

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

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

DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xavier (Dir.):
Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 337 pp.

Bajo la dirección de los profesores Pedro del Olmo García y Xavier Basozabal Arrue, la monografía publica los trabajos realizados a raíz de una jornada internacional sobre el enriquecimiento injustificado que tuvo lugar el 23 de septiembre de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid. La obra se estructura a partir de los tres paneles de expertos que se organizaron, relativos a la historia, al Derecho comparado y al modo de modernizar este sector del ordenamiento jurídico.

El análisis de los antecedentes históricos de la noción jurídica de enriquecimiento injustificado constituye todo un acierto. En el capítulo I Tammo Wallinga expone con gran claridad cuál fue el papel de la *regula iuris* de Pomponio «Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro» (D. 50, 17, 206) en el Derecho romano y la Edad Media. El análisis ilustra las situaciones típicas en las que se reconoció una restitución hasta el límite del enriquecimiento (*si locupletior factus est*) a partir de un breve repaso de los principales textos de los juristas romanos. En la época del *ius commune* los glosadores emplearán distintos textos para extender la aplicación de la restitución por enriquecimiento a nuevas situaciones, según la escuela; y en tiempos de los comentaristas, a partir de la segunda mitad del siglo XIII, la *condictio* romana incrementará su ámbito operativo con el empleo de la *condictio Juventiana* (D. 12, 1, 32) y mediante otras interpretaciones de los textos. Enlazando cronológicamente, en el capítulo II Jan Hallebeek estudia la formación de la idea de «enriquecimiento injustificado» como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca. Tras presentar la evolución que experimenta la idea de restitución en el medievo, desde las sentencias de Pedro Lombardo hasta una teología escolástica que relaciona la idea con la justicia conmutativa aristotélica y tomista, dos caracterizaciones de la restitución a cargo de la escolástica tardía castellana resultarán cruciales para entender el actual estado de la cuestión: en primer lugar, la restitución será concebida como reparación de la violación de un dominio (*dominium*), rasgo que explica el arraigo de la exigencia de un «enriquecimiento jurídico» en el Derecho español; y, en

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

segundo lugar, los teólogos del siglo XVI admitirán la restitución del provecho en supuestos en que la cosa ya no se encuentra en poder del sujeto obligado a restituir, una idea que explicará la admisión de la restitución del sustituto. Se trata de unos planteamientos que, como expone Hallebeek magníficamente, dejarán su impronta en las obras de Hugo Grocio. El bloque se complementa, con gran coherencia y precisión, con una aportación de Javier Barrientos Grandon (capítulo III). La codificación civil decimonónica constituirá una ruptura en las tradiciones jurídicas de los distintos países. El texto traza con habilidad las diferencias entre los distintos modelos en los casos francés, chileno y español, a partir de un estudio pormenorizado de la influencia ejercida por los textos romanos. En estos países se impondrá el casuismo de las fuentes históricas. Los supuestos de enriquecimiento regulados estarán relacionados con el deterioro de la cosa, las obligaciones de restitución de los menores y pupilos, entre otros ámbitos. El estudio pone de manifiesto que en Francia, Chile y España se codificará sin una sistemática ni un estudio dogmático de la figura del enriquecimiento, a diferencia de lo que sucederá más tarde en Alemania, país que regulará una acción de enriquecimiento de alcance general y establecerá una tipología a partir de los estudios realizados por la ciencia jurídica sobre la base de las *condictiones* romanas. El capítulo también tiene la virtud de hacer hincapié en la interpretación que Florencio García Goyena hizo de varios preceptos del Proyecto de Código civil español de 1851 a partir de la *regula iuris* de Pomponio, y en el impacto que tendrán los comentarios de este jurista en la redacción de las normas codificadas finalmente. Todo un acierto.

El primer capítulo del bloque sobre los modelos comparados (capítulo IV), a cargo de Éric Descheemaeker, quizás no acierta plenamente a la hora de valorar las virtudes y defectos de la Ordenanza francesa número 2016-131 de 10 de febrero de 2016. Afortunadamente, la reforma del ordenamiento jurídico francés logra dar base legal a la distinción entre dos acciones civiles, el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado (sobre la buena acogida de la distinción, véase, por ejemplo, Gaël Chantepie y Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 629). Descheemaeker considera, por el contrario, que la Ordenanza viene a establecer dos «círculos concéntricos» del Derecho del enriquecimiento, uno interno de repetición de lo indebidamente pagado, y otro externo de «enriquecimiento injustificado en sentido estricto». Un análisis del asunto en esos términos causará gran distorsión por cuanto, como es sabido, la nueva regulación francesa establece un régimen común de las restituciones (arts. 1352 a 1352-9) que será aplicable al pago de lo indebido –por remisión del artículo 1302-3; mientras que el enriquecimiento injustificado tendrá unas reglas restitutorias especiales, contenidas en los artículos 1303 y 1303-4. Además, el capítulo IV no critica suficientemente aquellas reglas que se limitan a incorporar la anterior jurisprudencia y doctrina científica, que ponen de manifiesto que en Francia todavía no se ha realizado la necesaria reflexión dogmática en torno a los supuestos de la acción de enriquecimiento. A modo de ejemplo, la reforma mantiene la exigencia del empobrecimiento (art. 1303), una anomalía de los presupuestos; o el artículo 1303-2 dará relevancia a una actuación del demandante en provecho propio y a la culpa del sujeto empobrecido, aspectos que tampoco encajan en la lógica del enriquecimiento. O la buena y mala fe del sujeto enriquecido, y el empobrecimiento, actuarán como criterios de un «doble límite» para establecer el alcance de la restitución (arts. 1303 y 1303-4),

en lugar de permitir al sujeto enriquecido de buena fe exonerarse por desenriquecimiento— como hacen los ordenamientos jurídicos alemán e inglés. Ninguna de esas ideas es atendida por Descheemaeker y, en ese sentido, el texto tal vez se mantiene demasiado apegado a los dogmas de la situación jurídica anterior a la reforma.

Lo antiguo contrastará con lo moderno y, con esta perspectiva, Charles Mitchell analiza el tratamiento que la restitución de tributos indebidamente pagados ha recibido recientemente en el Derecho inglés (capítulo V). La aportación se hace eco de la constante evolución que el Derecho del enriquecimiento experimenta en ese país a partir de la actuación de los tribunales. El debate surgido en torno al valor de uso del dinero para establecer la medida del enriquecimiento, la versatilidad a la hora de establecer los motivos para la restitución, o el desplazamiento de las causas exoneratorias a partir de una exigencia jurídico-pública concurrente en ese grupo de casos, constituyen una buena muestra del dinamismo del ordenamiento. Pragmático, ajeno a una tradición histórica y a ataduras dogmáticas, el joven Derecho del enriquecimiento inglés es capaz de dar respuesta a los nuevos retos que se plantean en la sociedad, genuinamente y sin necesidad de acudir a otras figuras del Derecho privado. Una evolución que, en la década de los 90, llevó a Peter Birks a propugnar una transición del modelo de los factores injustos (*unjust factors*) al modelo de la ausencia de base (*sine causa*), propio del Derecho civil continental, a raíz de cientos de contratos de *swap* sobre intereses entre bancos y Ayuntamientos y entidades locales declarados nulos por haberse celebrado *ultra vires*. Aunque no está nada claro que la aproximación entre los ordenamientos jurídicos prosiga adelante.

Expone el asunto Sonja Meier en el capítulo VI, sobre la restitución de pagos indebidos en el Derecho comparado. Fundamentalmente, la autora advierte que el error no tiene el mismo significado como factor injusto —en el *Common Law*— que como requisito de la *condictio indebiti* —en el Derecho civil continental. La autora analiza lo que ocurre en el cumplimiento de una obligación, las obligaciones naturales, las donaciones por error, el incumplimiento del contrato y los contratos nulos y anulados, tomando en consideración los distintos significados que se atribuyen al error en cada modelo o, incluso, dentro de un mismo ordenamiento en función de la acción civil de que se trate. En mi opinión, la lectura del estudio exigirá distinguir claramente entre las acciones de pago de lo indebido, enriquecimiento injustificado y contractuales, por razón de su funcionalidad, operatividad, presupuestos y afectación.

Así termina la comparación de modelos. A mi juicio se echa en falta que la monografía no incluya un estudio en profundidad de los ordenamientos jurídicos de los países, particularmente Alemania, que sí construyeron el enriquecimiento injustificado a partir de las *condictiones* romanas; y que no incluya contribuciones que, desde el modelo inglés, analicen otros aspectos de gran relevancia para el Derecho del enriquecimiento, como el reconocimiento de un enriquecimiento fáctico (*factual enrichment*) (véase, por ejemplo, Robert Chambers, «Two Kinds of Enrichment», en Robert Chambers, Charles Mitchell y James Penner (Eds.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 242-278; o Andrew V. M. Lodder, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2012, pp. 46-67 y 105-106), o las causas de exoneración, particularmente por cambio de posición o desenriquecimiento (*change of position* o *disenrichment*).

El último bloque contiene tres estudios sobre modelos de modernización del Derecho del enriquecimiento. Xavier Basozabal Arrue pone encima de la mesa un debate epistemológico en el que se plantea si resulta más apropiado regular el enriquecimiento injustificado de manera unitaria –como hacen el DCFR y la Ordenanza francesa número 2016-131– o establecer una tipología «para estructurar el inabarcable campo de las restituciones por enriquecimiento injustificado», como propugnó en España Luis Díez-Picazo en línea con la teoría de la diferenciación de Walter Wilburg o Ernst von Caemmerer (capítulo VII). Basozabal Arrue se muestra crítico con la primera opción y expone los argumentos contrarios a la opción unitaria expresados en relación al DCFR, que resultan muy convincentes. «La solución buena para la liquidación de un contrato no tiene por qué serlo para la restitución de atribuciones, o para la compensación por intromisión o por injerencia en patrimonio ajeno», concluye el autor. El capítulo no critica en los mismos términos el planteamiento de la Ordenanza francesa número 2016-131, aunque reconoce que la misma «[...] ha seguido considerando el «enriquecimiento sin causa» como la creación jurisprudencial de una pretensión única y general, auténtico cierre de equidad del sistema [...]». Insisto en que, a mi entender, el Derecho francés ha optado por regular una acción de enriquecimiento con rasgos impropios de la figura, de carácter subsidiario, anómala en muchos sentidos. A este respecto los presupuestos de la acción probablemente deberían ser objeto de una mayor reflexión doctrinal, particularmente a la luz de la evolución experimentada en el Derecho inglés. Un estudio desde esa perspectiva debería ser compatible con una aproximación tipológica. Bajo ese punto de vista, el carácter injustificado tendrá distinto alcance en cada tipo de enriquecimiento. El capítulo finaliza exponiendo la propuesta tipológica de Detlef König, que atribuye a tres tipos de *condictio* (por prestación, por intromisión y por mejora o regreso) una función de complemento de un sector del ordenamiento; y, en la misma línea, Basozabal Arrue plantea una posibilidad de armonización que sitúa el enriquecimiento producido en el marco de una liquidación contractual en el Derecho de contratos, erige el pago de lo indebido en el *core case* del Derecho del enriquecimiento europeo, relaciona la *condictio* por intromisión con el Derecho de cosas y no renuncia a establecer unas normas comunes para el enriquecimiento por mejora. Por mi parte, considero que, antes de sacar conclusiones, es necesario disponer de más trabajos de calado, como mínimo de la misma envergadura que la obra que es objeto de esta recensión, particularmente con respecto a los tipos de enriquecimiento. Además, creo que es fundamental distinguir y preservar la plena autonomía y principalidad de las distintas acciones civiles, incluida la acción de enriquecimiento injustificado.

Por su lado, tras describir someramente el panorama comparado, María Paz García Rubio analiza los contornos del enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico español, valora las propuestas de regulación y presenta un conjunto de reflexiones a modo de conclusión (capítulo VIII). La autora retrata el estado de la cuestión de manera impecable y pone de relieve la escasa aportación de la doctrina científica. El capítulo se hace eco de la continuación del casuismo en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en 2009, aunque la misma incluye expresamente el enriquecimiento injustificado entre las fuentes de las obligaciones; así como del empleo de un mismo modelo de supuestos típicos en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, con respecto a otras situaciones

de enriquecimiento. El capítulo analiza con detalle la regulación del enriquecimiento injustificado (art. 5182-1 a 10) proyectada en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2015. A este respecto, no parece acertada la inclusión del cobro de lo indebido – regulado actualmente en los artículos 1895 a 1901 CC– en la regulación del enriquecimiento injustificado, puesto que se trata de dos acciones civiles distintas. García Rubio, sin embargo, acepta dicho planteamiento y lo tilda de «coherente con el origen de ambas instituciones [el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado]», al razonar que «la *condictio indebiti* ha acompañado el nacimiento y desarrollo del enriquecimiento sin causa hasta el punto de haber sido calificado como su figura fundacional; y que «es también la acción que mejor se cohonesta con el art 10.9 del CC español [...]». La falta de distinción entre la acción de pago de lo indebido y la acción de enriquecimiento injustificado derivada de un pago indebido –cuya máxima expresión encontramos en el empleo del artículo 1901 CC para dar redacción al artículo 5182-6 de la propuesta–, resultará particularmente problemática cuando la propuesta establece unas reglas generales con vocación de ser aplicadas a todos los supuestos de enriquecimiento. Opino que no se trata simplemente de poner de relieve la anomalía que significa exigir un error del *solvens* (art. 5182-3.2 y 5182-6.2) en el ámbito del enriquecimiento injustificado a partir de un modelo unitario; se trata de no finiquitar la acción del pago de lo indebido –el cobro de lo indebido regulado en los artículos 1895 a 1901 CC– por la puerta de atrás, y menos aún cuando esta última figura continúa vigente en distintos ordenamientos jurídicos del entorno (por ejemplo, artículos 2033 a 2040 Código Civil italiano, artículos 6:203 a 6:211 BW holandés, artículos 1302 a 1302-3 del Código Civil francés). En ese sentido, está claro que una superación de una concepción estricta de la *condictio indebiti* no será suficiente para resolver la problemática. Por lo demás, García Rubio comenta la sección segunda de la regulación del enriquecimiento injustificado proyectada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (arts. 5182-7 a 10), dedicada a la restitución. A mi juicio, la mayoría de normas propuestas incurre en el mismo error de planteamiento y son una reelaboración de las actuales normas del cobro de lo indebido. Lejos de adoptar una perspectiva general, la regulación propuesta para la acción de enriquecimiento da relevancia a la buena y mala fe del sujeto enriquecido (arts. 5182-7 y 8), e incluso regula el abono de mejoras y gastos siguiendo el criterio del artículo 1897 CC, como si se tratara de una acción recuperatoria de una cosa (art. 5182-9). Las reglas de la sección segunda contienen numerosas anomalías desde una perspectiva del Derecho del enriquecimiento, y García Rubio tal vez no las critica con suficiente intensidad. El asunto se sitúa lejos de los criterios de cálculo del valor monetario del enriquecimiento contenidos en las reglas modelo del artículo VII.-5:102 DCFR. Con todo, comparto las reflexiones finales de la autora, particularmente la idea de trazar unos rasgos generales del enriquecimiento injustificado que sean compatibles con los tipos; aunque discrepo de una concepción de la acción como «mecanismo integrador y de cierre del sistema», e insisto en la necesidad de propugnar su principalidad a todos los efectos.

El último capítulo, pero no el menos importante, contiene un estudio de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento injustificado, a cargo de Carles Vendrell Cervantes (capítulo IX). El trabajo considera necesario prescindir de los requisitos tradicionales del enriquecimiento injustificado y analiza en qué medida la aproximación tipológica ha

sido acogida en la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir del estudio de unos casos paradigmáticos. Estoy de acuerdo con la mayoría de observaciones hechas a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015, que estima la pretensión de restitución por el enriquecimiento derivado de un subarriendo ilícito. Nos parece acertado apreciar una concurrencia de la acción de enriquecimiento con la acción de indemnización del daño por incumplimiento contractual, poner en tela de juicio los requisitos del empobrecimiento del demandante y la relación de causalidad con el enriquecimiento del demandado. Resulta muy apropiado considerar que la no asunción de las *condictiones* romanas ha tenido una gran repercusión en el tratamiento del enriquecimiento injustificado. Ahora bien, en mi opinión es necesario reformular los presupuestos tradicionales para que sean respetuosos y coherentes con la institución; y, una vez modernizados, no descarto la posibilidad de que algunos sean comunes a todos los supuestos, particularmente las exigencias del enriquecimiento y de que la transmisión del valor tenga origen en el sujeto demandado. Además, discrepo de Vendrell Cervantes respecto del examen de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento indirecto. En este caso el autor sostiene que la regla modelo del artículo VII.-2:102 DCFR resuelve con claridad los conflictos originados, tras considerar que cada una de las partes debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual. Sin un fundamento sólido, este planteamiento hace prevalecer el Derecho de contratos –la protección del interés contractual– frente a la protección de un sujeto que transmite un valor a un tercero. En todo caso, es meritorio el esfuerzo realizado para identificar unas señas de la aproximación tipológica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y el trabajo logra con creces poner de relieve la gran confusión que en la actualidad existe entre la acción de enriquecimiento y otras acciones civiles.

En definitiva, existe unanimidad a la hora de clamar por una modernización del Derecho del enriquecimiento en España y por un debate doctrinal cada vez más sólido, como lo demuestra esta monografía. Espero que este sea un primer paso en el camino y que en un futuro los trabajos de investigación sigan por el mismo sendero.

Josep Maria BECH SERRAT
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Girona

DURÁN RIVACOBA, Ramón/MENÉNDEZ MATO, Juan C.: *La transacción expresa y tácita*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 160 pp.

No ofrece duda la utilidad de los cauces que, de modo alternativo a la vía judicial, se orientan a remediar un conflicto jurídico. Así sucede cuando, evitando el recurso a la tutela jurisdiccional o poniendo fin a la misma, las partes solventan sus diferencias por medio de un acuerdo en el que se hacen recíprocas concesiones [transacción]. En tales casos las divergencias se pueden resolver con celeridad y ahorro de costes, tanto públicos como privados. Pero además de presentar ventajas, la transacción también permite sortear inconvenientes. A este respecto, en la monografía se traen a colación las

eventuales adversidades de la vía judicial: dilación en el tiempo, inseguridad en el resultado y posible insatisfacción de las partes. A la vista de los beneficios que reporta y de las desventajas que orilla, los autores terminan por recurrir al refranero a fin de ratificar la conveniencia de la transacción: «pleitos tengas y tú los ganes».

Sin embargo, lo cierto es que son numerosas las resoluciones judiciales que tienen a la transacción como referente. Ello es debido al frecuente incumplimiento por alguna de las partes de lo convenido en el pacto transaccional. Surge así un ulterior conflicto con apelación a la tutela jurisdiccional para solventarlo y... vuelta a empezar. De este modo, un medio utilizado para eludir la vía judicial o ponerle fin acaba por residenciarse en el lugar del que las partes han querido en un principio escapar. Eso sí, el pleito ya no puede tener por objeto la relación jurídica originaria. Y ello, porque la autoridad de cosa juzgada de que goza la transacción conlleva que la decisión judicial deba versar sobre los nuevos vínculos que han venido a ratificar, sustituir o modificar la relación inicial afectada de incertidumbre.

Precisamente, la voluntad rebelde de alguna de las partes al cumplimiento de lo acordado con la consiguiente intervención judicial es lo que ha generado una copiosa jurisprudencia referente a los diferentes aspectos de la transacción; en concreto, sobre sus requisitos [forma, incertidumbre de la relación jurídica o las concesiones recíprocas]; objeto [bienes y derechos sobre los que puede recaer] y efectos [alcance de la vinculación de las partes y determinación de la autoridad de cosa juzgada *ex art. 1816 CC*].

Es en el citado contexto en el que hay que ubicar el estudio de los profesores Durán Rivacoba y Menéndez Mato. Las múltiples resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia y en su caso de la Dirección General de los Registros y del Notariado constituyen el nervio de la monografía en la que cabe apreciar cuatro partes referibles a los siguientes aspectos de la transacción: su delimitación; régimen jurídico; eficacia del acuerdo transaccional; y el examen de su invalidez e ineficacia.

Respecto del primer aspecto, la transacción queda delimitada mediante el examen de cuatro cuestiones: la consideración del conflicto o controversia jurídica que habrá de concurrir la discrimina de los actos de garantía o prevención; las recíprocas concesiones que se habrán de hacer para superar la disputa jurídica la alejan de la promesa de transacción y de la renuncia simple o abdicativa; la naturaleza constitutiva y dispositiva de la transacción que los autores defienden les lleva a señalar las divergencias con los negocios de fijación o negocios declarativos; y la tipología de las transacciones, reconduce a discriminar entre las simples y mixtas, ordinarias y novativas, judiciales y extrajudiciales, explícitas e implícitas, así como las propias e impropias.

En orden al segundo aspecto, dado el carácter contractual de la transacción los autores examinan su régimen jurídico tomando al artículo 1261 CC como referente lo que lleva al estudio del consentimiento, el objeto y la causa. El consentimiento reconduce al análisis de la oferta y la aceptación, los tratos preliminares y la oferta irrevocable, así como la capacidad y el contenido que habrá de tener el mandato expreso para transigir exigido por el art. 1713 CC. El objeto del contrato conlleva el tratamiento de las materias de carácter indisponible, ya se trate de prohibiciones generales [v.gr. art. 816 CC] o específicas [v.gr. art. 1814 CC]. Y respecto de la causa, se consideran las diferentes concepciones sobre el modo en que puede entenderse en la transacción –objetiva, subjetiva, abstracta–, sin obviar la relevancia de los móviles y de su finalidad.

En lo atinente al tercer aspecto, en el ámbito de la eficacia objetiva de la transacción los autores analizan el sentido atribuible a la interpretación restrictiva *ex art. 1815 CC*, el alcance novatorio del acuerdo transaccional y su relieve procesal –doctrina de los actos propios y autoridad de cosa juzgada–.

Y al examen de la invalidez e ineficacia de la transacción se dedica un último capítulo. En el citado contexto, se trata: la inexistencia con referencia a la falta de conflicto previo; la nulidad absoluta, así como la anulabilidad derivada del error, dolo, violencia y falsedad documental *ex art. 1817 CC*. La consideración de la resolución y rescisión como eventuales remedios frente al incumplimiento cierra la monografía.

Los autores confiesan que el análisis exhaustivo de las sentencias del Tribunal Supremo constituye uno de los mayores retos de la monografía. Siendo ello cierto, el estudio se complementa en cada caso con una referencia oportuna a las distintas opiniones doctrinales, se toma partido al tratar los diferentes problemas que plantea la transacción y no se rehúye la consideración crítica de la jurisprudencia cuando procede [contradicciones en el tema de la causa o la confusión entre reciprocidad y sinalagma, por ejemplo]. En suma, los profesores Durán Rivacoba y Menéndez Mato han sabido compendiar en una breve monografía un acertado estudio sobre la transacción, los problemas que plantea y la jurisprudencia que los contempla.

A fin de justificar la autoridad de cosa juzgada atribuida al acuerdo transaccional, escribió García Goyena: la transacción «tiene por objeto componer diferencias y pleitos presentes o venideros. Es pues, en cierto modo, una sentencia pronunciada por las mismas partes y, cuando ellas se han hecho justicia, no deben ser admitidas a quejarse de sí mismas. En otro caso, las transacciones vendrían a ser un nuevo manantial de pleitos». Sin embargo, la consideración de cosa juzgada –material– que el artículo 1816 CC asigna a la transacción no excluye las «quejas» de las partes sobre la misma, ni la existencia de un «manantial» de pleitos relacionados con el incumplimiento del acuerdo transaccional. Y es que mediante la transacción las partes evitan el recurso a la tutela jurisdiccional o ponen fin a la misma pero, como declara el Tribunal Supremo, «no garantiza el evento de que uno de los contratante la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción cumpla su finalidad esencial de dirimir convergencias en la forma convenida por los propios contratantes» [STS 30 octubre 1989]. Parafraseando al refranero, cabe concluir afirmando lo siguiente: la abundante jurisprudencia sobre la transacción pone de manifiesto que, mediando una relación jurídica controvertida, a veces puede resultar más conveniente una sentencia inicial que le ponga fin antes que un acuerdo privado que la solvente de modo provisional.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de A Coruña

MATO PACÍN, M.^a Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, 490 pp.

No abundan los estudios sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios. Y son muy escasas las monografías sobre esta materia.

Esta falta de estudios es algo muy generalizado en todos los países de nuestro entorno. En contraste con la extensísima bibliografía que hay sobre los contratos no negociados con consumidores, especialmente en Europa, sólo de vez en cuando encontramos en las librerías jurídicas algún estudio referido específicamente a los contratos con condiciones generales entre empresarios.

Tenemos la suerte de que contamos desde hace poco con un estudio monográfico que se ocupa de una realidad palpable, cual es el uso de condiciones generales en muchos contratos, de la tipología más diversa, entre empresarios. La obra que presenta la Profesora M.^a Natalia Mato Pacín fue valorada muy positivamente por el Tribunal que juzgó su tesis doctoral en 2015, la cual fue codirigida por los Profesores J. Caffarena y M.^a J. Santos Morón –que prologa ahora la publicación–. Su tesis recibió nuevamente una valoración muy positiva con la concesión del XVIII Premio Sancho Rebullida por la mejor tesis del correspondiente curso académico.

No resulta fácil elaborar una monografía sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios cuando falta un cuerpo normativo que la regule –a diferencia de otros países como Alemania, Holanda y Portugal–, escasean además estudios específicos sobre la materia y no hay una verdadera jurisprudencia –que sí la hubo en Alemania y que fue codificada en la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G), de 1976–. Aun así, la autora se ha atrevido a dar respuestas concretas a los muchos problemas que suscitan las condiciones generales de la contratación entre empresarios.

La Profesora M.^a Natalia Mato Pacín, como buena conocedora de esta materia, en la que ha podido profundizar en sus estancias en el Instituto Max Planck para el Derecho privado comparado e internacional de Hamburgo y en el Instituto UNIDROIT de Roma, sabe que uno de los temas centrales es el control de las condiciones generales, un control que también es necesario cuando el adherente es un empresario, y no sólo cuando es un consumidor. Este planteamiento inicial explica la división en tres partes de la monografía: 1.^a Los contratos mediante condiciones generales entre empresarios y su control. 2.^a La protección del empresario adherente por cauces no específicamente previstos para condiciones generales de la contratación. 3.^a La buena fe del artículo 1258 CC como posible mecanismo de control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Como indica el título de la monografía que comento, el tema central son las cláusulas abusivas cuando el adherente es un empresario. No resulta nada fácil, especialmente en España por las razones indicadas más arriba, dar respuestas al empresario que se encuentra ante cláusulas abusivas al carecer nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, de una protección específica. Como todos sabemos, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), de 1998, renuncia a una protección de los empresarios adherentes ante cláusulas abusivas –así se hace saber expresamente a los aplicadores del Derecho en la Exposición de Motivos– porque se considera que hay normas generales que protegen suficientemente sus intereses. Una verdadera falacia como se ha demostrado después, pero ya antes se sabía que las normas generales son insuficientes para proteger a los que se adhieren a condiciones generales, sean empresarios o consumidores. Tan grande es la falacia que antes de la LCGC como después hubo intentos –proyectos, anteproyectos y propuestas de *lege ferenda*– con el fin de dar una mayor cobertura para proteger a los empresarios adherentes. Sólo una concepción neoliberal del funcionamiento del mercado podría justificar que la LCGC se quedara a mitad del camino negando al empresario una protección específica frente a

cláusulas abusivas. Propuestas a nivel del Derecho contractual europeo –aunque todas han fracasado– y recientes reformas como la del *Code civil* en el año 2016, que admite el control general de las cláusulas abusivas al margen de quien sea el adherente, indican que los mecanismos tradicionales son insuficientes para poner freno a las cláusulas abusivas.

Probablemente nunca como ahora el Derecho está sujeto a constantes cambios. Se aprecia una clara inestabilidad de las principales instituciones jurídicas, lo cual es tremendamente negativo para la seguridad jurídica. De ello no ajena la presente monografía. Entre la elaboración de la tesis doctoral y la posterior publicación como monografía han sucedido hechos que han abierto nuevas grietas en el Derecho de las condiciones generales, algunas imprevisibles, especialmente en España, sobre todo en el ámbito de la contratación bancaria. Por eso es de agradecer que podamos tener como referencia esta obra sólida. Además de estar escrita con muchísima pulcritud, está apoyada en un acervo doctrinal y jurisprudencial extraordinario. No es frecuente encontrar tal exhaustividad ni siquiera en una tesis doctoral. Todos estos méritos seguramente justificaron la concesión del XVIII Premio Sancho Rebullida.

Como toda Primera parte de una obra científica, en ésta también hay una toma de contacto con el tema que se propone para su análisis para que el estudioso pueda ubicarse adecuadamente, sobre todo para quien no esté familiarizado con la materia. La autora nos avisa desde el primer momento que frente al déficit de autonomía en la contratación, que también se da en las relaciones contractuales entre empresarios, son necesarios mecanismos específicos de control, siendo insuficientes los que proporcionan las normas generales. Como perfecta conocedora del Derecho comparado, la autora hace alguna incursión en el Derecho comparado, con referencia especial al Derecho alemán –uno los estandartes de este ya no tan nuevo Derecho– y en el Derecho contractual europeo. Siempre se puede decir que tal o cual materia no ha sido tratada con mayor profundidad. Y en el caso de la obra que comento cabe pensar que la autora no ha vertido todos sus conocimientos en el Derecho extranjero, quizá porque hay otros estudios que lo hacen o quizá porque ella misma considera que no es necesario ya que tiene un estudio espléndido, publicado en la Revista Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, núm. 2 (2015), pp. 216-282, con el título «El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho Comparado y Europeo».

En esta Primera parte, el último capítulo se centra en el ordenamiento jurídico español. Es ya tradicional que cuando se analizan las condiciones generales se distingue entre el control de incorporación, las reglas de interpretación y el control de contenido. Este último capítulo sirve de pórtico a la Segunda parte. Pero antes, la autora examina las recientes propuestas de reforma –que por razones muy diversas no quieren materializarse– y la legislación sectorial, concretamente aquella que ofrece protección al empresario adherente frente a cláusulas abusivas. Se debe adelantar ya que en el examen concreto de cláusulas en contratos entre empresarios la autora hace igualmente referencia a las propuestas más recientes y a la legislación sectorial ofreciendo así una valoración crítica muy amplia que enriquece el debate.

Esta Primera parte es necesaria, según la propia autora, para justificar la necesidad de protección del empresario-adherente, aunque sea mediante normas generales de nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de abandonar esta Primera parte, quisiera comentar algunas cuestiones sobre las que también reflexiona M.^a Natalia Mato Pacín, aunque quizá no con la debida profundidad. La autora se refiere al empresario en general, sea persona física o jurídica, sea pequeño, mediano o grande. Comparte la tesis mayoritaria según la cual se debe proteger a cualquier empresario que se adhiere a condiciones generales. Sin embargo, hay un debate –del cual ella rehúye– sobre si la protección debería limitarse sólo a los pequeños y medianos empresarios. En este debate no entra la autora. Un debate que conoce la autora, especialmente el que hay en Alemania, en donde hay una controversia sobre si la condición de grande, mediana o pequeña empresa puede ser determinante para una mayor o menor protección jurídica. La jurisprudencia alemana se ha referido a los emprendedores y a las pequeñas y medianas empresas en contraposición a las grandes empresas. Así mismo tiempo, se aprecia una tendencia de otorgar a las PYMES una protección especial contra las cláusulas abusivas, de manera similar a aquellas de la que gozan los consumidores (M. Lehmann/J. Ungerer, en «Differenzierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle», *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii. Ed. Nomos, 2017, pp. 295 ss.). Algunos ordenamientos, como el holandés o el australiano, limitan el control en atención a un número determinado de asalariados y/o según un volumen anual de ingresos previamente determinado. Pero también a nivel del Derecho contractual europeo existe este debate. La fracasada Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (2011), en la que se proponía un control especial de las cláusulas abusivas entre empresarios, limitaba el control a las PYMES. En España apenas existe este debate seguramente porque no tenemos un Derecho desarrollado de condiciones generales de la contratación en las relaciones empresariales. Personalmente me he posicionado en más de una ocasión negando siempre un tratamiento diferenciado (nuevamente en la obra colectiva citada antes, en «Diferencias terminológicas en torno al empresario y en los presupuestos de control de abuso en las cláusulas de los contratos B2B», pp. 259 ss.), sin perjuicio de que en sectores específicos la protección del consumidor se extienda a un tipo de empresario como p. ej. en la regulación de los contratos de crédito inmobiliario (así, en Alemania y en un futuro muy próximo en España).

En su ya de por sí extensa obra, M.^a Natalia Mato Pacín, no tienen cabida las zonas grises y las situaciones mixtas (el empresario que también es consumidor o el empresario que garantiza una operación de consumo). Son enriquecedores los casos judiciales que juegan, como dice Cámara Lapuente, con el concepto legal de «consumidor» («Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios», en la obra colectiva antes citada, pp. 195 ss.). Sólo en ocasiones concretas, la autora entra en el examen de algunas resoluciones judiciales.

Seguramente por ser el tema principal de la obra el control de las cláusulas abusivas de contratos entre empresarios, M.^a Natalia Mato Pacín ha preferido dejar fuera el papel de los formularios o guerra de las condiciones generales de la contratación, aun cuando se ocupa en esta Primera parte del control de incorporación según los artículos 5 y 7 LCGC. La laguna legal existente en nuestro ordenamiento jurídico para resolver este tema no justifica la ausencia de al menos de un tratamiento mínimo.

Aunque cabría esperar en esta parte introductoria una referencia a la transparencia material, la autora deja su estudio para la Tercera parte. La

transparencia material, que fue creada por los Tribunales alemanes, es auspiciada en España desde hace pocos años por un importante sector de la doctrina y es respaldada totalmente por la jurisprudencia. Esta nueva doctrina, que no tiene acomodo legal en nuestro Derecho, no se aplica, sin embargo, a los contratos entre empresarios. El Tribunal Supremo, congruente con su propia doctrina, negando la protección a los empresarios en casos de cláusulas abusivas, les niega también la protección cuando no se cumplen los requisitos de la transparencia material. Esta doctrina, que por muy injusta que sea, no es más que una consecuencia de un sistema incompleto que debería ser reformado mediante las medidas legislativas oportunas.

La Segunda parte es, sin lugar a dudas, la más importante e interesante, la más personal de la obra.

En esta parte se despejan de entrada dos incógnitas: la función del Derecho de la competencia en la contratación con condiciones generales y la aplicación analógica de los artículos 82 y concordantes del TRLGDCU a las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios.

Las cláusulas pueden, efectivamente, distorsionar el buen funcionamiento del mercado. Para un sector de la doctrina la tutela que proporciona el Derecho de la competencia y el Derecho *antitrust* es más que suficiente para solventar los problemas que brotan de las contrataciones entre empresarios cuando una de las partes introduce pactos que pueden resultar claramente abusivos para la otra parte. Y también se considera que ambos Derechos son las alternativas al control material de las condiciones generales de la contratación. Pero así mismo hay quienes defienden que estos Derechos no son lo suficientemente contundentes para ejercer un verdadero control y tampoco lo pretenden. M.^a Natalia Mato Pacín participa de este planteamiento. En opinión de la autora, las normativas –las referidas al control de abusivas y las que comprende el Derecho de la competencia– pueden solaparse en ciertos casos, pero ni su *ratio* ni el ámbito de la «abusividad» y de la «deslealtad» coinciden, siendo muchos los supuestos de cláusulas abusivas entre empresarios que quedarían sin protección mediante la Ley de Competencia Desleal. Esta opinión coincide con la defendida por J. Pagador López y M. Artz en las II Jornadas Hispano-Alemanas en la Universidad de Münster durante los días 23 y 24 de junio de 2016 (cito de nuevo la obra *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, pp. 161 ss. y pp. 183 ss.).

Por muy justificada que podría ser la aplicación analógica de los arts. 82 ss. TRLGDCU, como entienden algunos autores para al menos algunas situaciones concretas, para entender, así, la protección a los empresarios adherentes, que sería siempre una solución basada en la justicia material, sería, desde el punto de vista técnico-jurídico, totalmente inaceptable porque no se dan las bases de la analogía *legis*. Para la autora no hay una laguna jurídica –sobre todo atendiendo a la propia voluntad del legislador–, pero, según ella, sí existe una identidad de razón, la cual precisamente justifica la necesidad de una protección de ambos «colectivos», es decir consumidores y empresarios adherentes, aunque también precisa que la protección no puede ser la misma.

Estas últimas consideraciones de la autora van a ser los principales presupuestos para el desarrollo posterior de su obra, a saber, que se debe proteger a los empresarios adherentes, si bien los parámetros del control no pueden ser los mismos cuando el adherente es un empresario.

En esta Segunda parte, en el capítulo III, que abarca más de doscientas páginas, M.^a Natalia Mato Pacín trata de encontrar la protección de los empresarios adherentes en algunas normas del Código Civil. Las principales normas

son los artículos 1256 y 1255 (en este orden se procede a su análisis), pero también son objeto de atención los artículos 1102, 1485 II, 1176, 1288, 1154 CC y los artículos 217 y 54 LEC así como alguna incursión en la Ley de Usura y en la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El Código Civil, como cualquier código de su tiempo, está basado en la autonomía privada y en la libertad contractual, que son los pilares de la contratación privada. El Código Civil es el principal cuerpo legal de las relaciones entre particulares y el Código de Comercio es el principal texto legal de las relaciones entre comerciantes (empresarios). En el momento de su redacción la contratación adhesiva era algo excepcional. El legislador era consciente de que había que poner límites intrínsecos (art. 1255 CC) y otros límites (p. e., art. 1256 CC) a la autonomía privada. Los límites intrínsecos (la ley imperativa o prohibitiva, la moral y el orden público) existen para cualquier cláusula, referida tanto al objeto como a aspectos accesorios del contrato, sea negociada o no. Pero hay otros límites más generales, contemplados en el Código Civil, que pueden desarrollar un control en los contratos adhesivos entre empresarios.

Desde luego, el principal precepto es el artículo 1256 CC. Trasgredir el límite del artículo 1256, es decir, contravenir el principio de interdicción de arbitrariedad, es contrario a la buena fe contractual. El artículo 1256 es un precepto al que recurren con frecuencia los Tribunales, pero, como dice la autora, más como refuerzo de otros preceptos más concretos que como *ratio decidendi*. A un carácter abstracto o, quizás, fruto del mismo, se une el hecho de que –dice la autora– no puede ser considerada como una norma en sentido técnico. El artículo 1256 es de una enorme ductilidad, de una gran versatilidad, para resolver conflictos muy diversos. Por ello, la autora, a fin de ofrecer una idea más definida de conductas que podrían conculcar la interdicción de la arbitrariedad, se sirve en este punto del listado de cláusulas abusivas del TRLGDCU en el que se recogen supuestos concretos de cláusulas que dejan ciertos aspectos del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso, el profesional predisponente. Este enfoque es una de las aportaciones más singulares de la obra que comento. Sin recurrir a la aplicación de la analogía *legis* del TRLGDCU, la autora da un mayor contenido al artículo 1256 recurriendo a aquellas cláusulas que en el Derecho de consumo son abusivas por ser arbitrarias. Examina aquellas cláusulas que pueden suponer una contravención en la contratación empresarial adhesiva de la prohibición de la arbitrariedad (facultades unilaterales de modificación del contrato, cláusulas de interpretación del contrato, cláusulas que limitan los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso o que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato, facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación, cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato, cláusulas restrictivas respecto de acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios y cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades). En más cien páginas muy condensadas se estudian cláusulas que pueden significar una arbitrariedad en beneficio del empresario predisponente y en perjuicio del empresario adherente y que en casos concretos podrían ser consideradas abusivas por aplicación directa del artículo 1256. Como dice la autora, es un precepto con un potencial mal aprovechado como medio de control de los abusos que se pudieran cometer. Esta denuncia no es nueva, pero que con el estudio que hace la autora en esta parte adquiere un mayor respaldo por la profundidad de su análisis de cláusulas arbitrarias que con apoyo en el artícu-

lo 1256 podrían ser declaradas abusivas en la contratación adhesiva entre empresarios. A su juicio, la norma contiene un límite y es una norma imperativa prohibitiva. En definitiva, para ella el artículo 1256 tiene todos los ingredientes para permitir un control de contenido, esto es, un control material de las condiciones generales entre empresarios.

La metodología seguida por la autora recuerda, aunque sólo en parte, a la *Indiztheorie* (*Indizwirkung*) que fue desarrollada por los Tribunales alemanes para reforzar el control de contenido de las condiciones generales en contratos entre empresarios. Las dos listas de cláusulas abusivas en contratos de consumo que en día estaban recogidas en la AGB-G, que ahora están en el BGB, contienen indicios de ineficacia que pueden servir de apoyo en el control de las condiciones generales entre empresarios. Esta teoría ha tenido sus críticos, sobre todo porque desatiende las especialidades de los contratos entre empresarios (así, expresamente Gsell en la obra colectiva que se cita en esta recensión). Esta desatención no se daría en España si los Tribunales españoles siguieran la tesis de M.^a Natalia Mato Pacín porque la respuesta a una cláusula arbitraria por abusiva sería siempre sobre la base de que traspasara el límite del artículo 1256. Los preceptos que invoca la autora, como p. ej. el artículo 85 TRLGDCU, el cual contiene una relación de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario en los contratos no negociados con consumidores, sólo sirven de apoyo para demostrar que estas situaciones pueden darse también en condiciones generales entre empresarios. En el examen de cada una de las cláusulas de fijación o determinación unilateral o a favor del empresario, la autora analiza sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales tanto en el texto como en las notas a pie de página. Es una importante aportación que hasta ahora no se había realizado (así, en la obra de la que soy autor, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson-Civitas, 2009, falta ese amplio y conciso estudio jurisprudencial). ¿Cuál es el principal presupuesto que debe darse para que una cláusula sea nula por ser arbitraria conforme con el artículo 1256 CC? La autora sigue, principalmente, la explicación dada por Valpuesta Gastaminza, según la cual es arbitraria en el marco del artículo 1256 aquella conducta o acuerdo en el que queda a la voluntad de la parte el hacer o no sin pauta ni regla alguna o cuando la hipotética adecuación a pautas o reglas son incontables (*La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual europeo*, 1989). Pero, al mismo tiempo, defiende la necesidad de una mayor concreción que puede encontrarse en el TRLGDCU, sin caer por ello en la *Indiztheorie*. De forma categórica afirma la autora que el fundamento último de la nulidad es que estamos ante una norma claramente imperativa para todo tipo de contrato y que, con o sin listado orientativo de cláusulas abusivas, podría determinar la nulidad de una cláusula. Sin embargo, como denuncia ella, no son mayoritarias las resoluciones que se valgan del artículo 1256 para declarar no válida una cláusula en la contratación entre empresarios. En muchos casos, la interdicción de la arbitrariedad no es la *ratio decidendi* para determinar la nulidad de la cláusula, sino que es una regla entre otras, como es el artículo 1255 CC o el artículo 1258 CC, y también es frecuente su mención conjunta con otras normas imperativas.

Después del extenso examen del artículo 1256 como norma de control de las condiciones generales entre empresarios, la obra continúa por nuevos senderos, sirviéndose principalmente de preceptos concretos del Código Civil, en concreto los artículos 1102, 1485-2, 1176, 1288 y 1154. El artículo 1102

es una norma imperativa, y, por tanto, una cláusula contraria a ella es nula (nulidad del *pactum de dolo non prestando*), con independencia de si es negociada o no. Pero esta norma no da una respuesta a las cláusulas de limitación o de exoneración de la responsabilidad civil que causan un desequilibrio importante, pero sin ser propiamente una cláusula ilegal. No siempre queda claramente delimitado cuándo una cláusula es abusiva y cuándo es ilegal. Como señala la autora, el artículo 1102 sólo sirve para evitar los abusos más evidentes. La mala fe también se puede erigir como límite de cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al vendedor por defectos ocultos en caso de dolo (arts. 1485 CC, 354 Ccom). El carácter imperativo del artículo 1176 sanciona con la nulidad la cláusula que suprime la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación mediante el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la cosa debida. Nuevamente se debe insistir en que las cláusulas ilegales no son *stricto sensu* cláusulas abusivas. Entre todos los preceptos citados, el que mayor protección ha ofrecido hasta la aparición de la LGDCU (1984) y de la LCGC (1998) a los contratantes adherentes, sean consumidores o sean empresarios, ha sido el artículo 1288. Un precepto que también da mucho juego en la contratación adhesiva entre empresarios es el artículo 1154. Es uno de los pocos preceptos del Código Civil que permite una intervención del Juez en los contratos para asegurar la justicia contractual y el control de las cláusulas penales. No obstante, la autora denuncia que no se puede afirmar que el artículo 1154 sea un mecanismo apto para moderar penas excesivas. En su opinión, la protección del empresario frente a las cláusulas penales sustitutivas que son exorbitantes debe encontrarse en el artículo 1258 CC. Se cierra este recorrido por algunas normas de control de nuestro ordenamiento jurídico con el artículo 217 LEC –que regula la carga de la prueba– y el artículo 54 LEC –que regula la sumisión expresa en los contratos de adhesión–.

Uno de los sectores en los que los empresarios son especialmente vulnerables es el sector financiero. Mientras que los consumidores están protegidos por las normas de consumo, y desde hace unos años por la jurisprudencia española y europea, los empresarios que se encuentran con las mismas cláusulas financieras no encuentran protección ante las mismas cláusulas que se consideran abusivas. Salvo el control de incorporación (transparencia formal) que les dispensa la LCGC, tienen que buscar cobijo en el Código Civil para luchar contra cláusulas que son formal y materialmente abusivas. Una Ley, ya muy antigua, al menos sirve de base legal para impugnar las cláusulas que sean usurarias. Es la Ley de Usura de 1908 que afecta a todo tipo de prestatarios. Esta Ley está pensada para combatir los intereses remuneratorios que sean usurarios pero que se extiende también a los intereses moratorios. La futura Ley de contratos de crédito inmobiliario, que, por razones obvias, no es objeto de análisis, extiende, aunque con algunas matizaciones, la protección al menos a los prestatarios-empresarios que sean personas físicas.

Una respuesta específica a las cláusulas de intereses moratorios y otras cláusulas abusivas da la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (2010). La Ley española es consecuencia de la transposición de las Directivas comunitarias, las cuales por primera vez combaten determinadas cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Con precisión y detenimiento, la autora examina las cláusulas que conforme con esta legislación especial son abusivas.

La Segunda Parte termina con una aproximación al artículo 1255 CC. La autora ha preferido dejar para el final esta norma sistémica del Derecho contractual español. Los límites que establece el artículo 1255 son los propios de cualquier sistema contractual que confía en la autonomía privada. De ahí que los límites de este precepto –que son límites intrínsecos– son las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público. La influencia de las reflexiones del gran civilista De Castro –quien mejor que nadie explicó el alcance de esta norma sistémica– está presente en estas páginas. En la propia naturaleza de las leyes imperativas y prohibitivas está el control de cualquier cláusula que sea contraria a ellas. Más difícil es que la moral pueda ser el cauce de control de cláusulas abusivas porque no se puede moralizar las relaciones empresariales y de consumo. Por ello, la autora encuentra una mayor justificación en el orden público económico como vía de control de cláusulas de contratos de adhesión. Las condiciones generales de la contratación forman actualmente parte del orden público económico como también las normas de defensa de la competencia. El orden público económico puede ser trasgredido o alterado por las condiciones generales de la contratación. Pero, como reconoce M.^a Natalia Mato Pacín, la imprecisión de lo que se entiende por el orden público económico dificulta su invocación en el control de las cláusulas.

La Tercera parte, que es la más breve pero no por ello menos importante, se centra en la buena fe como principal límite de las condiciones generales de la contratación. No es un límite reservado exclusivamente a los contratos de adhesión entre empresarios, pero puede y debería desarrollar la función que atribuye la doctrina y que, sin embargo, no reconoce la jurisprudencia, debido, principalmente, a que el artículo 1258 CC ha sido interpretado y aplicado por los Tribunales como una norma de interpretación y de integración del contrato, que es la función que fue asignada a este precepto por el legislador decimonónico. M.^a Natalia Mato Pacín comparte con otros autores, como De Castro y Miquel González, la posibilidad de recurrir a la buena fe del artículo 1258 para articular el control de contenido. Si se puede integrar el contrato sobre la base de la buena fe, ¿por qué no se puede excluir una cláusula que sea contraria a la buena fe? Las cláusulas abusivas son nulas porque son contrarias a la buena fe entendida en sentido objetivo. Causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes por imposición y predisposición de una de las partes es contrario a la buena fe. La autora aboga por dar al artículo 1258 la función de una verdadera cláusula general de buena fe. Si así fuese, nada habría que reprochar a los Tribunales si utilizan este precepto en el control de las cláusulas abusivas en la contratación entre empresarios, si bien sería necesaria una concreción judicial en cada caso. Al menos la doctrina y la jurisprudencia nos enseñan, según se precisa en la obra, que la buena fe obliga a un comportamiento leal, conforme a lo esperable, a las expectativas de las partes contratantes. La buena fe obliga también a considerar los intereses legítimos de la contraparte. Cabe añadir que la buena fe obliga a una transparencia –no sólo formal sino también material– de las condiciones generales de la contratación. La autora comparte plenamente este nuevo control, cual es la transparencia material, que debe regir igualmente en la contratación entre empresarios, negado, sin embargo, tajantemente por el Tribunal Supremo. La buena fe contractual no acaba aquí su función de control. Es el principal recurso, según resalta la autora, para controlar las cláusulas que sean materialmente abusivas. Está en manos de los Tribuna-

les dar esta función al artículo 1258. No supondría, según concluye ella, ninguna distorsión de nuestro ordenamiento jurídico.

La obra *Cláusulas abusivas y empresario adherente* cierra un debate de un siglo sobre las condiciones generales de la contratación y al mismo tiempo es continuadora de un debate más reciente, el de la necesidad de dar respuestas adecuadas del Derecho de las condiciones generales a una mayor protección de los empresarios. La importancia de esta obra reside precisamente en estas dos lecturas sobre las condiciones generales de la contratación.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Granada

