

Giuseppe Grisi (a cura di), *La obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli: Jovene Editore, 2014. 319 págs. ISBN: 978-88-243-2302-4

por

ELENA SÁNCHEZ COLLADO
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos

Somos conscientes de que este libro, en gran medida, es más un libro de historia del Derecho que de Derecho privado vigente, habida cuenta de la velocidad vertiginosa con que se producen los desarrollos legislativos en los últimos tiempos, a la medida de las exigencias de reformas y adaptaciones que la crisis económica que venimos arrastrando desde 2008 impone. Sin embargo, los temas abordados en este volumen, y sobre todo la perspectiva binacional que ofrece, pueden resultar de un interés más general que desborde las limitaciones temporales que los procesos de edición, lectura y análisis del material reclaman. De ahí que, a nuestro juicio, una lectura de una obra de estas características no aporte solamente informaciones detalladas sobre el *iter* legislativo, jurisprudencial y doctrinal que diversos instrumentos de abordaje de los problemas sociojurídicos derivados de la crisis económica han seguido tanto en Italia como en España en los últimos años, sino también interesantes puntos de reflexión dogmática en clave comparativa a la hora de valorar críticamente la consideración de los nuevos problemas jurídicos aparecidos como consecuencia de la crisis, o incluso ciertas figuras ya presentes con anterioridad pero de difícil encaje en nuestros sistemas jurídico-privados nacidos en el siglo XIX.

El libro es resultado de un proyecto de colaboración entre diversas Universidades italianas y españolas (Roma III, Zaragoza, Burgos y Valladolid) dedicado a las perspectivas del Derecho contractual europeo en Italia y en España, al que fueron dedicados diversos encuentros científicos, fruto de uno de los cuales, desarrollado en la Universidad de Roma III en la jornada de 10 de mayo de 2013, es el presente volumen, que recoge una decena de colaboraciones realizadas por diversos miembros del grupo de investigación. En ellas se abordan diversos problemas derivados del impacto de la crisis económica en los ordenamientos jurídico-privados de ambos países (experiencias que, en realidad, son, *mutatis mutandis*, trasladables a los demás Estados de Europa, sobre todo a los países del sur de Europa o Irlanda, que han sufrido con más hondura las consecuencias de la crisis), y sus inevitables consecuencias sociales, como es la cuestión de los impagos generalizados (DI MAJO, GRISI, PARRA, SERRANO), las cláusulas abusivas y las relaciones contractuales asimétricas con los consumidores (ROS-

SI CARLEO, DE CASTRO VÍTORES, RABITTI) o las crisis de insolvencia en el ámbito empresarial (SPOTO, ANDRÉS SANTOS).

El volumen viene encabezado por una relación inicial de carácter comprensivo a cargo de Salvatore MAZZAMUTO («Introducción al Derecho privado europeo», pp. 1-21), quien señala que la propuesta inicial de construcción de un Derecho privado europeo surgió en el ambiente romanístico, enlazando con una antigua tradición de pensamiento, cual es la de recurrir al derecho romano en la construcción del edificio común europeo, con la finalidad de explicar planteamientos e incongruencias presentes en los códigos, buscando su origen en las fuentes romanas y en la reflexión de la ciencia del derecho, construida sobre estas. Pero, a diferencia de REINHARD ZIMMERMANN —quien, retomando la tradición del *ius commune*, predica una especie de neopandectismo y teoriza sobre la funcionalidad del Derecho romano en la construcción del Derecho privado de la Unión Europea—, para el autor la época de oro de la dogmática de base romanística ya no va a regresar y, si bien es verdad que los modernos juristas positivos a menudo no disponen de los instrumentos cognoscitivos adecuados para captar en profundidad qué es lo que une a los sistemas jurídicos de Europa y qué es lo que los divide, el *mainstream* de la innovación jurídica europea no está ciertamente representado por el Derecho romano, sino por el modo en que los diversos sistemas nacionales están reaccionando al impacto del Derecho de fuente comunitaria.

El autor destaca que el último episodio digno de mención en el movimiento pendular para la edificación del derecho privado europeo viene constituido por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) que, no obstante, vino a tropezar con el muro de la Comisión, la cual en 2010 optaría *expressis verbis* por un Derecho europeo de contratos de carácter facultativo, culminando este proceso con la «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*» de 11 de octubre de 2011, que introduciría un instrumento opcional a disposición de los contratantes en las ventas transfronterizas entre profesionales y consumidores y que consiente a los contratantes derogar consensualmente el Derecho internacional privado y adoptar en su lugar una disciplina uniforme con un sentido protector de la parte débil. Instrumento que —añadimos nosotros— también ha acabado fracasando en el tráfico de la legislación comunitaria y la celosa competencia de los Estados-miembro de la UE a finales de 2014.

A juicio del autor, el Derecho comunitario tiene un carácter más «remedial» que tutorial, de modo que el Derecho privado europeo como resultado del grado de uniformación del derecho de los Países Miembros de la Unión Europea encuentra su legitimación formal en los artículos 340 y 6.3 del Tratado de la UE, que respectivamente hacen mención a los principios comunes relativos a los derechos y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto que principios generales del derecho comunitario. De ahí concluye el autor proponiendo unas bases metodológicas y estilos de tratamiento diferenciados para el estudio del Derecho privado europeo, entre los que incluye la comparación en sentido clásico, la reconstrucción sistemática, la exégesis, la reconceptualización, la comparación con función normativa y el enfoque evaluativo de matriz ético-política.

A continuación, el profesor Adolfo DI MAJO («Debito e patrimonio nell'obbligazione», pp. 23-39), en un trabajo dogmáticamente muy denso y pleno de agudas reflexiones, analiza el papel de la relación del débito y la responsabilidad del deudor en el caso de las situaciones de crisis económicas que impiden

al deudor hacerse cargo de sus obligaciones pecuniarias. El autor se aparta en su enfoque de la posición clásica dominante en la descripción de la historia de las obligaciones en cuanto a la relación de débito y responsabilidad (*Schuld und Haftung*), dictada por la dogmática alemana del siglo XIX. Para él, la relación entre débito y responsabilidad patrimonial del deudor no es genética, sino funcional, en el sentido de que solo cuando la obligación no viene satisfecha es cuando opera el vínculo de responsabilidad que implica al patrimonio del deudor (según el art. 2740 del Código Civil italiano, o el art. 1911 del Código Civil); es decir, que el deudor no responde del «débito» con los «medios» de su patrimonio, sino exclusivamente con su «*agire diligente*» (ex art. 1176 del Código Civil it.; cfr. art. 1104, párrafo segundo, del Código Civil), y la responsabilidad patrimonial solo entra en juego justamente en el caso del *incumplimiento*. Esto es válido, a su juicio, también en el caso de las obligaciones dinerarias, porque en esa hipótesis el dinero opera como objeto de la obligación (o más bien de la prestación de dar) y no interviene como una medida de la responsabilidad del deudor. Toda esta reflexión inicial —ciertamente muy compleja y probablemente discutible— le sirve al autor de preámbulo para indagar sobre las consecuencias jurídicas que deben derivarse de la inmisión de las crisis económicas en las circunstancias de los contratos. DI MAJO pone en cuestión que haya una correlación exacta entre insolvencia del deudor derivada de una crisis económica y excesiva onerosidad de la prestación: en realidad, la insolvencia está más vinculada a la imposibilidad de la prestación. Pero, si se trata de crisis económicas generales, y especialmente en el caso de las deudas dinerarias, no es claro que la insolvencia del deudor implique exoneración de la obligación, sino más bien todo lo contrario, a la vista de las reglas generales del Código Civil. Sin embargo, la solución del problema puede ser perfectamente otra, si se parte de una lectura subjetiva, y no naturalística, de la imposibilidad de la prestación. Y en eso, justamente, es donde desempeña un papel esencial la concepción de la responsabilidad del deudor en cuanto al cumplimiento de la obligación no como una responsabilidad patrimonial ilimitada, sino como una responsabilidad personal concretada en el «*agere diligente*». La irrupción de una crisis económica y financiera puede entenderse, pues, como una circunstancia que provoque una imposibilidad de cumplimiento «non imputabile» al deudor, siempre que este haya actuado con plena diligencia y conforme a la buena fe. La explicación que da para esto es que una regla de estructura de la relación obligatoria (como es la de la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida, que en el caso de la obligación dineraria no se verifica por el hecho de acontecer una crisis económica grave) no puede hacer inoperante una regla de comportamiento (como es la de la responsabilidad del deudor por cumplimiento de la prestación con plena diligencia). Esto se observa particularmente en el supuesto de los deudores débiles, como son los casos de los pequeños emprendedores o los consumidores, para los cuales el autor aboga por una solución legislativa que evite el casuismo de la aplicación judicial de las reglas generales, que establezca una relación entre débito y patrimonio distinta de la que sostiene el ordenamiento general para los deudores comunes. En este sentido, el autor se muestra favorable, por un lado, a las nuevas reglas concursales introducidas recientemente en el Derecho italiano, que permiten una interpretación en clave negocial de las crisis de empresa a favor de procedimientos alternativos a la quiebra empresarial, y, por otro, a la nueva disciplina del sobreendeudamiento de las personas físicas, no susceptibles de procedimientos concursales (introducida por la ley 3/2012, de 27 de enero, modificada posteriormente) que permite el *discharge* y el *fresh start* de los deudores comunes y las pequeñas

empresas en casos de insolvencia sin culpa del deudor. Como consecuencia de la introducción de estas normas, derivadas de la irrupción de la crisis económica de 2008 en adelante, se produce, a juicio del autor un cambio de paradigma en la relación débito-patrimonio con respecto a la existente en la normativa general del *Codice civile*, en la medida en que deja de considerar estos dos elementos como dos «*fratelli separati*» para pasar a tener en cuenta el interés del deudor en resolver sus crisis de insolvencia mediante la reestructuración de su deuda a través del acuerdo con los acreedores o, en última instancia, con la liquidación de su patrimonio. Se trata, en nuestra opinión, del trabajo más profundo y, seguramente, más controvertido de todo el volumen, que probablemente necesitaría de un comentario específico que afrontara tanto la legitimidad de la compleja tesis de fondo que está en la base como los numerosos extremos analizados y las polémicas conclusiones que el autor deriva de aquella.

El tercer trabajo corre a cargo de María Ángeles PARRA («Contratación y vivienda en la crisis económica», pp. 41-66). Destaca la autora que el legislador español deliberadamente ha optado por no incentivar el procedimiento concursal como una solución para los consumidores. Esto no fue ningún olvido cuando se aprobó la ley concursal en el año 2003: el planteamiento del legislador español era que el concurso interesa cuando es «económicamente rentable» porque existe un patrimonio de cierta entidad y hay un interés social en la actividad económica del deudor. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que llevó a cabo una reforma de la LC, que incide en la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, tampoco llegó a introducir una regulación específica para el sobreendeudamiento del consumidor (tema que viene abordado asimismo en la siguiente aportación del libro)¹.

La crisis económica y su traducción en el endeudamiento de los consumidores han llevado a exigir una revisión del principio legal de responsabilidad patrimonial (art. 1911 del Código Civil) que en nuestro Derecho vigente es aplicable íntegramente tanto en las ejecuciones individuales como en los procedimientos colectivos (procedimientos concursales). Se propone introducir una limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor de adjudicación del inmueble. Se reclama en definitiva, que se admita la «dación en pago», la extinción de la deuda con la entrega del inmueble al acreedor, propuesta que ha sido rechazada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, aunque en la misma se introducen medidas para paliar la situación de los deudores sin recursos, así como algunas puntuales en materia de ejecución hipotecaria.

La autora disiente, sin embargo, del criterio manifestado en algunas decisiones judiciales de admitir las daciones en pago en ejecuciones hipotecarias por cuanto que estima, coincidiendo con el parecer de los expertos, que limitar la responsabilidad hipotecaria al inmueble que se ofrece como garantía de la devolución del préstamo implica un encarecimiento del crédito y una disminución de las hipotecas concedidas. Y alude al necesario desarrollo del concepto de crédito responsable, que implica una evaluación de la solvencia del deudor por parte de las entidades de crédito, tal y como se contempla entre otras disposiciones en la Ley 6/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. La autora reflexiona sobre la conveniencia de que el desistimiento contractual reconocido a los consumidores en algunos sectores, conforme a esta última disposición citada y que permite a estos reflexionar sobre la conveniencia de vincularse definitivamente al contrato, se reconozca también en el ámbito del crédito inmobiliario, posibilidad esta explícitamente rechazada por el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio.

La autora asimismo destaca que la jurisprudencia no es muy clara y que el Tribunal Supremo ha relativizado en ocasiones la obligación del vendedor de lograr la subrogación en el préstamo hipotecario, destacando que se trata de una obligación de medios, no de resultado, pues depende de la entidad de crédito el concederla o no (así v. gr. en STS de 1 de octubre de 2012), y concluye con una reflexión sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de vivienda —reforma de la LAU de 1994—, que refleja la idea de que el modelo de acceso a la propiedad-mercado hipotecario está agotado y trata de incentivar que se ofrezcan viviendas en alquiler, fomentando la autonomía de la voluntad en el contrato de arrendamiento, como una alternativa que solucione los problemas actuales².

Abundando en el mismo punto de la legislación concursal española aparece el cuarto artículo, firmado por Francisco J. ANDRÉS SANTOS («La reforma del derecho concursal y el concurso de los consumidores en España en tiempo de crisis», pp. 67-113), donde se traza de manera didáctica, descriptiva y crítica el *iter* legislativo seguido por el Derecho concursal español a raíz del impacto de la crisis económica y financiera desencadenada sobre todo a partir de 2009, con la cascada de situaciones de insolvencia empresarial (y de personas físicas) producida a raíz del hundimiento de la burbuja inmobiliaria. Tras su modernización en 2003 mediante la Ley Concursal (L. 22/2003, de 9 de julio, complementada por la LO 8/2003, de 9 de julio), el Derecho español sobre insolvencia experimentó inicialmente dos importantes reformas, acaecidas como consecuencia directa de las sacudidas producidas en la economía española por la crisis financiera internacional, que pronto tuvo una repercusión especialmente acusada en España por las debilidades intrínsecas de su modelo de crecimiento en los años posteriores a la entrada en funcionamiento del euro; pero también indirectamente las reformas se debieron a las propias insuficiencias de la legislación de 2003, que, a pesar de introducir un sistema concursal unitario y moderno respecto al obsoleto sistema anterior, también presentaba graves defectos técnicos y ciertas disfunciones. La crisis económica sirvió, pues, de pretexto para reformar una regulación que, según muchos especialistas, distaba de ser técnicamente óptima. El texto analiza brevemente el contenido de ambas reformas, la de 2009 (Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo) y de 2011 (L. 38/2011, de 10 de octubre) y, sobre todo, se hace eco de las numerosas críticas recibidas por una y otra, que se centran tanto en cuestiones de orden estructural (ya que tales reformas vienen justificadas por las exigencias derivadas de la crisis económica, para lo que, a juicio de parte de la doctrina, la sede adecuada no es una norma de carácter vertebrador del sistema jurídico, como es la LC), como de orden técnico (como son el excesivo peso dado a los «institutos paraconsursales», su incapacidad para dar mayor celeridad al procedimiento, la falsa mejora de la protección de los trabajadores de las empresas concursadas, los inconvenientes de la regla del administrador único del concurso o la especial protección atribuida a las sociedades deportivas) y también, sobre todo, económico (por entender que no es capaz de dar una respuesta adecuada a los verdaderos problemas derivados de la crisis). En relación con este último punto, el artículo aborda justamente el problema de la falta de atención de esas reformas a uno de los sectores más duramente afectados por la crisis, como son los deudores-consumidores sobreendeudados, y subraya cómo la LC, aun cuando contempla también la hipótesis de la insolvencia de la persona física, era y ha seguido siendo un instrumento inadecuado para acometer esa problemática social, y destaca la falta de determinación del legislador español para afrontar seriamente el problema y la necesidad perentoria de introducir

también en nuestro sistema, como en otros países (incluido Italia) mecanismos de *discharge* y *fresh start* de los consumidores sobreendeudados sin culpa suya como consecuencia de los efectos devastadores de una crisis de carácter sistémico³.

También relacionada con cuestiones mercantiles se encuentra la siguiente aportación, a cargo de Giuseppe SPOTO («La disciplina di contrasto ai ritardi nei pagamenti commerciali», pp. 115-147). En ella el autor estudia las cuestiones derivadas de la transposición de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (a través de un Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2002, núm. 231), modificada después por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011 (recibida en Italia a través del Decreto Legislativo de 9 de noviembre de 2012, núm. 192, mientras que en España solo ha sido transpuesta, agotando prácticamente los plazos establecidos para ello, por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo). En el artículo se analiza el ámbito de aplicación de las normas en cuestión (solo las relaciones comerciales entre empresas —incluidos los autónomos— y las relaciones entre empresas y las Administraciones Públicas) y algunos aspectos particulares de esa normativa, como son, por ejemplo, los del cómputo de los intereses moratorios, el tipo de interés aplicable (y en particular el problema de la antinomia entre las disciplina penal represiva de actividades usurarias y la disciplina civil derivada de la nueva regulación europea), la cuestión de la nulidad de las cláusulas contractuales relativas a los términos de pago, el tipo de los intereses de demora o el resarcimiento por los costes de obtención del pago causados al acreedor (siempre que dichas cláusulas resulten gravemente lesivas para los intereses del acreedor), también los puntos oscuros que afectan a la regulación de las deudas de las Administraciones Públicas o, finalmente, el reconocimiento de la legitimación de las asociaciones presentes en el Consiglio Nazionale Economico del Lavoro (CNEL, un órgano equivalente a nuestro Consejo Económico y Social) para actuar en defensa de los intereses colectivos de las pequeñas y medianas empresas en caso de grave iniquidad de las cláusulas contractuales indicadas anteriormente. Las conclusiones más relevantes a las que llega el A. en su trabajo son las siguientes. Por una parte, la segunda Directiva (2012) ha introducido, a su juicio, numerosas aclaraciones y mejoras respecto a lo establecido en la primera que han contribuido a resolver numerosos problemas prácticos y dudas doctrinales suscitados por la primera; sin embargo, ha dejado subsistentes otros, como por ejemplo la cuestión de la plena eficacia probatoria de la factura como título justificativo de la exigibilidad de un crédito pecuniario frente a las Administraciones Públicas, cuando en realidad las facturas son documentos de formación por una sola parte y, por tanto, no pueden considerarse pruebas plenas del crédito. Por otro lado, el problema de la concurrencia entre normas (penales) antiusura y la nueva regulación (civil) que introducen las Directivas, que impone unos intereses moratorios muy elevados, que rozan el límite de lo usurario: el autor se inclina por una aplicación prioritaria de la normativa europea en virtud del principio de jerarquía normativa, pero también señala que, en caso de intereses pactados por las partes de tipo superior al legal, habrán de adoptarse medidas de protección del deudor que se encuentre en posición de desventaja, lo cual viene amparado por la normativa civil vigente en Italia. También destaca las dificultades de encaje dogmático de la legitimación activa de las entidades colectivas para reclamar una actuación judicial moderadora de las cláusulas gravemente lesivas para las empresas representadas por ellas (con algunos ejemplos interesantes tomados del Derecho comparado, particu-

larmente angloamericano y alemán). Destaca el autor asimismo cómo la nueva disciplina introduce una gran novedad en el ordenamiento italiano, como es la consideración de la responsabilidad del deudor respecto del retraso en el pago de sus deudas, en el sentido de poder liberarse del pago de intereses moratorios si demuestra que el retraso se produjo por causa no imputable a él (*ex art. 3.1 b*) de la Directiva 2011/7/UE), frente a la disciplina general del artículo 1224 del Código Civil, que impone el resarcimiento del acreedor en todo caso si se produce la *mora debitoris* (al igual que en el art. 1101 del Código Civil español, en conexión con el art. 1108).

En definitiva, el autor concluye que la regulación europea del problema de los retrasos en los pagos de operaciones comerciales (agudizado como consecuencia de la crisis económica desencadenada desde 2008), a pesar de haber introducido importantes mejoras en 2011, dista de ofrecer aún un marco regulatorio óptimo al respecto, y prevé la pronta necesidad de nuevas intervenciones reformistas de las autoridades comunitarias en el futuro.

El sexto trabajo corresponde a Ignacio SERRANO GARCÍA («El drama social de los desahucios: soluciones en Derecho español», pp. 149-190), donde el autor comienza indicando que para tratar de paliar las consecuencias de los incumplimientos en la devolución de préstamos garantizados con hipoteca se dictaron los Reales Decretos-ley de 8/2011, de 1 de julio, el RD-L 6/2012, de 9 de marzo y finalmente, el RD-L 27/2012, de 15 de noviembre. A todos ellos ha seguido la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya primera medida adoptada en su artículo 1 fue la de acordar la suspensión durante dos años de los lanzamientos, que pondrían fin al desahucio. El expresado precepto ha quedado modificado por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que ampliaría a cuatro años el anterior plazo requerido de dos para la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en dicho artículo.

Otra de las medidas adoptadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo consiste según el autor en la modificación de los artículos 21 LH, relativo a la necesaria constancia en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda en su caso carácter habitual de la misma, presumiéndose, salvo prueba en contrario, dicho carácter habitual; del artículo 114 LH que impone que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, prohibiéndose el pacto de anatocismo y del artículo 129 LH relativo a la ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria.

La LRMH (Ley 2/1981, de 25 de marzo) resulta asimismo modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con la pretensión de que las entidades de tasación sean independientes de los Bancos que conceden el préstamo y que por tanto no puedan superar de forma directa o indirecta, el 10 por ciento del capital o de los derechos de la entidad, introduciéndose asimismo la cautela de que «en la contratación de préstamos hipotecarios se exija que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato», prevención respecto de la cual estima el autor que la postura que está a su juicio

prevaleciendo aquí equivocadamente, es la de que el control se haga exclusivamente por el poder judicial, sin considerar la función preventiva que cumplen Notarios y Registradores, consistente en un buen funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de Contratación, y que sería muy beneficiosa para los consumidores.

Además, indica el autor que tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo modificativa de algunos preceptos de la LEC, el actual artículo 557 apartado 1.º, añadiría una nueva causa (la 7.ª) de oposición a la ejecución en el procedimiento ejecutivo, consistente en que el título contenga cláusulas abusivas⁴ y el artículo 579 LEC, posibilitaría en determinadas condiciones una quita en materia de ejecución de vivienda habitual, para el caso de que con el remate no se logre satisfacer la totalidad de la deuda, introduciendo asimismo la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo modificaciones en las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 6/2012 comprensivo del Código de Buenas Prácticas (CBP), que a su vez recibirían nueva redacción por virtud de la Ley 8/2013, de 26 de junio y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Concluye el autor que el CBP alude finalmente a la *datio in solutum*, vieja institución de derecho civil, en virtud de la cual, llegado el vencimiento de una obligación, el deudor ofrece y el acreedor acepta recibir una prestación distinta de la originariamente debida, figura en que es de esencia el consentimiento del acreedor y respecto de la cual el autor, al igual que M.ª Ángeles PARRA, muestra su escepticismo: si la llamada dación en pago no existía en el momento de concertar el préstamo, no se puede imponer con posterioridad. La dación en pago con efectos retroactivos es inconstitucional.

El siguiente trabajo vuelve a las cuestiones mercantiles, abriendo una sección dedicada particularmente a los problemas de los contratos de adhesión. El artículo corre a cargo de Maddalena RABITTI («*La relazione banca-clientela nel tempo della crisi economica: la "spinta gentile" dell'ABF*», pp. 191-216). La autora parte de la necesidad, puesta de manifiesto por la reciente crisis económica (sobre todo de origen financiero), de dar una nueva regulación al problema de los fallos «patológicos» del mercado, entendidos como aquellos que se producen de forma extraordinaria y excepcional con motivo de *shocks* económicos muchas veces imprevisibles, para los cuales las reglas ordinarias del ordenamiento jurídico son notoriamente insuficientes. En este trabajo, la autora propone la experiencia de la actividad del *Arbitro Bancario Finanziario* (ABF) italiano, un organismo de mediación entre clientes y bancos u otros intermediarios financieros introducido en 2009 a través del artículo 128-bis del Tratado de Unión Bancaria (TUB), cuya función es tratar de canalizar los conflictos existentes en el sector financiero, sobre todo los casos de impagos e insolvencias motivados por la emergencia de la grave crisis económica de estos años, que a su juicio supone un buen ejemplo del desarrollo de una «*spinta gentile*» (lo que podríamos traducir libremente como un «empujón suave») sobre el sistema financiero, con el fin de conseguir un equilibrio de las posiciones de las partes y una mayor justicia contractual, sin tener que recurrir forzosamente a la intervención de la autoridad administrativa del Banco de Italia (con una entidad similar al Servicio de Reclamaciones del Banco de España en nuestro país), ni producir normas específicas «*ad personam*» creadoras de nuevos sujetos jurídicos dotados de una regulación especial. La autora describe en su artículo el ámbito de actuación de este organismo de arbitraje (en particular con relación a los problemas derivados de la renegociación de contratos de financiación en casos de crisis de liquidez de empresas y

particulares, a las cuestiones de facilidad de acceso al crédito y cumplimiento de condiciones para ello, o de protección de los clientes de servicios financieros con relación a su inscripción de las listas de las *Centrali Rischi Finanziarie*, es decir, entidades privadas de registros de clientes morosos), así como sus criterios de actuación, basados no tanto en una aplicación rigurosa de las normas comunes del ordenamiento (que, como se decía al inicio, resultan inadecuadas en contextos de crisis sistémicas como la actual), sino más bien de reglas derivadas de cláusulas generales, como el «principio de *correttezza*», el principio de buena fe y los códigos deontológicos de buenas prácticas, lo que ha generado en estos años una auténtica «jurisprudencia» especializada capaz de orientar tanto la actividad de vigilancia del Banco central sobre las actividades de las entidades financieras, como de los jueces llamados a decidir en última instancia las controversias de este orden que pudieran suscitarse en sede jurisdiccional. Las conclusiones del artículo son enormemente positivas para este sistema (sin entrar en valoraciones críticas), y su lectura puede ser un interesante revulsivo para contribuir al debate en torno a la necesidad de introducir organismos similares en nuestro país, que ha sido repetidamente demandado sobre todo para las cuestiones referidas a los desahucios en caso de impago de créditos hipotecarios (cfr. p. ej. el art. de A. VALL RIUS, «La intermediación en problemáticas hipotecarias», *Mundomediación. Revista digital*, núm. 8, 2012, descargable en <http://www.mundomediacion.es/revista-11-edicion-8/2-la-experiencia-en-mediacion/20-la-intermediacion-en-problematicas-hipotecarias>; o P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Mecanismos ‘alternativos’ frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 2, 2015, pp. 3-69; entre otros muchos trabajos al respecto) y, más en general, se ha previsto en el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo (17 de abril de 2015) —de transposición la Directiva 2013/11/UE—, aplicable también a los servicios financieros, finalmente no puesto en vigor (cfr. críticamente al respecto A. I. BLANCO GARCÍA, «El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo y su encaje en el sector financiero», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015).

En el siguiente trabajo, suscrito por Germán DE CASTRO VÍTORES, se aborda de manera más densa y específica el problema de las cláusulas abusivas en los contratos («Notas sobre asimetría contractual y noticias en tema de cláusulas abusivas en España», pp. 217-251). Parte el autor de la cuestión general de hasta qué punto debe llegar la protección del contratante débil en las relaciones contractuales, sobre todo en el marco de la armonización jurídica europea, y en general de las contradicciones que surgen entre la nueva lógica de la asimetría contractual en las relaciones económicas y la lógica contractual «clásica» que aún está en la base de nuestros ordenamientos jurídico-civiles. Trata el autor de ofrecer algunas reflexiones en torno a estas cuestiones sobre la base de algunos problemas puntuales derivados de la jurisprudencia española y europea con respecto a la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. En concreto analiza las consecuencias derivadas de la famosa STJUE de 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11, Caso Aziz), que introduce la exigencia de que los tribunales nacionales controlen de oficio la posible abusividad de las cláusulas incluidas en los títulos ejecutivos, lo que ha tenido como efecto la reforma de la LEC y la LH, lo que el autor encuentra coherente con la necesidad de incrementar la seguridad jurídica preventiva en la lógica de la protección del contratante más débil y a las exigencias de la *loyauté* en la contratación estandarizada. En segundo lugar, presta atención a la STS 241/2013, de 9 de mayo, referida a la

nulidad de las cláusulas suelo en los créditos hipotecarios cuando estas incurran en «abusividad por falta de transparencia», lo que ha supuesto la introducción en nuestro Derecho de un control de contenido de los contratos cuando tales cláusulas no estén redactadas con suficiente claridad y comprensibilidad; el autor defiende la compatibilidad de esta interpretación con el contenido de la Directiva 13/93, frente a las críticas que la sentencia (que el autor califica de «prudente» y «salomónica») ha recibido de parte de la doctrina española, aunque también reconoce que la mencionada sentencia no extrae todo el potencial que la regulación de dicha Directiva brindaba para imponer unas mayores dosis de exigencia de información clara y veraz a los agentes económicos en el mercado (sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que la propia sentencia declaró la irretroactividad de su disposición, de modo que no tendrían que devolver las entidades financieras a sus clientes las cantidades cobradas en ejercicio de esas cláusulas abusivas). Por fin, estudia el autor la controvertida cuestión de los intereses moratorios abusivos como una suerte de cláusula penal encubierta en el contrato, y su posible anulación por los tribunales, sustituyéndose por la indemnización ordinaria, según marca la STJUE de 14 de junio de 2012 (As. C-518/10); para determinar esta, a juicio del autor, en nuestro sistema se abre un amplio espacio indemnizatorio, que va desde el interés legal hasta el retributivo, en que puede moverse el juez; con todo, entiende que las reformas legislativas y en las líneas jurisprudenciales y doctrinales españolas no acaba de penetrar suficientemente en este terreno la lógica del control del contenido en la contratación con consumidores.

En definitiva, del análisis de esas tres esferas de actuación jurisprudencial reciente, el autor acaba concluyendo que, a pesar de que se vienen dando pasos en la buena dirección, hay aún un amplio espacio por recorrer para vencer los obstáculos que la práctica impone para la adecuada valoración del impacto que la lógica de la asimetría contractual está produciendo en nuestros ordenamientos jurídico-privado «clásicos», y que, en ese terreno, los progresos en la armonización jurídica en el marco del mercado interior han de jugar un papel esencial.

Inciendo igualmente sobre esta problemática de las cláusulas abusivas, pero desde el lado italiano, se encuentra el artículo de Liliana ROSSI CARLEO («*Oltre il consumatore nel tempo della crisi: le nuove competenze dell'AGMC*», pp. 253-280), en el cual la autora aborda la cuestión de las nuevas competencias de control sobre dicho tipo de cláusulas en los contratos de adhesión conferidas a la *Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato* (AGDC) —un organismo similar a nuestra Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)—, tras la introducción del nuevo artículo 37 bis del *Codice del consumo* en 2012. La autora defiende que esta tutela administrativa que proporciona este organismo a los consumidores no se solapa con la tutela judicial que atribuye la legislación general sobre el consumo, puesto que la tutela de la AGDC se basa en un tipo de control de carácter preventivo (el procedimiento de *interpello* que pueden poner en marcha las empresas para determinar *ex ante* el carácter abusivo o no de un cláusula incorporada a un contrato-tipo, junto con la acción de *accertamento* ejercitable por los consumidores que permite declarar explícitamente una cláusula como abusiva y, por tanto, posibilitar su anulación por parte de los tribunales), frente al control de carácter sucesivo (de oficio o de denuncia) que llevan a cabo los tribunales de justicia en caso de acción de los perjudicados por la aplicación de tales cláusulas. A esos controles sobre las cláusulas abusivas se añade también un tipo de «autorreglamentación» que viene desarrollado por las Cámaras de Comercio en representación de las empresas. Tras un examen detallado y riguroso de la nueva regulación de la figura, la autora llega a la conclusión de que la

actuación de este organismo en estos supuestos no es solamente un mecanismo de protección de los consumidores, sino también particularmente un instrumento de tutela de los propios mercados, a fin de garantizar unas condiciones de competencia correctas. La autora destaca las aportaciones que esta nueva facultad ha hecho en el tiempo de su funcionamiento para favorecer el desarrollo de prácticas comerciales no desleales o poner de manifiesto la existencia de abusos de posición dominante; sin embargo, al mismo tiempo, también señala algunas dudas que suscita el uso de esos nuevos procedimientos desde un punto de vista subjetivo, en la medida en que se ha permitido su uso a sujetos que difícilmente pueden catalogarse de verdaderos consumidores (como *v. gr.* las comunidades de propietarios de casas por pisos). Con todo, a su juicio, el balance es positivo y subraya el carácter sistémico que ostenta esta forma de actuación como mecanismo de defensa del mercado en sentido objetivo y en condiciones de justicia.

Por fin, el último trabajo del conjunto corresponde al editor de la obra, G. GRISI («*L'inadempimento di necessità*», pp. 281-318), que aborda el que es probablemente el problema central que subyace a todo el volumen, es decir, el del incumplimiento de la obligación por parte del deudor no por causa imputable a él, sino a una cuestión sistémica, como es una crisis económica como la que en los últimos años ha sacudido a nuestros países. Después de hacer una descripción tan dramática como atinada de lo que son las consecuencias socioeconómicas derivadas de la depresión económica desencadenada desde 2008, particularmente en Italia (pero extensibles con crudeza aún mayor a nuestro país), el autor pasa a abordar el problema de la solución jurídica que merece el caso, ampliamente extendido como consecuencia de la crisis, de los impagados de obligaciones, fundamentalmente pecuniarias (un tema que, como se analiza detalladamente en los trabajos de M.^a Ángeles PARRA e Ignacio SERRANO en este volumen, ha estado especialmente presente en nuestro país a raíz del estallido de la burbuja inmobiliaria, asociado al *shock* financiero a escala internacional). De acuerdo con las normas generales del *Codice civile* de 1942 —pensado, como todos los códigos liberales, más bien para garantizar la efectividad del crédito, dejando en segundo plano los intereses de los deudores—, el deudor que incumple su prestación solo puede liberarse de responsabilidad si prueba que ese incumplimiento se debe a causa imprevisible y no imputable a él (art. 1218, y art. 1256, párrafo 1.º del Código Civil). Esto no puede predicarse exactamente en caso de incumplimiento debido a una causa subjetiva como es la falta de liquidez momentánea del deudor, motivada tal vez por la pérdida del empleo o por la falta de pago a su vez de sus deudores en caso de pequeños empresarios, aun cuando esas causas del incumplimiento se hayan debido, en realidad, al impacto producido por una crisis económica más general. Frente a esas situaciones, ha habido algunas reacciones legislativas protectoras de ciertos tipos de sujetos (*v. gr.* el caso de deudores hipotecarios o de arrendatarios de viviendas), así como algunas actuaciones judiciales en materia penal (*v. gr.* eximiendo a los incumplidores de deudas tributarias cuando el pago de las mismas podía poner en cuestión la supervivencia de sus empresas), pero no se ha dado una solución más general capaz de hacer frente al problema en su totalidad. El autor aboga por la aportación que pueden hacer a este respecto los intérpretes del Derecho; particularmente se inclina en favor de una interpretación creativa del artículo 1218 en relación con el artículo 1256, párrafo 2.º del Código Civil, que permite una exención de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento tardío de la prestación cuando este se deba a causa sobrevenida no imputable a él que sea de carácter temporal, e incluso una liberación definitiva cuando tal imposi-

bilidad de cumplir se perpetúe excesivamente en el tiempo, o bien el acreedor pierda interés en su cumplimiento. A través de esta interpretación —fundada, a su juicio, tanto en las previsiones constitucionales sobre el Estado social de Derecho como en las exigencias de la Carta Europea de Derechos fundamentales (art. 34)—, sería posible permitir un incumplimiento temporal de la obligación sin responsabilidad del deudor y una renegociación de los términos de la deuda con los acreedores sin necesidad de acudir a normas específicas de protección de ciertos tipos de deudores, que nunca pueden cubrir el abanico completo de los damnificados por una crisis económica de grandes dimensiones como la que ha asolado nuestras sociedades en los últimos años. Naturalmente, para la actuación de este tipo de interpretación es esencial la colaboración de los jueces a la hora de apreciar cuándo la causa del incumplimiento sea debida verdaderamente a la presencia de esos factores económicos externos, de acuerdo con la regla de la corrección en el comportamiento y el necesario concurso de la buena fe objetiva del deudor, lo cual es coherente a su vez con la regulación en materia de control de cláusulas abusivas en los contratos-tipo o de ejecución prolongada, según se puede ver en otros trabajos de este volumen.

En definitiva, y para concluir, como puede verse se trata de un libro denso, de gran diversidad de temas y notable altura científica en todos sus trabajos, que, aunque en cierto modo ya se encuentra superado por los acontecimientos, con todo consideramos digno de ser tenido en cuenta y leído con atención con relación a cada uno de los problemas abordados. La única pega que tal vez podríamos destacar aquí es que, tratándose del fruto de un proyecto de colaboración científica entre universitarios italianos y españoles, hubiera sido deseable un mayor enfoque comparatista de los temas analizados: se observa tal vez una excesiva concentración de cada uno de los trabajos en los desarrollos de su propio ordenamiento, sin prestar apenas atención a la experiencia internacional al respecto (con excepción, naturalmente, de la normativa comunitaria, que no deja de formar parte en todo caso también del ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembro). Hubiera sido aconsejable, tal vez, una mayor especificación de los temas tratados, y un abordaje paralelo italiano-español de esos mismos temas, a fin de que el lector hubiera podido extraer más fácilmente unas conclusiones al respecto. Con todo, la cercanía de los diversos extremos analizados permite al lector formarse de todos modos un cuadro de situación suficientemente comprensivo como para extraer provechosas lecciones de la lectura de esta obra.

NOTAS

¹ Esto ha sido parcialmente modificado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que ha introducido en nuestro sistema, al igual que en otros Estados europeos y americanos, un modelo de *fresh start* para personas físicas y pequeños empresarios, que permite la exoneración de responsabilidad por el pasivo pendiente en caso de grave insolvencia no culpable del deudor; ley que, por cierto, ha tenido una escasa incidencia en nuestro sistema, a causa de las deficiencias de su regulación (cfr. al respecto, v. gr. P. J. RUBIO VICENTE, «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 24, 2016, pp. 99-131).

² La indicada LAU de 1994 ha quedado parcialmente modificada de nuevo en materia de actualización de la renta y régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento por virtud de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE de 31 de marzo), con vigencia a partir del 1 de abril de 2015.

³ En este punto el artículo ha quedado pronto desfasado, sobrepasado por los acontecimientos, porque después de la redacción del trabajo ha habido diversas reformas posteriores de la LC que han tratado de corregir algunos de los defectos señalados en el texto, incluido el problema del sobreendeudamiento de particulares, sobre todo a través de la Ley 14/2007, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y la Ley 28/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Sobre los resultados de todas estas reformas más recientes, *vid.* ahora las conclusiones del IV Congreso Internacional «La Reforma del Derecho Concursal, Balance» (celebrado en Madrid, 25 y 26 de noviembre de 2015), publicadas en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, pp. 23 y sigs.

⁴ Por su parte el artículo 695.1 LEC nuevamente redactado por la disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal dispone que «En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4.ª: El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. 4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior; podrá interponerse recurso de apelación.