiva 2011/7 de morosidad en las operaciones comerciales. En efecto, el texto final que proponen los autores, y que denominan «de síntesis» ofreciendo el detalle de la procedencia de las modificaciones que proponen en la *black letter rule* de los PECL –es su compendio articulado del nuevo derecho europeo de contratos, que por razones temporales obvias no puede alcanzar a las Directivas de compraventa y servicios digitales promulgadas en 2019. Es evidente que combinar la flexibilidad de los PECL con el reglamentismo del *acquis* se torna en ocasiones más en mezcianza que en armonía, pero no cabe obviar el derecho comunitario vigente en una obra con estas pretensiones.

La compleción se manifiesta en su máxima expresión en la adición de dos nuevos capítulos a la estructura final de los PECL como fueron publicados en sus tres partes en 2003. Se trata del capítulo 18 dedicado a la compraventa de bienes muebles y el 19 al contrato de servicios relacionados. En efecto, los PECL alcanzaban solo el derecho contractual general, sin detenerse en los contratos en particular. Sin embargo, la evolución del derecho comunitario desde la Directiva 99/44, que se concretó luego en el CESL, ha concedido protagonismo tanto a la compraventa como a los servicios relacionados con esta. Aquí, obviamente, los *Commentaries* han perdido algo de frescor con

² El comentario a los artículos 9:501 y ss sobre el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, escrito por Reinhard Zimmermann, se ha publicado traducido al español en forma de monografía (*La indemnización de los daños contractuales*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019).

las mencionadas dos Directivas aprobadas en 2019. El capítulo dedicado a la compraventa combina elementos de la Convención de Viena, de la Directiva 99/44 y algunos del CESL. En cuanto a los servicios relacionados, la parca regulación se basa en el CESL y se construye al ámbito de aplicación, las obligaciones del prestador de servicios y las del cliente. Estos dos capítulos relativamente breves encajan forzosamente con los PECL originales.

Aunque se afirma expresamente que todas ellas en su conjunto constituyen el derecho europeo de contratos actual (p. 28), lo cierto es que las diversas capas de derecho europeo de contratos merecen valoraciones variadas. En general, los PICC gozan de una elevada consideración y son utilizados a menudo en el refinamiento de los PECL. Por poner un ejemplo vistoso, la regla sobre la pluralidad de cesiones sucesivas de un mismo crédito (art. 11:305 PECL) se reforma tomando el modelo del art. 9.1.11 PICC, con el argumento de que estos proponen una solución más europea que aquellos –¡y eso pese a que el ámbito de los PICC no se reduce a Europa!–. En cambio, también por lo general, el DCFR suele salir malparado (en especial cuando se aparta de los PECL; por ejemplo, «confusión conceptual», p. 135). No hay que olvidar que Zimmermann ya se había mostrado muy crítico, no solo con la alteración de los PECL al incorporarlos, sino en general con el método, en particular con que no hubiera un previo análisis comparado sino que las notas de comparación se incorporaran al final una vez acordadas –con frecuencia tras complicadas votaciones, no raramente en reuniones distintas y no con siempre los mismos miembros–. Del CESL es habitual la crítica de su estructura, en menor medida de sus concretas reglas. El anteproyecto Gandolfi tampoco merece elogios –en particular se le afea su apego a las tradiciones italiana y francesa, por ejemplo en la p. 413– y su cita es bastante marginal.

En todo caso, los *Commentaries* rezuman exhaustivamente. Se analizan todas las capas de textos, las fuentes legales de *acquis* y los tratados y convenios internacionales pertinentes, la bibliografía y la jurisprudencia –con el matiz que se indica a continuación– es muy extensa, los comentarios no son de trazo grueso sino que se detienen minuciosamente en toda la problemática que suscita cada una de las *black letter rules*, y al final hay un completo índice de materias, con un criterio eficiente de selección de voces. Las capas de texto se desmenuzan seguidamente de la *black letter rule* de los PECL, que siempre sirve de base, y se propone en aquella alguna modificación, la lista de capas finaliza con una redacción de síntesis de la *black letter rule* que, como se ha apuntado, especifica el origen de las modificaciones procedentes. En particular por lo que concierne a la bibliografía, se ofrece una bibliografía general al inicio y una bibliografía particular para cada capítulo, además de otras referencias en las notas al pie. De ahí su extensión más allá de las dos mil páginas, que se presenta magníficamente encuadernado para que el volumen resista el uso por el lector.

Se ha señalado, y difícilmente podría ser de otro modo, que los autores utilizan el método histórico y comparado acuñado por Zimmermann y que encuentra su máxima expresión en el monumental *The Law of Obligations*. Esto significa que de cada artículo se ofrecen sus antecedentes en el derecho romano, el derecho común, la edad moderna, el pandectismo y la época de las codificaciones, así como en el *common law*. Y se compara con las soluciones nacionales. Se trata de comprobar en qué medida cada una de las capas responde a una tradición verdaderamente europea (p. 112), y, como uno de sus leitmotiv, construir puentes entre los derechos continentales y el *common law*. En la introducción general el lector es advertido de que la com-

paración no es con todos los ordenamientos jurídicos que conviven en la Unión Europea, sino, con carácter protagonista, con los derechos alemán, inglés y francés –tanto el *Code civil* de 1804 como el reformado mediante la Ordenanza de 2016, este de especial trascendencia en la obra recensionada por cuanto recoge no poco de este nuevo derecho europeo de contratos–. Esto supone que otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, el neerlandés o el español, adoptan un papel secundario; así, por ejemplo, no hay referencias al derecho español en materia desaparición de la base del negocio (p. 906 y ss, en que sí se toman en consideración los derechos austríaco, suizo e italiano) o de cumplimiento específico (p. 1212 y ss, en las que sí se tratan los derechos italiano y neerlandés).

En particular, por lo que al lector español se refiere, la sensación es de poca uniformidad y, en algunos casos, de perplejidad. La poca uniformidad se explica porque que se preste o no atención al derecho español depende, en primer lugar, de la competencia lingüística de cada uno de los comentaristas; Jan-Peter Schmidt o Gregor Christandl se manejan perfectamente en español, lo que se manifiesta en la bibliografía española que citan y en el análisis del derecho español, y también Sonja Meier integra perfectamente el Código civil cuando se ocupa de la solidaridad y la mancomunidad. En segundo lugar, depende de si hay autores españoles que han publicado en inglés o alemán, lo que, por desgracia, es infrecuente; en este caso, la bibliografía acostumbra a ser pormenorizada y hay referencias al derecho español en el texto y en las notas. Cuando no concurre ninguna de estas dos circunstancias, ocurre que no se contiene noticia del derecho español, lo que esporádicamente ocasiona perplejidad. Así sucede con el capítulo dedicado a las cláusulas abusivas, en que, como es obligado, se estudian las principales sentencia dictadas por el Tribunal de Justicia (Océano, Mostaza Claro, Aziz, etc.), las cuales provienen de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles, con lo que se explica la jurisprudencia europea sin el contexto de las leyes españolas con respecto a las cuales se ha dictado; o cuando se afirma que la *lesio enormis* del derecho romano apenas si se ha codificado en Austria, sin mencionar los derechos catalán y navarro³. Pero cuando hay materiales en inglés o alemán, puede suceder que incluso un apartado entero se dedique al Código civil; así sucede en el apartado 6 del comentario al art. 9:305, relativo al efecto retroactivo o no de la resolución del contrato, gracias a una monografía alemana que aborda específicamente esta ardua materia en el derecho español.

¿Hilo de Ariadna o canto del cisne? Amante como es de las metáforas, Zimmermann ha identificado los *Commentaries* con un hilo de Ariadna que permite guiarse por el laberinto de la pléyade de propuestas que se han formulado dentro el conjunto de esfuerzos por construir un derecho de contratos europeo. Sin duda la metáfora es acertada, pues cada comentario muestra cómo se han ido destilando las normas y qué modificaciones se han introducido en cada capa y con qué finalidad. Se reconstruye con detalle las etapas por las que se ha llegado para cada institución a la situación actual. Precisamente por ello, los *Commentaries* tienen algo de canto de cisne, de recapitulación y final de una etapa. Una etapa gloriosa, en la que, sumando todos los grupos, han llegado a participar más de un centenar de juristas de toda Europa –no solo de la Unión Europea–, que ha dado lugar al nacimiento de un puñado de revistas

³ Es curioso que sí se cita, en el mismo apartado (el 3 de la p. 703), en relación con la codificación de supuestos de ventaja injusta, que el Código civil español excluye la anulabilidad del contrato por temor reverencial; es una lástima la errata en la nota 8 de dicha página cuando se refiere al art. 1467(4) en vez de al art. 1267(4).