

Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga

*Abstract*¹

Las reglas según las que “el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes” o que “la obligación condicional será nula cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor” conducen a la inadmisión de las condiciones potestativas. Sin embargo, debe delimitarse la función de la condición potestativa de otros hechos, condicionantes o no, que los contratantes incluyen entre las cláusulas contractuales. Se analiza, en este trabajo, la reglamentación de intereses que las partes realizan, diferenciando los distintos hechos que se configuran como condición potestativa de aquellos otros que son, en realidad, deberes de prestación incluyendo en algún sentido los deberes de colaboración. De la misma manera se diferencian las condiciones potestativas de los derechos potestativos. Mientras que la condición potestativa hace nula la obligación cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, los derechos potestativos, de forma completamente distinta, facultan a una de las partes para constituir, modificar o extinguir una relación contractual mediante un acto unilateral.

The rules according to which “the fulfilment of the contract cannot be left at the discretion of one of the parties” or that “the conditional obligation will be void when the fulfilment of the condition depends on the exclusive will of the debtor” lead to the inadmissibility of the optional conditions which depend on the exclusive will of one of the parties. Nevertheless, optional condition must be distinguished of other clauses that the parties include in the contract and do not have really conditional nature. This work tries to differentiate the facts that are configured as optional condition from those that are, in reality, duties of performance, including the duties of collaboration in some sense. In the same way, the distinction must be drawn between the optional conditions and the optional rights. Whereas the optional condition makes the obligation void when the fulfilment of the condition depends on the exclusive will of the debtor, the optional rights, in a completely different way, authorize a party to constitute, to modify or to extinguish a contractual relation by means of a unilateral act.

Title: Optional Condition

Keywords: Conditional obligation, exclusive will of the debtor, fulfilment of the condition, duties of performance, duties of collaboration, optional condition, optional rights.

Palabras clave: Obligación condicional, voluntad exclusiva del deudor, cumplimiento de la condición, deberes de prestación, deberes de colaboración, condición potestativa, derechos potestativos.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación MINECO DER2015-67499-P: “Funciones de las condiciones en el derecho de contratos”, del que soy Investigadora Principal.

Sumario

1. Planteamiento de casos
2. De la condición puramente potestativa y del cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes
 - 2.1. Antecedentes de las reglas establecidas por los artículos 1115 y 1256 c.c.
 - 2.2. Estado de la cuestión en algunos ordenamientos del derecho comparado
3. Condición potestativa y derechos potestativos
4. Reconsideración de los casos planteados
5. Bibliografía

1. Planteamiento de casos

Un buen número de decisiones judiciales recaen sobre supuestos en los que las partes fundamentan sus pretensiones con base en los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pese a que el Tribunal Supremo en sus sentencias ha dicho hasta la saciedad que en los recursos de casación no se puede alegar el art. 1256 C.c. por su carácter excesivamente genérico y en ese sentido es inidóneo para sostener por sí mismo un motivo de casación. Según reza el mencionado precepto “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” extensión natural, según se dice, de la regla establecida en la primera parte del artículo 1115 C.c. que señala que “Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula...”.

Sólo en algún caso se puede ver que efectivamente el cumplimiento de la condición se hace depender única y exclusivamente de la voluntad del deudor lo que naturalmente hará nula la obligación. Ese sería el caso resuelto por la STS, 1ª, 10.10.2016 (Ar. 615; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto). El problema, en cuestión, se centraba en los efectos de un contrato de permuta de suelo por obra a construir sometido por las partes a condición suspensiva de eficacia. El demandante, y recurrente en casación, inicialmente había cedido unos terrenos, cesión que se había hecho depender de que los terrenos adquirieran una determinada calificación urbanística lo que permitiría construir en ellos unas viviendas. Este demandante, desde el inicio del pleito, venía manteniendo el incumplimiento de la condición suspensiva y por consiguiente la no transmisión de los terrenos a los cesionarios iniciales y por tanto que seguían siendo propietarios, incluso tras las ulteriores transmisiones de los mismos.

En concreto, una de las estipulaciones contractuales contenía la siguiente condición suspensiva: *“las transmisiones de las parcelas y la adquisición del 23% pactados no tendrán efectividad alguna si en el plazo máximo de ocho años a contar desde la fecha de esta escritura las dos fincas rústicas objeto de transmisión en la presente no llegan a alcanzar la calificación de urbanizables ni pueden ser objeto de actuación urbanística sobre las mismas que permitan la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o cualquier tipo de departamentos individualizados”*.

Si bien y en definitiva se analiza en esta sentencia si procedía o no la resolución, el problema en realidad, respecto del asunto que nos ocupa, es que la condición potestativa incluida en el contrato celebrado, se había resuelto por la STSJ Castilla León, Contencioso-administrativo Sección 1ª, 29.5.2008 (RJCA 610; MP: José Matías Alonso Millán) gozando del efecto de cosa juzgada en el pleito en cuanto a que «la **condición** de alcanzar la calificación de terrenos urbanizables ya se ha producido y lo reconocen las partes»; y en cuanto a la nulidad de la **condición suspensiva** en aplicación del art. 1115 CC, pues la **condición** de que las parcelas adquiriesen algún tipo de aprovechamiento dependía exclusivamente del permutante (deudor), quien se negó a participar en el concurso convocado por el Ayuntamiento de Burgos a finales de 2002 que hubiera posibilitado obtener un aprovechamiento urbanístico que permitía la edificación de viviendas o departamentos individualizados. Al devenir nula la **condición**, automáticamente pasaron a ser propietarios los cesionarios que sí intervinieron válidamente en el

concurso.

Efectivamente en este caso estaríamos contemplando un genuino supuesto comprendido en la regla que establece el art. 1115 CC, en cuanto que el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor.

En cambio, a continuación, se analizan varios supuestos en los que, precisamente, se ha alegado la infracción de los arts. 1115 y 1256 del Código civil y donde se plantean diversas cuestiones, si bien distintas entre ellas, no obstante y como se podrá comprobar, en ninguna de las situaciones descritas la solución de la controversia debiera basarse en los mencionados preceptos.

Se trata de los casos siguientes:

1º En una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, concertada por la sociedad “B., Sociedad de Crédito, S.A.”, demandante en el pleito, se habían establecido unas cláusulas de interés variable, en las que el interés de referencia era el preferencial del “Banco I., S.A.”, que pertenecía al mismo grupo de sociedades que la sociedad del crédito.

En la demanda se solicita la nulidad del tipo de interés establecido en la escritura de préstamo con hipoteca y su reconducción al tipo de referencia que fijara el Banco de España².

2º Se celebra un contrato de arrendamiento de local de negocio entre los apoderados de la sociedad arrendataria y el arrendador, sometido a la aprobación por el Consejo de Administración de la arrendataria. Se estipula con gran detalle todo lo relativo a la duración del contrato, régimen legal, renta, traspaso, cesión, etc. Entre las mencionadas cláusulas es esencial la referida a la entrada en vigor que decía literalmente: “La entrada en vigor de este contrato queda sujeta a la aprobación del mismo por el Consejo de Administración de la arrendataria. El contrato será válido de no ser comunicado al arrendador en el plazo de un mes de la firma del mismo, de forma fehaciente, la renuncia por el arrendatario. La entrega de fianza por el arrendatario queda supeditada a la entrada en vigor del contrato. La obligación de pago del arrendatario se iniciará transcurridos dos meses de la entrada en vigor del contrato. Este periodo de gracia lo conceden los arrendadores para la realización de las obras que tiene prevista la arrendataria, en atención al elevado coste de las mismas y la mejora que supone para el local de que son propietarios”.

Transcurrido el mes sin tal comunicación la arrendadora se negó a que el contrato se declarase perfecto y exigible alegando la infracción del 1115 C.c. además de que la condición consistiera en la aprobación en el plazo del mes por el Consejo de Administración³.

² SAP de Madrid de 28 de febrero de 1995; citada por COLINA GAREA (1996, p. 721) y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2011, P. 2436).

³ La demanda de cumplimiento planteada por la arrendataria se desestimó en primera instancia pero la Audiencia revoca la sentencia y estima la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso. (STS, 1ª, 2.6.1993 (Ar. 4378; MP: Teófilo Ortega Torres) (Se admite).

3º D. Pedro Enrique y D. Evaristo, copropietarios de un edificio, celebraron un contrato privado con D. Carlos Ramón (contrato complejo). El acuerdo consistía en un mandato para conseguir el desalojo de arrendatarios y el derribo del edificio corriendo los gastos al 50 %. Entre las distintas cláusulas se convenía que tras el derribo los propietarios aportarían a una persona jurídica, donde estuvieran presentes las partes, el solar resultante libre de cargas o gravámenes o deducidas las mismas de la valoración asignada, al objeto de su posterior construcción en régimen de aportación con la otra parte, sufragándose el importe y costos de la promoción por iguales partes, esto es, al 50% de valor del mismo y los resultados económicos lo serían en igual porcentaje. Fundamentalmente se incluía en el acuerdo una cláusula séptima en la que se decía: "Se establece un máximo para la consecución favorable del expediente de cinco años, siempre que no proceda una prórroga por estar a punto de finalizar razonablemente dicho expediente. Si por circunstancias los Sres. Pedro Enrique y Evaristo desearán vender o transmitir el citado edificio no antes de dos años a partir de la fecha, podrán hacerlo, teniendo el Sr. Carlos Ramón, derecho a su adquisición en dicho momento en el mismo precio de venta que no bajará del valor asignado inicialmente más el I.P.C. es decir, nunca menos de 60.000.000.- más el incremento oficial del costo de la vida". Dentro de los dos años siguientes a la celebración del acuerdo, los propietarios revocan los poderes concedidos al Sr. Carlos Ramón y le comunican su decisión de vender el inmueble por 200.000.000 ptas., apercibiéndole de que en el plazo de 20 días podía hacer uso de su derecho de adquisición preferente. El mandatario no lo ejerce, y los propietarios proceden a la venta por aquella cantidad, en la que la sociedad compradora debía además hacer frente a los pagos por obligaciones concertadas con los arrendatarios, que todavía quedaban, por los propietarios para que aquéllos consintiesen el desalojo.

Tras la venta el mandatario demanda a los vendedores exigiendo el cumplimiento del contrato celebrado en 1987 y para el supuesto de que fuese imposible el cumplimiento, la resolución con los daños y perjuicios ocasionados en su gestión desde la fecha del contrato y los posteriores representados por los beneficios dejados de percibir por el incumplimiento⁴.

4º Las partes suscribieron una promesa de compraventa de un local, sito en la esquina de la calle Goya con la de Serrano, en Madrid; habiendo quedado el contrato sometido, entre otras condiciones, a la de ser necesaria la aprobación del consejo supervisor de la sociedad holandesa Vastned Retail NV, matriz del grupo en el que estaba integrada la demandada, en los siguientes términos:

"Aprobación del Supervisory Board de Vastned Retail N.V.- Las partes son conocedoras de que la autorización de la presente oferta de compra y, en su caso, la aceptación de la presente oferta de venta y, en su caso, la formalización de la operación y de sus términos y condiciones definitivos, están sujetas, en ambos casos, a la previa autorización del Supervisory Board de Vastned Retail N.V., por lo que, en caso de que no se obtuviera cualquiera de dichas aprobaciones, HISPANIA RETAIL PROPERTIES, SLU, podrá iniciar con terceros negociaciones para la venta del local y,

⁴ STS, 1ª, 9.2.1998 (Ar. 611; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

por lo tanto, proceder a su venta con dichos terceros, sin que deba pagar a la compradora cantidad o indemnización alguna por concepto cualquiera”⁵.

5º La sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte, S.A.» (INECO), en 2011, publica un concurso público de licitación para la elaboración y edición, inicialmente durante 2012 y 2013, de las revistas «itransporte» e «itransporte English Edition» de INECO. Entre las condiciones particulares del concurso se preveía una duración de la prestación de servicio por dos años prorrogable anualmente por acuerdo entre las parte hasta un máximo de dos años adicionales. Se preveía además el importe máximo de la licitación en 102.000 euros para seis ediciones anuales de la revista en español y 36.000 euros para dos ediciones anuales de la revista en inglés. Seguidamente la compañía «Brikotaller Editorial, S.L.» resulta adjudicataria del referido concurso y celebra con INECO un contrato de fecha 14 de octubre de 2011. La prestación a realizar daría comienzo el 1 de enero de 2012 estando prevista la fecha de finalización el 31 de diciembre de 2013 y prorrogable tal y como se configuraba en las bases. En lo que interesa, entre las condiciones generales del contrato se preveía como causa de extinción del contrato la decisión unilateral de INECO y en el caso de producirse la extinción abonarse las cantidades debidas por los trabajos efectivamente realizados por el contratista. Posteriormente, el 12 de mayo de 2012 INECO envía un correo a Brikotaller pretendiendo la modificación del Contrato consistente en reducir los números a editar a tres al año en dos idiomas, y reducir la cantidad a pagar a Brikotaller a 54.000 euros anuales. El 11 de julio de 2012 INECO remite un nuevo correo a Brikotaller, reiterando su pretensión de modificación del Contrato, reduciendo la edición a seis revistas al año, tres en español y tres en inglés, y con un precio de 12.765 euros por cada revista en español, y 8.617 euros por cada revista en inglés.

Ante la negativa de Brikotaller a aceptar dichas modificaciones, el Secretario General de INECO remite por burofax al representante de Brikotaller una carta de resolución del Contrato, de fecha 26 de julio de 2012. Con la rescisión del contrato INECO abona a la contratista por los trabajos realizados hasta la fecha de la resolución, la cantidad de 633.886,30 euros, y procede a la devolución de las garantías prestadas por Brikotaller. La contratista Brikotaller interpone demanda contra INECO, alegando, en esencia, que la terminación unilateral del Contrato por parte de INECO ha sido injustificada y contraria a Derecho (con cita de los artículos 1089 , 1091 , 1254 , 1255 , 1256 y 1259 CC) y solicita que se declarara resuelto el contrato por incumplimiento doloso de INECO, y que se condene a ésta a pagar a Brikotaller, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1107.II CC , la cantidad de 143.435,22 euros como indemnización de daños y perjuicios⁶.

⁵ Solicita la demandante el cumplimiento del contrato de compraventa celebrado (Como único motivo se alega la nulidad de la cláusula mencionada por ser meramente potestativa y contraria a los arts. 1115 y 1256 CC.); STS, 1ª, 7.3.2014 (Ar. 1698; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

⁶ STS, 1ª, 15.6.2016 (Ar. 3877; MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto).

En todos los casos recogidos se cuestiona la contravención de lo dispuesto en los arts. 1115 y 1256 C.c. Como se puede observar se trata de cláusulas contractuales distintas entre sí; en uno es la determinación del precio; en otro se trata de un contrato complejo que encerraba una obligación de no disponer conectada a un derecho de adquisición preferente; o en otros, en definitiva, se trata del otorgamiento de derechos potestativos a favor de uno de los contratantes, bien un derecho de opción o bien de un desistimiento o denuncia unilateral.

Concretamente, se cuestiona en el primer supuesto si la cláusula que atribuye al agente facultades exclusivas en orden a la determinación del tipo de interés, si bien con base en parámetros objetivos, puede estar en contra de lo dispuesto en el art. 1256 C.c. Mientras que en el segundo supuesto de lo que se trata es de si la condicionada entrada en vigor del contrato, manifestada en forma negativa y en función de la renuncia por parte del arrendatario, es contraria a los arts. 1115 y 1256 C.c. Por su parte, en el tercer caso, un contrato complejo en el que con la finalidad de constituir en un futuro una persona jurídica encerraba una obligación de no disponer durante dos años y un subsiguiente derecho de adquisición preferente en caso de la venta una vez transcurridos los mencionados dos años. En el cuarto, sin embargo, se había celebrado una promesa de venta, cuya puesta en vigor se encontraba condicionada a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo de la entidad propietaria. Y, finalmente, en el último caso, un contrato de arrendamiento de servicios, en realidad contrato de obra, en el que se incluía el libre desistimiento a favor del comitente, cuestionándose la validez por entenderse la cláusula contraria a lo dispuesto en los mencionados artículos del Código.

En la mayoría de los casos, si se admitiera la nulidad fundada en los mencionados preceptos, al conculcar la regla del cumplimiento de la condición dependiente de la exclusiva voluntad del deudor o por dejarse el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, se estaría cuestionando en el fondo si un pacto contractual entre las partes que otorga a una de ellas un derecho potestativo para la puesta en vigor del contrato, de modificación, o de desistimiento o denuncia unilateral del mismo, está en contra del art. 1115 C.c. y de la prohibición del art. 1256 C.c. El análisis, finalmente, se reconduce básicamente a esos dos supuestos: la determinación de la prestación por una de las partes y los comúnmente denominados derechos potestativos.

2. De la condición puramente potestativa y del cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes

Es sabido que, por la voluntad de las partes, la relación obligatoria puede quedar sometida a una condición, que de acuerdo con los arts. 1113 y ss. C.c., bien puede afectar a la relación obligatoria en su totalidad o bien a una parte de ella; y puede impedir bien, la entrada en vigor de la reglamentación de intereses prevista o bien la exigibilidad de los derechos que en ella se establezcan⁷.

⁷ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2008, pp. 393 y ss.), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, De las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Cizur menor.

Se distingue entre las denominadas condiciones casuales y potestativas⁸. Frente a la condición casual, aquella que depende de factores externos a las partes como puede ser un hecho accidental o también el hecho voluntario de un tercero, la condición potestativa, en cambio, es aquella que depende de la voluntad de una de las partes de la relación jurídica sometida a condición. La condición potestativa que es la que interesa especialmente en la configuración negocial de una relación jurídica, supedita la vigencia de un negocio jurídico a un acto u omisión que descansa en la libre voluntad de una de las partes de dicho negocio.

Mientras que las condiciones casuales no plantean problemas, más allá de su cumplimiento o no, al disponer el art. 1115 C.c. que “la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”, el problema de la admisión de las condiciones potestativas radica en que la realización del hecho condicionante dependa de la voluntad de una de las partes, al disponer el primer inciso del mencionado precepto que serán nulas las que dependan “de la exclusiva voluntad del deudor”⁹.

Junto a lo establecido en el art. 1115 C.c., el art. 1256 C.c. prohíbe, como sabemos, que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Es de notar que los arts. 1256 y 1115 C.c. están íntimamente relacionados entre sí, y tienen un mismo significado y sentido. Como a continuación se dirá, con base en sus antecedentes históricos se puede afirmar que el fundamento del art. 1256 C.c. se encuentra en el 1115 C.c. y en general en la prohibición de la condición potestativa de parte del deudor¹⁰.

De entrada, no obstante, debe subrayarse que el problema de la condición puramente potestativa sólo puede comprenderse si se analiza el supuesto de hecho en su conjunto y desde luego sin equiparar la condición puramente potestativa con la condición entendida como un acontecimiento futuro e incierto¹¹.

⁸ Sobre la condición vid. el estudio de MONTES PENADÉS (1983, pp. 1048 y ss.).

⁹ No quedando incluidas las condiciones “simplemente potestativas”, a las que se refiere BELTRAN DE HEREDIA (1963, p. 221) en el sentido de que “la voluntad de los contratantes...puede también servir para integrar la condición a que supeditan las obligaciones contractuales no de modo exclusivo y único, sino junto con otros hechos externos que contribuyen a su formación. Generalmente la preceden funcionando el elemento volitivo a través de un proceso de valoración de su alcance u consecuencias con respecto al resultado contractual. Este tipo de condiciones, como señala el propio autor, “no está recogida directamente en nuestra legislación, pero puede verse su posible admisión en el propio art. 1115 CC a sensu contrario, cuando por mediar la concurrencia aludida no se trate de la exclusiva voluntad del obligado”.

¹⁰ VALPUESTA (1989, p. 38).

¹¹ Miquel GONZÁLEZ (2001, pp. 1637 y ss.), aunque refiriéndose a la condición de cumplimiento, distinguiendo respecto de las circunstancias del objeto de la prestación configuradas bien como condición o bien como características de un deber de prestación, señala que “deben descartarse los intentos de resolver el problema de la condición de cumplimiento desde perspectivas dogmáticamente apriorísticas que partan de caracteres previamente asignados a la condición, como sería el de ser un acontecimiento extrínseco al contenido contractual típico, o un elemento accidental del negocio jurídico”.

Si se parte de la idea, como dice DIEZ-PICAZO¹², de que el negocio es “una reglamentación de intereses formada por una o varias reglas autónomas de conducta, en las cuales se contiene la formulación de un deber ser jurídico, el juego de las condiciones se ilumina decisivamente”, parece claro que lo que las partes tratan de realizar al insertar en su negocio una condición es delimitar o acotar más precisamente la hipótesis o el supuesto de hecho (Tatbestand), para el cual esa reglamentación de intereses debe tener vigencia. Cuando se inserta una condición, las contratantes persiguen una mejor delimitación del supuesto de hecho de vigencia de la regla de conducta negocial.

En sentido parecido BLASCO¹³ asimila la condición a la determinada y concreta composición de intereses contractuales de las partes que conforman la regla contractual en virtud de la autonomía privada. Es cierto, como señala este autor, que la condición no es sólo el evento futuro e incierto o pasado ignorado por las partes y tampoco, o no solamente, la previsión o el juicio doble y alternativo, sino también y fundamentalmente “la concreta composición de intereses que, tomando como supuesto de hecho la realización o no de un evento futuro e incierto o pasado que las partes desconozcan, o que las partes asuman como incierto en la determinación del reglamento contractual, encierra ese juicio hipotético y alternativo que conforma el contenido esencial del contrato por obra de la libertad contractual de las partes”.

Efectivamente, en el momento de establecer la reglamentación de intereses, es decir, de fijar las reglas de acuerdo con las que el contrato entrará en vigor y se desenvolverá, las partes a partir de la libertad contractual introducen en esa reglamentación distintos hechos que conforman el supuesto de hecho de lo que para ellos va a ser la norma a seguir en la vida del contrato. Esos distintos hechos pueden constituirse a modo de condición o pueden constituirse como deberes de prestación entre los que cabría mencionar los propios deberes de colaboración para el cumplimiento de cada una de las prestaciones de las partes. Hay que subrayar, a mi juicio, que en esta reglamentación se pueden incluir distintas llamémosle condiciones en el sentido de distintos requisitos que las partes conciertan para su reglamentación contractual. Esas condiciones o esos hechos que las partes incluyen en el diseño de su reglamentación pueden cumplir distintas funciones.

Es frecuente además que se denominen o configuren como hechos condicionantes supuestos que en realidad no encierran una condición sino que se trata en algunos casos de deberes de colaboración e incluso determinadas cargas que las partes deben realizar para el cumplimiento de la condición o en su caso de la prestación.

Los deberes de colaboración, a veces, suponen deberes añadidos o accesorios, en definitiva un deber de conducta. Este deber de conducta supone un deber de cooperación en la relación para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de una o de ambas partes. Se trata de deberes que conducen a un ensanchamiento del deber de prestación, que no se concretan de una manera

¹² “El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *“condictio pendens”*, en (1969, p. 1940).

¹³ (1991, p. 18)

inmediata en la prestación misma, sino que la sirven de apoyo y además la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige. Tratándose de deberes accesorios el deudor tiene que procurar, en la medida de que de él dependa, que el acreedor logre la satisfacción de su interés¹⁴. Se trataría de deberes que no tienen un fin propio sino que son de pura actuación de la prestación sin una finalidad propia. Estos deberes secundarios aseguran el cumplimiento de la prestación y no tienen ninguna independencia, lo que conduce a que no quepa una pretensión de cumplimiento por separado y su inobservancia pueda generar una imposibilidad o un incumplimiento parcial¹⁵.

Los deberes de colaboración no encierran una verdadera condición¹⁶ y de la misma manera tampoco aquellos elementos, por ejemplo, de la relación negocial que deben reunirse si se quiere que produzca efecto, como el asentimiento del representado al negocio del representante sin poder de representación, o el asentimiento del titular a la disposición del no titular. Todos estos elementos necesarios en el negocio de que se trate no son condiciones en el sentido de los arts. 1113 y ss. del Código civil.

Además, se parte de la base de que la relación obligatoria puede quedar sometida a una condición, de suerte que lo que denominamos condición bien pueda afectar a la relación obligatoria en su totalidad o bien a una parte de ella. En el supuesto de que la condición se configure como suspensiva, lo que se está condicionando es la vigencia del propio contrato respecto de su comienzo y si se configura como resolutoria, su extinción.

2.1. Antecedentes de las reglas establecidas por los artículos 1115 y 1256 c.c.

Tradicionalmente¹⁷ se viene justificando la prohibición del art. 1256 C.c. en dos principios. De una parte en la fuerza obligatoria del contrato y de otra en la igualdad esencial de los contratantes, que impide que uno quede sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habrá una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento. Con DIEZ-PICAZO¹⁸ se debe señalar que ninguna de esas razones parecen categóricas. Ciertamente ninguna de esas razones hoy por hoy son convincentes, aunque sin embargo algunos autores todavía sigan justificando el art. 1256 en esas mismas ideas¹⁹.

¹⁴ Vid. en la doctrina española DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, (2008, pp. 141 y ss). En la doctrina alemana se refieren a los denominados Nebenpflichten, ESSER/WEYERS, (1991, pp. 17 y ss.).

¹⁵ No obstante, como señala DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2008, p. 145) se puede entender que el deber principal de prestación por parte del deudor y los deberes añadidos o deberes de conducta tienen un régimen distinto en cuanto a su exigibilidad y a su cumplimiento. La infracción del deber principal conlleva siempre un incumplimiento en sentido estricto. En cambio la inobservancia de los deberes añadidos no origina, generalmente un verdadero incumplimiento sino un cumplimiento defectuoso.

¹⁶ En el mismo sentido LÓPEZ FERNANDEZ (2000, p. 23).

¹⁷ MANRESA y NAVARRO, (1914, pp. 556 y ss.)

¹⁸ (1991, com. art. 1256); (1999, pp. 1371-1372).

¹⁹ OLIVA BLAZQUEZ (2016, pp. 582 y ss).

Tales reglas de la fuerza obligatoria de los contratos o de la igualdad de los contratantes fundamentan, dicho así, todo el Derecho de contratos pero no justifican en concreto y especialmente el art. 1256 C.c. en el sentido al que parece querer conducir de que si uno solo de los contratantes queda sujeto al convenio sólo hay una voluntad expresada y falta verdadero consentimiento contractual. Como señala DIEZ-PICAZO tal conclusión no es aplicable a los contratos unilaterales, en que uno solo de los contratantes se obliga y el otro en virtud del contrato adquiere un derecho. Tampoco es aplicable en general al contrato de opción en el que la puesta en vigor del contrato o la decisión sobre su ejecución o inejecución se deja a la voluntad de uno de los contratantes, en concreto, del beneficiario de la opción. De la misma manera tampoco impide que en el contrato se otorgue a uno de los contratantes la facultad de ponerle fin, mediante el desistimiento unilateral.

E. VALPUESTA²⁰ dedica un exhaustivo estudio de los antecedentes históricos del art. 1256 C.c. a partir de los datos suministrados por GARCÍA GOYENA²¹ al comentar el art. 979 del Proyecto de 1851 de donde el nuestro procede directamente, pues no tiene paralelo en la codificación decimonónica.

Dice García Goyena en su comentario del art. 979: “Los motivos de este artículo y sus ejemplos están bien claros en las leyes Romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles”. En la actualidad, como se verá el criterio es el mismo la justificación de la nulidad de la condición potestativa del deudor se muestra en ese sentido “quedar obligado “si quiero” es como no quedar obligado a nada”.

El art. 1276 C.c. reproduce el art. 979 del Proyecto de GARCÍA GOYENA que se enmarca dentro de las Disposiciones Generales del Título V “De los contratos y obligaciones en general” y no tiene correlativo en ningún Código de la época, ni tampoco precedente en el Derecho histórico español. Cita GARCÍA GOYENA como concordancias legales los arts. 1174 francés, 1127 napolitano, 1265 sardo, 870 Vaud, 2029 de Luisiana y 1229 (en realidad 1292) holandés. Dice VALPUESTA que observadas las normas aún vigentes responden a una idea muy concreta: “la de prohibición de la condición potestativa de parte del deudor”^{22 23}

²⁰ (1989, pp. 27 y ss.).

²¹ (1973, p.519).

²² Art. 1174 francés: “*Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*”.

Art. 1292 CC holandés: “*Toute obligation est nulle, lorsque son exécution dépend exclusivement de la volonté de celui qui s'oblige. Cependant si l'obligation dépend d'un fait, dont l'accomplissement est en son pouvoir, et que le fait est accompli, l'obligation sortira son effet*”.

²³ “Toda condición es nula si ha sido contraída bajo una condición potestativa de parte de aquél que se obliga”. La codificación francesa no acogió la distinción entre condiciones puramente potestativas y condiciones potestativas simples, nulas las primeras y válidas las segundas. El art. 1174 no hace distinción alguna dentro de la categoría de las condiciones potestativas, aunque todos los comentaristas del Código entendieron que el precepto se refería sólo a las condiciones puramente potestativas, y de esa manera entró la tradicional distinción que el codificador parecía haber expulsado. Vid. Diez-Picazo (2008, p. 405).

En realidad la regla enuncia la invalidez de la obligación potestativa pero en sede de contratos en general. Puesto que el precedente señalado del art. 1174 del Code coincide en términos generales con nuestro art. 1115 C.c.

En ese sentido señala VALPUESTA²⁴ que las concordancias romanas no hacen sino confirmar que la idea latente en este artículo es la prohibición de la condición potestativa. Así recoge el autor varios textos del Digesto y señala que salvo en uno de los citados que se refiere al arbitrio en el contrato pero referido a un problema colateral que es la determinación del objeto al arbitrio de la parte, los demás textos, son de clara referencia a la condición potestativa y su régimen; otro de los textos trata de la venta *ad gustum* y los restantes sí hacen más bien referencia a la prohibición de arbitrio pero respecto de la promesa, estipulación o herencia. En definitiva, se subraya que las concordancias que se establecen como fundamento del art. 979 se refieren más bien al problema de la condición potestativa. De hecho, casi ninguna hace referencia a contratos. Y todas serían mejor exponente, como precedentes, del actual 1115 C.c., pues se tratan de condiciones dejadas a la exclusiva voluntad del deudor. Así parece bastante claro que la idea que el legislador de 1851 tenía al introducir este precepto estaba en línea con la de prohibición de la condición potestativa.

De esta manera, el art. 979 sería la aplicación en materia contractual de la prohibición citada. Concluye, por tanto, del estudio del Proyecto de Código civil de 1851 que el art. 979 del mismo se fundamenta, dadas las concordancias legales y de Derecho histórico que de él dan, en el principio de prohibición de la condición potestativa de parte del deudor. Más concretamente, en la aplicación, en el contrato, de ese principio, que implica que aquél no puede quedar al arbitrio de una de las partes. En resumen, para este autor es claro que los arts. 1256 y 1115 C.c. están íntimamente relacionados entre sí, y tienen un mismo significado y sentido. Se ha de señalar finalmente la importancia de la conclusión puesto que implica que todos los antecedentes históricos y todas las concordancias legales del art. 1115 son aplicables al 1256. Lo que le lleva a una reducción del precepto en el sentido de que ya no se trata un precepto extraño a nuestra tradición jurídica ni a otros ordenamientos.

De la misma manera y con el mismo fundamento la regla de la inadmisión de la condición puramente potestativa de parte del deudor rige en las obligaciones con un único deudor y un único acreedor²⁵ y se complica cuando esta regla se intenta trasladar a los contratos y claro especialmente a los contratos con obligaciones recíprocas. La idea de una interpretación reductora de los arts. 1256 y 1115 C.c. se muestra de una forma bastante clara ya que se queda encajada en las obligaciones unilaterales y solo de parte del deudor.

²⁴ (1989, p. 30).

²⁵ Cita GARCÍA GOYENA los textos de D. 45, 1, 17 y ss. *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione: Nulla promissio potest consistere quoe ex voluntate promittentis statum capit*. Es claro que la referencia se hace a una obligación nacida de *stipulatio* (por consiguiente con un único deudor y un único acreedor), en que el cumplimiento de la promesa se deja a la simple voluntad del promitente. Vid. DIEZ-PICAZO, (1969) y (2011, p. 1372).

2.2. Estado de la cuestión en algunos Ordenamientos del derecho comparado

En otros Ordenamientos de nuestro entorno no se produce esta dualidad de preceptos que en definitiva están probablemente recogiendo la misma idea “quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles”. Además cuando se procede a su reforma la intención es la de la simplificación de la materia.

Frente a la regulación de nuestro Código, en el Derecho alemán no se incluye una clasificación de las condiciones en su Código civil. El BGB regula las condiciones en los §§ 158 y ss. en los que se hace referencia a la condición suspensiva y a la resolutoria. Sin embargo la doctrina actual comentando este §158 hace la distinción por una parte entre la condición suspensiva y resolutoria, como no puede ser de otra forma, y de otra, lo que más interesa, entre la condición potestativa y la condición de querer (Potestativbedingung y Wollensbedingung)²⁶.

Ya ENNECCERUS²⁷ menciona la clasificación de las condiciones en potestativas casuales y mixtas²⁸ y frente a ellas la que denomina “condición de querer”, es decir distingue entre la condición potestativa y la condición de querer. Respecto de este último tipo dice que el negocio puede depender también de la declaración de una de las partes, aunque sea la obligada, de que aprueba o quiere el negocio (“condición de querer”). Distingue en este tipo de condición entre condicionar la declaración misma en cuyo caso no existe provisionalmente una declaración de voluntad; y aquella voluntad que se dirige a que el efecto jurídico se produzca en virtud de esa actual declaración, en cuyo caso tenemos una declaración de voluntad condicionada. Así entiende ENNECCERUS que en el caso de la pura condición de querer esto no es solo posible, sino que es frecuente. En ese caso se encuentran, por ejemplo la compra a prueba, en la que la aprobación del objeto comprado queda al “arbitrio del comprador” (§ 495.1BGB) calificada expresamente en el §495.2 BGB como compra condicional; igualmente los casos de reserva de retracto o de atribución de un derecho de tanteo; y excepcionalmente en virtud del § 2065 la disposición relativa a los legados. Con cita de la doctrina a favor de la admisión de la condición de querer menciona también a algún autor contrario a dicha admisión y mayoritariamente el derecho extranjero. Sin embargo, enfrentándose a estas opiniones sostiene la admisión de la condición de querer porque la declaración de voluntad no se dirige a la vinculación en su contenido, sino a la consecuencia jurídica calificada de querida; por consiguiente, la declaración de voluntad condicional sólo tiende, por tanto, a que el cumplimiento de la condición provoque la consecuencia jurídica²⁹. Es cuestión de interpretación si la declaración actual debe constituir ya el efecto jurídico (condicionado) o si la declaración de voluntad debe diferirse aún. Lo primero ocurre con frecuencia incluso respecto a las condiciones referidas al querer del deudor, como se ha visto en el texto, y tampoco debiera ser discutido cuando la condición es referida al querer del acreedor. Parece bastante claro que mientras que la condición potestativa queda en el marco de las

²⁶ Vid. ARMBRÜSTER (2008, pp. 533); JAUERNIG (2014, pp. 124 y ss).

²⁷ ENNECCERUS-NIPPERDEY (1981, pp. 662 y ss); Vid. especialmente ENNECCERUS (1888, pp. 177 y ss. y 183 y ss).

²⁸ Citando el derecho francés en nota para su definición.

²⁹ ENNECCERUS (1888 pp. 177 y ss. y 183 y ss).

obligaciones unilaterales³⁰, la que se denomina condición de querer se traslada al ámbito de los contratos³¹.

En la reforma del Derecho de obligaciones en Francia por la “*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*”, de reciente entrada en vigor el 1 de octubre de 2016, sólo se regula la nulidad de la obligación potestativa en el sentido tradicional (doctrinalmente la puramente potestativa). En esta reforma se suprime la clasificación de las condiciones casuales, potestativas y mixtas y sólo permanece el texto que prohíbe la condición potestativa de parte del deudor³². De acuerdo con el art. 1304-2 “Es nula toda obligación contratada con una condición cuya realización depende de la sola voluntad del deudor; pero esta nulidad no puede ser perseguida cuando la obligación ha sido ejecutada voluntariamente”³³. En general se subrayan dos ideas en esta reforma³⁴: de una parte la importancia del cumplimiento de la condición más que de su formulación y de otra la crítica hacia la idea misma de mantener la condición potestativa pese a que se le haya dado un concepto más restrictivo al de la anterior regulación, en la convicción que a nosotros nos parece la correcta como desarrollamos a continuación de la admisión de los derechos potestativos y la prohibición de la condición puramente potestativa.

³⁰ Un caso claro se recoge en la STS, 1ª, 31.10.1994 (Ar. 8008; MP: Alfonso Villagómez Rodil), en la que se anula una cláusula incluida en un contrato de préstamo en el que se disponía que la devolución del préstamo quedaba a la exclusiva voluntad del prestatario, con la única excepción de que, por surgir, una necesidad de fuerza mayor, el prestamista exigiera la devolución de todo o parte.

³¹ En el primer Proyecto del BGB, el §138 establecía que “Si la condición suspensiva se basa en la simple voluntad del obligado, la obligación es ineficaz”. En el segundo Proyecto se suprimió la disposición considerando “que el precepto no es adecuado, por su carácter doctrinario, para ser incorporado al BGB”. Pero seguramente fue determinante, sobre todo la supresión del §79 del primer Proyecto, que se efectuó teniendo en cuenta la regulación de la compraventa a prueba. En dicho §79 se establecía respecto del contrato sinalagmático: “Un contrato sinalagmático que se perfecciona con la disposición de que uno de los contratantes sólo está vinculado al mismo si quiere, es vinculante para el contratante. Si el primero declara que no quiere, el otro deja de estar vinculado”.

³² En el Derecho italiano, mientras que su Código civil de 1865 distinguía entre las condiciones casuales y potestativas disponiendo como nula la obligación bajo condición que se hacía depender de la “mera” voluntad del obligado (arts. 1159 y 1162) posteriormente en el Código civil de 1942 se suprime la clasificación de las condiciones y se contiene una mínima regulación en el art. 1355 Condizione meramente potestativa: “*Est nulle l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore*”.

³³ Art. 1304-2: “*Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause*”.

Se mantiene el texto del Anteproyecto de reforma del Derecho de Obligaciones, conocido como Proyecto Catalá en su art. 1175 en el que se regulaba la condición potestativa en los mismos términos. Vid. CABANILLAS SANCHEZ (2007, pp. 621 y ss).

³⁴ CHANTEPIE G/LATINA M (2016).

3. Condición potestativa y derechos potestativos

Se debe hacer una nítida diferencia entre las condiciones potestativas respecto de las que el art. 1115 C.c. dispone que “cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación será nula” y los denominados derechos potestativos o facultades de configuración jurídica, entendidos como aquellos derechos que pueden corresponder a una persona de llevar a cabo una relación jurídica con otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral. Mientras que la condición potestativa encaja en las obligaciones con un único deudor y un único acreedor; los derechos potestativos encajan en las relaciones obligatorias sinalagmáticas.

A mi juicio se debe admitir plenamente la validez de las condiciones denominadas puramente potestativas o condiciones de querer cuando éstas se desenvuelven en un contrato sinalagmático³⁵, tratándose en definitiva de derechos potestativos. En realidad no se trataría de verdaderas condiciones porque no funcionan de la misma manera. El esquema de la condición funciona con una estructura determinada y no sólo como un hecho que debe concurrir. Como dice BETTI “la estructura lógica del negocio condicional es la de un juicio hipotético doble y alternativo. Del mismo modo como en un juicio hipotético se afirma una proposición como consecuencia de una premisa dada, del mismo modo en el negocio condicional se crea o se revoca una regulación de intereses como consecuencia de una previsión hipotética”³⁶.

Entre los autores alemanes se asimilan, refiriéndose al mismo concepto, condición puramente potestativa y condición de querer y se distinguen de la condición potestativa³⁷. Hay que entender que la clasificación de las condiciones en realidad la toman del derecho francés porque en su Código civil nunca se incluyó la triple clasificación entre condiciones casuales, potestativas y mixtas. Es cierto que la posibilidad de las denominadas condiciones puramente potestativas o condiciones de querer incluidas en contratos sinalagmáticos se trata de una construcción de origen alemán pero precisamente eso es “en su origen”. Hoy en día está plenamente admitida la categoría de los derechos potestativos o facultades de modificación jurídica. En realidad, la denominada condición de querer o puramente potestativa solo tiene de condición el ser un hecho dependiente de la voluntad de una de las partes pero surgida del acuerdo entre ambas para la creación precisamente de esa facultad. El ejercicio, o no, de la facultad es lo que se considera como una especie de condición en ese sentido puede decirse que se trate de una condición para que se produzca la modificación.

Así, en el momento de la celebración de un contrato si su puesta en vigor se concede a una de las partes si lo quiere ejercitar; o se le concede la posibilidad de que lo pueda modificar

³⁵ WINDSCHEID es el primer autor en Alemania que admite la validez de la condición de querer en los contratos sinalagmáticos. Vid. FLUME (1998, p. 800). Admiten, entre nosotros la condición de querer en los contratos sinalagmáticos ALVAREZ VIGARAY, (1991, p. 79); BLASCO GASCÓ, (1991, pp. 9); FUENTESECA (1999, pp. 47 y ss.); LÓPEZ FERNANDEZ (2000, pp. 28 y ss.); CLEMENTE MEORO, (1992), y (2011, pp. 198-203).

³⁶ (1955, p. 516).

³⁷ ENNECERUS-NIPPERDEY (1981, pp. 662 y ss.).

unilateralmente; o se le otorga la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato; en todos estos casos está claro que en esa relación contractual se ha concedido un derecho potestativo a una de las partes, para la puesta en vigor, la modificación o la extinción del contrato celebrado.

Los derechos potestativos son facultades que teniendo un sujeto pasivo determinado no se dirigen a obtener de éste un comportamiento sino a imponerle una pura consecuencia jurídica para la que es innecesaria su colaboración³⁸. Efectivamente, estas facultades, llamémoslas derechos del poder jurídico o derechos potestativos³⁹, en cabeza de su titular no originan en ningún momento una pretensión sino una sujeción del sujeto pasivo. En este sentido, debe entenderse por derecho potestativo el derecho que corresponde a una persona de llevar a cabo una relación jurídica con otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo general, una declaración de voluntad recepticia. Confieren al sujeto, en definitiva, la facultad de provocar, si lo desea, un determinado efecto jurídico⁴⁰.

El derecho potestativo confiere al titular un “poder” jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para cuya producción en otro caso, dado que por ello se afecta la esfera jurídica de otro, se requeriría normalmente el consentimiento de éste. Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, y por ello éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica. Dicha irrupción consiste precisamente en la modificación jurídica⁴¹. Es muy importante resaltar la *sujeción* de las personas frente a las que el poder corresponde, la sujeción de su voluntad, en cuanto que *no pueden querer* que el efecto no se produzca⁴².

La categoría de los derechos potestativos, está completamente admitida en la doctrina alemana⁴³ y también cada vez más entre nosotros⁴⁴. No obstante no se debe caer en el error de expandir más allá de los casos que realmente puedan entenderse como derechos potestativos y tender hacia su

³⁸ Señala DIEZ-PICAZO (1962, p. 220), que no son pretensiones las facultades que: a) no tienen sujeto pasivo determinado y se agotan en un puro hacer sobre las cosas; b) aquellas que teniendo un sujeto pasivo determinado, no se dirigen a obtener de éste un comportamiento sino a imponerle una pura consecuencia jurídica para la cual es innecesaria su colaboración; c) aquellas que excluyen toda idea de colisión entre sujetos y, por lo tanto, presuponen colaboración.

³⁹ Su denominación se debe a SECKEL (1903), que los caracteriza por ser un poder para la formación de relaciones jurídicas concretas mediante un negocio jurídico unilateral. Vid. también Christian HATTENHAUER (2011, pp. 243 y ss.), que recoge la distinción entre “Gestaltungsrecht” y “Wollensbedingung” específicamente en su traducción de la obra de Seckel (1903). Vid. también el estudio del origen de los derechos potestativos en mi trabajo (2001).

⁴⁰Vid. también VON THUR (1934, p. 14).

⁴¹ Vid. LARENZ, (1989, pp. 220 y ss).

⁴² CHIOVENDA, (1949, pp. 233 y ss.).

⁴³ Vid. por todos MEDICUS, (1990, pp. 33 y ss).

⁴⁴ CAÑIZARES LASO (2001); PASQUAU LIAÑO (2009, pp. 2270 y ss.). Y vid. en la Jurisprudencia la citada STS, 1ª, 15.6.2016 (Ar. 3877).

inflación. Este es el sentido, creemos de la crítica de DE CASTRO⁴⁵ hacia esta categoría. Sin embargo y pese a su crítica, señala este autor que “Se podría hablar de “poderes jurídicos” en el sentido de “posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”, como tipo especial de las facultades jurídicas. También se podrían distinguir ciertos poderes, con valor de derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o a relaciones jurídicas, de contenido reducido al mero poder producir un efecto jurídico concreto. A unas y a otros, si no fuera por el peligro de incurrir en antiguas o nuevas confusiones, se les podría reservar, con utilidad técnica, el término de derechos del poder jurídico”.

En definitiva, existen una serie de facultades, llamémoslas derechos del poder jurídico o derechos potestativos, que en cabeza de su titular no originan en ningún momento una pretensión, es decir un poder exigir de la otra parte un hacer u omitir⁴⁶, sino una sujeción del sujeto pasivo. Siguiendo a LARENZ⁴⁷, debe entenderse por derecho potestativo el derecho que corresponde a una persona de llevar a cabo una relación jurídica con otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia. El derecho potestativo confiere al titular un “poder” jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para producir los cuales, dado que por ello es afectada la esfera jurídica de otro, se requiere normalmente el consentimiento de éste. Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la que éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica. Esa irrupción consiste precisamente en la modificación jurídica.

Como se decía al principio de estas líneas, es esencial entender que la problemática de la condición puramente potestativa sólo se comprende si se observa el supuesto de hecho en su peculiaridad y no se equipara a la “condición” entendida como acontecimiento futuro e incierto⁴⁸. Se trata de que el hecho condicionante en realidad es una declaración del que ostenta el derecho de poder poner en vigor, modificar, o extinguir la relación negocial. Esto es lo importante y esto no es otra cosa que un derecho potestativo. En realidad cuando los autores, sobre todo desde la dogmática alemana, diferencian respecto de la condición potestativa, la denominada unas veces “puramente potestativa” y otras “condición de querer” en realidad a mi juicio están refiriéndose a la categoría de los derechos potestativos que a veces como tal categoría se haya podido cuestionar.

⁴⁵ (1984, pp. 603 y ss).

⁴⁶ La función más importante del concepto de pretensión es señalar tanto la legitimación material como la posibilidad, por vía de acción, de una exigencia específica de una determinada persona frente a otra. Recuérdese que el derecho procesal, en cambio, concibe la acción como un derecho por sí, independiente o, en todo caso, distinto del derecho subjetivo privado; como un derecho dirigido hacia el Estado, y como facultad de obtener mediante el órgano de éste, y contra o frente al demandado, el acto de tutela jurídica. Así concebida la acción es: un derecho concreto; de contenido determinado; de naturaleza pública. Vid. tradicionalmente GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA (1969).

⁴⁷ (1989, pp. 220 y ss.)

⁴⁸ Vid. FLUME (1998, pp. 800 y ss.).

Señala FLUME⁴⁹ que hoy se admite, en general, que los contratos obligatorios que no tienen por contenido únicamente una obligación unilateral, en especial, por tanto, los contratos obligatorios sinalagmáticos, pueden ser celebrados de manera que sólo valgan si una de las partes del negocio lo “quiere”. Dice, además, que un contrato así da lugar a un derecho de opción a favor del contratante cuya “voluntad” ha sido erigida en “condición” de la vigencia del contrato. Él puede, por declaración de voluntad unilateral, poner en vigor la relación jurídica pactada en el contrato. Mediante el contrato provisto de la condición puramente potestativa se establece una situación jurídica en la que el legitimado para optar puede poner en vigor el contrato, con su contenido ya determinado. Sólo en esta medida el contrato es un negocio jurídico vinculante a pesar de la condición puramente potestativa.

En realidad, la declaración de voluntad no se dirige al contenido, sino a la consecuencia jurídica calificada de querida; por consiguiente, la declaración de voluntad condicional solo tiende, por tanto, a que el cumplimiento de la condición provoque la consecuencia jurídica⁵⁰. Y además, como dice FLUME⁵¹ la condición puramente potestativa como condición resolutoria de contratos obligatorios está al mismo nivel que el pacto de un derecho de resolución (en contratos obligatorios sobre prestaciones únicas, por ejemplo la compraventa) o de un derecho de desistimiento unilateral (en contratos obligatorios sobre relaciones obligatorias de tracto sucesivo, por ejemplo, el arrendamiento).

A partir de este razonamiento se describiría en parte el funcionamiento de los derechos potestativos, figura en la que encajaría la llamada condición puramente potestativa o condición de querer, cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad de una de las partes pero conformada por ambas y por su propio acuerdo; de modo que el problema no radica en la configuración del evento condicionante sino en el cumplimiento del hecho en sí mismo.

No obstante lo anterior, no haría falta señalar, por su evidencia, que todos los pactos que las partes pretende realizar o realizan tienen como límite el art. 1255 C.c. Además también es cierto que los pactos acerca del posible ejercicio de los derechos mencionados no son todos iguales ni pueden ser ejercitados de la misma manera porque va a depender del pacto en sí mismo y además del negocio en el que se inserten. Así podría diferenciarse, por ejemplo, la posible determinación del objeto del contrato al arbitrio de una de las partes en principio contra lo establecido en el art. 1256 C.c., generalización, como hemos visto anteriormente, de la regla de la prohibición de la condición potestativa por parte del deudor; o el desistimiento unilateral a favor de uno de los contratantes pacto en el que quizá pueden intervenir otras consideraciones con independencia del pacto en sí mismo, según se trate de relaciones de tracto único o de tracto sucesivo.

⁴⁹ (1998, p. 801). Dice el autor que esto también es aplicable, a pesar del art.1174 Code civ, al Derecho francés Cfr. GABOLDE en Planiol-Ripert, VII, Nr. 1028.

⁵⁰ ENNECCERUS (1888, pp. 177 y ss.).

⁵¹(1998, p. 802).

Cuando se trata de dejar al arbitrio de una de las partes la determinación de la prestación, las cosas se pueden presentar distintas porque el Código exige que el objeto sea cierto y que sea una cosa determinada en cuanto a su especie; y como criterio de posible determinabilidad que la determinación pueda realizarse sin que sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes (arts. 1261 y 1273 C.c.). En estos casos la cláusula contractual que, por ejemplo, atribuya la facultad exclusiva de determinación del tipo de interés bancario a una de las partes no sólo debe analizarse en cuanto a si podría, o no, oponerse al art. 1256 C.c.; en este caso, aunque pudiera entenderse que las partes configuran una posible modificación atribuida a una de ellas, en realidad se configura un elemento esencial como es el precio. DIEZ-PICAZO⁵² señala que la palabra arbitrio en lengua castellana significa “libre arbitrio o facultad de opción, pero significa también sentencia de un juez arbitro y la facultad que se otorga, sobre todo al juez, para apreciar determinados elementos sobre todo de derecho cuando no aparecen fijados por la ley”. Con base en los antecedentes históricos y en el análisis de la diferencia entre el *arbitrium merum* y el *arbitrium boni viri*, concluye que cuando el artículo 1256 C.c. se refiere al “arbitrio” lo utiliza en el sentido de mera voluntad o decisión libre de una de las partes, sin comprender para nada, ni en su letra ni en su espíritu, al llamado *arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad”. Siendo así es claro que el problema de la determinación de la prestación en el caso referido de determinación del tipo de interés no radica en su oposición al art. 1256 C.c. que sólo haría referencia a la mera voluntad de una de las partes. La validez de la cláusula en cuestión se basaría en que si entendemos que se trata de un arbitrio de equidad o *arbitrium boni viri* las bases de su determinación deben ser objetivas⁵³ y deben estar expresadas suficientemente para que la prestación pueda considerarse como determinable⁵⁴. Además, se puede llegar a la conclusión con LÓPEZ ANTON⁵⁵ respecto de la elección del tipo interbancario como tipo de referencia, que se trata de una cláusula válida por la razón de que es posible, establecer una analogía con el supuesto de determinación del precio en la compraventa regulado en el art. 1448 C.c. ya que en el caso el tipo de referencia representa el precio del dinero en un mercado. En definitiva, la fijación del tipo preferencial sería un caso de arbitrio de equidad mientras que la prohibición del art. 1256 C.c.

⁵² (1959); también (1999, p. 1376). En el mismo sentido LUCAS FERNANDEZ (2004, p. 2916).

⁵³ En el Derecho alemán no se plantea el problema porque se permite la determinación de la prestación por una de las partes partiendo de la base de que dicha parte contratante debe actuar de acuerdo con criterios objetivos de equidad, de tal manera que si no lo hace así dicha determinación podrá ser impugnada ante la autoridad judicial.

El §315 BGB señala que: “Si la prestación debe ser determinada por uno de los que concluyen el contrato, en la duda ha de entenderse que la determinación ha de realizarse según juicio equitativo.

La determinación se realiza por declaración frente a la otra parte.

Si la determinación debe realizarse según juicio equitativo, la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte si es conforme a la equidad. Si no es conforme a la equidad, la determinación se efectúa por sentencia; lo mismo vale si la determinación es demorada”.

Vid. JAUERNIG, (2014, pp. 124 y ss); ARMBRÜSTER (2008, p. 533), entre otros.

⁵⁴ DIEZ-PICAZO, (1999); PEREZ Y ALGUER, (1954, p. 29); VALPUESTA (1989, pp. 250 y ss.); LÓPEZ ANTON (1985, pp. 249 y ss.). También defienden este criterio GARCÍA VICENTE, J.R./MARTÍN PÉREZ, J.A./VAQUERO PINTO, M.J., (1997).

⁵⁵ (1985, pp. 249 y ss.).

recoge un supuesto de libre arbitrio⁵⁶.

No se trata en estas páginas de analizar la determinación de la prestación sino las reglas que encierran los arts. 1115 y 1256 C.c., que entendemos no pueden extenderse más allá de lo que dicen, en un caso la regla referida a la exclusiva voluntad de parte del deudor y en otro al mero arbitrio. Como a continuación se señala, no se puede admitir que estos preceptos pueden fundamentar las pretensiones de la partes de una forma tan genérica ante la autoridad judicial⁵⁷.

4. Reconsideración de los casos planteados

Recordemos los supuestos planteados inicialmente:

En el primer caso, la sociedad "B., Sociedad de Crédito, S.A.", demandante en el pleito, en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, había establecido unas cláusulas de interés variable, en las que el interés de referencia era el preferencial del "Banco I., S.A.", que pertenecía al mismo grupo de sociedades que la sociedad del crédito y se solicitaba la nulidad del tipo de interés establecido en la escritura de préstamo con hipoteca y su reconducción al tipo de referencia que fijara el Banco de España.

En el segundo caso, se había celebrado un contrato de arrendamiento de local de negocio entre los apoderados de la sociedad arrendataria y el arrendador, sometido a la aprobación por el Consejo de Administración de la arrendataria y la entrada en vigor de este contrato había quedado sujeta a la aprobación del Consejo de Administración de la arrendataria. Se señalaba, además, que el contrato sería válido de no ser comunicado al arrendador en el plazo de un mes de la firma del mismo, de forma fehaciente, la renuncia por el arrendatario. Transcurrido el mes sin tal comunicación la arrendadora se negó a que el contrato se declarase perfecto y exigible alegando la infracción del 1115 C.c. además de que la condición consistiera en la aprobación en el plazo del mes por el Consejo de Administración.

En el tercer caso, se había celebrado un contrato complejo entre los copropietarios de un edificio y un tercero. El acuerdo consistía en un mandato para conseguir el desalojo de arrendatarios y el derribo del edificio corriendo los gastos al 50 %. Entre las distintas cláusulas se convenía que tras el derribo los propietarios aportarían a una persona jurídica, donde estuvieran presentes las partes, el solar resultante libre de cargas o gravámenes o deducidas las mismas de la valoración asignada, al objeto de su posterior construcción en régimen de aportación con la otra parte, sufragándose el importe y costos de la promoción por iguales partes, esto es, al 50% de valor del mismo y los resultados económicos lo serían en igual porcentaje.

⁵⁶ Como afirma VALPUESTA (1989), parece que en los casos en los que el Código civil hace referencia al arbitrio se trata casi siempre del "mero arbitrio" (arts. 1256; 1447; 1449), excepto en el art. 1690 en que alude expresamente a un criterio impugnabile por falta de equidad.

⁵⁷ Vid. PASQUAU LIAÑO (2009, pp. 2270 y ss.); Vid. OLIVA BLAZQUEZ (2016, pp. 582 y ss.); Vid. INFANTE RUIZ (2010, pp. 1235 y ss.)

En el cuarto caso, las partes suscribieron una promesa de compraventa de un local, habiendo quedado el contrato sometido, entre otras condiciones, a la de ser necesaria la aprobación del consejo supervisor de la sociedad matriz del grupo en el que estaba integrada la demandada.

Finalmente, en el quinto caso, la sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte, S.A.» (INECO), en 2011, publica un concurso público de licitación para la elaboración y edición, inicialmente durante 2012 y 2013, de las revistas «itransporte» e «itransporte English Edition» de INECO. Entre las condiciones generales del contrato se preveía como causa de extinción del contrato la decisión unilateral de INECO y en el caso de producirse la extinción abonarse las cantidades debidas por los trabajos efectivamente realizados por el contratista.

Decíamos inicialmente que en el primer supuesto se cuestionaba si la cláusula que atribuye al agente facultades exclusivas en orden a la determinación del tipo de interés, si bien con base en parámetros objetivos, puede estar en contra de lo dispuesto en el art. 1256 C.c. Mientras que en el segundo caso que planteábamos de lo que se trataba era de si la condicionada entrada en vigor del contrato, manifestada en forma negativa y en función de la renuncia por parte del arrendatario, era contraria a los arts. 1115 y 1256 C.c. En cambio, en el tercer caso se trataba de un contrato complejo en el que, con la finalidad de constituir en un futuro una persona jurídica, se incluía una obligación de no disponer durante dos años y un subsiguiente derecho de adquisición preferente en caso de la venta una vez transcurridos los mencionados dos años, cuestionándose de la misma manera si podía fundamentarse en los mencionados preceptos. En el cuarto, sin embargo, se trataba de una promesa de venta cuya puesta en vigor se encontraba condicionada a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo de la entidad propietaria. Y finalmente en el último caso, un contrato de arrendamiento, en realidad contrato de obra, en el que se incluía el libre desistimiento a favor del comitente, cuestionándose la validez por entenderse la cláusula contraria a lo dispuesto en los señalados preceptos.

Entiendo que en ninguno de los supuestos ni las pretensiones de las partes ni la solución de la controversia debería fundamentarse en los arts. 1115 y 1256 C.c.

En el primero de ellos porque sería un caso de arbitrio de equidad mientras que la prohibición del art. 1256 C.c. recoge un supuesto de libre arbitrio. Sin embargo la solución que se dio por la Audiencia en su sentencia de 28 de febrero de 1995, fue la de entender, confirmando en este punto la decisión del Juzgado que consistió en sustituir el tipo pactado por el tipo medio del mercado bancario con base al índice que determinara el Banco de España, lo que se decide a partir del criterio mantenido de la nulidad de las cláusulas de interés preferencial al entenderse fijado al arbitrio de una de las partes.

A partir, como ya ha quedado dicho, de que la palabra arbitrio en el art. 1256 C.c. tiene el mismo sentido que el término voluntad en el art. 1115 C.c.⁵⁸. Ambos preceptos tienen los mismos antecedentes y en ellos rige la misma idea y, por consiguiente, la misma regla manifestada por GARCÍA GOYENA «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles». “querer si quiero” pues si pero no se añade nada más. Manteniendo esta misma idea, en cambio, entiendo que

⁵⁸ En el art.1115 C.c. la exclusiva voluntad se refiere al mero arbitrio.

deben diferenciarse de una parte los casos en los que se cuestiona la posible determinación de la prestación al arbitrio de una de las partes en los que como hemos visto se añade al supuesto la cabida del "*arbitrium boni viri*" en el art. 1256 C.c.; de aquellos otros en los que las partes han configurado en su relación contractual un derecho potestativo de puesta en vigor, modificación o extinción de la relación contractual siendo además necesario analizar en concreto y en cada caso la configuración, precisamente, de ese derecho.

En aquellos casos en los que lo cuestionado es la determinación por arbitrio de una de las partes, siguiendo a DIEZ-PICAZO⁵⁹, hay que admitir el funcionamiento del *arbitrium boni viri*, admitido dicho sea de paso en todos los países de nuestro entorno, de una de las partes contratantes, siempre que se permita la posterior revisión por la autoridad judicial de ese arbitrio cuando no resulte conforme a la equidad o a las reglas conforme a las que se estableció.

En los cuatro casos restantes planteados, de una u otra forma, las partes acuerdan en su relación contractual la creación, a favor de una de ellas, de un derecho potestativo en las modalidades que señalaba VON THUR⁶⁰ (constitutivos, modificativos o cancelatorios), esto es, la puesta en vigor, modificación o extinción de la relación contractual de que se trate. Se distingue, no obstante, entre ellos la configuración del derecho en cuestión pues posiblemente es lo que puede conducir a cuestionar su validez porque al amparo de la libertad contractual se encuentran también sus límites.

En el segundo supuesto las partes celebran un contrato de arrendamiento en el que se concede un derecho potestativo consistente en la puesta en vigor del contrato celebrado, si bien con la necesaria aprobación por el Consejo de Administración de la arrendataria. En este caso el problema quizá se oscurece por la manera en que el derecho potestativo puede o no ser ejercitado al formularse de manera negativa. El ejercicio del derecho debía realizarse mediante "la no comunicación de la renuncia por parte del arrendatario". Podría haberse formulado en el sentido de poder resolverse el contrato en el plazo de un mes, lo que habría exigido una comunicación lo que parecía no ser lo querido por las partes. En la STS, 1ª, 2.6.1993 (Ar. 4378), tras conceptuar con buen criterio el arrendamiento como definitivo, se señala respecto del alegado art. 1115 C.c. que "si bien es cierto que "cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula", ello ha de referirse al supuesto de que dependa de la condición la exigibilidad de las obligaciones contraídas, pero no al caso en que lo condicionado es la entrada en vigor del contrato y así puede afirmarse la validez de éste aunque una de las partes se reserve el derecho a resolverlo del modo como sucede en el caso que nos ocupa".

En cualquiera de los casos se trataría sin duda del ejercicio de un derecho potestativo admitido, como se ha dicho con anterioridad, por las reglas de los arts. 1115 y 1256 C.c. Distinta hubiera sido la cuestión si se hubiera cuestionado la puesta en vigor sin la aprobación por parte del Consejo de Administración. En ese caso, tratándose en definitiva de una carga impuesta a la

⁵⁹ (1999, pp. 1376 a 1382).

⁶⁰ (1934, p. 15).

arrendataria para el ejercicio de su derecho, debería haberse obtenido para la puesta en vigor del contrato.

Igualmente, en el caso enjuiciado por la STS, 1ª, 9.2.2011 (Ar. 611), en el que se trataba en definitiva de la puesta en vigor de un contrato complejo articulado en dos fases, se condicionaba el inicio de la segunda fase del contrato a que los propietarios no hubieran vendido, cuestionándose la validez de la cláusula a partir de los arts. 1115 y 1256 C.c. Se entiende, como en otros casos, que el art. 1115 C.c. no hace referencia al supuesto en que lo condicionado sea la entrada en vigor del contrato y respecto del art. 1256 C.c. que incluso interpretando que los propietarios se hubieran reservado la facultad de desistir de la segunda fase se entiende, con cita de la STS de 29 de marzo de 1972, que “quedar a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarles para poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrario”. Era un contrato complejo porque se conectaba un contrato de mandato y unas obligaciones de hacer en el futuro porque en el supuesto el fin perseguido por las partes era la futura constitución de una persona jurídica, una vez acabado con buen fin mandato, es decir, conseguir el desalojo de inquilinos y arrendatarios y la autorización legal para el derribo. Esta conexión negocial derivaba del propio fin perseguido por las partes, que era el derribo del viejo edificio y la construcción de uno nuevo para vender sus pisos y locales. Como se dice en la sentencia, el mandato fue el instrumento hábil para conseguir que la que pudiéramos llamar “segunda fase” se hiciese realidad, de otra manera no era posible el derribo del viejo edificio. Al mandatario se le dio el plazo de cinco años para su gestión con arrendatarios y autoridades administrativas, incluyendo incluso actuaciones judiciales, pero al cabo de dos años, los propietarios podían vender el inmueble, concediendo al mandatario un derecho de adquisición preferente. Por tanto, según se recoge en la sentencia “la entrada en la “segunda fase” suponía inevitablemente que los propietarios no hiciesen uso de esa facultad, pues de lo contrario, vendiendo antes de cinco años y después de dos desde la celebración del contrato, las obligaciones proyectadas se extinguirían y el mandato lo mismo, al haberse quedado sin finalidad, al no poder actuarse si compraba un tercero o el propio mandatario en uso de su derecho de adquisición preferente”. En realidad, entre el encargo del mandato y la consecución de la finalidad perseguida se había pactado una obligación de no disponer durante dos años y a partir de los dos años se pacta un derecho de adquisición preferente además de la libre extinción del mandato. Por consiguiente, y con independencia de la obligación de no disponer que no se incumplió, lo que se habían configurado eran en definitiva derechos potestativos.

De la misma manera en el cuarto supuesto recogido inicialmente, una promesa de compraventa, se reserva la puesta en vigor del contrato la vendedora, por consiguiente, nos encontramos ante la creación de un derecho potestativo en este caso a favor de esta vendedora con la peculiaridad de que se exigía la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenecía ésta. En definitiva un caso de opción. Como ya ha quedado dicho, tanto la promesa de contrato como el contrato de opción suponen una etapa preparatoria de un *iter* negocial, llámese contrato preparatorio o contrato de opción en un primer momento en que los contratantes de mutuo acuerdo se obligan a que el contrato proyectado tenga plena eficacia en el momento en

que lo exija la parte (o las partes) a la que se concede esta facultad; y un momento posterior en el que se pone en vigor el contrato o se ejercita la opción. En el caso, en cuestión, a favor de la vendedora. La mayor dificultad que entraña la figura del contrato de opción o promesa de contrato⁶¹ es advertir y desentrañar el desenvolvimiento del negocio nacido y sus posibles vicisitudes. Deben distinguirse dos momentos: un primer momento en que los contratantes de mutuo acuerdo se obligan a que el contrato proyectado tenga plena eficacia en el momento en que lo exija la parte (o las partes) a la que se concede esta facultad, por consiguiente, entiendo que en ese momento las partes crean un derecho potestativo que de alguna manera funciona con cierta independencia; y un segundo momento en el que se pone en vigor el derecho creado, de manera que si el optante u optantes ejercitan su derecho de opción originan por su sola voluntad la puesta en vigor del contrato.

En el último supuesto, un denominado contrato de arrendamiento de servicios, en realidad contrato de obra, en el que se incluía el libre desistimiento a favor del comitente, se cuestionaba también la validez por entenderse la cláusula contraria a lo dispuesto en el art. 1256 C.c.. Con cita de los antecedentes históricos del mencionado precepto y tratándose este precepto de una generalización para los contratos de la regla del art. 1115, así como con cita de varias sentencias señala la Sala “que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral. Se subraya en la sentencia algo que desde luego es la base de la contratación pero que a veces parece que olvidamos: “con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate.”

La única duda, sin embargo, es precisamente el modo de ejercicio del derecho configurado a favor de una de las partes, en este caso el desistimiento. No se duda, en general de la validez del pacto de desistimiento unilateral en el caso de contratos sinalagmáticos con duración indefinida y de tracto sucesivo, incluso para el caso de que la condición no se hubiera pactado. No es tan clara la cuestión para el caso en el que el contrato no sea de tracto sucesivo sino de cumplimiento puntual⁶². En el supuesto comentado se trataba de un contrato de obra pero en ese caso sería de aplicación el art. 1594 C.c.

Como se anunciaba al comienzo de este trabajo, en todos los casos recogidos se cuestionaba la contravención con lo dispuesto en los arts. 1115 y 1256 C.c., en ellos y en muchos otros suelen argumentarse las pretensiones con base en tales preceptos, lo que sin duda creemos inadmisibles. Es claro que no se pueden extender estos artículos a aquellos casos que no regulan, y estando íntimamente relacionados entre sí y teniendo un mismo significado y sentido suelen alegarse como un solo argumento.

⁶¹ Vid. DE CASTRO y BRAVO (1950, pp. 1133 y ss.).

⁶² A pesar de que el contrato no era de tracto sucesivo sino de cumplimiento puntual aunque futuro vid. la STS, 1ª, 11.4.1996 (Ar. 2917; MP: Alfonso Villagómez Rodil), referido a un contrato de venta de acciones.

Finalmente a mi juicio y para el caso de una futura reforma debería cuestionarse el mantenimiento del art. 1256 C.c. puesto que realmente no añade nada más allá de la idea que recoge el art. 1115 C.c.⁶³. Sin embargo, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, que debería haberse materializado, se asumen por la Comisión ambas reglas de los arts. 1115 y 1256 C.c. aunque está clara la idea de la Comisión por cuanto en un caso se hace referencia a la “exclusiva voluntad del deudor” mientras que en el supuesto de la determinación de la prestación al arbitrio de una de las partes se refiere al “mero arbitrio de los contratantes”⁶⁴.

La regulación normativa debe reducirse al supuesto de la exclusiva voluntad del deudor porque, efectivamente, la existencia de la norma responde a la idea de que es incompatible con el concepto de obligación que alguien se obligue condicionándolo a que en el futuro quiera estarlo, ya que, en tal caso, no queda obligado cuando el negocio se celebre, a diferencia de lo que sucede cuando la eficacia del mismo se hace depender de una condición en sentido propio. Se impone aceptar una interpretación del artículo 1115 C.c. que no extienda la consecuencia que proclama - y menos otra distinta - a casos para los que el remedio no está previsto⁶⁵.

⁶³ En la misma línea de los derechos europeos en los que sólo se recoge la regla semejante a la establecida por nuestro art. 1115 C.c.

⁶⁴ Art. 1111.-“Cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la **exclusiva voluntad del deudor**, la obligación condicional será nula”. Y ya en sede de contratos, Título II, el art. 1237 señala que: “Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar **suficientemente determinadas** y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al **mero arbitrio** de uno de los contratantes”.

⁶⁵ STS, 1ª, 7.3.2014 (Ar. 1698).

5. Bibliografía

Rafael ALVAREZ VIGARAY (1991), "Comentario a los art. 1115", en Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO, Pablo SALVADOR (Directores), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 78 y ss.

Christian ARMBRÜSTER (2008), en Erman BGB, 12 ed. & 158, Koln, pág. 533.

José BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO (1963), "En torno a la condición potestativa", *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVII, 1963, págs. 215 y ss.

Emilio BETTI (1955) *Teoría generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino.

Francisco de Paula BLASCO GASCO (1991), *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Antonio CABANILLAS SANCHEZ (2007), "El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. Estudio preliminar y traducción", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, págs. 621 y ss.

Ana CAÑIZARES LASO (2001) *La Caducidad de derechos y acciones*, Civitas, Madrid.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1950) "La promesa de contrato" (Algunas notas para su estudio) *Anuario de Derecho Civil*, 1950, págs. 1133 y ss.

-(1984) *Derecho Civil de España*, Civitas Ediciones, Madrid.

Mario CLEMENTE MEORO (1992), *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-(2011) "Comentario al art. 1115", en Ana CAÑIZARES *et. al.* (Directores), *Código Civil Comentado*, Civitas-Thomson, Cizur menor, 2ª ed. 2016, págs. 200 y ss.

Gaël CHANTEPIE/Mathias LATINA (2016), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, París.

Giussepe CHIOVENDA (1949), *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santís Melendo. Buenos Aires.

Rafael, COLINA GAREA (1996), "El préstamo con garantía hipotecaria y protección jurídica de los consumidores", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1996, páginas 721 y ss.

Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1959) *Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch,

Barcelona.

- (1962) *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona.
- (1969) "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de "conditio pendens", *Estudios Homenaje a Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona.
- (1991), "Comentario al art. 1256", en Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DíEZ-PICAZO, Pablo SALVADOR (Directores), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 432 y ss.
- (1999), "Contratos de crédito y protección de consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 1357 y ss.
- (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, De las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Civitas, Cizur menor.
- (2011) *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*, T. II, Civitas, Madrid.

Ludwig ENNECERUS (1888), *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Hamburg.

Ludwig ENNECERUS- Heinrich LEHMANN (1954), *Derecho de Obligaciones*, T.II, 1º, Bosch, Barcelona.

Ludwig ENNECERUS- Hans C. NIPPERDEY (1981), *Enneccerus-Kipp-Wolff, Tratado de Derecho civil*, Tomo I-2º, vol.2º, Notas Perez Gonzalez y Alguer, Bosch, Barcelona.

Josef ESSER/Hans-Leo WEYERS (1991), *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil*, 7ª Auf., Heidelberg.

Werner FLUME (1998), *El negocio jurídico*, trad. Miquel González y Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

Cristina FUENTESECA FERNANDEZ (1999) *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid.

Grabielle GABOLDE (1954) en Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, VII, Nr. 1028.

Florencio GARCÍA GOYENA (1974), *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, (nota preliminar prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza.

José R. GARCÍA VICENTE/José A. MARTIN PÉREZ/M. José VAQUERO PINTO (1997), "La determinación de los honorarios profesionales. (En particular, el arbitrio de parte)", *Derecho Privado y Constitución*, 1997, págs. 1223 y ss.

Emilio GOMEZ ORBANEJA/ Vicente HERCE QUEMADA (1969), *Derecho Procesal Civil*, T.I, Parte General, Artes Gráficas y Ediciones. Madrid.

Christian HATTENHAUER (2011), *Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik*, Mohr Siebeck, 2011.

Francisco INFANTE RUIZ (2010), "Comentario al art. 1115", en Andrés DOMÍNGUEZ (Director),

Comentarios al Código Civil, Lex Nova, Valladolid, págs. 1235 y ss.

JAUERNIG BGB (2014), § 158, 15 ed., München, págs. 124 y ss.

Karl LARENZ (1989), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München §12, págs. 220 y ss.

Félix LÓPEZ ANTON (1985), *Créditos a interés variable*, Montecorvo, Madrid.

Luis Miguel LÓPEZ FERNANDEZ (2000), *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid.

Francisco LUCAS FERNANDEZ (2004), "El interés en los préstamos bancarios", en José Manuel GONZÁLEZ *et. al.* (Coordinadores), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, págs. 2916 y ss.

José MANRESA Y NAVARRO (1914), "Comentario al art. 1256", *Comentarios al Código Civil*, T. V, Reus, Madrid, págs. 556 y ss.

Dieter MEDICUS (1990), *Allgemeiner Teil des BGB* §12, Heidelberg.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (2011), "Condición, obligación y garantía", en Francisco BLASCO *et. al.*, (Coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1637 y ss.

Vicente MONTES PENADÉS (1983), "Comentarios a los arts. 1113 a 1123", en Manuel ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV,-1, Edersa, Madrid, págs. 1048 y ss.

Francisco OLIVA BLAZQUEZ (2016), "Comentario al art. 1256", en Ana CAÑIZARES *et. al.* (Directores), *Código Civil Comentado*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 582 y ss.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2009), "Comentario al art. 1256", en Miguel PASQUAU (Director), *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Tomo II, Comares. Granada, págs. 2270 y ss.

SECKEL (1903) "Die Gestaltungsrechte" en Festgabe der juristische Gessellschaft, zu Berlin für Koch, 1903.

Eduardo VALPUESTA (1989), *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*. Universidad de Navarra, Pamplona.

Andreas VON THUR (1934), *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, (trad. Rocés), Reus, Madrid.