

BIBLIOGRAFÍA

Libros *

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 1265 pp.

Recensionar un libro de 1265 páginas rebosantes de ideas de uno de los juristas más consagrados de España constituye un empeño que, en el mejor de los casos, no va a superar la mera superficialidad descriptiva, y que, sin ninguna duda, no va a hacer justicia ni al autor ni a la obra. Cuanto sigue, pues, no tiene otra pretensión que ofrecer una aproximación muy somera a lo que el lector encontrará.

Qué es y qué no es

El prólogo del autor a la primera edición –la segunda carece de él– ofrece algunas pistas de lo que es y de lo que no es este libro.

Empieza señalando que «es ésta una obra para iniciados», lo que es completamente cierto. No es una obra para legos en derecho, pero tampoco es para eruditos. El lector debe poseer rudimentos en derecho de obligaciones y contratos, pues la pretensión del autor al abordar cada capítulo es exhaustiva. «Incurre en alguna densidad», reconoce el prólogo, pero no porque el lenguaje sea oscuro o porque se queden en el tintero explicaciones pertinentes. Es un libro profundo, que penetra en los intrínquilis del derecho de contratos sin concesiones, y que tiene una pretensión muy evidente de agotar la materia. Ciertamente, la intercalación de locuciones latinas («*ceteris paribus*» es de uso relativamente frecuente) o de palabras ausentes del diccionario de la Real Academia («desbalance») puede hacer pensar otra cosa, pero la realidad es que la redacción es brillante (el profesor Carrasco, por supuesto, figura entre los cincuenta y cinco juristas cuya prosa ensalza el profesor Salvador Coderch en *InDret* 2/2018) y las 1265 páginas no se hacen indigestas.

La pretensión que ocupa al autor es realizar una exposición del derecho de contratos «exportable para la práctica internacional». Completamente cierto, otra vez. En primer lugar, por su estructura, a la que me referiré luego. En segundo lugar, porque no estamos ante una obra únicamente teórica. Está toda la teoría, naturalmente, pero perfectamente enlazada con sus aspectos más prácticos, en particular –volveré sobre ello– en su expresión jurisprudencial. Por poner un par de ejemplos, en las páginas 79 y ss se detiene en el

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

contenido que han de tener las cartas de intenciones y en la página 535 aconseja sobre la aposición de condiciones en el contrato, incluso advirtiendo de las consecuencias fiscales de determinadas opciones, si procede (p. 1113). No es, pues, una obra meramente dogmática –baste decir, a modo de ejemplo, que se decanta por «abandonar la pretensión de definir la causa» para centrarse en las funciones que desempeña (p. 158)– puesto que la vertiente práctica está sumamente cuidada, sin que una domine la otra, al complementarse sabiamente.

Es una obra total. «No he querido escribir un libro de análisis económico del Derecho de contratos». Pero hay buenas dosis de *law & economics*, de razonamiento económico indispensable para una buena comprensión de la función del derecho de contratos en el mercado. Así, nos habla de los costes marginales, de intervención jurídica o de simulación, de reglas de distribución de riesgos o justifica la crítica del abuso de la imposición de deberes de información que suponen la «consagración de conductas oportunistas del consumidor» (por mi parte añadido que puede hallarse un ejemplo pernicioso ahora en el art. 621-7 del Código Civil de Cataluña). «Fatigo muy poco el derecho comparado», pero hay, también, derecho comparado, muy bien empleado de nuevo, en la medida cabal, siempre justificado para aclarar el derecho vigente o para señalar sus debilidades, nunca como «rasgo de distinción intelectual» (p. 976). Así, hay referencias al derecho norteamericano y en menor medida a los derechos inglés, alemán o italiano, tanto a los textos legales o con vocación legal –incluyendo en el caso de Estados Unidos el *Restatement (second) on contracts*– como a la jurisprudencia. Y, en particular, hay un uso exquisito del *soft law* europeo, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para *internacionalizar* nuestro derecho de contratos (nótese que evito escribir *modernizar* porque el profesor Carrasco no cita ni una sola vez la Propuesta de modernización elaborada por la sección civil de la Comisión General de Codificación); es parte de la «reconstrucción del derecho de contratos» –de la que me ocupó más tarde– que conduce con frecuencia a las soluciones adoptadas por el nuevo derecho de contratos europeo. Y, además, cuando es oportuno, en nota al pie, el autor recurre al derecho histórico: desde el Digesto y las Instituciones a las Partidas, con citas de Antonio Gómez, Salgado de Somoza o Hevia Bolaños.

Esta totalidad se manifiesta también en que «la obra versa sobre el Derecho privado de contratos y no se discrimina entre Derecho civil y mercantil». No se tratan como ramas independientes, sino integradas, incluyendo los aspectos concursales.

Propósito, estructura y contenido

El profesor Carrasco manifiesta en el prólogo que su propósito es elaborar un Derecho de contratos exportable. Ello nos lleva al título del libro, *Derecho de contratos*. Es un título hasta cierto punto engañoso, por cuanto no se trata de ningún contrato en particular. El contenido abarca, en terminología tradicional, la teoría general del contrato y parte de la teoría general de la obligación. Se asemeja, pues, a un *Law of Contract* como el de Anson o Sir Gunther Treitel (quien es citado, por cierto, con aprobación en la nota 1 de la p. 898). Así, la parte primera se dedica al «proceso contractual», con capítulos dedicados a la introducción al derecho de contratos, el proceso negociador (incluyendo las cartas de intenciones y el precontrato), la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares, el consentimiento contrac-

tual, oferta y aceptación, el objeto del contrato, el error, el dolo y la intimidación. La parte segunda aborda la eficacia del contrato, con capítulos sobre la interpretación del contrato (lo que parece presuponer que la interpretación debe servir a la eficacia, no obstante lo cual en las páginas 401 y 409 expone que la interpretación no debe enmendar la ineficacia), los términos expresos e integración contractual, condiciones y eficacia del contrato frente a terceros. La parte tercera se ocupa de la ineficacia, dividida en capítulos relativos al régimen común de la ineficacia contractual, contratos prohibidos y contratos nulos, control de validez de condiciones generales y cláusulas abusivas. La parte cuarta versa sobre cumplimiento e incumplimiento, como hacen los *Law of Contract*, a pesar de que el cumplimiento o incumplimiento pueden referirse no a todo el contrato sino exclusivamente solo a alguna obligación de una parte contractual (él mismo escribe en la p. 813 que «la obligación contractual no se entiende cumplida», no el contrato); aquí los capítulos tratan el cumplimiento, el incumplimiento contractual (curioso que el epíteto acompañe al incumplimiento y no al cumplimiento), hecho propio y hecho ajeno, el riesgo contractual, remedios, resolución por incumplimiento, resarcimiento de daños y limitación de daños contractuales. El capítulo sobre remedios es un capítulo panorámico, utilizando este neologismo, pero sin explicar por qué se decanta por este término ni explicar el significado que le otorga, lo que supone una evidencia de que, como se ha dicho, estamos ante una obra para iniciados; pero en él se trata, además, específicamente, la excepción de incumplimiento y el cumplimiento en forma específica. Sorprende que no haya un trato sistemático del remedio de la reducción del precio; quizá por ello tampoco hay una solución unívoca de un tema que a mi parecer lo requiere ante la disparidad jurisprudencial, cual es el del coste de la autorreparación del incumplimiento por el propio perjudicado, que el profesor Carrasco acomete en lugares distintos (pp. 1048, 1104, 1140 o 1166). Cada capítulo finaliza con una limitada selección de bibliografía, heterogénea pero de indudable calidad.

La «estructura exportable» de la obra responde a un segundo propósito inescindible del primero: la reconstrucción del derecho de contratos. Lo anuncia en el prólogo, pero lo repite en las páginas 64 y, especialmente, 66: «acepto el Código civil y el Código de comercio tal como son y los asumo como un reto para contar y construir nuestro derecho de contratos de una manera nueva»; lo mismo para el sistema de remedios, que no obedece a lógica interna alguna (p. 1013). Los Códigos los toma como son: con una regulación «obsoleta cuando no directamente derogada o caducada por simple desuetudo social» (pp. 65 y 152), mal ordenados (pp. 62 y 65), con la mitad de los artículos dedicados a la compraventa carentes de aplicación práctica actual y con carencias como la ausencia de regulación de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones (pp. 62 y 63). Crítica demoledora, pero sobradamente merecida, que hace extensiva al legislador actual en materia de consumo, al que reprocha «la barbarie y farragosidad de la redacción de las normas» (p. 204).

Puesto que el propósito es la reconstrucción del derecho de contratos del Código Civil, no hay ninguna concesión a los derechos civiles autonómicos que contienen normas contractuales (el Fuero Nuevo de Navarra; por razones temporales la 2.^a edición no pudo contemplar el libro 6.º del Código Civil de Cataluña), ni siquiera cuando se trata de normas obligacionales sucesorias como el art. 1084 CC (p. 586), que no se aplica en alguna Comunidad Autónoma con derecho propio.

La obra termina con un índice analítico de conceptos que permite hallar rápidamente los principales conceptos y que es esencial ante su envergadura y la multiplicidad de materias concretas que trata.

Una obra personal

El profesor Carrasco ha escrito *su* derecho de contratos; es su obra personal, sin concesión alguna. Lo reconstruye directamente, expresa su opinión sin entrar en debates con la doctrina, evitando «exposiciones empachosas» (incluso cuando él mismo carece de argumentos contundentes para defender su posición —«lo que probablemente no sea cierto», se limita a decir en la p. 1187 como todo argumento—). En verdad se agradece, pues resultan ciertamente fatigosos los trabajos que son mera recopilación de opiniones ajenas sin que se adivine la opinión propia. Ahora bien, en ocasiones se muestra incluso despectivo con esa doctrina, a la que llega a tildar de «Babilonia dogmática» (p. 586) o de «dogmáticos inveterados» (p. 780). Son contados los autores que cita en el texto (Albaladejo, De Castro, Alfaro), y siempre para rebatirlos. Sí cita autores en las notas al pie, pero casi todos son comentaristas en los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*.

El diálogo constante con la jurisprudencia

Antes he señalado que este libro del profesor Carrasco no es un tratado dogmático, porque tiene mucho de contenido práctico. El ingrediente clave para haber logrado este equilibrio ejemplar entre la profundidad teórica y la clarividencia práctica es el manejo excepcional que se hace de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aderezada cuando es preciso con sentencias de Audiencias Provinciales e incluso alguna de primera instancia. Muchas de las páginas de la obra son una exposición sistemática y ordenada de la *ratio decidendi* de, me atrevo a decir, todas las sentencias significativas en materia de derecho de contratos hasta 2010. Cuando le parece necesario, además relata los antecedentes fácticos o transcribe directamente los razonamientos jurídicos.

Pero no es una simple sistematización, el autor entra en diálogo con la jurisprudencia. Un diálogo que es usualmente crítico, radicalmente crítico, con lindezas como las siguientes: «sentencia penosa» (pp. 205, nota 37, y 1007), «especialmente clamorosas en desacierto» (p. 287, nota 32), «verborrea del tribunal» (p. 779), «mescolanza de frases sacadas de distintos contextos» (p. 1079); «penosa, aunque renombrada por el vulgo, STS 9 de mayo de 2013» (p. 205, nota 37). Lo que no es óbice para que le reconozca un papel fundamental en la modernización del derecho de contratos del vetusto Código Civil, aunque evidentemente no comparta no tanto algunos de los resultados alcanzados cuanto la argumentación elaborada por el tribunal.

Insisto, este es uno de los grandes méritos del libro. Con frecuencia, tras exponer las bases teóricas del tema que estudia, el profesor Carrasco sigue con unas ilustraciones, en un subapartado distinto para más claridad expositiva, en que desmenuza las sentencias pronunciadas. En otras ocasiones la jurisprudencia ya se imbrica inicialmente con aquellas bases teóricas. Y, cuando se trata de creaciones jurisprudenciales, como la cláusula *rebus sic stantibus*, sin más se convierte en el eje del discurso.

Es tanta la importancia que el autor otorga a la jurisprudencia que la eleva a fuente del derecho, gracias al juego que permite art. 1258 CC. Coincido: la decrepitud del Código civil en materia de obligaciones y contratos es tal que

la jurisprudencia no puede limitarse a interpretar y aplicar los artículos, sino que se ve obligada a esa *reconstrucción*, cuyos resultados pueden resultar más o menos saludados, pero que son absolutamente imprescindibles. Y eso equivale a devenir fuente del derecho. El operador jurídico desconoce por completo el derecho de contratos español si se conforma con leer el articulado codicial. El libro da muestra de ello cuando aborda, además del art. 1258 CC y la *rebus sic stantibus*, ya mencionados, el *aliud pro alio* y en general la reconstrucción del sistema de remedios o la ineficacia del contrato. Y coincide que estas son de las páginas más brillantes de una obra en que cada página justifica su existencia.

La segunda edición

El objeto de esta recensión es la segunda edición del *Derecho de contratos*, fechada en 2017, siete años después de la primera edición. Una actualización completa insertando la jurisprudencia del período del mismo modo modélico que en la primera edición puede catalogarse de trabajo hercúleo. El esfuerzo ha sido notable, pero incompleto. No son pocas las ilustraciones con sentencias que finalizan abruptamente en 2010. O se dice que «la más reciente sentencia de 16 de diciembre de 2004» (p. 623) o que la «última» es una sentencia de 2009 (p. 194 nota 26). Por supuesto que hay sentencias añadidas posteriores a 2010, pero ello a veces incluso es más evidente porque la tipografía es distinta (aparecen en cursiva, por ejemplo pp. 614, nota 87, 720, nota 124, 739, 990 o 1200). Es evidente que esta crítica no empaña el resultado final de esta segunda edición, que sigue siendo extraordinario. Sin embargo, entre 2010 y 2017 han proliferado las sentencias sobre inversiones ruinosas en productos bancarios diversos, *swaps*, cláusulas abusivas en préstamos e hipotecas y demás restos del naufragio de la economía española en 2007. Este cuerpo doctrinal heterogéneo (aplicación o no de la Ley Azcárate a los tipos usurarios de intereses moratorios, alcance del error e información y conocimientos del cliente, etc.) son, por supuesto, tratados por el profesor Carrasco, pero no con la unidad y el detalle que, por lo menos a mí, me hubiera gustado. La crítica general que puede leerse en la p. 288 sobre la jurisprudencia en pleitos sobre productos financieros («casi siempre ganados injustamente por el actor»), es decir, la sobreprotección del cliente bancario, sea consumidor o sea empresa, requiere, ante la proliferación de sentencias, una *reconstrucción* específica que ponga luz ante tanta sombra.

Hay otros pequeños escenarios que demandan una redecoración. En la página 210, a propósito del proceso de oferta y aceptación, se lee: «en los tiempos presentes es exigible que el oferente que hizo su oferta por correo ordinario utilice un método más expeditivo (fax) para revocar (...)». No recuerdo la última vez que recibí un fax. El bombardeo de ofertas de lo más inverosímil que se recibe en el correo electrónico de una universidad o el abuso de aplicaciones como *whatsapp*, *telegram* y demás caracterizadas por su inmediatez en la recepción —que no necesariamente lectura— e incluso dotadas de certificación reclaman al autor un nuevo punto de vista, aunque sea para alcanzar idéntica conclusión a la que mantiene. En la página 888 indica que ordinariamente no cabe consignar el pago de un inmueble, pero ahora el art. 69.3 de la Ley del Notariado modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria lo permite sin más restricciones que las obvias dificultades técnicas. En la página 137 parece que todavía se piensa en el plazo largo de prescripción de quince años del art. 1964 CC, ya reducido a cinco. O en la página 223, nota

65, cita el art. 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, derogado por la DD única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Nada, pues, que sea trascendente, pero que coloca al autor ante el reto de la actualización de una obra de tanta extensión, profundidad y amplitud de flancos.

Me parece encomiable que en las 1265 páginas solo he tropezado con 25 erratas, la mayoría apenas perceptibles (un punto y seguido omitido). Tres autores tienen un apellido mal escrito por una letra, y curiosamente uno soporta dos erratas distintas en lugares diferentes. Y yo escribiría «batalla de formularios» y no «batalla de las formas» (p. 207), no porque no pueda ser literalmente correcto, sino porque aquella es una expresión más habitual por lo menos en España.

Valoración final

En el prólogo, el profesor Carrasco se coloca ante tres referentes: los *Fundamentos* de Luis Díez-Picazo y las obras colectivas dirigidas por Alberto y Rodrigo Bercovitz. Más allá de la razón de escuela, creo que la comparación solo es posible con una obra de autor como los *Fundamentos*, pues este *Derecho de contratos* es todo menos un trabajo coral. La analogía toma todo su sentido en la medida en que si los *Fundamentos* encarnaron una manera distinta e intransferible de concebir, analizar y exponer el derecho patrimonial en los años ochenta y noventa, su relevo natural es, a las puertas del tercer decenio del siglo presente, la obra que estoy recensionando. Naturalmente, tal reconocimiento exige librarse de los perjuicios de pertenencia a tal o cual escuela y contemplarla como lo que es: una pieza única.

El *Derecho de contratos* es una disección en toda regla de nuestro derecho de obligaciones codicial y jurisprudencial –que, como se ha advertido, constituyen a menudo realidades paralelas, no siempre la primera la habitada por los juristas– que permite aflorar lo bueno y lo malo –que cada cual decida en qué proporción lo uno y lo otro– para levantar un nuevo edificio acorde con las exigencias del mundo actual. Aunque sea un tópico cansino, es un libro que todo jurista que desee sumergirse en las aguas abisales del derecho contractual debe leer. Por su exhaustiva originalidad, por el ingenio con que se abordan las cuestiones prácticas de la cotidianeidad legal desde unas bases teóricas graníticas, por la combinación instruida de derecho positivo, derecho judicial, derecho comparado y derecho económico necesarios para la reconstrucción de un derecho de contratos del Código civil que se cae a pedazos ante la desidia del legislador.

Lo antedicho no significa, por descontado, comulgar con todas las opiniones del autor. Algunas son discutibles. Aparte de lo que ya he expuesto, voy a poner un par de ejemplos. En la página 1105 señala que el plazo prescriptivo de la pretensión de resolución por incumplimiento es el plazo corto del art. 1299 CC. Buscar una solución al extinto plazo prescriptivo *largo* de quince años era razonable antes de la reducción a cinco años, pero recurrir para la prescripción al art. 1299 que configura, a mi entender, un plazo de caducidad, parece poco coherente. Tampoco comparto la afirmación de la página 583 en el sentido de que la relatividad contractual se torna en garantía del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; llevada a sus últimas consecuencias, cabría el recurso de amparo ante un contrato en daño de tercero.

El derecho civil, más en concreto el derecho de contratos, dista de ser una verdad absoluta. El profesor Carrasco ha escrito *su* tratado –me permito la licencia de conferirle este tratamiento– como otros quizá en el futuro lo escri-

birán a su manera y la mayoría no lo haremos jamás por nuestros obvios déficits. Y el resultado, la primera y esta segunda edición, son magníficos, es un libro absolutamente irremplazable que arma el nuevo esqueleto de un derecho de contratos del siglo XXI y cuya lectura debería empujar al legislador a no dilatar ni un segundo más la tan necesaria reforma de nuestro derecho de obligaciones.

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

KINDL, Johann/ ARROYO VENDRELL, Tatiana/ GSELL, Beate (ed.):
Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Nomos,
*Baden-Baden 2018, 212 pp.*¹

1. La obra objeto de esta recensión recoge los resultados de los debates desarrollados entre juristas alemanes y españoles en el marco de las III Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Privado celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid en octubre de 2017. El tema tratado fue el de los contratos de contenido digital, que se analizó sobre todo al hilo del Derecho de la Unión Europea y tomando en consideración también especialmente los ordenamientos español y alemán. Se trata de una temática cuya actualidad y relevancia teórica y práctica es indudable a la vista de la expansión de este tipo de contratos, de los de más relevancia en el *e-commerce* y mediante los cuales continuamente adquirimos datos digitales (películas, libros, apps...) y generamos, almacenamos o intercambiamos datos también digitales (fotos, vídeos, archivos). Las aportaciones de los autores se refieren en particular a cuestiones de particular importancia en este ámbito, como la naturaleza jurídica de estos contratos, la prestación debida y los remedios, la protección de los datos personales, la transmisibilidad *mortis causa* de los datos y contenidos digitales y algunos aspectos referidos a la propiedad intelectual.

Así, tras una introducción redactada conjuntamente por Tatiana Arroyo Vendrell y Reiner Schulze, las cuestiones señaladas se van tratando –casi siempre alternativamente– por alemanes y españoles. En este sentido, el libro está bien estructurado y consigue dar una visión detallada de los temas que aborda, tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como desde la de los ordenamientos nacionales español y alemán.

En el plano formal, como obra de autores de distintas procedencias, el libro ofrece la peculiaridad de recoger cada aportación en el idioma de su autor, aunque acompañada siempre de un resumen y de unas palabras clave tanto en alemán como en español; solo la introducción se sale de este esquema y se presenta íntegramente en ambas lenguas (si bien en la versión española, posiblemente por un error, falta el resumen final con que se cierra la versión alemana). A este respecto, sin embargo, quizá los artículos hubieran podido seguir un criterio más uniforme en dos aspectos: de un lado, incorporando todos ellos un sumario inicial y una bibliografía final (solo lo hacen los españoles) y, de otro, presentando el resumen en el mismo lugar (en el libro,

¹ Esta recensión se enmarca en el Proyecto «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).