

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS/CHRISTIAN BALDUS/
HELGE DEDEK (EDS.),
Vertragstypenbildung in Europa.
Historische Entwicklung und europäische Perspektiven,
München: Sellier European Publishers,
2011 (ISBN: 978-3-86653-199-4). 353 páginas

Ramón P. Rodríguez Montero

Universidade da Coruña

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

Los trabajos para la unificación del Derecho contractual en la UE avanzan a buen ritmo. Así, el 11 de octubre de 2011 la Comisión publicó la propuesta para un Reglamento de normativa de compraventa común europea (COM [2011] 635 final). Este desarrollo da ocasión para hacer reflexiones en torno a las raíces históricas y las perspectivas del Derecho contractual en Europa, y la presente obra ofrece interesantes sugerencias en ese sentido. Se trata de un libro colectivo que se basa en los trabajos de los participantes en un *Gesellschaftswissenschaftliches Kolleg* de la prestigiosa *Studienstiftung des Deutschen Volkes* que tuvo lugar entre los años 2008 y 2010, con algunas aportaciones añadidas procedentes de la pluma de investigadores invitados internacionales. En el centro de las diversas contribuciones se halla la cuestión de los tipos contractuales en Europa, no solo desde una perspectiva jurídico-positiva, sino también en sus vertientes histórico-comparadas, si bien predomina, como no podía ser de otro modo, el enfoque orientado hacia esa problemática en el círculo jurídico germánico. La obra está compuesta por una Introducción y nueve contribuciones singulares que tratan fenómenos diferenciados, pero cada una de ellas entra respectivamente en las mismas cuestiones fundamentales. Entre ellas se cuentan el consenso como elemento constitutivo del contrato, la relación entre libertad contractual y rigidez formal, así como la delimitación de los diversos tipos contractuales. En parte se trata de problemas que ya se discutieron en el Derecho romano, pero la presente obra muestra que los conocimientos adquiridos en el curso del desarrollo histórico en relación con la elaboración de tipos contractuales pueden hacer también valiosas aportaciones a nivel europeo. Todas las contribuciones presentadas están escritas en alemán, salvo una escrita en inglés.

Para comenzar, en la Introducción ("Einleitung", pp. 1-9), a cargo de Francisco J. Andrés Santos, se hace una disquisición histórico-filosófica en torno a la noción de 'tipo' en el campo del Derecho y su repercusión en el ámbito jurídico-privado. Distingue entre el 'concepto' y el 'tipo'. El concepto se define a través de sus signos distintivos, mientras que el tipo no puede definirse, solo describirse mediante elementos caracterizadores que deben coordinarse. El concepto es abstracto, mientras que el tipo es más concreto (aunque debe distinguirse entre conceptos generales y conceptos singulares, en función de una mayor o menor presencia de las "notas caracterizadoras" que demarcan al concepto en cuestión). La ventaja del pensamiento orientado a los tipos se relaciona, a su juicio, sobre todo con la flexibilidad: un tipo no es susceptible de una determinación rígida, lo que en ocasiones puede resultar relativamente peligroso, aunque inevitable en el campo del Derecho (Notlösung). En particular, el campo del Derecho en que ese pensamiento orientado a tipos es particularmente tolerable es el del Derecho privado y, en particular, el Derecho de contratos, y esto es así porque aquí el principio de libertad contractual es una condición necesaria para que el tipo pueda ser un instrumento operativo útil. De hecho, es llamativo que en todos los ordenamientos jurídicos europeo-continetales se encuentran aproximadamente los mismos tipos contractuales, precisamente los gestados por los romanos en su época clásica: estos partían de una consideración separada de los tipos aislados, pero un concepto unitario de contrato solo se desarrolló en el Derecho natural racionalista. A describir este desarrollo es a lo que se dedican las tres contribuciones subsiguientes.

La primera de ellas corresponde a Javier Paricio ("Der Vertrag – Eine Begriffsbildung", pp. 11-44), que presenta una visión actualizada de la doctrina romana del contrato. Paricio lleva a cabo una construcción del sentido del término 'contrato' en las fuentes y, al mismo tiempo, una deconstrucción de la creencia generalizada de que existe una ligazón lógica (*i. e.* ahistórica) entre el concepto de 'contrato' y la idea del 'consenso'. Desde su punto de vista, en el Derecho de la época clásica el término 'contrato' habría designado tan solo el conjunto de actos jurídicos admitidos y/o reconocidos por el *ius civile*, ya fuesen consensuales o no (Gayo), o dos hechos jurídicos constitutivos de obligaciones recíprocas (Servio), o constitutivos de obligaciones sinalagmáticas (Labeón); en el Derecho romano postclásico, en cambio, el término habría pasado a designar el consenso de dos o más personas que conducen al nacimiento de una relación obligatoria. Tras las palabras de Paricio hay unos comentarios al respecto de C. Baldus.

Siguen a este trabajo dos contribuciones sobre algunos contratos en particular del Derecho romano, a saber, el mutuo (*mutuum*) como contrato real ("Realverträge: das *mutuum*", pp. 45-76), a cargo de Andreas Engel, y la *locatio conductio* como representante de los contratos consensuales ("Die Abgrenzung der aus *locatio conductio* resultierenden Klagen von anderen Aktionen", pp. 77-115), por parte de Susanne Hähnchen. El primero de estos trabajos ofrece una reconstrucción romanística tradicional de la figura del mutuo y su diferenciación respecto de otros supuestos de *obligationes re contractae*. El segundo, en cambio, proporciona una visión más innovadora de esa peculiar figura contractual romana que fue la *locatio conductio*, con un enfoque muy dirigido al público alemán, acostumbrado

a la existencia de tipos contractuales distintos y diferenciados (los contratos de servicios, laboral y de obra, así como el arrendamiento rústico y urbano, véase al respecto J. D. Harke, *Locatio conductio, Miete, Pacht, Landpacht*, Berlin, 2005), que para los romanos quedaban englobados bajo un solo concepto unitario de difícil aprehensión con nuestras categorías actuales, pero que ha dejado honda huella en muchos ordenamientos jurídicos europeos, incluido el nuestro (arts. 1542 ss. CC).

A continuación, Geoffrey Samuel proporciona una mirada al *Common Law* ("Classification of contracts: a view from a common lawyer", pp. 117-152), imprescindible si se quiere presentar una panorámica de la situación jurídica europea en toda su complejidad. Samuel duda de que los tipos tradicionales del Derecho europeo, suministrados por el Derecho romano, sean hoy por hoy eficaces. El *common law* parte de una situación en que no se alzaba ninguna teoría general del contrato; un concepto unitario de contrato no fue desarrollado en Inglaterra hasta el siglo XIX, con la aparición de algunas obras doctrinales. Para la solución de casos prácticos se mantuvo, en cambio, el Derecho contractual del *Common Law* en sus principios basados en la orientación hacia los remedios jurídicos. Con todo, el *Common Law* ha respetado en su seno la mayor parte de los tipos contractuales del Derecho romano, con algunos añadidos y ciertos sesgos peculiares derivados de sus vías de protección. Samuel distingue hasta cuatro clases: 1) en función de los "remedios" por el incumplimiento; 2) en virtud de la forma; 3) en atención a su sustancia; y 4) en virtud de su especialidad. En cualquier caso, lo que parece obvio es que el principal aspecto de los contratos ha de presentar una pluralidad de variables y han de existir diversas manos y estratos como consecuencia de la existencia de una pluralidad de criterios clasificatorios.

Tras estas contribuciones aparece un bloque referido a la tipología contractual en el círculo jurídico germánico del siglo XIX. Para la civilística alemana es central la concepción de Friedrich Carl von Savigny, con la que se enfrenta aquí Gregor Albers, con un trabajo que sirve además para cubrir la laguna de la primera parte de la obra en cuanto los esenciales contratos verbales del Derecho romano ("Zwischen Formstrenge und Inhaltsfreiheit-Stipulation und Privatautonomie bei Friedrich Carl von Savigny", pp. 153-197). Albers destaca que que Savigny intentó conciliar dos cosas que los juristas romanos consideraban inconciliables, a saber, la libertad de contenido y la libertad de forma del contrato. En la construcción del tipo de la *stipulatio*, aquellos habían intentado compensar la libertad de contenido con una extrema rigidez de forma; Savigny, en cambio, pensaba que ningún ordenamiento podía fundar unas relaciones jurídicas vitales sin una forma específica que permitiese a cada contrato ser por sí mismo vinculante, con independencia de su contenido; en el Derecho germánico no existía tal forma específica, pero cualquier contrato tendría que ser vinculante por sí mismo y estar garantizado judicialmente; por tanto, la forma de la *stipulatio* tendría que ser admitida en el nuevo Derecho alemán. El estudio se centra en las aportaciones de Savigny en su *System des heutigen römischen Rechts* y en su *Obligationenrecht*, pero no se vuelve hacia las proyecciones de sus doctrinas en la versión final del BGB, aunque sus concepciones están sin duda bien presentes en ella.

En el siguiente artículo, en conexión con esto último, Martin Schild comienza a hacer un estudio de los tipos contractuales en el Derecho civil contemporáneo, ocupándose en concreto del contrato de obra en el Código civil de Sajonia (1865), en el proyecto de Dresde de unificación del Derecho de obligaciones alemán (1866) y en el *Obligationenrecht* suizo (1883) ("Konturen des Werkrechts im Sächsischen BGB, dem Entwurf für ein einheitliches Schuldrecht und dem schweizerischen Obligationenrecht von 1883", pp. 199-231). El autor destaca que el contrato de obra en esos cuerpos normativos muestra grandes similitudes que se basan en el origen romano del instituto (*locatio conductio operis*). Las diferencias entre las codificaciones estudiadas radican solamente en la mayor amplitud que presenta el objeto del contrato en el código sajón respecto de las otras codificaciones, por un mayor apego a la categoría del Derecho común; y, por otra parte, en que el código de obligaciones suizo contempla el caso de la enajenación de la obra, a diferencia de los otros dos códigos. El autor sugiere que, en los tiempos actuales, conviene un concepto más avanzado y flexible que considere este tipo contractual como un puro contrato de actividad, desentendiéndose del producto de la misma.

El último bloque de la obra corresponde a los nuevos desarrollos europeos e internacionales de esta temática. Primeramente, Thomas Raff se ocupa de la formación de tipos contractuales en el Derecho polaco ("Vertragstypenbildung im pölnischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Generalklauseln von Art. 750 KC", pp. 233-255), trabajo en el que se pone particularmente de manifiesto esa combinación de flexibilidad y apertura que caracteriza al pensamiento orientado a tipos. Ahí se destaca la dependencia del régimen polaco de tipos contractuales del modelo alemán, pero incorporando al mismo tiempo ingredientes del Derecho francés (cláusula general responsabilidad extracontractual y principio del consentimiento en la transmisión de cosas específicas) y del austriaco (sistema de título y el modo para la adquisición de cosas genéricas). Lo más significativo es la existencia de una cláusula general en el art. 750 c.c. polaco, según el cual los contratos de prestación de servicios que no estén especialmente disciplinados deberán regirse en correspondencia por las disposiciones relativas al contrato de mandato. Esta "correspondencia" confirma, a juicio del A., que la aplicación de las reglas correspondientes a un tipo es siempre una aplicación analógica.

Después, las últimas contribuciones vuelven nuevamente al terreno conceptual-evolutivo discutido al inicio. Philip Nicolai analiza la cuestión de la tipología contractual en la Convención de Viena de las Naciones Unidas ("Der Vertragstyp des UN-Kaufrechts", pp. 259-294) y señala que este documento presenta la ventaja de que plantea la distinción de tipos contractuales sobre bases objetivas (la mercadería) y no subjetivas (la condición de comerciante); también aborda las demandas y desafíos que a este concepto toca en relación con la aparición de nuevos contratos mixtos. En todo caso, Nicolai trata de probar que las categorías manejadas por los ordenamientos nacionales no deben trasplantarse mecánicamente a otros ni a nivel europeo en general.

Por fin, el volumen se cierra con la contribución de Saskia Kümmerle referida a formación de tipos a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la U.E., con

la vista puesta en los contratos sobre bienes y servicios ("Güter und Dienstleistungen – Vertragstypenbildung durch den EuGH", pp. 295-348). El objeto de su atención es sobre todo la cuestión de que el contrato consista en entregar cosas o servicios, y es especial interés aquí la afirmación de que en la jurisprudencia del TJUE, aunque hasta ahora ha desarrollado poco este tema, no obstante, pueden reconocerse principios para el surgimiento de una dogmática europea propia de los tipos contractuales (p. 340), lo que contribuiría al deseable objetivo de una unificación del Derecho contractual europeo. Hay que decir a este respecto que este trabajo es anterior a la publicación la propuesta de la Comisión para un Reglamento de normativa de compraventa común europea (CESL), de 11 de octubre de 2011, en la cual se recogen algunas de las líneas de evolución sugeridas por la autora en este trabajo, lo que da una idea del grado de oportunidad que presenta este libro en su conjunto, a pesar de su fuerte carga histórico-erudita, o precisamente por eso, al subrayar la necesidad de una continuidad histórica para dotar de sólidas bases el edificio del nuevo "Derecho común" que dificultosamente viene construyéndose en Europa en los últimos decenios. En particular, Kümmerle trata de mostrar simplemente que los desarrollos efectuados por los Derechos nacionales, aunque no deban trasladarse mecánicamente a los otros ni al Derecho comunitario, puede contribuir a una adecuada comprensión del Derecho europeo.

En definitiva, esta obra nos muestra cómo la comprensión de los diversos tipos contractuales en cada una de los ordenamientos jurídicos en que se manifiestan solo se puede hacer en el contexto de una historia y una tradición en que se inscriben; y que solo debido a la apertura y flexibilidad del instrumento del 'tipo' puede darse esa pluralidad de modos de aplicación de similares concepciones, tal como se manifiesta en las distintas naciones. Los distintos sistemas de Derecho contractual solo han podido construirse, pues, y así seguirá siendo presumiblemente en el futuro –también en Europa–, sólo mediante una combinación adecuada de criterios antiguos (romanos), heredados de la tradición histórica, con criterios nuevos que vayan perfilando cada vez más la noción de tipo entre las categorías básicas del Derecho privado occidental.