

***Voluntas, arbitrium y malitia* en la configuración unilateral del contrato**

Sumario

-

El objeto de estas páginas es definir los límites de validez de los distintos pactos mediante los cuales las partes —sobra decir que de común acuerdo— atribuyen a una de ellas poder para configurar por sí sola el contrato en esta o aquella dimensión. Las dimensiones relevantes son básicamente tres, y en torno a ellas clasifica el autor la fenomenología de dichos. La primera dimensión es la relativa a la *eficacia del contrato*: pactos que atribuyen a una parte poder para activar o desactivar los efectos de un contrato predeterminado. La segunda es la relativa al *contenido del contrato*: pactos que apoderan a una parte para completar un contrato indeterminado o para modificarlo sobrevenidamente. La tercera, a mitad de camino de las anteriores, se refiere al *enforcement del contrato*: pactos que modifican el régimen ordinario de remedios frente al incumplimiento voluntario dejando margen de maniobra a una parte para recalcular o redefinir unilateralmente su conducta contractual.

La tesis del trabajo se sitúa a contracorriente de la doctrina más establecida, que tiende a unificar el tratamiento de las tres problemáticas descritas bajo la luz del art. 1256 CC con el resultado de proscribir —o cuando menos recelar de— las muy variadas fórmulas de configuración unilateral del contrato que registra la praxis negocial. El autor parte de la necesidad de diferenciar normativamente las problemáticas en cuestión. Cada una de ellas identifica un tipo de poder distinto (*voluntas, arbitrium y malitia*) y cada tipo de poder reclama la elaboración de un tratamiento específico. La que brinda el trabajo se halla guiada en los tres frentes por un imperativo común, a saber: maximizar la autonomía privada para facilitar economías de confianza.

Abstract

-

The purpose of this paper is to define the limits of validity of the various contractual agreements or arrangements through which the parties —needless to say, by mutual agreement— confer upon one of them the power to structure the contract unilaterally in one respect or another. The relevant dimensions are essentially three, and the phenomenology of said arrangements in contractual practice may be classified accordingly. The first concerns the *efficacy of the contract*: agreements that empower one party to activate or deactivate the effects of a predetermined contract. The second concerns the *content of the contract*: agreements that authorize one party to complete an otherwise indeterminate contract or to modify it subsequently. The third, which lies somewhere between the previous two, concerns the

enforcement of the contract: agreements that alter the ordinary regime of remedies for voluntary non-performance by leaving one party with discretion to recalculate or redefine its contractual performance unilaterally.

The central thesis of the paper runs counter to the prevailing doctrinal view, which tends to unify the treatment of the three issues described above under the light of Article 1256 of the Spanish Civil Code, thereby prohibiting —or at least viewing with suspicion— the wide variety of forms of unilateral contractual configuration found in practice. The author argues that these issues must instead be distinguished on normative grounds. Each of them involves a different type of power (*voluntas*, *arbitrium*, and *malitia*), and each type of power calls for a distinct legal treatment. The approach proposed in each of these three areas is guided by a common imperative: to maximize contract freedom in order to facilitate economies of trust.

Title: *Voluntas, arbitrium and malitia in the unilateral structuring of the contract*

Palabras clave: derechos potestativos, arbitrio de la parte, dolo (simple y cualificado), relaciones fiduciarias (fuertes y débiles), autonomía privada.

Keywords: potestative rights; contractual discretion; bad faith, willfull conduct, malice, fraud (*dolus*, both ordinary and aggravated); fiduciary relationships (strong and weak), freedom of contract.

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i3.01

3.2026

Recepción
01/07/2026

-

Aceptación
24/07/2026

-

Índice

-

- 1. Introducción: objeto del trabajo y sistema de la exposición**
- 2. Voluntas: derechos potestativos de la parte**
 - 2.1 Condiciones puramente potestativas y derechos potestativos
 - 2.2 Normas configurativas y consecuencias de su infracción
 - 2.3 Referencia a los derechos potestativos modificativos (plenos y limitados)
- 3. Arbitrium: poderes fiduciarios de la parte**
 - 3.1 Reinterpretación restrictiva del material positivo
 - 3.2 Conflicto de interés e imperativos del sistema
 - 3.3 Summa divisio: arbitrio objetivo y arbitrio subjetivo
- 4. Malitia: limitación de la responsabilidad derivada de dolo**
 - 4.1 Incumplimiento malicioso y voluntario: hipótesis provisional
 - 4.2 Responsabilidad por dolo y alcance de la obligación: hipótesis avanzada
 - 4.3 Un apunte sobre la extensión del argumento al art. 1107 II CC
- 5. Consideración final: otra vez sobre la teoría y la práctica**
- 6. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción: objeto del trabajo y sistema de la exposición

Estas páginas versan sobre la configuración unilateral del contrato. Se trata de definir los límites de validez de los distintos pactos mediante los cuales las partes —sobra decir que de común acuerdo— atribuyen a una de ellas poder para configurar por sí sola el contrato en esta o aquella dimensión. Las dimensiones relevantes son básicamente tres, y en torno a ellas clasificamos la fenomenología de la praxis negocial (advertencia: la clasificación no es ni completamente exhaustiva ni completamente disyuntiva). La primera dimensión es la relativa a la *eficacia del contrato*: pactos que atribuyen a una parte poder para activar o desactivar los efectos de un contrato predeterminado, es decir, para ponerlo en vigor o para terminarlo. La segunda es la relativa al *contenido del contrato*: pactos que apoderan a una parte para completar un contrato indeterminado (por ejemplo, para definir o acabar de definir sus prestaciones principales o cualquier otro aspecto esencial o accidental del mismo) o para modificarlo sobrevenidamente. La tercera, a mitad de camino de las anteriores, se refiere al *enforcement del contrato*: pactos que modifican el régimen ordinario de remedios frente al incumplimiento voluntario —señaladamente, la responsabilidad por dolo— dejando margen de maniobra a una parte para recalcular o redefinir unilateralmente su conducta contractual.

Se trata de tres problemáticas distintas, aunque emparentadas. Distintas porque cada una de ellas identifica un tipo de poder específico (*voluntas, arbitrium y malitia*), sujeto a un estándar de valoración propio, según iremos viendo a medida que nos adentremos en la exposición. Emparentadas, porque la solución que todas ellas reclaman obedece a un imperativo común: *maximizar la autonomía privada para facilitar economías de confianza*. Esta es la tesis fundamental de estas páginas. La semilla a partir de la cual han germinado está en la STS 15-VI-2016. Su ponente fue Fernando PANTALEÓN, a quien rindo con ellas tributo de aprecio personal y admiración intelectual (nuestra vieja amistad no merma un ápice de valor a este testimonio)¹. La semilla a que me refiero, expresada con el inconfundible estilo del ponente —lacónico, condensado y elíptico—, es esta:

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 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 (art. 1255 CC) en el contrato mismo de que se trate* (FD 3º-2).

La frase en cursiva contiene lo que, si se me permite la licencia, llamaré «teorema de PANTALEÓN». Como otros teoremas, el de PANTALEÓN también podría objetarse por su carácter circular o tautológico. Va de suyo que el pacto analizado en la sentencia, como cualquier otro, es inválido a no ser que sea válido. Así planteado —añadirá el hipotético objetor—, el argumento vale de poco, pues para saber si el pacto es válido deberemos evaluar si ha franqueado los límites de la autonomía privada (art. 1255 CC), entre los cuales se halla precisamente la norma imperativa contenida en el art. 1256 CC o, si se quiere, la gemela del art. 1115 CC. Ciertamente. Pero quien formule la objeción en estos términos no habrá entendido bien a PANTALEÓN. Como buen jugador de ajedrez, él siempre piensa en la jugada subsiguiente. Lo que a mi juicio dice PANTALEÓN de manera elíptica —y quizá algo críptica— en el paso transcrito es lo siguiente: (i) que el art. 1256 CC debe interpretarse de acuerdo con el principio de autonomía privada; (ii) que la autonomía privada comprende el poder de crear tanto reglas primarias, reguladoras de las conductas a desarrollar por las partes, como reglas secundarias que atribuyen a una de ellas poderes

¹ El presente trabajo constituye una versión ligeramente ampliada y retocada de la remitida al libro homenaje ofrecido a Fernando Pantaleón por sus discípulos y amigos con motivo de su septuagésimo aniversario.

para crear otras reglas primarias y, en definitiva, para regular o configurar el contrato²; y (iii) que el producto final resultante de ambos tipos de reglas goza presuntivamente de prioridad (recuérdese: «las partes son los mejores jueces de sus intereses»), debiendo ser respetada a no ser que se acredite la concurrencia de razones sustantivas —básicamente, a nuestros efectos, razones morales o de orden público— que lo desaconsejen³.

La tautología tiene un gran valor en la ciencia. Aunque no añade información, hace explícita la estructura conceptual de un problema y ayuda a enfocar su tratamiento. Afirmar que los pactos de configuración unilateral del contrato son inválidos a no ser que sean válidos constituye una invitación a sacudirse el prejuicio que conduce a recelar o sospechar de cualquier unilateralidad en el contrato. Su alcance es grande si sabemos escalarlo debidamente —es decir, diferenciadamente— en cada una de las tres dimensiones señaladas. La diferenciación implica, desde el punto de vista positivo, romper la continuidad o encadenamiento que acostumbra a presuponerse existe entre los tres siguientes pares de preceptos del Código Civil: los arts. 1256 y 1115 por un lado, los arts. 1449 y 1690 por otro y los arts. 1102 y 1107 II por un tercero. La ruptura de la cadena entre ellos —entre los pares, no entre los preceptos de cada par— permitirá captar la diferente lógica normativa a que obedece cada grupo y entender la diferente estructura de su correspondiente supuesto de hecho: *voluntas*, *arbitrium* y *malitia* respectivamente. La idea a combatir es que el art. 1256 CC sirve de nexo de unión de todos los preceptos.

Lo que, en cambio, es común a los tres pares o grupos de preceptos es la asimetría que en cada uno de ellos se detecta entre literalidad y finalidad, entre el lenguaje empleado para formular la reglas y el principio engastado en su justificación subyacente. El espejismo que genera es de tal calibre que obliga a reducir drásticamente su alcance literal, tan drásticamente que los priva de gran parte de su supuesto contenido regulador y, en la parte remanente en que no lo hace, deja achicada su aplicación práctica a hipótesis casi de laboratorio, difíciles de imaginar en la práctica (por ej., nadie en sus cabales da sin más licencia a la contraparte para incumplir el contrato con dolo o para que lo complete según su capricho del momento). La lista de los preceptos enumerados se presenta así, en buena medida, más como un obstáculo a salvar que como un orden a realizar o implementar.

Con el propósito confesado de expandir las fronteras convencionales de la configuración unilateral del contrato, el ensayo se divide en tres partes. La primera parte se ocupa de la configuración unilateral de la *eficacia del contrato* predeterminado o completo⁴. La autonomía privada indica que, al menos en los contratos bilaterales, no existe ningún inconveniente en supeditar su eficacia —inicial o terminal— a la «exclusiva voluntad» de una parte y, por ende, en configurar este poder como un auténtico derecho potestativo de la parte a quien se le atribuye —el derecho subjetivo como «poder de la voluntad»—, ejercitable solo en interés o para provecho propio, sin otros límites que los derivados de la buena fe y el abuso del derecho (art. 7 CC). El significado de este argumento conduce a desactivar casi completamente el art. 1256 CC y, en la fenomenología relevante, su gemelo, el art. 1115 CC, todo ello

² Me valgo de la conocida distinción hartiana entre normas primarias (que imponen deberes) y normas secundarias (que confieren poderes): v. HART, 1992, pp. 34-52.

³ Es curioso que una idea tan elemental no haya merecido más atención entre los iusprivatistas. De forma un tanto paradójica ha sido destacada recientemente por un iuslaboralista. Es sabido que el contrato de trabajo reserva al empresario determinadas facultades de configuración unilateral, especialmente en lo que se refiere a la prestación del trabajador, sin que ello, bien está que se reconozca lo obvio, «necesariamente contravenga la moral o el orden público»; «[u]na prohibición absoluta de la atribución de facultades de ejercicio unilateral por una de las partes en el marco de la relación contractual —había dicho un poco antes en la misma página— podría ir frontalmente en contra del principio de libertad de pactos del art. 1255 CC» (GÓMEZ ABELLEIRA, 2023, p. 55) y —añado yo— del principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado por el art. 10 CE, del que la autonomía privada es una manifestación singular.

⁴ Llamo contrato completo al contrato funcionalmente completo, es decir, al contrato que no necesita nuevo convenio entre las partes porque su contenido esencial está determinado (art. 1273 CC) y el restante puede ser reconstruido con arreglo a las fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC).

en la línea marcada por la STS 15-VI-2016 (v. *infra* § 2).

La segunda parte contempla la configuración unilateral del *contenido del contrato*. La fenomenología sobre la que versa reviste mayor dificultad: a diferencia de lo que sucedía anteriormente, no estamos ahora ante decisiones binarias (sí o no), sino ante decisiones graduales dentro de un rango o espectro continuo de gran amplitud (más o menos). Con todo, esta segunda modalidad de configuración unilateral también debe admitirse por exigencia de la autonomía privada. Otra cosa es que, so pena de contradecirse o anularse ella misma (la libertad de contratar no comprende la libertad de someterse incondicionalmente al dictado ajeno), haya de imponérsele ciertas constricciones. La determinación unilateral del contenido del contrato no puede concebirse ya como un derecho subjetivo pleno, ejercitable solo en beneficio propio, sino como un derecho limitado, atributivo de un poder fiduciario —justamente en eso consiste el *arbitrium* como categoría distinta de la *voluntas*— que ha de ser ejercitado en interés común de ambas partes, en interés del *equilibrio contractual*. La racionalidad de este planteamiento obliga a someter a cirugía drástica los arts. 1449 y 1690 CC y el principio general prohibitivo tradicionalmente deducido de ellos, con o sin el apoyo del art. 1256 CC (v. *infra* § 3).

La tercera parte versa sobre la configuración unilateral del *enforcement del contrato* y, señaladamente, de la que se esconde tras la limitación de la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso del contrato. La exigencia de maximizar el espacio de la autonomía privada mientras no aparezcan razones derivadas de imperativos morales o de orden público invita asimismo a independizar el tratamiento de esta materia del art. 1256 CC y a redimensionar el alcance de la prohibición contenida en el art. 1102 CC y de la previsión del art. 1107 II CC circunscribiéndolo al caso del dolo cualificado o *malitia*. Esto significa admitir pactos de exclusión o limitación de la responsabilidad o de la aplicación de otros remedios contractuales en casos de incumplimiento simplemente voluntario o dolo simple, en los términos en que dichos conceptos serán definidos (v. *infra* § 4).

El trabajo se cierra con una consideración final, cuyo objeto es mostrar el divorcio existente entre la teoría —que tiende a sobrevalorar el art. 1256 CC como «uno de los principios básicos de la contratación»⁵— y la práctica, que con frecuencia lo desconoce o margina. La conclusión, una vez más, es que el divorcio o paradoja en cuestión ha de resolverse con más teoría (v. *infra* § 5).

2. *Voluntas*: derechos potestativos de la parte

La problemática de más fácil inteligencia y solución es la que se plantea en la dimensión de la eficacia del contrato. Versa sobre los pactos que, de uno u otros modo, la hacen depender de la *voluntas* —o «exclusiva voluntad»— de una parte. De esto es de lo que propiamente se ocupa el art. 1256 CC. Nos damos cuenta en cuanto advertimos que el alcance operativo del precepto es prácticamente equivalente al del art. 1115 CC. Esta es precisamente la premisa de la que parte la STS 15-VI-2016.

En ella, el magistrado PANTALEÓN viene a decirnos: (i) que el art. 1256 CC es un precepto más bien retórico («al ser excesivamente genérico, es inidóneo para sostener por sí mismo un motivo de casación»); (ii) que su operatividad real no va más allá de la del art. 1115 («se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del art. 1115 I»)⁶; y (iii) que por eso apenas aporta algo; el precepto no expresaría «sino

⁵ Así se lee aún en el comentario más moderno del Código Civil (v. VÁZQUEZ-PASTOR, 2023, p. 5727).

⁶ Hoy no se discute que ambos preceptos «están íntimamente relacionados entre sí y tienen un mismo significado y sentido» (v., por todos, VALPUESTA, 1989, p. 37; CAÑIZARES, 2017, p. 9; ALFARO, 2023, este último a propósito de la sentencia de Pantaleón que motiva estas páginas). Los detalles de la conexión histórica pueden seguirse en VALPUESTA, 1989, pp. 27 ss.

el principio lógico de que, en frase del propio GARCÍA GOYENA, «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles» (v. STS 15-VI-2016, FD 3º).

Así pues, cuando el art. 1256 CC habla de la «validez y cumplimiento del contrato», debe entenderse que, en realidad, habla de la «eficacia del contrato». Esta es la materia propia de las «condiciones» objeto de regulación en el art. 115 CC, es decir, de aquellos hechos inciertos, de cuya verificación depende cabalmente que la eficacia o efectividad —total o parcial— del contrato surja (condiciones suspensivas) o termine (condiciones resolutorias). La premisa de la coextensividad práctica de los arts. 1115 y 1256 CC no es baladí. Implica que el art. 1256 apenas tiene contenido propio y que el poco que tiene —el del art. 1115— es puramente escolástico. Para que el lector se haga cargo de ello aludiré brevemente a la doctrina de los derechos potestativos y las condiciones puramente potestativas (v. *infra* § 2.1), a la naturaleza simplemente ‘configurativa’ —o no regulativa— de los preceptos en cuestión y las consecuencias que provoca su «incumplimiento», si es que pudiera hablarse en estos términos (v. *infra* § 2.2) y a ciertas particularidades que presentan los derechos potestativos modificativos (v. *infra* § 2.3).

2.1. Condiciones puramente potestativas y derechos potestativos

La limitación de la autonomía privada que aparentemente introducen los arts. 1115 y 1256 CC ha de justificarse. ¿Qué razón puede haber para impedir que la eficacia del contrato quede a merced o voluntad de una parte y que esa voluntad se ejercite exclusivamente al servicio de su propio interés? No se aprecia ninguna razón *sustantiva*, es decir, justificada por la necesidad de evitar efectos sobre terceros (externalidades) o de proteger a partes vulnerables (paternalismo)⁷. El propio reconocimiento por parte del legislador de la compraventa *ad gustum* y a ensayo (arts. 328 CCom y 1453 CC) y de otras figuras de estructura similar lo pone de relieve⁸. La única razón que puede existir es *conceptual*, que es a la que se refería GARCÍA GOYENA y recuerda PANTALEÓN. Ahora bien, esta razón conceptual determina que el ámbito de aplicación de los arts. 1115 y 1256 CC quede circunscrito a aquellos casos en que la condición puramente potestativa afecte solo a la asunción de una obligación por una parte y no despliegue ningún otro efecto contractual. Es decir, a los *contratos unilaterales* (v. por todos, CAÑIZARES, 2017, pp. 16-18).

Pongamos que presto fianza a tu favor por algo que te debe mi hijo bajo la condición *si voluero* o del hecho banal de que el próximo domingo vaya a pasear al Retiro, lo cual depende estrictamente de mi capricho. La diferencia para mí entre decir que quiero o no quiero —o entre ir a pasear al Retiro o no hacerlo— es la diferencia entre asumir el compromiso contractual o no hacerlo. Diverso sería el caso si la asunción de la fianza por mi parte no se supeditase a mi voluntad, sino a la tuya, no a la de quien debe la prestación, sino a la de quien se beneficia de ella. Nada hay que objetar a que tú te reserves el derecho a decidir en el futuro si quieres o no efectivamente la fianza debida (puede ser que no la necesites ya). De hecho, la nulidad del negocio prevista por el art. 1115 CC se contrae al caso en que la condición dependa de la voluntad del deudor, no a la del acreedor⁹.

⁷ No hace falta decir que solo me refiero —y así lo haré en todo el trabajo— a contratos ordinarios, no a contratos celebrados con consumidores o bajo condiciones generales, que tienen su tratamiento propio.

⁸ Para una aproximación a las distintas filigranas dogmáticas urdidas para explicar la venta *ad gustum*, v. VALPUESTA, 1989, pp. 102 ss.; para una visión más actualizada y articulada de las diferentes figuras, v. ATAZ, 2013, pp. 551 ss.

⁹ El precepto solo salva el caso de que la condición dependa de la voluntad de un tercero, pero es claro que, a tales efectos, el acreedor debe considerarse un tercero. Esto ha provocado algunas discusiones estériles. La idea expresada en el texto se recoge ahora con claridad, aunque sin necesidad, en el art. 512-13 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores: «No se considera vinculado el deudor cuando el cumplimiento de la condición dependa de su exclusiva voluntad» (v. también art. 1101.1 PMDO-CGC). Digo sin necesidad porque ¿podría acaso dudarlo alguien?

Hoy no debe dudarse de que, fuera de los contratos unilaterales (contratos obligatorios que tienen por contenido una obligación unilateral), en los contratos bilaterales y, especialmente, en los sinalagmáticos, es perfectamente posible concertar una condición puramente potestativa, de suerte que el contrato —o una parte de él (una obligación accesoria, por ejemplo)— valga solo si lo quiere la parte cuya voluntad se ha erigido en condición. Un contrato así genera un derecho de opción a su favor y a cargo de la contraparte. Naturalmente, la activación de la eficacia del contrato mediante la oportuna declaración de voluntad requiere que su contenido esté convenido en todos sus términos. Este es un punto importante. Hay que separar eficacia y contenido del contrato. Como recuerda FLUME:

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 reglamentación ya determinada en cuanto al contenido* (FLUME, 1998, p. 801).

El contrato es perfectamente válido porque una parte siempre queda vinculada (en el *put* el comprador, en el *call* el vendedor, y así en cualquier otro contrato). Eso es todo lo necesario para que haya contrato. «Un poco de vinculación basta», por así decirlo¹⁰. ¿*Quid iuris* si la condición puramente potestativa es resolutoria? ¿Ha de predicarse la misma solución? Sin duda. El contrato es válido, sólo que, en lugar de generar a favor de su beneficiario un derecho de opción, genera un derecho de terminación (en realidad, otro derecho de opción —de ahí que se trate de una decisión binaria o discreta— solo que ahora referida a la extinción del contrato). Aunque no está previsto en las normas del Código, este derecho de terminación —sería un derecho de resolución en sentido propio— también puede pactarse en los contratos de tracto único o ejecución instantánea al amparo de la autonomía privada. Piénsese, por ejemplo, en las contraórdenes y cancelaciones de pedidos contempladas en contratos-marco de compraventa de materias primas u otros *inputs* de producción o en simples usos y costumbres en las relaciones entre empresas¹¹. En los contratos de duración o tracto sucesivo, la opción de terminación constituye propiamente un derecho de denuncia, aunque tiene muchos nombres en función del tipo de contrato de que se trate o de la parte que lo ejercite (desistimiento, renuncia, revocación, despido, dimisión, *ius pentendi* o derecho de arrepentimiento, etc.). Nada hay que objetar tampoco. Se trata de un instrumento normal de ordenación de los intereses contractuales.

No se comprende por ello la resistencia que a veces se opone, al amparo precisamente del art. 1256 CC, a este tipo de combinaciones de la práctica. ¿Tiene algún sentido, por ejemplo, la STS 15-XI-1983, que anuló una condición resolutoria puramente potestativa inserta en un contrato de compraventa de maquinaria que facultaba al comprador «para desligarse a su arbitrio del vínculo contractual si libremente entendía [...] no era conveniente proseguir la utilización de la maquinaria adquirida», y todo ello por ser contraria a los arts. 1256, 1115, 1119 y 1449 CC? ¿Tiene sentido en un ordenamiento que,

¹⁰ Hay figuras emparentadas y casi indistinguibles como es, por ej., la oferta de contrato irrevocable, u otras que, eventualmente, pueden tener algún efecto distinto (por ej., en la forma: imagínese una escritura pública que recoja la donación de mi piso a favor de mi hijo «con la cláusula «si quiero»: ¿es efectiva la donación si luego declaro que quiero en escrito privado? No me lo parece). En todo caso, estas son cuestiones que quedan extramuros de este trabajo.

¹¹ La libertad de las partes es grande: pueden atribuirlo a una o ambas partes, exigir justificación o no, someterlo a un plazo o algún tipo de forma, etc. Lo que no parece razonable (aunque seguramente no por ello resulte imposible) es que la terminación pueda hacerse valer una vez que ha comenzado la ejecución del contrato. El tema conecta con la difícil cuestión de si cabe pensar en la terminación de contratos con efectos reales o dispositivos. Piénsese, por ej., en una cesión de créditos. Tampoco le veo obstáculos insuperables. ¿No cabe acaso el retracto convencional o pacto de rescate en la venta (v. arts. 1507 y 1518 CC)? Es delicada igualmente la cuestión de la eficacia retroactiva o simplemente prospectiva de estos derechos de terminación y otros mecanismos análogos. No puedo entrar en ello, aunque juzgo que la autonomía privada también tiene un papel importante que jugar aquí.

como decía, admite las compraventas *ad gustum* y a prueba?¹². Sirva esto para rechazar la tendencia de aquel sector de la doctrina tradicional que, subyugado por el aura del art. 1256 CC, asume un principio de «irrevocabilidad del contrato» que la autonomía privada no podría contradecir salvo en los casos de atribución *legal* del derecho de terminación, que se justifica por las razones específicas que en cada caso el legislador considera relevantes (existencia de justo motivo, evitación de las vinculaciones perpetuas, relaciones de confianza, etc.)¹³.

Algo más delicada es la cuestión de si cabe pactar una condición resolutoria puramente potestativa en contratos unilaterales. Con todo, mi impresión es también afirmativa, porque entretanto no se produzca el efecto extintivo, el negocio surte algún efecto¹⁴. Imaginemos que yo he prestado una fianza sujeta a la condición resolutoria *si voluero* y, antes de resolver, se ha producido el impago o el concurso del deudor. Seguramente hay que entender que quedo obligado. El caso del comodato puede ser ilustrativo de por qué es conveniente, en atención a los resultados prácticos a que conduce, considerar válida la obligación asumida bajo condición resolutoria meramente potestativa. Piénsese en un comodato pactado por un término de doce meses con reserva a favor del comodante del derecho a resolverlo antes si quiere (nada muy distinto de lo previsto en el Código para el caso de que no se haya pactado el uso a que debe destinarse la cosa prestada ni su duración, en la que «puede el comodante reclamarla a su voluntad»: v. art. 1750 CC). Es cierto que en casos así el comodante puede pedir la restitución de la cosa en cualquier momento, pero tan cierto como eso es que ha de soportar que el comodatario haya usado hasta ese momento la cosa sin una contraprestación. Cabalmente esto es lo que explica que el comodante carezca de una acción de enriquecimiento por intromisión frente al comodatario. La idea de la nulidad retroactiva del contrato por efecto de haberse verificado la condición puramente potestativa resulta artificiosa.

De lo anterior se colige que los arts. 1256 y 1115 CC son, como sugiere el teorema de PANTALEÓN, un espejismo. No es verdad lo que dicen o parecen decir o con frecuencia se considera que dicen, aunque las cosas afortunadamente se van aclarando con el paso del tiempo. Hoy es claro que los contratos (completos) pueden quedar a merced de lo que una parte libre y soberanamente decida y además de lo que decida considerando solo su propio interés. Justo este es el contenido de los *derechos potestativos*, cuya existencia y reconocimiento generalizado son la mejor prueba del espejismo. El derecho potestativo consiste precisamente en el poder atribuido a una parte para constituir o extinguir una relación jurídica y, específicamente, una relación contractual. Los elementos polares son el derecho subjetivo de una parte y la vinculación jurídica de otra. Si damos por buena la definición de derecho subjetivo como «poder de la voluntad», rápidamente nos percatamos de que es aplicable igualmente a los derechos potestativos. En estos también hay un *espacio dentro del cual puede actuar libremente la voluntad del titular* (LARENZ, 1978, p. 255). El otro polo es la vinculación. Para que haya contrato siempre tiene que haber en la contraparte una vinculación aunque sea latente, solo pendiente de ser activada, en los términos previamente determinados, por la voluntad del titular del derecho potestativo.

A estas alturas, nada de esto tiene vuelta de hoja. La STS 15-VI-2016 es terminante: «no cabe dar al artículo 1256 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», a lo que —con mayor razón— puede añadirse el pacto que atribuya un derecho potestativo o derecho de opción para constituir una relación jurídica. La sentencia, con cita de las STS 9-I-1995, STS 30-XI-2007 y STS 31-III-2011, apostilla también que

¹² Una visión crítica de esta vieja doctrina en DOMÍNGUEZ LUELMO, 2022, pp. 288-290.

¹³ Así, por ej., GARCÍA VICENTE, 2013, pp. 9023-9024.

¹⁴ Así también, en la conclusión, pero no en la argumentación, CARRASCO, 2013, p. 8172. Es absurdo pensar que la resolución tiene efectos retroactivos y vuelve las cosas a su estado anterior al contrato; la jurisprudencia en este punto es todo menos afortunada: v., recientemente, STS 21-I-2026 (núm. 98) y STS 19-III-2026 (núm. 439) y STS 1-VI-2026 (núm. 2447).

todo esto es ya doctrina jurisprudencial asentada¹⁵. Esta es quizá la mejor prueba de la innecesariedad de los arts. 1256 y 1115 CC, de los cuales podría prescindir nuestro Código sin pérdida o menoscabo alguno, como prescinden otros ordenamientos y, señaladamente, las regulaciones y para-regulaciones internacionales (cfr. arts. 16:101 PECL; III.-1:106 DCFR; 5.3.1: PICC o 74 CESL; v. sobre todos ellos, BABUSIAUX, 2018-a, p. 1935 y 2018-b, pp. 1943 y 1945-1946). Pues las consecuencias limitadas que desencadena su inobservancia se explican por sí mismas; son producto de la propia estructura de los hechos, no de una específica previsión normativa, algo así como un *a priori* o verdad necesaria del derecho de los contratos. Digo más, con la abrogación de los arts. 1256 y 1115 CC se eliminaría una fuente constante de equivocaciones. La utilización en la doctrina, en el foro y en la jurisprudencia del art. 1256 CC no es precisamente aleccionadora (v., a título ilustrativo, el repaso que hace VALPUESTA, 1989, pp. 262 ss.). Parece poco justificado por ello que la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones de la Comisión General de Codificación (2023) o PMDO-CGC lo haya mantenido en su art. 1137.

La lección que sacamos es muy simple: el derecho potestativo, si se quiere, puede distinguirse formalmente de la condición puramente potestativa, pero materialmente uno y otra son la misma cosa, un *poder atribuido a la voluntad de una parte para regular la eficacia del contrato*. Solo cambia el hábitat: mientras que del derecho potestativo hablamos preferentemente en el ámbito de contratos bilaterales y, específicamente, sinalagmáticos, de la condición potestativa —me refiero a la condición potestativa con los efectos previstos en el art. 1115 CC— hablamos sobre todo en relación a los contratos unilaterales.

2.2. Normas configurativas y consecuencias de su infracción

Hemos comprobado que la creación de derechos potestativos está protegida por la autonomía privada. ¿Cuál es entonces la naturaleza de las normas previstas en los arts. 1256 y 1115 CC? No son, en rigor, normas *imperativas* toda vez que no obedecen a un valor sustantivo que el ordenamiento trate de preservar por razones morales o de fondo. Pero tampoco son normas *dispositivas*, de las que las partes puedan prescindir sin más. En realidad, se trata de normas de un tercer género. Las llamaré normas *configurativas*, pues allí donde sean aplicables —en el limitado espacio en que sean aplicables— solo definen las condiciones para la formación de un vínculo jurídico, por escaso o parcial que sea¹⁶. De la misma manera que no es posible configurar un contrato de compraventa sin la previsión de una obligación de pagar el precio, no cabe configurar un contrato sin la existencia de un vínculo jurídico. La nulidad del contrato de donación de un inmueble (aunque esté documentado en escritura pública) o del contrato de fianza (gratuito) sujeto a la condición *si voluero* no se explica por nada especial, sino simplemente porque la voluntad de las partes es esa, que la realidad o efectividad de la donación o de la fianza queda supeditada a que el donante o el fiador manifiesten su voluntad de obligarse. Mientras tanto no hay contrato. No hay ningún misterio en ello.

Tal vez por eso, más que de contrato nulo, es pertinente hablar de *contrato imperfecto* —en formación o *in fieri*— en el sentido de que aún no está «perfecto», «perfeccionado» o «completado». La nulidad de la obligación sometida a condición puramente potestativa significa algo tan obvio como que si una persona está obligada solo «si quiere» o «cuando quiera», en realidad no está obligada o no lo está todavía, porque aún no ha consentido; lo estará cuando efectivamente consienta. Esta nulidad procesal

¹⁵ La literalidad del art. 1256 CC no puede ser óbice para ello, como llegó a pensarse en algún momento sobre la base de ideas como la fuerza obligatoria del contrato y la igualdad esencial de los contratantes, que impedirían que uno quede sujeto al convenio y otro libre de él (recoge referencias suficientes CAÑIZARES, 2017, pp. 11-12). Este tipo de argumentación y el «derecho vulgar» que anida en ella son los que refuta, esperemos que definitivamente, la STS 15-VI-2016.

¹⁶ Para la idea de norma configurativa me he inspirado en la de «*structuring term*» de GETZLER, 2014, p. 49.

poco tiene que ver con la nulidad sustantiva que proviene de ilicitud, constitutiva de una especie de sanción de ineficacia, que como tal no puede convalidarse o sanarse por la simple voluntad de las partes.

La nulidad es nulidad del contrato en los contratos unilaterales, pero puede ser solo nulidad parcial o nulidad de la obligación afectada en los bilaterales y, específicamente, en los sinalagmáticos, cuando así se haya pactado o deba entenderse que se ha pactado con arreglo a los criterios de interpretación del contrato. La nulidad total del contrato bilateral se asume a veces cuando la propia configuración extravagante de la condición indica o presagia que realmente no hay un propósito serio de contratar. Es cierto que si te vendo mi piso sometido a la condición suspensiva de que el próximo domingo decida ir a pasear por el Retiro, lo primero que pensarás y que pensaría cualquiera es que no tengo ningún propósito serio de vender, que esto no es más que un ejercicio *iocandi causa*. Es fácil imaginar la cara que se le podría al juez a quien se hubiese turnado un caso así. La apariencia ciertamente es de eso que los ingleses llaman un «contrato ilusorio» y, por tanto, inexistente. La calificación, sin embargo, ha de tomarse con un grano de sal. No hay necesidad de elevar la anécdota a categoría, pues en rigor estamos ante una simple cuestión de interpretación de la voluntad. Bien pudiera ser que, a la vista de las circunstancias, hubiese que concluir que hemos celebrado una compraventa o, si se prefiere, una opción de venta en la que el modo elegido para el ejercicio del *put* consiste en un paseo por el Retiro el próximo domingo¹⁷. Con ello quiero decir que, al final del día, la verificación de si ha habido algún tipo de vínculo contractual es una cuestión de interpretación¹⁸. Esta es la forma en la que deben abordarse estos problemas y es la perspectiva que adopta el derecho europeo (v. BABUSIAUX, 2018-b, p. 1943).

Las normas configurativas no son en rigor susceptibles de infracción, no hay ilicitud alguna en su inobservancia. Conforme acabamos de ver, lo único que impiden es la formación del supuesto de hecho del contrato. Por tanto, la eventual existencia de una condición puramente potestativa en un contrato unilateral determina la «nulidad» del contrato, aunque bien puede hablarse de «inexistencia» por no haberse completado su formación. Lo mismo sucede en los casos en que la formulación de la condición dentro del contrato (bilateral) no deba interpretarse como derecho potestativo, sino como falta de la mínima seriedad necesaria para la celebración de un contrato. En este caso la consecuencia también debería ser la nulidad o «inexistencia» del contrato en su integridad.

Eventualmente, la condición puramente potestativa puede ocasionar la nulidad parcial dispositiva —muy distinta de la nulidad parcial imperativa a la que me referiré en su momento (v. *infra* § 4 *ab initio*)—; ello sucederá cuando quepa entender, con arreglo a los criterios de interpretación e integración del contrato, que las partes habrían querido también el contrato sin la obligación condicional de que se trate, lo cual bien puede suceder cuando aquella se refiera a un aspecto marginal y separable del negocio.

Este es un punto sobre el que merece la pena insistir a la vista de la confusión otrora reinante en la

¹⁷ V., en este sentido, entre otros, ATAZ, 2013, p. 557.

¹⁸ Es interesante también el caso de la STS 31-X-1994. El Supremo anula, so pretexto del art. 1256 CC, la cláusula contenida en un contrato de préstamo en la que se disponía que la devolución del capital quedaba a la exclusiva voluntad del prestatario con la única excepción del supuesto en que, por surgir una necesidad de fuerza mayor, el prestamista exigiera la devolución de todo o parte del capital. Como digo, no es fácil de comprender que la cláusula se haya considerado contraria al art. 1256 CC ni que se haya entendido que la sanción por infringirlo es la nulidad de la cláusula y no la del contrato. Por otra parte, a simple vista no se ve nada de reprochable en la cláusula en cuestión. Otra cosa es cuál deba ser la calificación del negocio. Si es oneroso, si el prestatario paga un interés periódico, el negocio será un préstamo genuino, no hay duda de que cabe el préstamo perpetuo. Si es gratuito, en cambio, parece más oportuno recalificarlo como donación de cantidad con facultad de reversión, facultad de disposición o facultad de revocación en caso de necesidad, ahora no es momento de entrar en mayores sutilezas (v. art. 639 CC).

doctrina y del curso vacilante que aún muestra la jurisprudencia¹⁹. No es infrecuente, en efecto, que los tribunales refieran la nulidad total o parcial, no al contrato, sino a la propia condición puramente potestativa. La finalidad que guía este proceder es claramente —e infundadamente— penalizadora. El fenómeno puede ilustrarse con la STS 10-XII-1960. Se trataba de una compra sometida a la condición de que fuese aprobada por un «tercero» apócrifo, meramente formal: la sociedad controlada por el comprador. El Supremo consideró con razón que se trataba de una verdadera condición potestativa (dado que realmente el tercero en cuestión no era sino un trasunto o instrumento de la parte compradora), pero decidió con menos razón anular la condición para asegurar la efectividad del contrato a favor del vendedor. Es posible que sea un caso de justicia del Cadí, pero la solución es ciertamente anómala desde el punto de vista dogmático²⁰. La voluntad del comprador era sin duda la de obtener una opción de compra, cuyo ejercicio defería a la sociedad controlada por él. No descarto sin embargo que la sentencia fuese justa. Uno puede imaginar que detrás se escondía quizá una treta del comprador para engañar al vendedor, al que se hizo creer que la voluntad condicionante era verdaderamente la de un tercero cuando, en realidad, se le estaba arrancando subrepticamente y contra su voluntad una opción de venta. Pero de ser así, la solución no habría debido consistir en imponer al supuesto comprador un contrato no querido, sino exigirle responsabilidad precontractual por todos los trastornos y molestias ocasionados. Volvamos a García Goyena: «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles». La incompatibilidad no tiene más salida que la nulidad del negocio, nunca la de la sola condición.

2.3. Referencia a los derechos potestativos modificativos (plenos y limitados)

Hemos comprobado que la fenomenología de la *voluntas* en la configuración unilateral del contrato coincide básicamente con la de los derechos potestativos. Antes de pasar al estudio de la fenomenología del *arbitrium* y con la finalidad justamente de explanar el terreno para su mejor comprensión, es oportuna una precisión sobre la tipología de tales derechos potestativos. La doctrina suele dividirlos en tres categorías: constitutivos, extintivos y modificativos. Previamente he aludido a los *derechos potestativos constitutivos*, cuyo ejercicio determina la adquisición de un derecho o el establecimiento de una relación jurídica (además de las opciones de compra y venta mencionadas, hay muchos otros: por ej., la facultad de aceptar una oferta irrevocable, el derecho de retracto convencional del art. 1507 CC, etc., etc.) y a los *derechos potestativos extintivos*, que otorgan a su titular la facultad de terminar una relación jurídica (resolución, denuncia, etc.). No me he referido, en cambio, a los *derechos potestativos modificativos*, que —como su nombre indica— confieren a su titular poder para modificar o completar los términos de una relación jurídica.

Lo hago ahora con un par de observaciones, cuyo único objeto es bosquejar la mayor complejidad de esta tercera categoría, algunas de cuyas manifestaciones se sitúan en la zona de transición entre la configuración unilateral de la eficacia y la configuración unilateral del contenido del contrato. En la primera página del ensayo ya advertí que la clasificación de la fenomenología objeto de estudio en función de la dimensión del contrato en que aparece —la eficacia, el contenido o el *enforcement*— era

¹⁹ V. el panorama que ofrece VALPUESTA, 1989, pp. 384 ss.; v. también CARRASCO, 2013, pp. 8172 y 8174.

²⁰ A veces puede influir una cierta confusión entre la condición puramente potestativa y la simplemente potestativa, en la que hay obligación de la parte afectada de contribuir a su verificación so pena de se tenga por no puesta (art. 1119 CC). La ficción de verificación de la condición ha de verse como una penalidad impuesta al deudor por no cumplir con sus deberes. La condición anulada por la STSJ Castilla León 29-V-2008, que hubo de ser tomada como cosa juzgada por la STS 10-X-2016, de la que también fue ponente Fernando Pantaleón, no puede considerarse, en efecto, puramente potestativa, aunque a veces así se hace (v. CAÑIZARES, 2017, p. 4). La condición consistía en obtener la calificación de urbanizables para unos suelos, lo que exigía previamente que el obligado lo solicitase y gestionase ante la autoridad municipal.

una clasificación abierta, ni exhaustiva ni disyuntiva por tanto. Ahora destaco su carácter no disyuntivo: sus elementos a veces se solapan por no ser enteramente separables ni mutuamente excluyentes. La zona de solapamiento o transición se produce precisamente allí donde resulta difícil discernir si seguimos estando ante un genuino derecho potestativo o derecho potestativo pleno. En este sentido es útil distinguir entre derechos potestativos plenos y limitados. La distinción bascula en función de que el derecho se sitúe en la esfera de intercambio o en la esfera de gobierno del contrato (sobre estos conceptos, v. PAZ-ARES, 2023-b, pp. 32-36).

a) Si se sitúa en la *esfera del intercambio* —es decir, en la esfera de la distribución de derechos entre las partes ya enteramente acordada—, deberá calificarse como derecho potestativo pleno. Estando ya completamente definido el intercambio, otorga a su titular la facultad ejercitarlo en función de su exclusiva voluntad y en atención a su exclusivo interés. Su estructura es similar a la de las opciones y derechos de terminación antes aludidos. Aquí se incluyen los derechos modificativos mediante los cuales una parte queda facultada para determinar o modificar un aspecto del contrato, pero en un sentido predeterminado o predeterminable.

La modificación se produce, por ejemplo, cuando el titular del derecho opta entre diversas posibilidades establecidas de antemano (arts. 1132 y 1136 CC): v. gr. entre prestaciones o regulaciones alternativas (fuero de Madrid o A Coruña; arbitraje o tribunales, carga o descarga en el puerto de Vigo o Ferrol, a elección del deudor o del acreedor, etc.); o cuando hace uso del derecho que se ha reservado para reducir o ampliar el alcance material o temporal del encargo realizado (opción de incrementar el pedido o de disminuirlo, de prorrogar o renovar el contrato, de anticipar su extinción con los ajustes proporcionales en la contraprestación que correspondan, etc.); o cuando ejercita derechos que le permiten modificar su situación jurídica, como es el de provocar el vencimiento de la obligación mediante la intimación de la mora (art. 1100 CC), o el de extinguir la obligación mediante la compensación (arts. 1195 y 1202 CC), etc., etc.

Los poderes que confieren este tipo de derechos modificativos son *poderes no funcionalizados*, es decir, *no conferidos en términos y/o para fines determinados*. Justo por esta razón los llamamos derechos plenos (significativamente, en el ámbito del *common law*, se denominan «*absolute rights*», su nombre lo dice todo). Constituyen el paradigma de toda la categoría (de hecho, son los únicos que mencionan los clásicos: v., por ej., VON THUR, 1934, p. 15). La característica que los distingue es su binariedad o, quizá más exactamente, su carácter discreto, en el sentido de que la determinación o modificación de la prestación que permite efectuar a su titular está predefinida en el propio intercambio pactado. En realidad, no hay más que un *ius eligendi*. Precisamente por eso el derecho puede ejercitarse atendiendo única y exclusivamente al interés propio de su titular, sin otras restricciones que las impuestas con carácter general por la buena fe y el abuso del derecho en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC).

b) Los derechos modificativos limitados se sitúan, por el contrario, en la esfera del *gobierno del contrato*. Confieren poderes para su gobernanza: para completar el contenido del contrato o para modificarlo, en ambos casos de manera *funcionalizada*. El titular del derecho no puede hacer uso de ellos más que en los términos y/o para los fines con que implícita o explícitamente le han sido conferidos²¹. La limitación derivada de esta funcionalización determina la sujeción del poder a un control sustantivo que va más allá del control ordinario de la buena fe en el ejercicio de los derechos y se convierte en un verdadero

²¹ Algunos autores los separan del resto de derechos potestativos bajo la denominación de «derechos de regulación» o *Regelungsrechte*, cuyo objeto consiste precisamente en reglamentar, dentro de un determinado marco, aspectos de la prestación (v., por ej., MEDICUS, 1988, p. 40).

control del contenido del contrato, cuyo objetivo es asegurar el carácter objetivamente justificado de la decisión adoptada y, en definitiva, la razonabilidad, corrección, equidad, etc. del contenido del contrato resultante, lo que, por inspiración del art. 82.1 LGDCU, hemos llamado *equilibrio contractual*.

De lo que se trata, dicho en otros términos, es de evitar el abuso o desviación del poder recibido de la contraparte. Aquí hay que separar el abuso del derecho y el abuso del poder. Estos derechos potestativos son *limitados* porque en parte atribuyen un *derecho* (un derecho subjetivo), pero en parte confieren un *poder* (un deber o función) que afecta a los intereses de la contraparte. En esta segunda vertiente es donde se justifica el control de contenido. Lo llamaré «control fiduciario» y, correlativamente, llamaré *arbitrium* fiduciario al derecho/poder de configuración unilateral del contenido del contrato. De todo ello y de su propia viabilidad dentro de nuestro ordenamiento se ocupa la siguiente sección del ensayo.

No obstante, con carácter previo, es oportuno justificar la calificación «fiduciaria» del arbitrio de la parte. De entrada, no es intuitiva. Las relaciones fiduciarias en el sentido propio o fuerte del término son aquellas en las que el poder discrecional atribuido al agente solo puede ser utilizado en interés del beneficiario. Los ejemplos típicos de *status* fiduciario son conocidos: administradores de sociedad, mandatarios, agentes de comercio, tutores, curadores o «apoyadores», padres, funcionarios, etc.; todos ellos han de actuar en exclusivo interés, respectivamente, de los socios, el mandante, el empresario, el discapacitado, los hijos menores, el interés general, etc.). Lo que distingue a este tipo de relaciones es la existencia a cargo del agente de un *deber de lealtad fuerte* —un deber de anteponer el interés ajeno al propio—, cuya mejor definición la ofrecen en nuestro derecho los arts. 227-230 LSC. Pero, como digo, a nuestro modo de ver, es conveniente agrupar también bajo el mismo paraguas fiduciario aquellas otras relaciones en las que la discrecionalidad conferida, aun cuando puede ser utilizada también en interés propio, ha de atender equilibradamente el interés de la contraparte.

El caso de libro de estas relaciones fiduciarias débiles lo proporciona el derecho de voto en una sociedad de capitales: el socio puede hacer uso del mismo en interés propio siempre que no conculque el «interés social». O el del socio-administrador en una sociedad colectiva, cuyo mandato es cabalmente el prototipo del mandato de interés común. O el de una relación fiduciaria canónica (por ejemplo, el mandato) en la que el principal haya dispensado al agente de actuar en conflicto de interés (art. 267 I CCom *in fine*). En el curso de la exposición tendremos que volver sobre algunos de estos casos y haremos referencia a otros que merecen la misma calificación. En todos ellos, el deber de lealtad, aunque rebajado, subsiste²². No hay inconveniente en considerar este deber como un deber de buena fe, siempre y cuando se asuma que es un *deber de prestación* cualificado o reforzado respecto del que con carácter general y como puro *deber de protección*, se desprende de los arts. 7 y 1258 CC. La cualificación en relación con este último precepto reside en la utilización de la buena fe —lo que las partes habrían pactado *ex ante* de conocer todas las circunstancias—, no con función integradora, sino con función rectificadora, es decir, como rasero contra el cual enjuiciar el ejercicio de derecho potestativo limitado. La ventaja de seguir hablando de deber de lealtad en esta constelación de casos reside en su más nítida correlación con la idea de la funcionalización de los poderes. Al final, de lo que se trata es de asegurar que los poderes son utilizados en los términos y/o para los fines con que han sido concedidos (v. art. 228 a) LSC).

Es cierto que en el ámbito del *common law* suele entenderse que la fenomenología que clasifico dentro de las relaciones fiduciarias débiles queda fuera del ámbito fiduciario propiamente tal (v., por ej., MILLER, 2016, p. 50). Incluso se considera que una relación fiduciaria típica pierde su naturaleza fiduciaria cuando el principal dispensa al agente de actuar en conflicto de interés (cfr. HUDSON, 2023, p. 116). En relación con ello formularé solo dos observaciones. Una es para precisar que, en nuestro derecho, no estando limitados por la tradición doctrinal del *trust*, no tenemos la necesidad de operar una delimitación tan rígida²³. De hecho no solemos

²² Como se escrito autorizadamente, “[a] fiduciary sharing may be more or less self-less, but it is always other-regarding, and so it always requires sharing ex post” (MARKOVITS, 2014, p. 217).

²³ Nótese que, en realidad, en el derecho anglosajón, el derecho fiduciario se considera distinto del derecho contractual (los *trusts* no son contratos y los contratos que dan lugar a deberes fiduciarios como el de *agency* o *partnership*, se analizan rutinariamente de una manera bifurcada, distinguiendo pretensiones basadas en el contrato y pretensiones basadas en

hacerlo, como muestra la doctrina societaria relativa a los deberes de lealtad del socio. La otra es para recordar que, en cualquier caso, estamos en un campo cualitativamente diferente del de los derechos potestativos plenos, que antes ubicamos en la esfera del intercambio. El debate contemporáneo sobre el derecho de la *equity* (equidad) en el mundo anglosajón pone de relieve algo interesante a nuestros efectos, y es que, en realidad, la *equity* no interviene solo en el caso de las relaciones fiduciarias formales (deber de lealtad en sentido fuerte), sino también en otras relaciones caracterizadas por las notas de vulnerabilidad, dependencia o riesgo especial de abuso. Tan es así que algunos autores sugieren que la clave para entender el control de contenido propio de la *equity* no está en el *status* fiduciario, sino en algo más profundo asociado a las notas referidas. Las relaciones fiduciarias serían el caso paradigmático, pero no el único fundamento de la intervención equitativa, dentro del cual habría que incluir también la *contractual discretion* o configuración unilateral del contenido del contrato (v. HUDSON, 2023, pp. 117 ss.). «Fiduciary status is only a conclusion as to, not a reason for, equity's commitment to the terms on which a power is held. This commitment, in principle, extends to ensuring that a contractual power is exercised in accordance with any terms on which it is held» (HUDSON, 2023, p. 128).

Nuestra estipulación de una definición más amplia de lo fiduciario se justifica precisamente por ese algo más profundo. De ahí que cubra todas las manifestaciones que en el mundo anglosajón cubre la *equity*: tanto las relativas a la discrecionalidad fiduciaria (fuerte) como las que se refieren a la discrecionalidad contractual (débil). Es oportuno puntualizar además que, específicamente en relación con los poderes contractuales discrecionales de la parte, el *common law* avanza en el sentido de unificar el control de la discrecionalidad en el campo del derecho privado y en el campo del derecho público. De hecho, a partir del caso *Braganza*, los tribunales utilizan criterios similares de razonabilidad y racionalidad en ambos campos (v., entre otros, DAINITI, 2005, pp. 555 ss. y VARUHAS, 2022, pp. 787 ss.). Y es que, en efecto, la teoría general de la discrecionalidad tiene un amplio recorrido (v., recientemente, en nuestra literatura, DOMENECH, 2024, pp. 7 ss.).

c) Las precisiones anteriores nos permiten ahora demarcar la zona de transición, en la que habría que encuadrar aquellos supuestos, cuya adscripción a los derechos potestativos plenos (y por tanto a la *voluntas* y la esfera de intercambio) o a los derechos potestativos limitados (y por tanto al *arbitrium* fiduciario y la esfera de gobierno) no es clara. Pongamos que un contrato de trabajo atribuye al trabajador ciertos derechos (por ej., horario flexible, parking de empresa y prestación del trabajo en el centro de La Coruña), pero al mismo tiempo —como no es infrecuente— confiere al empresario la facultad de revocarlos o alterarlos (v. GÓMEZ ABELLEIRA, 2023, pp. 113 ss.). Intuitivamente uno pensaría que algunos de los mencionados son derechos potestativos plenos (retirar el parking) y otros quizá menos (el horario flexible y, sobre todo, el lugar de trabajo), cuya modificación unilateral debe al menos estar justificada objetivamente. Aquí se percibe un *continuum*, en el cual no es fácil hacer un corte seco. Quiero decir con ello que en la franja intermedia rige un principio de geometría variable: la intensidad de la justificación requerida para una determinada configuración unilateral es directamente proporcional al grado de limitación que tenga del derecho potestativo y, viceversa, inversamente proporcional a su grado de plenitud.

Hay sin embargo ejemplos claros de derechos potestativos limitados y de derechos potestativos plenos que, a pesar de todo, a menudo se confunden. Un derecho potestativo limitado es sin duda el que atribuye a una parte el poder de actualizar o adaptar los precios al alza o a la baja, del cual naturalmente solo podrá —o deberá— hacer uso cuando se halle justificado por la evolución de los costes de producción o por cambios en la calidad del producto o el servicio de que se trate. Un derecho potestativo pleno, en cambio, lo tenemos cuando el ajuste del precio se vincule a un derecho de terminación. No parece discutible en efecto que, si las partes tienen un derecho de denuncia o resolución *ad nutum*, cualquiera de ellas puede condicionar la subsistencia del contrato a la aceptación por la otra de un aumento o, en su caso, de una disminución del precio. Pero en este caso, en

deberes fiduciarios. Nada de esto sucede en el derecho continental, en cuya tradición del mandato ha habido menos incentivos para desarrollar los deberes fiduciarios como algo distinto de las obligaciones contractuales, especialmente teniendo en cuenta que el derecho de los contratos tiene nociones amplias de buena fe y normas sobre conflictos de interés (es de gran interés GRAZIADEI, 2014, *passim* y p. 295)

rigor, no se trata tanto de un derecho modificativo, sino extintivo: el ejercicio no está sujeto a la evolución de los costes, sino a la exclusiva voluntad de las partes, cuya única limitación vendrá determinada por el grado de competencia que exista en el mercado relevante²⁴.

3. *Arbitrium*: poderes fiduciarios de la parte

Toca ahora examinar la configuración unilateral del contenido del contrato, de la que algo acaba de anticiparse. Me refiero a la determinación por una parte de la prestación o de cualquier otro aspecto del reglamento contractual, incluida su modificación para adaptarlo a las circunstancias. La fenomenología relevante, ciertamente más compleja que la examinada en la sección anterior, la agrupo bajo el concepto de *arbitrium*. Hay aquí poco espacio para la *voluntas*²⁵. El problema tradicional en nuestra doctrina y jurisprudencia consiste en no haber distinguido lo que sí distinguían las fuentes: *voluntas* y *arbitrium*²⁶. Esta circunstancia ha determinado que una y otro se traten de manera prácticamente equivalente. Es así como, exaltando el art. 1256 CC, se ha consagrado el dogma de la prohibición del arbitrio de la parte en la determinación o modificación del contrato²⁷.

Va de suyo que la prohibición está justificada cuando se refiere a la *voluntas* —a la «exclusiva voluntad» o capricho— de una parte. El ordenamiento jurídico no puede amparar la arbitrariedad. El viejo argumento *maiore ad minus* de WINSCHIED —«[q]uien puede comprometerse a realizar algo por nada, también puede comprometerse a realizar algo por un x a determinar por la parte contraria»²⁸— es tan ingenioso como artificioso.

En el apartado anterior hemos comprobado que la función propia del art. 1256 CC (interpretado a la luz del art. 1115 CC) es una *función configurativa*. El precepto simplemente indica que el deudor no se obliga hasta que efectivamente se obligue; entretanto el contrato —*in totum* o en parte, en relación con la obligación de que se trate— no se perfecciona. Pero la doctrina le atribuye con frecuencia también una *función imperativa*, que consistiría justamente en interdecir la arbitrariedad (v., por ej., VALPUESTA, 1989, p. 260 o GÓMEZ ABELLEIRA, 2023, pp. 53-54 con más referencias a la doctrina civilista más actual). Tengo dudas sin embargo de que esta sea también función del precepto. El hecho de que la arbitrariedad contractual —la ilimitada discrecionalidad o prevaricación de una parte en la determinación del contenido del contrato— sea inadmisibles no significa que su tratamiento haya de tramitarse de manera uniforme en todos los casos a través del art. 1256 CC y sujetarse a las consecuencias que hemos supuesto desencadena su «infracción» (v. *supra* § 2.2). El tratamiento dependerá del problema que se suscite en cada ocasión. La naturaleza del problema determina el tipo de solución que le conviene y la vía de control más adecuada para instrumentarla. Los males que justifican en el ámbito contractual la interdicción de las cláusulas de discrecionalidad ilimitada (solo estas merecen el oprobio de la

²⁴ Cuestión distinta es si es suficiente para entender aceptado un aumento del precio el silencio o falta de respuesta del consumidor a la comunicación del proveedor, normalmente de esta o similar índole: «vamos a subir el precio, puedes cancelar si no te gusta», que la jurisprudencia responde negativamente sobre la base del art. 62 LGDCU: v., por ej., STS 26-I-2017. Sobre la necesidad de evitar la confusión entre ambas clases de derechos potestativos, en la que a veces incurre la jurisprudencia del TJUE y de algunos países europeos, resulta ilustrativa la entrada de ALFARO, 2026; el art. 85.10 LGDCU parece participar de una confusión semejante).

²⁵ Aunque relacionada con el requisito de la determinación del objeto del contrato y la tradicional renuencia a que el juez provea (cada vez ciertamente más debilitada en la evolución internacional), se trata conceptualmente de una cuestión distinta. El arbitrio fiduciario asegura justamente la determinabilidad (art. 1273 CC).

²⁶ Ya Ulpiano discernía claramente entre ambas figuras: v. Dig. 30, I, 75.

²⁷ V., entre tantas, STS 22-XII-2000, STS 30-I-2007, 3-XII-2014; etc.; DGRN 26-IX-2003, etc. En la literatura reciente ofrece referencias suficientes MACIA, 2023, pp. 6580-6582.

²⁸ «Wer sich anheischig machen kann, für ein Garnichts zu leisten, kann sich auch anheischig machen, für ein von Gegner zu bestimmendes x zu leisten» (WINSCHIED, 1891, p. 156, nt. 5).

arbitrariedad) son básicamente tres: no obligatoriedad, impredecibilidad y opresividad²⁹.

La *no obligatoriedad* se produce cuando el deudor se reserva plena capacidad para determinar su propia prestación; en la medida en que esta puede tender a cero, desaparece la idea misma de vínculo o vinculación inherente al contrato. Nótese la diferencia: la discrecionalidad plena es perfectamente inteligible en relación a la eficacia del contrato, pues lo que se deja a la discreción de la parte es la constitución o la terminación del contrato con iguales efectos para ambas partes (opciones, denuncia *ad nutum*, etc.), según vimos antes (v. *supra* § 2). No lo es en cambio en relación al contenido, pues lo que produce es la división del contrato, de manera que este puede acabar obligando a una parte y a otra no, es decir, haciendo ilusoria la contraprestación. Asumiendo que las partes no quieren celebrar un negocio gratuito, el vínculo creado no resulta causalmente adecuado (art. 1275 CC). No puede descartarse incluso la hipótesis de que la cláusula encubra un intento de exonerar la responsabilidad por dolo (art. 1102 CC).

La *impredecibilidad* se produce en la hipótesis contraria: cuando el deudor se reserva plena capacidad de determinar la prestación del acreedor o contraparte. El absoluto desconocimiento por parte de esta de aquello a lo que puede quedar obligada impide también la constitución de un vínculo adecuado: analíticamente es equivalente a dejar indeterminado el contrato o, si se prefiere, a dejarlo convertido en una rifa (art. 1273 CC)³⁰.

La *opresividad* determina que el vínculo tampoco sea merecedor de tutela. Nadie en sus cabales está dispuesto a someterse al puro capricho o prevaricación de la contraparte. De hecho, no hay evidencia empírica sobre prácticas de esta índole en relación a la configuración de aspectos relevantes del contenido contractual. La propia existencia de una cláusula de discrecionalidad ilimitada en este campo es un indicio casi axiomático de vulnerabilidad, dependencia o estado de necesidad y, por ende, del carácter usurario o leonino del pacto (art. 1691 CC). La cláusula rebasaría los límites de la autonomía privada por inmoralidad (la doctrina alemana suele insistir sobre su inmoralidad o *Sittenwidrigkeit*: v., entre tantos, RING Y WAGNER, 2021, marg. 8, p. 1344).

Va de suyo por todo ello que el argumento de WINSCHIED contra la prohibición de arbitrariedad deba rechazarse con carácter general³¹. Lo que no va tan de suyo es que la prohibición siga estando justificada cuando se refiera al *arbitrium*, entendido este como juicio o criterio con un ingrediente fiduciario, según conjeturábamos un poco más arriba. La *voluntas* caracteriza, según hemos visto, el puro derecho potestativo de poner en vigor un contrato o terminarlo (o modificarlo entre opciones predeterminadas: v. *supra* § 2.3 a). El *arbitrium* es otra cosa: su ingrediente fiduciario permite tener a raya los riesgos consabidos de no obligatoriedad, impredecibilidad y opresividad. LARENZ llama al *arbitrium* fiduciario *derecho de cooperación*. Los derechos de cooperación se hallan muy próximos a los derechos potestativos, pero se «distinguen de estos en que no son derechos solo en interés propio» (LARENZ, 1978, p. 281). Hemos apuntado que no se insertan en la esfera de intercambio, sino en la esfera de gobierno del contrato. Los calificamos por tanto de derechos de gobernanza y, como tales, de derechos limitados. El prototipo lo ofrece quizá el derecho de voto del socio en el contrato de sociedad, cuyo ejercicio está sujeto a límites fiduciarios (interés social), pero dentro de la misma categoría proponemos incluir también la facultad de determinar o modificar unilateralmente el contenido de un contrato³².

²⁹ Me inspiro en un apunte de WALDRON, 2012, p. 35 hecho a propósito de la calidad de la ley.

³⁰ Esto es compatible con lo dicho en la nt. 25 anterior, pues la ausencia de límites en la discrecionalidad concedida deja a la otra parte sin ningún criterio de referencia para saber mínimamente cuál puede ser el objeto de su obligación (v., sobre este punto, ROPPO, 2011, p. 338). No es una casualidad que la idea de la rifa o de la fijación del precio mediante ruleta la trajera a colación Federico de Castro para ilustrar justamente la categoría de la «inexistencia» del contrato (DE CASTRO, 1971, p. 466).

³¹ Esta circunstancia y el propio hecho de que previamente haya calificado su argumento de artificioso no excluye que en algún supuesto rebuscado pueda compartirse sobre la base de la conversión del negocio nulo (v. *infra* § 3.3 *in fine*).

³² Este último aspecto suele llamarse, especialmente en los contratos de obra y servicios, *ius variandi*. En cualquier caso, no hay diferencia funcional entre el *ius variandi* y el *ius complendi* típico del arbitrio de la parte. Los hemos catalogado

El componente *other-regarding* del derecho no lo priva necesariamente de su naturaleza de derecho subjetivo. No es de esencia de este ser *self-serving*. Pasa lo mismo con el derecho de voto en el ámbito societario³³ o incluso con el derecho de voto en el ámbito político. Ya lo decía John STUART MILL. El sufragio le es debido al ciudadano como derecho subjetivo (como «derecho suyo» a participar en el gobierno de la comunidad³⁴), pero ello no obsta para que le imponga «la absoluta obligación moral de tener en cuenta el interés público, no su ventaja privada;» y el deber de ejercitarlo «empleando lo mejor de su juicio, exactamente igual que lo haría si él fuese el único votante y la elección entera dependiese de él»³⁵.

La consideración de la facultad de configurar unilateralmente el contenido del contrato como derecho de cooperación o de gobernanza es esclarecedora. No hay que dejarse engañar por las palabras. El «arbitrio» a que se refiere el art. 1256 CC, interpretado con arreglo al art. 1115 CC, es la simple *voluntas*, según hemos visto; ese es el único arbitrio que prohíbe el precepto³⁶. El *arbitrium* al que me refiero ahora como derecho de gobernanza pertenece a una categoría distinta. El arbitrio del art. 1256 no comprende, ni en la letra ni en el espíritu, el que, a falta de nomenclatura más expresiva, he calificado de «fiduciario», en el cual se incluyen —según veremos más tarde— tanto el arbitrio (objetivo) de equidad como el arbitrio (subjetivo) de conciencia (v. *infra* § 3.3). La connotación fiduciaria del *arbitrium* determina que el poder que atribuye se halle sujeto, en mayor o menor medida, al *deber de lealtad*.

Insisto en que la aplicación del deber de lealtad no está circunscrita a aquellos titulares del poder que tienen un *status* fiduciario típico, como el mandatario, el agente, el administrador de una sociedad o el patrono de una fundación. El deber de lealtad, al menos a los efectos estipulados, se impone también allí donde los poderes están supeditados a un verdadero control de contenido, como sucede desde luego en la hipótesis del arbitrador. En uno y otro caso el deber de lealtad tiene una relevancia sustantiva típica. De hecho, no constituye un simple *deber de protección* (derivado de la buena fe), sino un genuino *deber de prestación* (fundado en el mismo contrato)³⁷. El contrato obliga a veces positivamente (es decir, obliga a ejercitar el poder de configuración unilateral atribuido en interés común) y siempre negativamente (es decir, a no ejercitarlo solo en interés propio).

La calificación fiduciaria es un atajo analítico para determinar cuándo se aplica un control de contenido, lo que siempre presupone que los poderes se han conferido condicionadamente, en ciertos términos

más arriba como derechos potestativos modificativos impropios precisamente por separarse del patrón en su condición de derechos de gobernanza (v. *supra* § 2.3).

³³ Como es sabido, la doctrina mercantilista ha discutido y sigue discutiendo si se trata de un auténtico derecho subjetivo o si, por hallarse supeditado su ejercicio al interés social, debe calificarse de simple potestad o función. Me ocupo detalladamente de la cuestión en un estudio en curso bajo el título *El deber de lealtad del accionista (Un ensayo sobre el interés social)*.

³⁴ MILL, 2019, p. 255.

³⁵ *Ibid*, p. 257.

³⁶ No en vano el «arbitrio» del art. 1256 se ha entendido siempre como «libre albedrío, voluntad y aun capricho» (así, por ej., Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, Reus, Madrid 1957-58, vol. XX, p. 591, *apud* VALPUESTA, 1989, p. 241). La distinción entre la voluntad del art. 1115 y el arbitrio del art. 1256 propuesta en su primer estudio por Díez-PICAZO (1957, p. 104) no parece razonable por las razones vistas anteriormente (v. *supra* nt. 6).

³⁷ Esta distinción ha sido analizada en nuestra literatura por Antonio Cabanillas en varias obras (v., recientemente, CABANILLAS, 2022, pp. 118-121). Es cierto que, a veces, se incluyen entre los deberes de protección ciertos «deberes de lealtad», sobre todo en relaciones de especial confianza (sociedad personalista, contrato de trabajo, etc.), pero tales deberes son deberes de buena fe *ex arts. 7 y 1258 CC* (v., por ej., MIQUEL, 1995, pp. 4501-4502), que poco tienen que ver con el deber de lealtad como deber fiduciario y deber de prestación a que me refiero en el texto. La caracterización del deber de lealtad del arbitrador como un deber de prestación es paralela a la que en los mismos términos formulo del deber de lealtad del socio en el § 3 del estudio referido en la nt. 31 anterior.

y/o para ciertos fines³⁸. El deber de lealtad es el contrapeso del poder contractual de la parte, la funcionalización que lo justifica. En suma, el deber de lealtad y el control de contenido que le es inherente se aplica allí donde no funciona el control del consentimiento, lo que por definición ocurre cuando el contenido del contrato resulta de decisiones discrecionales de una sola parte.

El deber de lealtad sirve como antídoto o contraveneno de la arbitrariedad. Siendo así, no debería haber ningún inconveniente en admitir la plena legitimidad del arbitrio fiduciario de la parte en la configuración unilateral del contenido —esencial o accidental— del contrato. Esta es la expectativa del tráfico y, desde luego, la dirección en la que se orienta el derecho comparado y las propuestas internacionales de modernización del derecho de obligaciones (arts. 6:105 PECL, 5.1.7 PICC; II.-9:105 DCFR; 74 CESL; etc. § 315 BGB; arts. 1164-1165 *Code Civil*³⁹, etc.). La rocosa resistencia de nuestra doctrina y jurisprudencia a admitir algo similar en el ámbito doméstico, conectada con la tradición del *pretium certum* del derecho romano y común y plasmada en un entendimiento literal de los arts. 1449 y 1690 II CC, que vendrían a corroborar la interpretación corriente del art. 1256 CC, debe ser superada⁴⁰.

Tiene poco sentido, por ejemplo, que a estas alturas todavía sigan poniéndose en cuarentena la «venta con precio vendedor» (como hacen, por ej., las STS 30-I-2007 o STS 3-XII-2014); o la reserva por la sociedad —es decir, por el consejo de administración— de la facultad discrecional de reconocer un *bonus* al consejero delegado en función de cómo valore su desempeño, en contra de lo que es práctica cotidiana en nuestras sociedades más relevantes⁴¹; o el poder del empleador de fijar el contenido, lugar y tiempo de la prestación del trabajador no previstos en el contrato o convenio colectivo con arreglo al arbitrio equitativo; o el *ius variandi* del proveedor de servicios digitales o de otra índole para actualizar precios en atención a la evolución de los costes o de la calidad del producto⁴²; etc. Imagínese el escándalo que sería vedar la facultad del franquiciador de cambiar el manual de operaciones de los franquiciados. Es cierto, sin embargo, que la tenacidad —e indudable racionalidad— de ciertas prácticas han acabado aflojando el rigor de la jurisprudencia sobre todo en el campo de los arrendamientos de obra y servicios, en el que no es infrecuente que el precio se deje, expresa o tácitamente, a la determinación de quien realiza la prestación. A los tribunales no les ha quedado más remedio que hacer de la necesidad virtud. Pues la alternativa que procedería seguir lógicamente a partir de sus propias premisas —declaración de nulidad del contrato por indeterminación del precio y estimación de la pretensión de enriquecimiento por prestación del proveedor de servicios— es hartó más compleja y costosa, y a menudo además no ofrecería resultados muy divergentes.

En lo que sigue trato de remover el obstáculo positivo que representan para nuestra tesis los arts. 1449

³⁸ «When a power is not held on terms, it is also not object of control» (HUDSON, 2023, p. 119); en general, sobre la distinción entre poderes o derechos *held in terms* (poderes fiduciarios los llamo yo) y *not held in terms* (derechos potestativos), v. HUDSON, 2023, pp. 117-127.

³⁹ Tradicionalmente, la posición del Código francés no era distinta de la del español (el nuestro sigue al vecino especialmente en el art. 1449 CC). Los preceptos aludidos en el texto han sido incorporados en la reforma de modernización del derecho de obligaciones de 2016. No obstante, el cambio había sido producido ya por cuatro sentencias de la Corte de Casación de 1-XII-1995, que en su momento representaron un giro radical en la jurisprudencia, aceptando un acuerdo para la determinación unilateral del precio en contratos cuadro (v. DEDEK, 2018-a, pp. 824-825).

⁴⁰ Voces autorizadas en la literatura más reciente han reaccionado ya frente al rigor de la doctrina tradicional, siendo de destacar la de GÓMEZ POMAR, 2018. Por mi parte, siempre he pensado que el arbitrio equitativo de la parte debía admitirse en nuestro derecho (v., por ej., a propósito de posibles negocios subyacentes a la letra en blanco del art. 12 LCCh, PAZ-ARES, 1986, p. 337).

⁴¹ Por la misma razón me parece objetable la jurisprudencia laboral que, al amparo precisamente del art. 1256 CC, sostiene que es nula la cláusula de un contrato o convenio colectivo —no un posible ejercicio desviado o arbitrario de ella— que reserva al empresario la facultad discrecional de determinar un *bonus* de ciertos trabajadores (v. la recentísima STS 17-II-2026, núm. 832).

⁴² Insisto en que nuestro estudio no se refiere a cláusulas sujetas a la normativa especial de consumidores (v. art. 85 LGDCU y *supra* nt. 6).

y 1690 CC apelando a la necesidad de interpretación restrictiva de las limitaciones de la autonomía privada (v. *infra* § 3.1) y a ciertos imperativos de coherencia sistemática derivados de nuestro propio sistema de derecho privado (v. *infra* § 3.2). Confío en que el ejercicio nos abra los ojos a la necesidad de reconocer tanto al arbitrio objetivo como al arbitrio subjetivo —la *summa divisio* del arbitrio «fiduciario»—, que ilustraré con algunos ejemplos valorativamente significativos (v. *infra* § 3.3).

3.1.Reinterpretación restrictiva del material positivo

La tesis expuesta es otra extensión del teorema de PANTALEÓN, que ahora podría parafrasear así: los pactos de determinación o modificación unilateral del contrato son inválidos, a no ser que deban considerarse válidos por exigencia de la autonomía privada (1091 CC), cuyos límites no son ilimitados (art. 1255 CC), valga la paradoja. Esto significa que los arts. 1449 y 1690 II CC dicen menos de lo que parece que dicen y, desde luego, de lo que normalmente se considera que dicen. La prohibición estricta se presenta de nuevo como un espejismo.

Técnicamente hablando, el problema de la doctrina tradicional radica en haber leído demasiado literalmente los arts. 1449 y 1690 CC. Una lectura así, especialmente si se hace como continuación o confirmación de la que a primera vista propicia el art. 1256 CC, aboca necesariamente a una interpretación extensiva y excesiva, en la que *voluntas* y *arbitrium* están llamados a colapsar. Ahí reside precisamente el error de base de la doctrina predominante. La autonomía privada impone el proceder contrario. ¿No está acaso cubierto por ella el *acuerdo de las partes* mediante el cual se confía al *arbitrium* de una de ellas, por razones perfectamente legítimas, el completamiento o modificación del contrato? Como dijimos en su momento, la autonomía privada ampara tanto la creación e inserción en el reglamento contractual de reglas primarias (reglas que imponen deberes) como de reglas secundarias (reglas que confieren poderes). ¿Qué hay de objetable en ello desde el punto de vista de la moralidad o el orden público, especialmente si tiene lugar entre partes sofisticadas como ocurre normalmente en la contratación mercantil? También se apuntó: nada. Lo único que parece objetable desde este punto de vista es la discrecionalidad ilimitada de una parte dado el irremediable riesgo de arbitrariedad que le es congénito.

Esto implica que los arts. 1449 y 1690 II CC y similares (v., por ej., art. 1128 II CC) deben de ser objeto de *interpretación restrictiva*, como sugirió en su día Federico de Castro en una página poco conocida u olvidada⁴³. Es una pena que el maestro no diera más pistas acerca de cómo debía encauzarse o materializarse una interpretación de esa índole. Sin embargo, a la vista de lo que venimos diciendo y de la experiencia que se ha impuesto en nuestra civilización jurídica (recuérdese que incluso el *Code Civil* ha entrado en vereda a raíz de la reforma de 2016), el sentido de la operación solo puede ser uno, el de la homologación. La interpretación restrictiva significa que los preceptos en cuestión solo deben aplicarse a los casos de *voluntas*, no a los de *arbitrium* (ya sabemos que la palabra «arbitrio» utilizada por los arts. 1449 o 1256 CC cubre el mismo campo semántico que *voluntas*, según muestra el art. 1115)⁴⁴.

En definitiva, hay que entender que lo que en realidad está prohibido es dejar la determinación del

⁴³ Cfr. DE CASTRO 1976, p. 116.

⁴⁴ Si no se admitiese esa interpretación restrictiva de ambos preceptos, debería al menos convenirse en que su aplicación debe circunscribirse a las materias del contrato de compraventa y de sociedad y, específicamente, a la determinación de aspectos esenciales, como son el precio en el primer caso y la participación en las ganancias en el segundo. No es fácil de entender por ello la conocida posición de Díez-PICAZO, el cual, aun asumiendo que el principio prohibitivo del arbitrio es un error, producto de la confusión entre *voluntas* y *arbitrium*, no admite la interpretación restrictiva (v. Díez-PICAZO, 1957, pp. 104-105).

precio de la compraventa o de la participación de los socios en las ganancias en el contrato de sociedad o del extremo de que se trate en cualquier contrato a la «exclusiva voluntad» de una parte, no encomendar su fijación al *arbitrium*. De algún modo, los arts. 10.2 y 17.1 f) LSP confirman esta orientación. Recuértese que, frente a las dudas interpretativas suscitadas por el art. 1690 CC, han aclarado que la distribución del resultado entre los socios conforme al criterio *quantum meruit* («en función de la contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad»), que es un criterio equitativo muy abierto, puede ser encomendada a una parte (la mayoría) del contrato de sociedad.

Soy bien consciente de que la interpretación propuesta no se compadece bien con los antecedentes. La historia del *pretium certum* (Dig. 18.1.35.1) es la que es. Desde el derecho romano, pasando por el derecho común y luego por Pothier (cabe el precio determinable, pero bajo la condición de «*qu'il ne soit pas laissé au pouvoir seul de l'une des parties*»⁴⁵) llegó al *Code Civil* y, desde allí, pasó después al nuestro (art. 1449 CC). A este desenlace ha contribuido la confusión de las nociones de determinación unilateral y condición potestativa (una explicación sintética en DEDEK, 2018-b, pp. 833-834 o ZIMMERMANN, 1996, pp. 253-255). La interpretación que prevalece está aquejada de *path dependency*. Solo así se explica el bloqueo o congelación de la evolución doctrinal en una solución subóptima desde el punto de vista de las necesidades del tráfico y una economía de confianza. Pero la trayectoria histórica no debería ser un obstáculo para el cambio. Más que mirar a Pothier debemos mirar al futuro y al horizonte abierto con la modernización del derecho de obligaciones⁴⁶. ¿Cuántas veces el derecho de los contratos debe hacer abstracción de los antecedentes históricos y aun de los datos positivos tal como aparecen *prima facie*? A título de ejemplo, recuerdo uno muy caro a nuestro homenajeado, la consolidación de la tesis jurisprudencial de que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa en la compraventa (PANTALEÓN, 1993, p. 1722). Puestos a mirar al pasado, es preferible dirigir la vista al derecho romano, que no tuvo ningún inconveniente en dar amplia acogida al arbitrio equitativo (v., por todos, DÍEZ-PICAZO, 1957, pp. 100-102). De lo que en todo caso hay que desentenderse es de la inercia francesa del pasado siglo, animada por una poco definida intuición de la existencia de un «orden público de protección» y otra aún menos definida idea de «justicia contractual» que impedirían dar cancha a la configuración unilateral del contenido del contrato, de la que se pensaba o temía que necesariamente conduce al «falseamiento del equilibrio contractual» (las nociones entrecomilladas, difundidas en su momento en el país vecino para avalar una interpretación estricta del art. 1669 *Code Civil*, en el que se inspiraría nuestro art. 1449 CC, las recojo de GHESTIN y BILLIAU, 2026, pp. 40-41).

3.2. Conflicto de interés e imperativos del sistema

La interpretación restrictiva propuesta en el apartado anterior responde, además, a una elemental exigencia de coherencia de nuestro sistema de derecho privado. Nos percatamos de ello si consideramos conjuntamente dos circunstancias. Una es que la sola justificación posible de las prohibiciones contenidas en los arts. 1449 y 1690 CC está la idea del *conflicto de interés* (el contrato no puede quedar a la voluntad de una parte por hallarse esta, *ex definitione*, en una situación estructural de conflicto con su contraparte). La otra es que el conflicto de interés, en nuestro ordenamiento, resulta perfectamente dispensable, al menos cuando la parte conflictuada quede sujeta a deberes fiduciarios y, en consecuencia, a la posibilidad de control. Siendo así, el argumento del conflicto de interés habla más a favor que en contra de la interpretación restrictiva de los arts. 1449 CC y 1690 CC.

⁴⁵ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris 1972, vol. I, Parte I, Sec. II, art. II § II núm. 23, *apud* DEDEK, 2018-b, p. 834.

⁴⁶ Hay signos de que la jurisprudencia avanza hacia una lectura algo menos rigurosa de la prohibición del arbitrio de la parte, que quedaría contraída a los supuestos de «unilateralidad plena» (v., por ej., p. Sevilla 13-V-2015) y, en general, de que el sistema se orienta en la misma dirección: ofrece evidencias parciales o circunstanciales reveladoras GÓMEZ POMAR, 2018, pp. 252-254, con indicación de otros autores en la doctrina más reciente (v. referencias en p. 245, nt. 6; en la misma vena, v. también PACHECO, 2013, 891; FAJARDO, 2001, pp. 370-384; CARRASCO, 2024, pp. 307-310; etc.).

Para confirmarlo basta echar un vistazo al mandato, el tipo contractual que proporciona el ideal regulativo en materia fiduciaria. Pues, en efecto, es admitido generalizadamente en la doctrina y jurisprudencia que la prohibición de autocontrato (arts. 165, 236-2º, 275-3º y 4º, 1459 CC, 267 C de C, 176 y 197-198 LMV, etc.) puede ser dispensada por el mandante de antemano (el art. 267 I CCom es revelador). Y si el ordenamiento permite que me des un mandato para que venda tu piso o tu reloj acompañado de una autorización para que, si me interesa, lo compre yo, no cabe en la cabeza que no te permita venderme directamente tu piso o tu reloj con la encomienda de que sea yo quien fije su precio. La clave está en que la autorización para autocontratar no me releva de mis deberes fiduciarios. Naturalmente puedo tener en cuenta mi interés como comprador (no tengo que comprarlo por un precio supererogatorio por encima de mercado), pero no puedo abusar del poder recibido. He de desempeñar una función arbitral y actuar de modo imparcial (v. PAZ-ARES, 2021, pp. 2122-2123). Es apropiada aquí la cita de una de las máximas autoridades internacionales en derecho fiduciario:

In any case, prior authorization of a conflict is likely to be construed strictly. It may allow the conflicted administrator to exercise their other-regarding powers in a situation where the rules on conflict would otherwise apply and would disable them from doing so. The underlying norms as to the proper use of these powers of course, continue to apply in full force, as do any applicable duties of disclosure. Authorizing the use of administrative powers while in a conflict does not authorize the disloyal use of those powers, nor does it change obligations of disclosure (L. SMITH, 2023, pp. 174-175).

Naturalmente, un sistema es esquizofrénico si, por un lado, admite el autocontrato con previa dispensa del *dominus* y, por otro, rechaza la autorización a la contraparte para fijar el precio de la compraventa, la parte en las ganancias, o cualquier otro aspecto de configuración unilateral del contenido del contrato. La única condición es que la autorización no vaya acompañada de una relevación de los deberes fiduciarios o, lo que es lo mismo, que el poder se confíe al *arbitrium* y no a la *voluntas*⁴⁷.

Esta impresión sistemática resulta corroborada también por la normativa especial en materia de consumidores. El hecho mismo de que la legislación especial se haya visto obligada a considerarlas abusivas (aludo principalmente a las hipótesis previstas en el art. 85.3 y 10 LGDCU) es un indicio fuerte de que la legislación general no parte de la misma premisa. Más aún, el tenor del art. 85.10 LGDCU confirma que es válida la fijación unilateral del precio o su modificación unilateral (sin perjuicio ciertamente del derecho del consumidor a resolver el contrato si el precio modificado resulta «muy superior» al inicialmente estipulado), siempre que existan «razones objetivas» que lo justifiquen. En tales «razones objetivas», precisamente aquellas que convierten en equitativo el arbitrio, encontramos el antídoto fiduciario frente a la arbitrariedad, la directriz de que el empresario ha de «actuar de acuerdo con la lealtad y salvaguarda del interés del otro, en el límite que ello sea compatible con el propio interés»⁴⁸. La importancia de esta observación para nuestra discusión no ha pasado desapercibida en la doctrina:

Así pues, admitida esa posibilidad en el derecho del consumo, no hay motivo para negarla con carácter general, con lo que el alcance de prohibición absoluta que la doctrina mayoritaria otorga al art. 1256 CC [y —añado yo— a los arts. 1449 y 1690 CC] se ve así restringido (EGEA, 2002, pp. 1081-1082).

No son esos, sin embargo, los únicos datos positivos que avalan nuestra hipótesis. Antes he hecho referencia a la práctica generalizada en el campo de la prestación de servicios de encomendar al arbitrio

⁴⁷ Si no me equivoco, cuando Federico DE CASTRO habló de «cierta confusión» dentro de nuestro sistema, estaba atisbando esto mismo (DE CASTRO 1976, p. 116).

⁴⁸ EGEA, 2002, p. 1081.

de la parte la fijación del precio. Me apresuro ahora a precisar que no se trata solo de una práctica institucionalmente tolerada a la vista de las imperiosas exigencias que impone la realidad, sino también de una práctica jurídicamente homologada en distintos sectores y, específicamente, en el ámbito de los servicios profesionales. La mejor prueba de ello es que el propio derecho positivo, en lugar de sancionar la nulidad de tales arreglos, contempla el control de su ejercicio. A este esquema responde la posibilidad de revisión del criterio de la parte como arbitrador cuando los honorarios fijados resulten excesivos o, para decirlo con los términos del viejo art. 1690 CC, «hayan faltado a la equidad» (v., por ej., art. 35.2 III LEC; v. también arts. 243 LEC ss.).

La mejor forma de visualizar y racionalizar todo lo anterior desde el punto de vista fiduciario es concibiendo las fórmulas de configuración unilateral del contenido del contrato como expresión de una estructura contractual compleja bajo la cual se albergan dos contratos unidos: el contrato principal de que se trate (compraventa, arrendamiento de servicios, préstamo, etc.) y un contrato de mandato —similar al recibido por el arbitrador en el arbitrio de un tercero— cuyo objeto es completar o modificar el principal en interés común. El principio regulativo de este mandato es la preservación del *equilibrio contractual*.

Debo confesar que en mi convicción sobre la necesidad de admitir el arbitrio fiduciario ha pesado también mi bagaje como estudioso del derecho de sociedades. La regla mayoritaria la veo como fenómeno similar al arbitrio fiduciario. Todas las decisiones de la mayoría, también las que tienen por objeto la concreción o la modificación del contrato (estatutos), deben adoptarse en interés social, que no se limita al interés de la empresa (donde el conflicto de interés es por lo general escaso), sino que comprende también el «interés del contrato», como interés común de las partes. Esto vale incluso para las sociedades de personas, si y en la medida en que admitamos —como creo que deben admitirse— las modificaciones del contrato por mayoría (cfr. PAZ-ARES, 2006, pp. 640 y 520-521). El caso más ilustrativo es, sin embargo, el de las sociedades de capital. En multitud de ocasiones, la regla de la mayoría no difiere del arbitrio de la parte. Nótese que la regla no opera solo en contextos hayekianos o smithianos de interacciones numerosas y anónimas en las que el logro del interés social puede confiarse a la «mano invisible», sino también en contextos de sociedades de estructura más contractual o personalista, que son la inmensa mayoría. Piénsese en la sociedad de dos socios, que, según estimaciones hechas en su momento, constituyen casi la mitad de todas las sociedades de capital inscritas en nuestro país (v. PAZ-ARES, 1997, p. 166). La capacidad que tiene el socio mayoritario de modificar el contrato es indiscutible (a nadie en sus cabales se le ha ocurrido cuestionarla so pretexto de los arts. 1449, 1690, 1256 CC, etc.). La razón estriba en la naturaleza fiduciaria o cuasi-fiduciaria de su capacidad o, lo que es lo mismo, en hallarse sujeta al control del interés social (art. 204.1 LSC). Igualmente elocuente es el tratamiento de las transacciones celebradas entre la sociedad y su socio mayoritario. El hecho de que la ley le permita a este fijar las condiciones de la transacción (eventualmente a través de instrucciones: art. 161 LSC) y aprobarla en la junta (sujeta al escrutinio del deber de lealtad, agravado por la inversión de la carga de la prueba si el acuerdo es impugnado por la minoría: v. art. 190.3 LSC) es analíticamente equivalente al *arbitrium* de la parte en la determinación de la prestación de un contrato. En el fondo, la explicación funcional es siempre la misma. La existencia de costes de transacción elevados justifica sustituir la regla de la propiedad (la regla del consentimiento previo) por la regla de responsabilidad (la regla de la configuración unilateral por una parte casada con un derecho de impugnación de la otra).

3.3. *Summa divisio*: arbitrio objetivo y arbitrio subjetivo

De lo dicho se infiere la plena legitimidad del arbitrio de la parte, eso sí, supeditada a que el poder de configuración unilateral del contenido del contrato que implica vaya acompañado o deba entenderse acompañado de la cláusula de «equilibrio contractual», que cumple un papel semejante a la cláusula de «interés social» del derecho de sociedades. El poder concedido es unilateral, pero el interés protegido es bilateral. El arbitrio de la parte es, como el arbitrio del tercero, siempre *other-regarding*. Ha de ser

ejercitado en interés de ambas partes —en el mejor interés conjunto—, de forma que la regulación resultante resista el test contrafáctico de no diferir en lo sustancial de la que razonablemente una y otra habrían acordado *ex ante* si hubiesen dispuesto entonces de la información disponible ahora. Ahí reside cabalmente el ingrediente fiduciario.

El ingrediente tiene una parte contingente (deber de diligencia) y otra necesaria (deber de lealtad). De este modo aparecen en escena las dos grandes modalidades del *arbitrium*: el arbitrio objetivo (o arbitrio de equidad, conocido en las fuentes como *arbitrium boni viri*) y el arbitrio subjetivo (o arbitrio de conciencia, tradicionalmente llamado *arbitrium merum*). Generalmente admitida en la doctrina y la legislación foráneas al compás de los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva, esta *summa divisio*, tan característica de la materia, es poco conocida o está poco elaborada entre nosotros⁴⁹. Tal vez sea esta la razón por la que nuestra doctrina suele fundir o confundir —otra mala pasada que nos juega el lenguaje, en este caso el adjetivo «mero»— el *arbitrium brutum* (la «exclusiva voluntad» o capricho) con el *arbitrium merum*, que en todo caso ha de ser ejercitado con arreglo a la buena fe subjetiva, es decir, conforme a lo que honestamente considere uno como el mejor equilibrio contractual. El resultado de la fusión o confusión del *arbitrium merum* y la *voluntas* es la reducción de la triada —voluntad, arbitrio mero y arbitrio equitativo— a una simple pareja, en la que se contraponen voluntad a arbitrio objetivo⁵⁰. Y la consecuencia de la reducción es que deja de apreciarse la identidad o particularidad de una parte importante de la realidad contractual y, por tanto, acaba perdiéndose de vista. Hay que deshacer la fusión o confusión volviendo a las distinciones clásicas.

a) El *arbitrio objetivo*, sin duda el más conocido, remite a estándares más o menos objetivados de lo que es un contrato equitativo, y en esa objetivación opera la diligencia debida, pues la parte arbitrador (o, en su caso, el tercero arbitrador) deben desplegar un determinado nivel de esfuerzo y pericia profesional para cumplir su mandato (criterios de mercado, examen de comparables, análisis de costes, etc.). Son los estándares a los que remite la buena fe objetiva. Naturalmente, las partes también pueden explicitar y concretar esos estándares estableciendo los criterios más definidos y modulando el grado de flexibilidad o discrecionalidad que quieran atribuir a la parte.

La evocación de la figura del arbitrio objetivo y de la buena fe objetiva me da pie para una brevísima digresión sobre las condiciones generales de contratación, otra modalidad de regulación unilateral semejante a este tipo de arbitrio de la parte. Estamos siempre en la misma longitud de onda, que es la del deber de lealtad. La concesión por el ordenamiento de discrecionalidad al predisponente para establecer las condiciones generales se contrapesa con su sujeción a los imperativos fiduciarios y, concretamente, a la que vengo llamando *cláusula de equilibrio contractual*, cuyo contenido no puede diferir del que impone la equidad o se deriva, para decirlo con las palabras del legislador de condiciones generales, de las exigencias de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones (v. art. 82.1 LGDCU)⁵¹. El predisponente —como la mayoría en el contrato de sociedad o la parte

⁴⁹ La excepción más notable es DIEZ-PICAZO, 1957, pp. 139-141. Es oportuno insistir que tanto el § 315 BGB como el art. 1349 *Codice civile* distinguen claramente ambas modalidades.

⁵⁰ Como muestra de esta reducción sirva una cita: v. CAÑIZARES, 2017, pp. 20-21. En igual reducción incurre el propio PMDO-CGC. Nótese que ha querido preservar el art. 1256 CC en su art. 1137 II («el cumplimiento [de los contratos] no puede dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes», donde el «mero arbitrio» se equipara a la «exclusiva voluntad del deudor» del art. 1111) pensando que la inserción del adjetivo «mero» lo arregla. Pero no lo arregla porque en la tradición, el denotado del adjetivo es la buena fe subjetiva. Incluso los comentaristas más perspicaces y críticos incurren en el mismo error al equiparar *arbitrium merum* con «exclusiva voluntad» (v., por ej., GÓMEZ POMAR, 2018, p. 244, nt. 2). La experiencia enseña que en la realidad no hay dicotomía (*voluntas* y *arbitrium* equitativo), sino tricotomía (*voluntas*, *arbitrium merum* o de conciencia y *arbitrium boni viri* o equitativo).

⁵¹ Para evitar malentendidos es oportuno recordar que la cláusula buena fe del art. 82.1 LGDCU poco tiene que ver con las cláusulas de buena fe de los arts. 7 y 1258 CC. Estas son aplicables en la *esfera de intercambio* del contrato mientras que aquella —como sucede con la equivalente del arbitrio equitativo— solo opera en la *esfera de gobierno*. Precisamente por

arbitradora en la fenomenología estudiada— no tiene licencia para matar. Como dice FLUME, «[e]l que introduce las condiciones generales en el contrato no puede establecer “lo que él quiera”, sino que está obligado a establecer “según el criterio equitativo” la regulación unilateral que se le ha confiado adoptar (§ 315 BGB), porque las condiciones generales consisten en una regulación unilateral»⁵². Podría replicarse que el arbitrio y las condiciones generales son cosas distintas, puesto que mientras en el primer caso las reglas contractuales existen *a priori* en el momento de contratar, en el segundo no existen; su cometido es precisamente apoderar a una de ellas para que las cree *a posteriori*. Se trata, sin embargo, de una diferencia valorativamente trivial. La inexistencia de reglas es analítica y operacionalmente igual a la ignorancia de las reglas. El adherente no conoce las reglas, confía solo en que el predisponente haya actuado *ex ante* igual que ha de hacerlo *ex post* la parte a cuyo arbitrio equitativo ha quedado confiada la integración del contrato⁵³. Aunque rebajado, seguimos estando ante un deber de lealtad o fiduciario: el predisponente tiene que fijar la regulación de acuerdo con una función de bienestar ajena (el mejor equilibrio entre los intereses de ambas partes); no está autorizado para hacerlo conforme —o conforme exclusivamente— a la función de bienestar propia.

b) El *arbitrio subjetivo*, en cambio, remite a la propia convicción del arbitrador sobre lo que es adecuado o razonable para el equilibrio contractual. No exige que el cometido se cumpla con diligencia, solo con lealtad. Si yo le vendo mi coche a un amigo con la indicación de que sea él quien fije el precio, puedo hacerlo con la precisión adicional —explícita o implícita— de que lo haga empleando la diligencia exigible a un arbitrador o simplemente según le parezca bien a él, según su criterio o convicción subjetivos e independientemente de lo que objetivamente sea justo o razonable. La admisibilidad de la figura tampoco debe ponerse en entredicho en un sistema que se tome en serio la autonomía privada. Ahora bien, la figura está en el límite. Marca, por así decirlo, el suelo de la opcionalidad⁵⁴.

El supuesto de contraste más típico es el de las decisiones de la mayoría en las sociedades de capital y, de forma especialmente visible, el del socio mayoritario, al que aludí más arriba (v. *supra* § 2.2). El socio mayoritario —como el arbitrador de parte en el arbitrio subjetivo— no está sujeto a un deber de diligencia, pero sí al deber de lealtad, que le impone utilizar de buena fe sus poderes de modificación contractual, en el sentido, quiere decirse, en que honestamente crea es el mejor interés del contrato. El deber de lealtad del socio tiene además un alcance distinto del deber de lealtad del administrador, paradigma del fiduciario pleno. No le obliga a hacer uso de sus poderes de modificación del contrato, aunque la modificación sea aconsejable desde el punto de vista del interés social (piénsese, por ej., en la eliminación de un blindaje estatutario); en otras palabras, al socio mayoritario no le es exigible la aprobación de modificaciones que comporten un sacrificio de sus posiciones adquiridas o el establecimiento de reglas que no considere convenientes. En cambio, sí le obliga a no hacer uso de tales poderes para obtener ventajas contractuales a costa de sus consocios. El deber de prestación es puramente negativo: omitir modificaciones perjudiciales para el interés social); cualquier modificación que no se justifique en el interés social o común de los socios le está vedada⁵⁵. Es este otro buen

eso la califico de cláusula fiduciaria de control del contenido y me parece razonable aplicarla en cualquier caso de configuración unilateral del contenido del contrato, incluido por ejemplo el de las condiciones generales entre empresarios. Aunque expresadas con un lenguaje distinto al empleado por José María MIQUEL y conducidas por itinerarios diversos —en su caso forzando la conversión del art. 1258 CC en un precepto corrector—, creo que a la postre nuestras conclusiones no difieren de las suyas (v. MIQUEL, 2002, pp. 462-466). De hecho, para mi comprensión de la materia siempre me ha resultado muy inspirador su trabajo, especialmente el citado en la nota siguiente.

⁵² FLUME, 1998, p. 783. En nuestra doctrina es mérito de Jesús ALFARO haber formulado la «teoría declarativa» de las condiciones generales (v. ALFARO, 1991, pp. 93-107) y con ello haber sentado las bases para una reconstrucción que luego culminaría MIQUEL (1996, pp. 4951-4952) y sobre cuya base formulo mi apunte.

⁵³ El caso me recuerda una vieja especialidad del seguro marítimo, que contemplaba la posibilidad de asegurar un «riesgo pasado», siempre que la existencia del siniestro producido en el momento de contratar fuese desconocida (v. art. 784 CCom). La misma idea está en el art. 1113 I CC *in fine*.

⁵⁴ Como se adelantó en su momento, puede haber zonas de transición entre lo que hemos llamado configuración unilateral de la eficacia del contrato (en principio libre salvo el control de ejercicio de la buena fe) y la configuración unilateral del contenido (sujeta a control) que pueden plantear dudas (v. *supra* § 2.3).

⁵⁵ De estas cuestiones me ocupo de una obra en curso a la que he aludido ya (v. *supra* nt. 33).

ejemplo del arbitrio de la parte, esta vez en su modalidad subjetiva. Ayuda a comprender la necesidad sistemática de dar ingreso en nuestro acervo jurídico al arbitrio de conciencia, al que los clásicos denominaban, con expresión ciertamente equívoca, *arbitrium merum*. En el ámbito contractual, sin embargo, lo usual en el arbitrio subjetivo es que la parte este sujeta a la obligación de completar el contrato y, a veces incluso, de modificarlo (el deber de prestación es positivo).

c) La determinación de la clase de arbitrio aplicable —objetivo o subjetivo, de equidad o de conciencia— dependerá del contrato y sus circunstancias. Lo más normal en la práctica será que las partes guarden silencio al respecto, en cuyo caso, salvo que otra cosa se desprenda de la interpretación del contrato, habrá que considerar que se trata de arbitrio objetivo como indica la doctrina (v., por todos, DíEZ-PICAZO, 1957, p. 141) y presupone la legislación comparada que se ha ocupado del problema (v., por ej., §§ 315 (1) y 317 (1) BGB). De hecho, esta es la conclusión que, a mi modo de ver, resulta más conforme con la regla de mayor reciprocidad de intereses prevista por el Código para los casos de iliquidez interpretativa (v. art. 1289 CC).

¿*Quid iuris* en el caso de no haya necesidad de interpretar el contrato porque las partes de manera clara y expresa han acordado que la regulación de un determinado aspecto queda remitido solamente a la *voluntas* —es decir, a la exclusiva voluntad o capricho— de una de ellas, a su ilimitada discrecionalidad? ¿Cuál sería la consecuencia jurídica? ¿La nulidad del contrato, la nulidad de la cláusula, la recalificación del negocio? La opción por una u otra solución dependerá de lo que, a la vista de las circunstancias, haya de entenderse se desprende de las reglas de interpretación del contrato: (i) puede entenderse que el contrato es nulo por carecer de vinculación adecuada, sea por absoluta indeterminación del objeto (art. 1273 CC) o por falta de correspectividad en los contratos onerosos (art. 1275 CC): «te pago 100 y tú, a cambio, me das los bienes o servicios que quieras»; son los casos que antes llamé de impredecibilidad y de no-obligatoriedad⁵⁶; (ii) puede entenderse, sin embargo, que la nulidad solo se refiere a la cláusula de discrecionalidad, lo que sucederá cuando esta deba considerarse inmoral por traer causa de la explotación del estado de necesidad de la contraparte o de su extrema impericia o ingenuidad: «te vendo mi casa que vale 100 si ahora me das 10 y luego me pagas lo que quieras»; son los casos que en su momento llamé de opresividad⁵⁷; y en fin (iii) puede incluso entenderse que la cláusula de marras simplemente obliga a recalificar el negocio como donación, total o parcial: «hijo mío, te vendo este piso por el precio que quieras o puedas pagarme, y no te preocupes si es un precio muy bajo, incluso un solo euro simbólico me vale». No es dudoso que la cláusula obliga a entender que el negocio verdaderamente acordado consiste en una donación del «vendedor», que el «comprador» acepta por el importe que resulte de deducir del valor del bien el precio fijado por el hijo. Este es el caso rebuscado en el que sería de aplicación el argumento *maiore ad minus* de WINSCHIED mencionado en su momento⁵⁸.

Las dificultades interpretativas y de prueba que puedan suscitarse no deben ofuscar lo que es una distinción conceptualmente nítida. De la cual resulta que la infracción, en el *arbitrio objetivo*, se produce cuando la determinación hecha por el arbitrador no se corresponde con la buena fe (objetiva), es decir, con la equidad o razonabilidad y parámetros valorativos que en cada caso le sirven de referencia para definir el «equilibrio contractual» (precio de mercado, usos o prácticas generalizadas, en ocasiones incluso el derecho dispositivo, etc.)⁵⁹.

En el *arbitrio subjetivo*, en cambio, la infracción se produce cuando no se corresponde con el hecho

⁵⁶ V. *supra* nt. 29 y texto subsiguiente.

⁵⁷ V. *supra* nt. 30 y texto subsiguiente. La regla de que en los casos de inmoralidad la nulidad se contrae, en beneficio de la parte oprimida, a la cláusula leonina la extraigo por analogía del art. 1691 CC y de la interpretación que ya anticipo haré en la sección siguiente de los arts. 1102 y 1107 II CC (v. *infra* § 4).

⁵⁸ V. *supra* nt. 31.

⁵⁹ Todos ellos, naturalmente, habrán de aplicarse de acuerdo con las circunstancias del caso, necesidades de las partes, las relaciones personales entre ellas, el fin del negocio, etc.

psicológico del arbitrador, con su propia conciencia. Este será impugnabile, para decirlo con una fórmula eficaz, cuando no haya «identidad entre el parecer emitido y el parecer interno» (DÍEZ-PICAZO, 1957, p. 335), o sea: cuando el arbitrador no haya obrado de buena fe, en el mejor interés del contrato, para utilizar de nuevo la fórmula del art. 227.1 LSC. A la parte arbitratriz no se le pide, o no se le pide bajo la amenaza del derecho, que actúe de manera objetivamente correcta (en ciertos casos es muy difícil establecer esa objetividad), sino de manera subjetivamente honesta (el deber de lealtad obliga solo a hacer lo que el agente perciba como en mejor interés del principal, que en este caso es el equilibrio del contrato). Esto puede dificultar la justiciabilidad, pero en absoluto la excluye. Cuando se afirma que la buena fe subjetiva es una cuestión de hecho se afirma que es susceptible de contraste empírico. No debe olvidarse que los elementos subjetivos del injusto se acreditan todos los días en los procesos penales mediante indicios. Un alejamiento escandaloso o irracional del estándar objetivo es un indicio fuerte de que la parte no ha actuado o puede no haber actuado conforme a la buena fe subjetiva, es decir, lealmente o sin dolo⁶⁰. La hipótesis es semejante a la de la “irracionalidad” como causa no escrita de no aplicación de la business judgment rule en el derecho de sociedades (art. 226 LSC).

d) La diferencia judicial entre el arbitrio objetivo (buena fe objetiva) y el arbitrio subjetivo (buena fe subjetiva) se proyecta también sobre los poderes de revisión del juez. En el primer caso, si el juez considera objetivamente irrazonable o inequitativa la decisión de la parte, además de anularla, podrá sustituirla (arg. anal. ex art. 1690 I CC *in fine*). El recurso por tanto no es solo de nulidad, sino también de reforma⁶¹. En cambio, en el segundo caso —el caso del arbitrio subjetivo— el juez tiene un papel más limitado. De la propia naturaleza subjetiva del arbitrio se desprende que el juez no puede sustituir la decisión de la parte (ni, en su caso, del tercero al que se le hubiese encomendado arbitrar según *arbitrium merum* o *nach freiem Ermessen*) como sucede en el derecho de sociedades con las decisiones de la mayoría. El recurso es solo de anulación⁶².

4. *Malitia*: limitación de la responsabilidad derivada de dolo

La problemática más compleja de la fenomenología objeto de estudio se suscita en la dimensión del *enforcement* del contrato, la tercera en la que se produce o manifiesta lo que venimos llamando configuración unilateral del contrato. De lo que se trata ahora es de discernir hasta qué punto cabe atenuar el sistema de remedios legales para facilitar el seguimiento de una estrategia unilateral a la hora de afrontar el cumplimiento. La hipótesis de partida invita de nuevo a maximizar el espacio de la autonomía privada en esta dimensión (art. 1091 CC) estirándolo justo hasta la línea roja en que

⁶⁰ La distinción entre una y otra modalidad de *arbitrium* es negada por algún autor con el argumento precisamente de la dificultad de separar lo simplemente injusto de lo groseramente injusto (v. CARRASCO, 2024, pp. 330 y 341-342, aunque referido al arbitrio del tercero). En los documentos internacionales no suele distinguirse entre ambas clases de arbitrio a la hora de establecer los límites de la determinación unilateral. La deferencia debida al arbitrador justifica que la determinación unilateral solo pueda impugnarse cuando resulte claramente irrazonable (los documentos utilizan los conceptos de «grossly» o «manifestly unreasonable»: v. arts. 6:105 PECL; II.-9:105 DCFR; 74 CESL; 5.1.7 (2) PICC, etc.). Ahora bien, la irrazonabilidad tiene distintos parámetros en uno y otro tipo de arbitrio —buena fe objetiva y buena fe subjetiva— y, por tanto, las exigencias de liquidez de la prueba deben acomodarse a ellos, por lo que generalmente resultarán más elevadas en el segundo caso.

⁶¹ La cuestión apenas se discute (v., por todos, PAZ-ARES, 1991, pp. 1441-1442 e *ibi* referencias a la doctrina tradicional y, sobre todo, DÍEZ-PICAZO, 1957, pp. 337-338). Un caso paradigmático de impugnación del arbitrio objetivo es el de las condiciones generales de la contratación: el juez no solo anula la cláusula abusiva, también la sustituye integrando el contrato con arreglo al art. 1258 CC y, en última instancia, según criterios equitativos derivados de la buena fe objetiva.

⁶² El caso paradigmático de este arbitrio subjetivo y de esta clase de recurso lo proporciona el art. 204.1 II LSC: el juez anula el acuerdo, pero no tiene capacidad para reemplazarlo. Otra cosa es que a veces lo haga, como sucede notoriamente en materia de distribución de dividendos, con la bendición en este caso de la STS 11-I-2023 y la doctrina mayoritaria, que juzgo en general poco afortunada (v. § 15.3 del estudio citado *supra* nt. 33).

aparecen los límites sustantivos de la moralidad y el orden público (art. 1255 CC). *Malitia* es la expresión de la que me sirvo para expresar dónde se rebasa la línea o raya de marras.

No es dudoso, por ejemplo, que las partes pueden excluir o limitar el ejercicio de las acciones de cumplimiento o de resolución ciñendo la tutela frente al incumplimiento a las acciones de responsabilidad contractual. De hecho, esto es el pan nuestro de cada día en los contratos de compraventa de empresa, específicamente en el ámbito de las llamadas «manifestaciones y garantías» (v., por ej., entre tantas, recientemente, STS 27-III-2019 o STS 28-VI-2022). Tampoco es dudoso que las partes pueden excluir o limitar la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento por culpa o negligencia, incluso muy grave (arg. ex art. 1103 CC)⁶³. Ni siquiera me parece que haya motivo para la duda en los casos de exclusión o limitación de la responsabilidad por dolo de los auxiliares del cumplimiento, pues el dolo en cuestión no es imputable directamente al deudor⁶⁴. La cuestión fundamental —de la que preferentemente me voy a ocupar aquí— se suscita a propósito de los pactos de exclusión o limitación de responsabilidad derivada del dolo del deudor.

La cuestión paralela de si cabe excluir o limitar las acciones de cumplimiento (incluyendo naturalmente regímenes especiales, tipo evicción, vicios ocultos, etc.) y de resolución en caso de incumplimiento doloso ha sido poco tratada en nuestra doctrina. No obstante, a mi juicio, debe tener el mismo tratamiento que demos a la acción de responsabilidad (así lo apuntan también, ASÚA, 2013, p. 8077; MORALES, 2021, p. 110; GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, 2021, p. 460 o ALFARO, 2023, p. 2; STS 2-VII-1992; contra —según parece— CARRASCO, 2024, pp. 1556-1557). La solución está codificada en el art. 8:109 PECL con una fórmula general que ofrece un alto interés para nuestra reflexión: «*Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restrictions*» (en parecido sentido se orientan los arts. III.-3:105 (2) DCFR o 7.1.6 PICC).

La cuestión fundamental se suscita —como digo— a propósito de los pactos de atenuación de la responsabilidad por incumplimiento doloso. ¿Cabén en algún caso? La respuesta más generalizada —y no sé si bien meditada— en nuestra doctrina es negativa. Se basa en dos argumentos principales. Uno es la interpretación literal o aparentemente literal del art. 1102 CC: «La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula». El otro es la difundida precompresión o comprensión de dicho precepto —y otros similares (v., por ej., arts. 1476, 1485, 1488 CC o incluso el 230.1 LSC)— como secuela o corolario de los arts. 1256 y 1115 CC: la responsabilidad por incumplimiento voluntario no podría limitarse en ningún caso porque equivaldría funcionalmente a dejar el cumplimiento del contrato a la exclusiva voluntad del deudor en contra de lo prevenido por tales preceptos. La prestabilidad general del dolo sería, en definitiva, connatural a la idea de vinculación jurídica del deudor y, por ende, al propio concepto de obligación.

⁶³ Doy por sentado que en nuestro derecho, a diferencia por ejemplo del italiano (cuyo art. 1229 I muestra una vez más la impronta menos liberal del *Codice Civile* de 1942), es posible limitar la responsabilidad contractual por culpa grave. Así lo sostiene la doctrina que tradicionalmente ha predominado (v., por ej., PANTALEÓN, 1996, pp. 51-53, con más referencias) a pesar de que la tesis contraria goza de autorizados sostenedores (v., por ej., MORALES, 1982, pp. 591 ss.). La evolución más reciente confirma la decadencia del viejo axioma *culpa lata dolo aequiparatur* (v. TORRE DE SILVA, 2024, pp. 507-525, con amplia información bibliográfica y jurisprudencial; la flamante STS 16-VI-2026 (núm. 2767) abre sin embargo una espita peligrosa para la autonomía privada en este campo). No hace falta decir que la equiparación rige en cambio en relación con incumplimientos negligentes que afecten a bienes que merecen especial protección, como es el caso, por ejemplo, de la integridad física o corporal (art. 15 CE). Ahí el límite del orden público del art. 1255 CC aparece en un escalón anterior.

⁶⁴ De acuerdo con la doctrina más autorizada, doy igualmente por sentado que el derecho español, al igual que el alemán (según interpretación generalizada de los §§ 276.3 y 278 BGB) y a diferencia del italiano (v. art. 1229 *Codice Civile*), no opone ningún obstáculo a esta solución (v., por todos, PANTALEÓN, 1996, p. 53). Juzgo además que la misma solución es extrapolable incluso a los órganos de las personas jurídicas.

Esta es la interpretación más extendida en la doctrina tradicional (v., por ej., LACRUZ *et. al.*, 1994, p. 180; BADOSA, 1991, p. 38; MORALES, 1982, p. 598; PANTALEÓN, 1991, p. 000; PANTALEÓN, 1996, p. 53; CARRASCO, 1987-a, p. 465; etc.) y sigue siéndolo en la más reciente (v., por ej., ASÚA, 2013, p. 8076; COCA y M. PANTALEÓN, 2021, p. 139; etc.). Yo mismo la he compartido y defendido en otros estudios, fundamentalmente con la idea de justificar la imperatividad del deber de lealtad sancionada por el art. 230.1 LSC como una derivación del art. 1102 CC (v. PAZ-ARES, 2015, p. 57). No se trata por lo demás de una originalidad española. La idea de que la responsabilidad por dolo no puede limitarse porque disolvería el vínculo contractual está extendida en el entorno europeo (v., entre tantos, ROPPO, 2011, pp. 932-933; del equivalente italiano del art. 1102 CC dice que su función es «garantizar la seriedad de la obligación»; de lo contrario se permitiría algo «no muy diverso de una condición resolutoria meramente potestativa: algo que destruiría el vínculo contractual»; la doctrina alemana se orienta en la misma dirección; en los *Motiven* del BGB ya se advertía, a propósito del § 276 BGB, que la renuncia a la responsabilidad por dolo contradice la «esencia de la relación obligatoria»: «dem Wesen des Schuldverhältnisses» (*apud* KÄHLER, 2007, p. 21 nt. 26 con más indicaciones).

Hoy sin embargo no estoy nada seguro de esta solución. De ser exacta, no se entendería ninguna de las dos asimetrías existentes entre las interpretaciones corrientes del art. 1102 CC por un lado y del art. 1256 CC por otro. No se entendería, en *primer lugar*, que el art. 1102 CC se aplique tanto a los casos de exoneración como a los casos de simple limitación de la responsabilidad por dolo, siendo así que en estos últimos difícilmente puede afirmarse que el cumplimiento del contrato quede a merced de una parte en el sentido del art. 1256 o 1115 CC. Recuértese que, al menos sobre el papel, la doctrina y jurisprudencia prácticamente unánimes sostienen que el art. 1102 CC veda cualquier limitación de responsabilidad, sea esta cuantitativa, cualitativa o temporal, para el caso de que el deudor obre dolosamente. Esto significa que en caso de incumplimiento voluntario no cabe contraer su responsabilidad a los daños previsibles en el momento de contratar (art. 1107 CC)⁶⁵; o a los daños establecidos en la cláusula penal o de liquidación abstracta de daños (art. 1153 CC)⁶⁶; o a los daños que no resulten desproporcionados (en la lógica del art. 1103 CC)⁶⁷; etc. El carácter estricto de la doctrina predominante lo refleja bien este enfático fragmento, referido al contrato de compraventa de empresa:

Este precepto [el art. 1102 CC] hará inaplicables, en caso de conducta dolosa del vendedor, las cláusulas contractuales que (i) excluyan, rebajen o limiten un deber legal del vendedor, en su conjunto o en cualquiera de sus manifestaciones; (ii) excluyan o condicionen algunos de los remedios o efectos legalmente previstos para una vulneración dolosa de un deber del vendedor; (iii) limiten cuantitativa o cualitativamente la indemnización o de otro modo reduzcan la extensión de responsabilidad; (iv) establezcan límites temporales más breves que los legalmente aplicables (plazos de caducidad o de prescripción más breves); (v) alteren las reglas de la carga de la prueba en perjuicio del comprador; o (vi) prevean declaraciones de «conformidad» o de «corrección» del objeto del contrato, de determinadas condiciones del mismo o de la veracidad de las manifestaciones y garantías (GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, 2021, p. 460).

Pero tampoco se entendería, en *segundo lugar*, que la infracción del art. 1102 CC dé lugar a la nulidad de la cláusula de limitación de responsabilidad mientras que la del art. 1256 CC determina —según hemos visto— la nulidad de todo el contrato (v. *supra* § 2.2). Esta segunda asimetría se revela particularmente elocuente, puesto que, como ocurre en otros casos análogos (significativo es el de los pactos leoninos del art. 1691 CC), invita a considerar la nulidad parcial —la nulidad de la cláusula en lugar de la nulidad del contrato— como una sanción penal y, por tanto, el art. 1102 CC como una

⁶⁵ V. *infra* § 4.3.

⁶⁶ V. *infra* § 4.2 c).

⁶⁷ V. *infra* nts. 94 y 109.

«norma punitiva»⁶⁸. La sanción evidenciaría la distinta naturaleza de ambas normas: a diferencia del art. 1256 CC, que sería una norma configurativa, connatural a la propia definición del contrato o del vínculo obligatorio, el art. 1102 CC sería una norma genuinamente imperativa, justificada —según hemos avanzado— por razones de moralidad u orden público.

En más de una ocasión he discutido con Fernando PANTALEÓN acerca de la oportunidad de normas penales en el derecho civil, a la que yo soy más proclive y él más reacio y, a pesar de todo —según creo recordar— en algún momento él ha convenido también en la naturaleza penal y función preventiva del art. 1102 CC⁶⁹. El «castigo» que contempla el precepto radica precisamente en la *nulidad parcial imperativa*, que conduce a mantener la validez del contrato en perjuicio de quien pretende beneficiarse de la cláusula y es de suponer que ha sido también su proferente, autor o instigador⁷⁰. El interesado en la limitación de responsabilidad se ve privado de ella sin posibilidad de instar la nulidad del contrato que, eventualmente, desprovisto de la cláusula en cuestión, podría no interesarle mantener en vigor. Se comprende así que el art. 1102 CC constriñe tanto la autonomía privada en su vertiente positiva (la libertad de pactar limitaciones de responsabilidad) como en su vertiente negativa (la libertad de no entrar en contratos no queridos).

La teoría de la nulidad parcial imperativa o por mandato de la ley está insuficientemente desarrollada en nuestro país (el apunte clásico, con inventario completo de los preceptos que contemplan una sanción de esta índole, aunque no todos son semejantes, se debe a DE CASTRO, 1971, p. 493). A juzgar por lo que he podido comprobar en la literatura más reciente (v. DEL CAMPO, 2021, pp. 91-92), la doctrina no ha avanzado mucho en la elaboración de la nulidad parcial imperativa.

Esta circunstancia —la especial gravedad de la sanción— delata la necesidad teleológica de reducir el alcance usualmente reconocido al precepto y, paralelamente, ampliar el espacio de la autonomía privada (1091 CC) en una línea semejante a la sugerida por el teorema de PANTALEÓN. Parafraseando la fórmula tautológica utilizada por la STS 15-VI-2016 a propósito del art. 1256 CC, diría, ahora en relación con el art. 1102 CC, que «la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones, *a no ser que no resulte exigible*». ¿Cuándo no resulta exigible? Cuando los valores o intereses que se trata de preservar no sean de la índole axiológica que justifica el recurso por parte del derecho privado a sanciones penales, es decir —para expresarlo con la poco comprometida fórmula que utilicé en otro estudio— cuando la conducta infractora no resulte *especialmente reproachable*⁷¹.

La especial reprochabilidad tiene dos fuentes principales. Una estriba en el *carácter injustificado u*

⁶⁸ Este es otro de los tantos errores en que incurre la STS 18-VI-2026 (núm. 2767) al anular una cláusula de limitación de responsabilidad so pretexto de que viola el art. 1256 CC (v. FJ 3º, 1). Pues, aunque fuese así (*quod non*), tendría que haber anulado todo el contrato, a no ser, claro está, que hubiese justificado, sobre la base de la doctrina de la nulidad parcial dispositiva, que las partes y, específicamente, el abogado beneficiario de la limitación de responsabilidad, habrían celebrado el contrato en los mismos términos aun sin la cláusula, lo que es difícilmente imaginable en la práctica de muchos despachos de abogados. Volveré sobre este punto (v. *infra* § 4.2 *in fine*).

⁶⁹ Mi mayor proclividad se debe a la existencia de auténticos «agujeros preventivos» en el sistema que el derecho privado está en mejores condiciones de atajar que los derechos sancionadores por antonomasia (v. PAZ-ARES, 2023-a, pp. 15-16 y *passim*).

⁷⁰ ¿*Quid iuris* si la limitación se establece en beneficio de ambas partes?

⁷¹ *Mutatis mutandis*, son aplicables aquí las consideraciones que desarrollé a propósito de una cuestión valorativamente similar en PAZ-ARES, 2023-a, pp. 61-70. Es seguro que la doctrina que justifica la prohibición del art. 1102 CC como «reacción frente a actos de carácter ilícito» (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 615; MORALES, 1982, p. 598; etc.) apunta en la misma dirección. La idea, en último término, es que quien ha cometido una torpeza en el viejo sentido de turpitud no puede invocar en su defensa la limitación de responsabilidad, y esa torpeza se asocia con un juicio de ilicitud o inmoralidad sustantiva.

oportunista del incumplimiento del deudor (la valoración es muy distinta la valoración si se ha producido por descuido o está justificado económicamente o si busca deliberadamente obtener una ventaja no contratada). La otra, en la *lesión del patrimonio pre-contractual* del acreedor (la valoración también es distinta si la pérdida afecta a expectativas creadas con el propio contrato o impacta sobre bienes o intereses del acreedor anteriores). Intuitivamente es fácil de percibir que el reproche a una limitación convencional de responsabilidad es mayor si afecta al interés negativo que al interés positivo, pues este tiene su origen en el contrato, del cual forma parte también la propia limitación de responsabilidad.

De este modo desembocamos en la hipótesis restrictiva que propongo para la discusión. La formulación provisional de la hipótesis es que la prohibición de las limitaciones convencionales de responsabilidad debe quedar circunscrita al dolo cualificado (*incumplimiento malicioso*) y dejar fuera el dolo simple (*incumplimiento voluntario*)⁷². La formulación más avanzada es que, en realidad, el que llamamos «dolo simple» no es o es dudoso que sea dolo propiamente dicho, todo ello supuesto que quepa entender —como sugerimos— que la propia cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad es apta para redefinir a la baja el deber o la naturaleza del reproche, y así excluir la conciencia de antijuricidad o de comportamiento indebido, que es característica congénita de dolo.

Esto dicho, procederé así. Exploraré en primer lugar la hipótesis provisional para tantear cuál puede ser el espacio que le queda a la autonomía privada a la luz de la distinción apuntada entre dolo simple y cualificado (v. *infra* § 4.1). Luego bosquejaré la hipótesis avanzada con la finalidad de comprobar hasta dónde puede resultar admisible la depenencia recíproca o interdependencia entre la limitación de la responsabilidad y la definición del deber y si hay lugar para la reducción conservadora de validez de las cláusulas excesivas (v. *infra* § 4.2). Dejo para el final el análisis de cómo se extrapolan las ideas anteriores a la interpretación del art. 1107 II CC (v. *infra* § 4.3).

4.1. Incumplimiento malicioso y voluntario: hipótesis provisional

La distinción que propongo para la discusión entre dolo simple (incumplimiento voluntario) y dolo cualificado (incumplimiento malicioso) es más fácil de apreciar intuitivamente que de precisar conceptualmente. Todo el mundo advierte que el grado de reprochabilidad de la conducta incumplidora del deudor es muy distinto en uno y otro caso. La doctrina y jurisprudencia más extendidas, aunque no asumen una bipartición del espectro del dolo en dos campos cualitativamente distintos, atisban o barajan la misma idea intuitiva, detrás de la cual hay un conocimiento tácito exacto. No se comprenderían si no este tipo de afirmaciones más o menos corrientes:

Dejar de cumplir no constituye en sí mismo dolo, sino exclusivamente un incumplimiento. Y este será doloso cuando la conducta del deudor pueda ser considerada *particularmente reprobable* por los medios utilizados (v. gr., insidia) o por la intención de beneficiarse de las circunstancias del incumplimiento, [sin que] sea necesario un especial ánimo por parte del deudor de perjudicar al acreedor (así, por ej., entre otros, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2023, p. 5053).

En la jurisprudencia encontramos aproximaciones semejantes, que denotan o destilan también un conocimiento tácito que no podemos más que compartir. Es digna de mención, por ejemplo, la reciente

⁷² Hago notar que la doctrina más generalizada, aunque reconozca el «carácter escurridizo» del concepto de dolo, parte de una visión unitaria o unificada, según la cual hay dolo siempre que el incumplimiento sea consciente y voluntario. En la literatura española, la visión dualista o desdoblada ha sido defendida, con buenas razones, por GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 230-231; y parecería que ahora, de alguna manera, se suma CARRASCO (2024, pp. 1553 ss.; v. también pp. 1541-1543), aunque históricamente defendió la tesis unitaria o amplia (v. CARRASCO, 1987-a, p. 465).

STS 4-II-2026 (núm. 426). Pues aunque no escapa en su intento de consolidar la noción de dolo a la inevitable contradicción de la visión unitaria (así se advierte en la larga lista de pronunciamientos anteriores no concordantes que registra en su FD 3º-2), concluye su razonamiento con la misma idea sustancial que he anticipado y trato de elucidar: «el mero incumplimiento no puede asimilarse a dolo»; «[p]ara apreciar dolo es preciso que concurra en el deudor que incumple su prestación una *conducta especialmente reprochable*» (FJ 3º-2 in fine), de lo que puede deducirse que hay conductas voluntarias —dolo simple— que no merecen el mismo reproche⁷³. Aunque tosca, la idea de la especial reprobabilidad o reprochabilidad sirve para que nos representemos interinamente el dolo cualificado o el incumplimiento malicioso. Me parece poco afortunado por ello el art. 1193.2 PMDO-CCG, a tenor del cual «[s]on nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de *incumplimiento voluntario*», escrito seguramente con la intención de zanjar la polémica sobre la definición del dolo de una manera fácil y expeditiva.

Puestos a buscar una expresión más significativa, capaz de reflejar la nota del «especial reproche», ausente desde luego en la fórmula del «incumplimiento voluntario», debería recurrirse a la fórmula consabida de la «mala fe», utilizada por el propio Código Civil en otras normas de similar significación (v. arts. 1107 II, 1476, 1485, 1488 CC, incluso 227.1 LSC). Porque el sintagma “mala fe” tiene fuerza expresiva; enseguida se asocia a la actuación maliciosa, especiosa (a la «mala leche» del lenguaje más vulgar). Es además la que mejor se compadece con los antecedentes históricos de algunos preceptos (en especial, del art. 1107 II CC que debe interpretarse en paralelo al art. 1102 CC, como luego veremos: v. *infra* § 4.3). Y en fin, la solución también se aviene mejor con el derecho comparado. No me refiero tanto a las bien conocidas pautas del derecho anglosajón cuanto a los principios europeos antes aludidos, que admiten cualquier limitación de responsabilidad a no ser que invocarla resulte contrario a la buena fe y el proceder justo o implique una violación de la lealtad contractual⁷⁴.

Las nociones mencionadas —comportamiento especialmente reprochable, actuación de mala fe, deslealtad o deshonestidad contractual— expresan por contraste ciertos *criterios de corrección* que son compartidos por la comunidad de juristas, aunque de ello no se infiere que todos los miembros de la comunidad seamos capaces de articularlos y definirlos exhaustivamente, ni que haya acuerdo perfecto entre todos acerca de sus aplicaciones efectivas. Esto es algo que obviamente ha de aceptarse. La aceptación abre una vía de entendimiento de la objetividad de los hechos convencionales que Juan Carlos BAYÓN denomina «convencionalismo profundo». Con arreglo a ella, la existencia de criterios públicos se muestra en el acuerdo en torno a ciertos *casos paradigmáticos* que se reconocen como aplicaciones correctas del principio o regla de que se trate, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones (BAYÓN, 2002, p. 79). Ese acuerdo en los casos paradigmáticos implica un conocimiento tácito de los criterios de corrección, que no son siempre perfectamente transparentes. Conviene por ello repasar algunos de esos casos para luego sacar conclusiones acerca de la mejor manera de racionalizarlos.

No creo que nadie discuta el carácter especialmente reprochable (y su calificación como «dolo cualificado» o «incumplimiento malicioso» en nuestra terminología) del comportamiento del deudor en las tres hipótesis —una «precontractual», otra «extracontractual» y la tercera «contractual», podríamos decir gráficamente— que se ilustran a continuación: (i) cuando actúa con engaño o maquinaciones para inducir al acreedor a contratar: *dolo in contrahendo* del art. 1269 CC; (ii) cuando actúa con el propósito o la conciencia de dañar bienes preexistentes en el patrimonio ajeno (por ej., la salud o la propiedad del acreedor), daños —como dice MORALES—

⁷³ Para ser exactos, los juicios entrecomillados son reproducción de los vertidos en la STS 12-VI-2025 (núm. 938).

⁷⁴ V. *supra* texto subsiguiente a la nt. 64; en la literatura reciente ofrece información más detallada sobre las tendencias internacionales TORRE DE SILVA, 2024, pp. 527-530.

que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato: *animus nocendi* del art. 1902 CC⁷⁵; y (iii) cuando actúa para obtener una ventaja contractual no contratada a costa del acreedor: *comportamiento oportunista*, una de cuyas manifestaciones canónicas la proporciona el art. 1706 CC.

La fenomenología de esta última clase es, no obstante, mucho más amplia. He aquí algunos ejemplos: el constructor que utiliza materiales de peor calidad o la agencia de viajes que proporciona en destino un hotel de categoría inferior a la prevista; los supuestos de explotación del monopolio bilateral o *hold up* (intento de capturar las rentas de inversiones específicas hechas en la confianza de que el contrato se cumplirá⁷⁶); el incumplimiento motivado por la intención del deudor embolsarse la contraprestación del acreedor sin cumplir la propia (un caso de libro es el del inquilino que no abandona el inmueble una vez terminado el contrato); etc.⁷⁷. La fenomenología del dolo cualificado se prodiga más en los casos de «mal-cumplimiento» (cumplimiento defectuoso) que en los de «no-cumplimiento» o incumplimiento propiamente tal.

Por el contrario, casos paradigmáticos de incumplimiento no especialmente reprochable (de incumplimiento voluntario o dolo simple en nuestra terminología) son aquellos en que el incumplimiento obedece a una razón justificada y, además, no daña intereses, bienes o riqueza del acreedor anteriores al contrato. Piénsese, por ej., en una empresa que ha comprado 100.000 unidades de una pieza para fabricar un determinado producto industrial y que, cuando ya ha adquirido 10.000, habiendo advertido un brusco descenso en la demanda del producto en cuestión, solicita del vendedor que no le entregue las 90.000 piezas restantes. Nadie en sus cabales discutiría que el fabricante del producto pudo haber limitado de antemano su responsabilidad para un caso de incumplimiento como este o similar al daño emergente experimentado por la contraparte, exonerándose de responder por el lucro cesante. En el apartado siguiente ilustraremos la exposición con otros supuestos paradigmáticos de ausencia de especial reproche en la conducta del deudor (v. *infra* § 4.2). La heurística de que podemos valernos es siempre la misma: consiste en imaginar cómo habrían regulado la contingencia las partes en el caso de que la hubieran previsto en el momento de contratar.

Hemos asumido que la nulidad de los pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad por dolo cualificado (incumplimiento malicioso) está justificada por resultar aquellos contrarios a la moralidad o el orden público como límite de la autonomía privada⁷⁸. ¿Pero dónde radica la inmoralidad? En corto: no radica en el incumplimiento, sino en la *malitia* (así lo proclama, casi al pie de la letra, la STS 12-VI-2025 y reitera la STS 4-II-2026 referidas más arriba). La *malitia* es algo que un ordenamiento digno de ese nombre no puede promover, aunque sea consentida por la contraparte⁷⁹. No solo porque deba sospechar que ese consentimiento es de dudosa calidad⁸⁰, sino también porque, aunque no lo fuere, debe prohibirlo. La licencia para dañar es ella misma dañina socialmente: favorece malas prácticas —«malas costumbres»—, que ofenden el sentimiento moral de personas razonables y por ello mismo acaban deteriorando el tejido institucional y el propio funcionamiento del mercado. ¿No es acaso

⁷⁵ En nuestra tradición, son clásicos los casos de entrega de cosas con vicios ocultos conocidos por el deudor (la viga frágil o el animal infectado); a ellos se refieren los arts. 1485 II y 1488 II CC.

⁷⁶ De esta problemática me ocupé en PAZ-ARES, 1995, pp. 2890 ss.

⁷⁷ V. algunos casos más recogidos de la jurisprudencia en GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 202, 225 y 228; también es ilustrativa la descripción de MORALES, 2010, pp. 175-176 (este último a propósito del dolo en el art. 1107 CC).

⁷⁸ La idea está generalizada; en Alemania, por ej., la prohibición de las limitaciones de responsabilidad del § 276 BGB (similar a nuestro art. 1102 CC) se justifica por su contrariedad a las buenas costumbres o *Sittenwidrigkeit* (§ 138 BGB).

⁷⁹ La imagen de MORALES de la existencia de dos capas normativas, una genuinamente contractual (incumplimiento) y otra más propiamente extracontractual (malicia), es elocuente al efecto. La segunda capa alude al imperativo general y necesario que pesa sobre todo sujeto de no causar daños dolosamente (v. MORALES, 2010, pp. 192 ss.).

⁸⁰ De hecho, con frecuencia se ha pensado que la propia existencia de pactos limitativos de la responsabilidad por dolo, al igual que sucede con los pactos leoninos (art. 1691 CC), son ellos mismos indiciarios de una situación estructural de vulnerabilidad de la parte perjudicada que los consiente. Algo de esto hay sin duda. La idea pudo tener incluso más predicamento en el sistema original del Código Civil, en el que no existía un derecho de obligaciones especial (derecho de consumidores y condiciones generales), concebido para lidiar con las asimetrías de información y de poder de negociación de las partes.

inmoral que un vendedor que calla arteralmente sobre un defecto de navegabilidad del buque pretenda zafarse de responsabilidad so pretexto de que la compañía naviera compradora, con la participación de su importante departamento de ingeniería naval, sea un perito que, por razón de su profesión, deba conocerlo fácilmente? El art. 1484 CC no puede cubrir la mala fe del vendedor, contra lo que a veces tal vez se ha pensado. Nada de esto sin embargo es aplicable en la hipótesis del «incumplimiento voluntario» o dolo simple.

El caso de la venta del buque mencionado trae a la memoria las cláusulas llamadas de *sandbagging*, que dan ocasión para otra reflexión interesante en este contexto. Imaginemos que el vendedor conoce la inexactitud o falsedad de una manifestación o garantía emitida en una operación de venta de empresa (por ej., que realmente existe una contingencia fiscal no provisionada cuando ha declarado que no existen contingencias de tal índole). Obviamente, la introducción en el contrato de una cláusula que le libere de responsabilidad por mentir o no decir toda la verdad es nula *ex art.* 1102 CC. El juicio no cambia aunque el vendedor ponga a disposición del comprador en el proceso de *due diligence* información de la que quepa inferir la falsedad o inexactitud de sus manifestaciones (por acción u omisión). La validez y consiguiente aplicabilidad de las cláusulas *anti-sandbagging*, frecuentes en los contratos de M&A, queda así limitada a las manifestaciones meramente negligentes del vendedor. Otra interpretación sería fuente de malas prácticas o «malas costumbres» que acabarían arruinando el mercado de M&A con dinámicas destructivas del tipo «mercado de limones» modelizadas por Akerloff (el argumento es desarrollado por GÓMEZ POMAR y SEGURA, 2026). ¿*Quid iuris* en el caso de la cláusula permita al comprador exigir responsabilidad por una manifestación del vendedor cuya falsedad o inexactitud aquel conocía antes de firmar o cerrar el contrato? La respuesta ahora es quizá menos intuitiva. No obstante, probablemente no deba variar al menos en el caso de que el vendedor no hubiera sido consciente de la falsedad o inexactitud de su manifestación. En otro caso, el ordenamiento estaría permitiendo que el comprador se aproveche dolosamente del error del vendedor y, por esta vía —a través de la exigencia de responsabilidad—, obtenga un precio inferior al que el vendedor ha querido y consentido vender (esta es la regla aplicable en ausencia de pacto: v. STS 16-IV-2015; v. no obstante, STS 8-IX-2015; creo que la conclusión debe mantenerse aun en presencia de una cláusula *pro-sandbagging*). El riesgo de que esta regla y, en general, las cláusulas *pro-sandbagging* induzcan al comprador a no hacer *due diligence* o seguir en ellas políticas de avestruz para preservar su ignorancia y evitar perder el derecho a exigir las garantías dadas por el vendedor no parece especialmente relevante. Desde luego no es así en la experiencia a la que uno ha podido tener acceso.

A mi juicio, cuando hay asimetría informativa entre las partes (es decir, cuando una sabe y la otra ignora), las cláusulas *sandbagging*, sean de un tipo o de otro, son inadmisibles en la parte que benefician a la parte que sabe. El problema interesante se suscita cuando la información es simétrica: ambas partes conocen que la manifestación es falsa. ¿Puede admitirse en tales casos la plena efectividad de las cláusulas *anti-sandbagging* (el vendedor que hace una manifestación falsa se libera de responsabilidad) y de las cláusulas *pro-sandbagging* (el comprador que conoce la falsedad de la manifestación puede seguir adelante con el contrato y exigir después la garantía)? Podría ser sobre la base de una suerte de compensación de dolos. No sería irrazonable, en efecto, aplicar el espíritu de la regla del art. 1306 1ª CC o la regla *tuo quoque* derivada de la buena fe. Se trata, sin embargo, de una primera impresión. La cuestión merece análisis más detenido.

4.2. Responsabilidad por dolo y alcance de la obligación: hipótesis avanzada

El lector objetará que la lectura propuesta del art. 1102 CC, en la que quedan fuera de la prohibición los simplemente incumplimientos voluntarios (dolo simple) es una lectura errada. Pensará que siempre es inmoral decidir unilateralmente dejar de cumplir el contrato al que uno se ha comprometido. La inmoralidad estaría en el hecho mismo de infringir la promesa de manera deliberada, en el daño que ocasionamos al frustrar las expectativas que creamos en el otro de lo que tenemos intención de hacer⁸¹.

⁸¹ Esta forma de ver la inmoralidad de la infracción de las promesas ha sido célebremente desarrollada por SCANLON, 2003, pp. 371 ss.

La objeción, sin embargo, es más efectista que efectiva. Peca de circularidad porque la limitación de responsabilidad puede y debe entenderse como un condicionante, cualificación o matización de la promesa.

Cuando le digo a un amigo «mañana iré a visitarte al Hospital, pero no te lo aseguro porque ando muy liado», no es dudoso que actúo inmoralmente si dejo de visitarle por simple pereza. Pues en ese caso rompo la promesa; no así, sin embargo, si tengo otras ocupaciones que justifican mi ausencia. Es muy distinto si digo: «Esta es mi intención presente, pero por supuesto puedo cambiar de idea» (SCANLON, 2003, p. 382). Ahora no defraudo expectativas.

La objeción, dicho en otros términos, se basa en una petición de principio, pues priva de valor delimitante de la obligación a la propia cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad. Presupone que deber y responsabilidad nunca son conceptos correlativos o mutuamente dependientes. Pero no es así. Mi impresión es que la falta de correlación o la independencia sólo se verifican en las hipótesis de «incumplimiento malicioso» o dolo cualificado, lo que, a la postre, equivale a decir que las hipótesis de «incumplimiento voluntario» o dolo simple pueden reconfigurarse de ordinario como casos en los que, propiamente, no hay incumplimiento doloso a efectos del art. 1102 CC, sino una reformulación indirecta del alcance de la obligación. Esta es la «hipótesis avanzada». Le permite a uno desprenderse o desembarazarse de la muletilla de la definición dual de dolo. Basta con la definición clásica de actuar consciente y voluntariamente, donde el actuar consciente incluye la «conciencia de antijuridicidad» o, dicho sea con un lenguaje más apropiado al derecho de obligaciones, con conciencia de actuar indebidamente o de contravenir la obligación.

La «hipótesis avanzada» no puede desacreditarse con el consabido argumento del vaciamiento del precepto, cuya estructura es de la siguiente índole: (i) incumplimiento significa violar el contenido de la obligación; (ii) el contrato puede definir el contenido de la obligación; (iii) si el contrato excluye la responsabilidad por cierta conducta, esa conducta no es incumplimiento; y (iv) si no hay incumplimiento, la prohibición del art. 1102 CC nunca se aplica, lo que implica que es una prohibición vacía. Es cierto que el argumento no es para echar en saco roto. Pero el hecho de que tenga una parte de razón (lo comprobaremos enseguida), no significa que la tenga toda, como presupone la dogmática tradicional, cuya premisa lógica es que las cláusulas de limitación de la responsabilidad son *totalmente* independientes de las cláusulas de delimitación de la obligación. El razonamiento se descompone así en dos partes o fases estancas: en la primera se determina qué cláusulas son válidas y en la segunda se fija el alcance o contenido de la obligación. La conclusión así es que *una cláusula nula no puede modificar el contenido de la obligación* («Eine unwirksame Haftungsfreizeichnung kann der Inhalt der Leistungspflicht nicht verändern»: CANARIS, 2001, p. 512). El razonamiento evoca la lógica normativa kelseniana: así como una norma inferior no puede definir su competencia alterando la competencia reconocida por la norma superior, el contrato, como norma inferior, no puede alterar la calificación hecha por el art. 1102 CC como norma superior. El argumento convence en materia de jerarquía de normas, no en materia de interpretación de contratos. En otros términos, vale en relación con aquellas limitaciones de responsabilidad que tengan por objeto conductas maliciosas (ahí funciona la jerarquía normativa), pero no en relación con aquellas otras que pueden reformularse, de manera no problemática, en el campo de la autonomía privada y la interpretación contractual como delimitaciones del deber, que es justamente lo que sucede con las llamadas «limitaciones indirectas».

Para probarlo me valdré de otro contraejemplo. Llevo algún tiempo intentando vender mi coche. A la vista del escaso éxito obtenido y acuciado por la necesidad, decido vendérselo al garajista de enfrente de mi casa por un precio de saldo (5000) con el compromiso de entregárselo dentro de un mes y limitando mi responsabilidad a 100 en el caso de que incumpla la obligación de entrega por haberme salido entretanto un mejor comprador o haber llegado a mejor fortuna. Por si alguien aún albergara alguna duda reformulo el ejemplo para disiparla completamente. Un amigo se ofrece a comprarme el coche por 5000 y, buscando dejar claro que no quiere aprovecharse de nuestra vieja amistad, añade: «naturalmente si antes del verano, que es cuando lo necesito,

puedes venderlo por un precio mejor no lo dudes ni un momento». Nos damos la mano y cerramos el trato. A primera vista parece una determinada configuración del deber de entrega, pero también puede verse como una venta con exoneración de responsabilidad por el incumplimiento connatural a la doble venta. A mi modo de ver es llano que, con independencia de cómo se formule, la conclusión ha de ser la misma: el pacto es válido en uno y otro caso.

So pena de incurrir en contradicciones de valoración insoportables, lo anterior implica la necesidad de admitir un ámbito de dependencia mutua o interdependencia entre la regulación de la responsabilidad y la regulación del deber. Y si es así, la cuestión no se resuelve simplemente afirmando la necesidad de disociar las *cláusulas de limitación de la responsabilidad por dolo* (prohibidos) y las *cláusulas de configuración de la obligación* (permitidos)⁸². La disociación tiene sentido normativo en las hipótesis que venimos llamando de dolo cualificado o incumplimiento malicioso, porque ahí el problema no está, según decíamos, en el incumplimiento, sino en la malicia, que no puede ser dispensada. No lo tiene, en cambio, en las de dolo simple o incumplimiento voluntario cuando, de acuerdo con las reglas de interpretación contractual, ambos elementos resultan interdefinibles. Esto puede ocurrir tanto de un lado como del otro, es decir, tanto cuando la limitación de responsabilidad puede redefinirse como una configuración del deber como cuando la configuración del deber puede redefinirse como limitación de responsabilidad. Añadiré ahora otros tres ejemplos paradigmáticos para ilustrar mejor el argumento: el *overbooking*, las reservas de disponibilidad y la cláusula penal.

a) Es sabido que las líneas aéreas, los hoteles o los promotores de conciertos, con el fin de maximizar la ocupación y ofrecer sus servicios a mejores precios, suelen vender más billetes de las plazas de que disponen. La práctica de la sobreventa implica asumir que incumplirán voluntariamente su contrato con los clientes desafortunados. Los contratos suelen limitar la indemnización a ciertas cantidades tasadas o incluso exonerar al deudor, que se libera con la simple devolución del precio del billete. Naturalmente, la legalidad del *overbooking* no se discute, ni siquiera se discute la previsión de la limitación de responsabilidad en condiciones generales. ¿Qué hay aquí propiamente? ¿Una limitación de responsabilidad por dolo (eventual) o, por el contrario, una configuración compleja de la obligación, según la cual está se extingue o se transforma en el pago de una indemnización tasada bajo determinados supuestos de incumplimiento?

b) Igualmente instructivo es el caso de las *reservas de suministro*, frecuentes en los contratos de compraventa de mercancías y suministro. Tampoco debe plantear ninguna duda la validez de una cláusula por medio de la cual una parte se reserva el derecho a «incumplir» el contrato en caso de que no tenga disponibilidad del producto. Si te compro unas cajas de vino y me adviertes que no asumes ninguna responsabilidad si el producto que tienes disponible en el almacén se agota antes, quizá para no tener que adquirir nueva mercancía del fabricante cuyos precios pueden haber oscilado, ¿puedo quejarme al amparo del art. 1102 CC el día que me comuniques el incumplimiento? Es indiscutible que no. La liberación de responsabilidad es funcionalmente equivalente a una opción de terminación

c) Especialmente interesante es el supuesto de una *cláusula penal* acordada como liquidación abstracta del daño, cuyo importe bien puede resultar inferior al daño efectivamente causado después por el incumplimiento e incluso del que de antemano era previsible que el incumplimiento pudiera causar. De él parecería que se vale Díez-PICAZO para admitir la limitación de responsabilidad por dolo. Sin perjuicio de que su argumento yerre —él admitiría la limitación de responsabilidad por entender que el art. 1102 CC solo proscribía la exoneración de responsabilidad (el precepto ciertamente habla solo de «renuncia a la acción»)⁸³—, la conclusión a la que

⁸² Cfr. MORALES, 1982, p. 598; CARRASCO, 2024, pp. 1554-1555; etc.

⁸³ Cfr. Díez-PICAZO, 1993, pp. 615-617. Naturalmente, compartimos el argumento que utiliza o parece utilizar en relación al dolo simple, no así en relación al dolo cualificado. En nuestra opinión (y pienso que seguramente también en la del ilustre maestro que no aparece bien explicada), el deudor viene obligado en estos últimos casos al pago del mayor daño, incluso aunque no fuera previsible (art. 1107 II CC). La limitación de responsabilidad es nula en virtud del art. 1102 CC.

llega parece razonable, y pone al desnudo la artificiosidad de la doctrina y jurisprudencia que prevalecen, según las cuales un pacto de esa naturaleza sería inválido si a la postre supone una limitación de responsabilidad respecto de los daños reales sufridos por el acreedor (LACRUZ *et al.*, 1994, p. 180; CARRASCO, 1987-a, p. 465; ASÚA, 2013, p. 8072, etc.; doctrina dominante también en Alemania: v., por ej. GRUNDMANN, 2025, § 276, marg. 182). El argumento esgrimido radica en el incentivo para incumplir connatural a estas cláusulas. ¿Y qué importa?, cabe preguntarse. ¿Qué hay de malo en ello? Una limitación de la responsabilidad por incumplimiento voluntario (dolo simple) no es cosa muy distinta de una reserva del derecho a resolver o denunciar el contrato contra el pago de una indemnización predeterminada (cfr. KÄHLER, 2007, p. 21).

Hay que tener en cuenta además que, en verdad, el problema solo se plantea, como ha observado Gómez Pomar, en la hipótesis de dolo cualificado y, singularmente, en el caso de *dolo in contrahendo* en el que el deudor que interesa la cláusula se propone incumplir desde el momento inicial y, por tanto, aprovecharse del acreedor y perjudicarlo⁸⁴. La cláusula de liquidación anticipada es parte de la ingeniería de la maquinación o insidia. En cambio, en el caso del dolo simple poco puede reprocharse a la conducta del deudor. El hecho de que la decisión de incumplir se adopte de manera sobrevenida no implica que en el momento de contratar las partes no dispusieran de la misma información acerca de los costes y beneficios de la liquidación anticipada del daño que justifique que esta haya de ser anulada. De hecho, la cláusula penal o la cláusula de liquidación abstracta del daño óptimamente calculadas crean los incentivos adecuados para que el cumplimiento se produzca si y solo si es eficiente⁸⁵. Doy por sentado que no hay apropiación de riqueza precontractual por parte del deudor, que siempre pierde su derecho a la contraprestación con el incumplimiento. En otro caso, estaríamos por definición en un supuesto de dolo cualificado.

La idea de la interdefinibilidad de los problemas de responsabilidad y de antijuridicidad —o de limitación de la responsabilidad y definición del deber de prestación— que informa la exposición anterior proporciona otro argumento poderoso para evitar constricciones indebidas a la autonomía privada. Quien es libre de pactar una obligación contractual y someterla a determinadas condiciones debería serlo también para limitar su responsabilidad por simple incumplimiento voluntario (las hipótesis de mal-cumplimiento son más difíciles de imaginar como hipótesis de dolo simple)⁸⁶. De hecho, una limitación de responsabilidad parece algo más suave que la exclusión del deber. Por eso, si las partes pueden redefinir a la baja un deber de prestación típico, deben poder redefinir a la baja el alcance típico de la responsabilidad por “dolo” simple. La equivalencia funcional de ambas alternativas deja poco margen para otra solución⁸⁷. La finalidad del art. 1102 CC es impedir solo lo que debe impedir, vuelvo a la tautología, y eso que debe impedir ya sabemos en qué consiste. Nuestra conclusión, por tanto, es que la función punitiva del precepto —la prohibición de cláusulas limitativas de la responsabilidad sujeta a la sanción de nulidad parcial imperativa— queda circunscrita a la prohibición del incumplimiento malicioso.

Por la misma razón deben proscribirse aquellas limitaciones o exclusiones del deber que sean funcionalmente equivalentes a la limitación o exclusión de la responsabilidad por dolo. Un buen ejemplo lo proporciona la

⁸⁴ Cfr. GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 230-232 e *ibi* más información.

⁸⁵ El argumento resultaría aún más claro si la pena convencional se configurase en el contrato en función facultativa, eximiendo al deudor del deber de cumplir pagando la pena (art. 1153 CC). No obstante, vale también aunque el deudor conserve la acción de cumplimiento; siempre podrá elegir entre ejercitarla o no, aunque con frecuencia le interesará no hacerlo, como hemos supuesto en el ejemplo.

⁸⁶ Reitero por ello que las categorías de la clasificación propuesta para articular el trabajo no son exhaustivas (no cubren todo el espectro del incumplimiento en sentido amplio), ni son disyuntivas (no son estrictamente separables o mutuamente excluyentes). Podría decirse que más que una clasificación cerrada es una tipología fluida.

⁸⁷ Cfr. KÄHLER, 2007, pp. 20-21; el ejemplo de los riesgos de desarrollo de un principio activo en la industria farmacéutica que expone con detalle este autor es muy ilustrativo (v. *ibi*, pp. 23-24).

discusión acerca de la validez de la dispensa de la obligación de rendición de cuentas en el contrato de mandato y resto de figuras fiduciarias (art. 1720 CC). En mi opinión es llano que si *a posteriori* hay indicios racionales de incumplimiento doloso por parte del agente fiduciario, la dispensa puede reputarse nula a tales efectos. Las dificultades probatorias podrían volatilizar o atenuar sustancialmente la eficacia de la prohibición de limitar la responsabilidad por dolo cualificado.

El argumento desarrollado nos ofrece pie para converger con la jurisprudencia. El Tribunal Supremo insiste en que para que haya dolo «basta infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor», siempre y cuando —apostilla— haya «*total conciencia de realizar un acto antijurídico*», es decir, un incumplimiento que no puede explicarse o justificarse ante la contraparte. El dolo se produce cuando el deudor «ejecuta algo prohibido y *hace lo que no debe hacer*»; etc⁸⁸. Pues bien, es cabalmente en la conciencia de antijuridicidad donde veo la posibilidad de convergencia, puesto que difícilmente puede pensarse que en alguno de los casos paradigmáticos de que nos hemos servido para ilustrar el argumento el deudor tiene conciencia de actuar indebida o injustificadamente. El deudor deja de cumplir con la convicción moral de que la cláusula de limitación de responsabilidad le releva de la obligación. No afirmo con ello que siempre que haya una limitación de responsabilidad por dejar de cumplir deba entenderse que uno tiene licencia para el incumplimiento o que disponga de la obligación alternativa de liberarse pagando el importe a que haya limitado la responsabilidad (art. 1132 I CC). Pero no descarto que con frecuencia haya que llegar a esta conclusión en el campo de la interpretación del contrato (arts. 1281 CC ss.). Se tratará, en última instancia, de discernir si estamos ante una distribución de riesgos entre las partes o ante una búsqueda de rentas de una a costa de la otra. La inmoralidad está solo en este último supuesto, en procurarse una franquicia para obtener una ventaja ilícita o infligir un daño injusto.

Me permitiré insistir todavía con otro ejemplo simple. Le encargo al sastre la confección de un traje, no tengo ninguno decente para ponerme en la boda de mi hijo. Le pido que lo tenga listo para el día 1 de julio. «Imposible, tengo mucho trabajo —me dice—; como pronto podrá entregárselo el día 20». Acepto porque mi hijo se casa el día 5 de agosto. Cuando me dispongo a pagarle por anticipado, el sastre señala con el dedo el cartel que cuelga a su espalda: «Si la demora en la entrega es superior a una semana, el cliente podrá resolver el contrato. Se le devolverá el precio incrementado en un 10% en concepto de compensación de gastos y molestias». Leo el cartel y no protesto, aun sabiendo cuán superior sería el trastorno para mí. La enfermedad de algunos de oficiales del sastre y el elevado coste para él de contratar otros que los sustituyan junto al trabajo amontonado le llevan a optar por el incumplimiento. Pocos días antes de la fecha de vencimiento me avisa de que no podrá tener el traje a tiempo. ¿Es objetable su proceder? No lo parece. El riesgo de demora por encarecimiento de su producción lo puso en buena medida a mi cargo. La culpa es mía. Pude haberle advertido de la necesidad y del elevado coste que supondría para mí no tener el traje para el día de la boda, pero no lo hice. Quise ahorrarme el sobreprecio que me habría impuesto por cancelar la limitación de responsabilidad y asumir. Asumí el riesgo y ahora no tengo motivo para quejarme. El art. 1102 CC no puede ampararme. Mi demanda sería de mala fe porque contradiría la distribución de riesgos aceptada. El caso pasa bien el test de la conciencia de antijuridicidad. O ¿acaso alguien piensa que, cuando me avisa de que no cumplirá a tiempo, el sastre tiene conciencia de obrar ilícitamente o de manera reprochable?

Todo se reduce al final a una cuestión de hermenéutica contractual. La doctrina señala a menudo que el intérprete debe valorar cuándo ciertas formas de delimitación del deber enmascaran en realidad una cláusula limitativa prohibida por el art. 1102 CC (v., por ej., ROPPO, 2011, p. 934). Es cierto y así lo he reconocido con el ejemplo de la renuncia a la rendición de cuentas en el mandato. Sin embargo, el caso más interesante (también el que suele pasar más desapercibido) es el contrario, precisamente aquel

⁸⁸ Tomo estas expresiones de la reciente STS 4-II-2026, núm. 426, que compendia la doctrina jurisprudencial sobre el dolo.

sobre el que venimos centrando la atención. La lección que saco es clara: el intérprete también debe valorar cuándo una cláusula limitativa de la responsabilidad puede ser reconstruida en el plano interpretativo como una delimitación del deber. Esto es importante a la hora de determinar el alcance de la nulidad prevista en el art. 1102 CC. Lo advertimos imaginando el caso más grave y quizá más probable: el de la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de “cualquier incumplimiento del contrato» (supuesto examinado, sin ir más lejos, por la reciente STS 18-VI-2026, núm. 2767). ¿*Quid iuris* si la exclusión o limitación de responsabilidad se acompaña de la «coletilla salvatoria», que acota su alcance a lo permitido por la ley? Ningún problema. La cláusula resulta intachable porque la coletilla aclara que no cubre la exención o limitación de responsabilidad por dolo legalmente prohibida. ¿Qué sucede en cambio si la exención o limitación no contiene la previsión salvatoria? La respuesta apenas cambia. Estando fuera del ámbito de las condiciones generales y el derecho de los consumidores, debe admitirse la reducción conservadora de validez y consiguiente nulidad parcial de la cláusula⁸⁹. De la misma forma que consideramos válida una cláusula genérica de exclusión o limitación de responsabilidad en relación con incumplimientos negligentes, debemos considerarla válida en relación con «incumplimientos voluntarios» que *ex ante*, a la hora de definir y graduar el deber en el ámbito de la autonomía privada, habrían sido susceptibles de dispensa o tolerancia por no contradecir la moral o el orden público. El hecho de que la nulidad que proclama el art. 1102 CC tenga una función preventiva no excluye la posibilidad de reducción conservadora de validez de la cláusula⁹⁰. La función preventiva la cumple la *nulidad parcial imperativa* impidiendo que la parte perjudicada pueda instar la nulidad del contrato en su integridad. Pero esa nulidad parcial imperativa no debe obstar, a su vez, la *nulidad parcial dispositiva* o interpretativa de la propia cláusula limitativa de la responsabilidad, cuyo objeto es integrar la voluntad presumible de los contratantes.

Aclaro que la solución propuesta diverge radicalmente de la prevista en la citada STS 18-VI-2026 (núm. 2767), una de las más desafortunadas en los últimos cincuenta años para la inteligencia del principio de autonomía privada y el adecuado desarrollo de nuestro derecho de obligaciones. Se ocupa la sentencia de una cláusula relativamente frecuente en los contratos de servicios de abogacía; la de limitación de la responsabilidad del abogado al importe de los honorarios facturados o a un múltiplo de ellos. El Tribunal Supremo la declara nula en su integridad apelando a tres argumentos, cada cual más infeliz.

El *primero* se funda en la vulneración del art. 1102 CC. La cláusula —dice el Supremo— «no distingue en función de la naturaleza del incumplimiento, es decir, si obedece a una conducta dolosa o imputable a culpa o negligencia grave, menos grave o leve, o a circunstancias objetivas que, por la razón que fuese, determinasen la obligación de indemnizar salvo pacto en contrario, de forma que, aun en el caso de que el daño fuera causado a título de dolo, operaría la limitación, lo que vulnera el art. 1102 CC» [FJ 5º 1 (ii)]. El argumento resulta especialmente desafortunado en el caso de autos, en el que el incumplimiento imputado al abogado fue, como

⁸⁹ En esta materia sigue siendo de referencia el tratamiento de ALFARO, 1991, pp. 403 ss. La divisibilidad del problema ofrece múltiples fórmulas de solución. Tomemos el caso *Vueling* de la SAP Barcelona 21-III-2024: la compañía aérea suspende sus vuelos regulares a un destino determinado por tratarse de un trayecto no rentable; como consecuencia de ello, incumple el contrato con la agencia de viajes a la que le había vendido 1500 billetes para desplazamientos durante la temporada de verano y la agencia le exige responsabilidad. Pues bien, imaginemos que el contrato contuviese una cláusula genérica de limitación de la responsabilidad a la cantidad de 100 y el daño ocasionado hubiese ascendido a 1000. ¿Cómo debería resolverse el pleito? ¿Tendría sentido sostener que, en un supuesto así, la cláusula es válida para el interés positivo, pero no para el interés negativo con el argumento de que la pretensión de Vueling de liberarse de responsabilidad por una decisión adoptada en su propio interés imponiendo un coste que afecta a la riqueza pre-contractual de la agencia de viajes debe estimarse abusiva o totalmente desconsiderada y, por tanto, dolosa en el sentido cualificado del término? El interés negativo cubriría todos los gastos y compromisos contraídos con sus clientes por la agencia en la confianza de que el contrato sería cumplido. ¿O podría argüirse que Vueling puede hacer valer la cláusula de limitación de responsabilidad de manera irrestricta tratando el límite como una cláusula penal de liquidación del daño, como en uno de los casos vistos antes? ¿O que la agencia de viajes puede reclamar todos sus daños o, al menos, los emergentes? Etc.

⁹⁰ V. DAUNER y LIEB, 2021, § 276, marg. 20, p. 476, nt. 81; SCHAUB, 2025, § 276, marg. 187; etc.

reconoce el propio Tribunal, un incumplimiento meramente negligente. ¿Qué puede entonces haberle llevado estimar inválida la cláusula en toda su extensión y aplicar la invalidez a una simple falta de diligencia? Es un misterio, al menos desde la óptica de dicho precepto. Los magistrados de la Sala conocen perfectamente los arts. 1102 y 1103 CC y lo que *a contrario* se deduce de ellos y la inveterada doctrina de la nulidad parcial (*utile per inutile non vitiatur*). Además reconocen expresamente la utilidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad «como instrumentos de gestión de riesgos contractuales dirigidos a garantizar la previsibilidad [...] en las relaciones contractuales» (FJ 3º.2). La única explicación que se me ocurre, aunque la sentencia no ofrece ningún indicio para asumirla como suya, es que la Sala haya presupuesto que la función preventiva del art. 1102 CC exige eliminar la cláusula limitativa en su totalidad. Pero una presuposición de esa índole tampoco tendría mucho recorrido. Pues la reducción conservadora de validez propuesta más arriba ni siquiera tiene por objeto dar un corte en un *continuum* cuantitativo (al Tribunal no se le pide que determine la cuantía mínima de responsabilidad apurando en lo posible el margen de validez⁹¹), sino diferenciar cosas cualitativamente distintas: el dolo y la culpa y, dentro del dolo, el dolo simple y el dolo cualificado. El referente o denotado de todos estos conceptos son conductas analítica o conceptualmente separables⁹².

El *segundo* argumento se centra en la siempre socorrida violación del art. 1256 CC. El hecho de que los honorarios se calculen por horas trabajadas y que estas las determine el propio abogado no significa que el límite de responsabilidad quede a la pura arbitrariedad —al *arbitrium brutum*— de una parte del contrato como sostiene el Supremo [v. FJ 5º 1 (i)]. Primero, porque en la normalidad de los casos el interés primordial del abogado es cobrar más y, siendo así, en punto a la responsabilidad al menos, está alineado con el interés del cliente. Segundo, porque, si el incumplimiento no es resolutorio, al abogado, siempre en punto a la responsabilidad, le resulta indiferente la cuantía en que fije sus honorarios: uno está igual si cobra 10 y responde con 10 que si cobra 1000 y responde con 1000 (“lo comido por lo servido”). Y tercero, porque en el caso excepcional de que, advertida la negligencia resolutoria, el abogado rebaje estratégicamente su minuta al solo objeto de limitar su responsabilidad, el remedio no está en la anulación de la cláusula o del contrato, sino en la reforma judicial del arbitrio abusivo de la parte al igual que ocurre en el arbitrio inequitativo del tercero: el juez anulará la determinación de la parte e incrementará el límite de responsabilidad estimando los honorarios que corresponderían en una situación normal (v. *supra* § 3.3 d). Nada nuevo bajo el sol. El legislador ya tiene reconocida en otras partes la capacidad del juez de sustituir en última instancia la determinación o tasación de los honorarios hecha por el propio abogado cuando la considere abusiva (v. art. 35.2 III y 243 LEC ss.).

Más infeliz aun es el *tercer* argumento, basado en la supuesta aptitud de la cláusula de marras para «alterar sustancialmente el equilibrio contractual y desnaturalizar el fin y la función social del contrato» [FJ 5º 1 (iii); v. también FJ 3º 2]. Es además el que lanza la señal más peligrosa para el tráfico. Dejo de lado la impropiedad o más bien vacuidad de los conceptos utilizados por la sentencia cuando no ha sobrevenido ningún cambio relevante de circunstancias, no sin subrayar lo llamativos que resultan en una resolución que abiertamente reconoce, como no podía ser de otra forma, que «no existe un derecho a la equivalencia prestacional ni corresponde al juez realizar a posteriori un análisis abstracto de la proporcionalidad que desnaturalizaría la esencia del negocio jurídico: *pacta sunt servanda*» (v. FJ 3º 3 *in fine*). También dejo de lado la inoportunidad de esta clase de argumentos en contratos entre partes sofisticadas (la sentencia da por probado además que el litigado fue negociado entre las partes: v. FJ 3º 3 *in fine*) y la circunstancia, cuando menos anómala, de que la nulidad de la cláusula haya sido apreciada de oficio cuando la cuestión nada tiene que ver con el orden público⁹³. Me centro en la propia racionalidad de la cláusula limitativa, que explica por lo demás la regularidad con que aparece en los contratos de servicios profesionales de la abogacía, consultoría, auditoría, etc., incluso de

⁹¹ Observo en todo caso que incluso en una hipótesis así probablemente tampoco habría mucho que objetar.

⁹² Es sorprendente que este argumento valga para la limitación material de la responsabilidad y no para la limitación temporal (decadencia de la acción para reclamarla en el plazo de un año), que el Tribunal considera válida (v. FJ 4º). Recuérdese que el art. 1102 CC se aplica a cualquier clase de limitación de la responsabilidad, con independencia de su índole material, temporal o la que sea (v. *supra* § 4 *ab initio*, texto correspondiente a nt. 65).

⁹³ Dejo de lado asimismo la cuestión, ni siquiera discutida en la sentencia, de una posible aplicación al caso del art. 3.1 II LGDCU, aunque la descarto por haber actuado la Fundación en un ámbito de «actividad comercial o empresarial».

administración de empresas. Al alto Tribunal le parece escandaloso que «frente a unos daños que se cuantifican en 523.688, 33 €, la aplicación de la cláusula supon[ga] que solo se responde por un total de 4.185 €, es decir, *un porcentaje del 0'80% del daño causado*». No se da cuenta, sin embargo, que justa y justificadamente se trata de eso. La cláusula se prodiga en los ámbitos referidos porque característicamente en ellos la entidad del daño infligible no guarda muchas veces proporción alguna con la contraprestación recibida o prometida⁹⁴. Tan es así que, incluso en ausencia de cláusula limitativa, la responsabilidad derivada del incumplimiento de los contratos en cuestión es una de la que más títulos tiene para ser objeto de moderación judicial al amparo del art. 1103 CC⁹⁵.

4.3. Un apunte sobre la extensión del argumento al art. 1107 II CC

La exposición anterior quedaría desguarnecida si no se completase ahora con una referencia, siquiera sea breve, al art. 1107 CC, lo cual nos brinda una oportunidad adicional de continuar la conversación con nuestro homenajeado. Parece poco dudoso que el concepto de dolo del art. 1102 CC debe trasladarse al art. 1107 CC: el deudor doloso del primer precepto debe coincidir con el del segundo. En esto hay amplio acuerdo en la doctrina y, desde luego, es la posición de Fernando PANTALEÓN⁹⁶. Nuestro autor, sin embargo, encuentra en el art. 1107 II CC un argumento adicional —lo llamaré el «argumento del recalcu»— para afianzar su tesis general de que el dolo relevante en ambos preceptos es el dolo simple (incumplimiento voluntario). Y aquí es donde resulta oportuna una matización, pues —diversamente a lo que piensa PANTALEÓN— mi conjetura es que tanto el tenor literal del art. 1107 II (recuérdese que habla de “mala fe”) como su lógica económica militan en la dirección contraria, hasta el punto de que cabe estimar que nos hallamos ante una norma llamada a cumplir también una cierta función preventiva o punitiva. Para explicarme necesito recapitular brevemente sobre esa lógica del precepto.

a) La lógica económica de la regla de la previsibilidad es simple y bien conocida: si el riesgo de pérdidas —el importe de los daños que realmente puede ocasionar el incumplimiento— es conocido solo por una parte del contrato (el acreedor), la otra parte (el deudor) no debe pechar con el total de las que puedan producirse, solo con las que haya podido prever en el momento de contratar. La regla del art.

⁹⁴ He estudiado la economía de estas cláusulas y propuesto incluso que se recomienden en los foros de buen gobierno en relación a los administradores de sociedades (v. PAZ-ARES, 2007, pp. 90-95). Piénsese en el consejero de una gran empresa como Iberdrola o Telefónica. Un pequeño error o negligencia en una decisión puede significar daños de decenas o centenas de millones de euros, que están fuera de cualquier relación con la remuneración recibida por el consejero y con su peculio personal. Su lógica es la misma que la de la *business judgment rule*.

⁹⁵ La justificación dogmática del art. 1103 CC que puede llevar a esta conclusión se tramita distinguiendo tipo de daño y cuantía del daño, según ha mostrado PANTALEÓN. El precepto es aplicable justamente cuando, aun siendo previsible el tipo de daño (y, por tanto, indemnizable según el art. 1107 CC al que enseguida aludiremos), su cuantía es imprevisible, y esto puede suponerse que ocurre con frecuencia cuando el potencial dañoso de un resultado lesivo resulte totalmente desproporcionado con la contraprestación o retribución esperada (v., en especial, PANTALEÓN, 1996, pp. 44-49).

⁹⁶ V. PANTALEÓN, 1991, pp. 1027 ss., esp. 1032-1037; PANTALEÓN, 1993, p. 1742 y nt. 75. Otra cosa es que es que en ambos preceptos el dolo relevante sea el que, para entendernos, venimos denominando dolo simple (incumplimiento voluntario) como sostiene PANTALEÓN o el que denominamos dolo cualificado (incumplimiento malicioso) como sostiene, por ej., GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 197 ss. Históricamente, la excepción más llamativa ha sido la de CARRASCO, defensor de una concepción amplia del dolo en el art. 1102 CC y estrecha en el art. 1107 II CC (v. CARRASCO, 1987-a, pp. 450-456 y CARRASCO, 1987-b, pp. 750-751; en época reciente, sin embargo, parece haber unificado posiciones: v. CARRASCO, 2024, pp. 1553 ss.). La que tampoco entiendo bien es la postura inversa de quienes parten de una noción estricta o cualificada de dolo en el art. 1107 II CC y, sin embargo, no la extienden al art. 1102 CC. A ella parece responder el PMCC-CGC, que opta por el concepto cualificado de dolo en el 1107 (v. art. 1190.3) y por el concepto simple en el art. 1102 (v. art. 1193.2). La disparidad, a mi juicio, solo podría justificarse en la hipótesis de que la nulidad por infracción del art. 1102 CC no fuese necesariamente parcial y, por tanto, punitiva y se recondujese a la nulidad ordinaria por infracción de una norma configurativa (v. *supra* § 2.2).

1107 I CC induce así a la parte con conocimiento del riesgo a tomar las precauciones adecuadas (por ej., a comprar un traje de repuesto *pret a porter* en el Corte Inglés por si falla el sastre y no tiene a tiempo para la boda de su hijo el encargado a medida⁹⁷) o, si piensa que la otra parte puede prevenirlo o distribuirlo a un menor coste (por ej., que el sastre podría contratar más oficiales para sustituir temporalmente a los que puedan caer enfermos o asegurarse frente esa eventualidad), a revelar a la otra parte toda la información relativa al riesgo y pagarle el sobreprecio que exija por asumirlo (si yo le hubiera comunicado al sastre que necesitaba el traje imperiosamente para una fecha sin duda me habría cobrado más). La regla por tanto crea los incentivos adecuados para asignar el riesgo de la manera más eficiente e incorporar dicha asignación al precio. En concreto, fuerza al acreedor a transmitir la información relevante y asimétricamente distribuida. Dado que los acreedores que sufren daños especiales o idiosincráticos (daños imprevisibles para el deudor) son casi por definición minoritarios, la regla más eficiente —la que reduce al mínimo los costes de transacción— es la que les impone a ellos la carga de informar, lo que lógicamente induce al deudor a incrementar el precio estándar, calculado sobre la hipótesis de que los daños previsibles normalmente coinciden con los que experimenta la gran mayoría de los acreedores. De lo contrario obligaríamos a esta gran mayoría a revelar información para obtener un precio más bajo, lo que dispararía los costes de contratar⁹⁸.

b) Pero lo que interesa esclarecer no es tanto la lógica de la regla general de la previsibilidad —la regla de limitación de la responsabilidad a los daños previsibles— contenida en el primer párrafo del art. 1107 CC, cuanto la lógica de la excepción contenida en el segundo párrafo, consistente en privar de dicho beneficio al deudor de mala fe o doloso. El legislador español podría haber optado por no establecer la excepción (como han hecho otros muchos⁹⁹). Pero si ha optado por establecerla, siguiendo en este punto la tradición latina¹⁰⁰, bien puede entenderse que su lógica es la de sancionar la conducta especialmente reproachable del deudor de mala fe. Se trataría, según hemos anticipado, de una lógica preventiva similar a la que inspira el art. 1102 CC, aunque menos acentuada. Lo que cambia en todo caso es la naturaleza de la sanción: allí era la nulidad parcial imperativa (v. *supra* § 4 *ab initio*); aquí, la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad.

La privación del beneficio de la limitación de la responsabilidad a los daños previsibles se expresa en el art. 1107 II CC diciendo que el deudor doloso responde de «todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». No hace falta señalar que esta fórmula no puede tomarse al pie de la letra e interpretarse en el sentido de que el deudor doloso responde de cualquier daño causalmente ocasionado por el incumplimiento. Tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la responsabilidad extracontractual los daños se limitan siempre a los que sean objetivamente imputables a la falta cometida conforme a los criterios de imputación de rigor. Esta es doctrina prácticamente unánime (v., por todos, PANTALEÓN, 1991, pp. 1036-1037; PANTALEÓN, 1993, p. 1742; MORALES, 2010, pp. 178-179 con más referencias; etc.). La precisión en todo caso no es inoportuna. Ocasionalmente la lectura literal induce a la equivocación. Es

⁹⁷ Seguiré aquí, a efectos ilustrativos, con el ejemplo del sastre referido anteriormente (v. *supra* § 4.2, texto entre nts. 87-88).

⁹⁸ Esta es una simplificación grosera, aunque suficiente a los efectos buscados. Nuestro homenajeado ofrece una explicación más detallada desde la óptica de ambos contratantes (v. PANTALEÓN, 1991, pp. 1027-1028). Para un análisis más sofisticado y completo es básico en nuestra literatura GÓMEZ POMAR, 2002, *passim*, esp. pp. 52 ss. y 104 ss.). Otras explicaciones, basadas en la voluntad real o hipotética de las partes, no conducen en la práctica a resultados distintos, según reconocen sus propios sostenedores (cfr. MORALES, 2010, p. 166).

⁹⁹ Así sucede destacadamente en el ámbito del *common law* (regla *Hadley vr Baxendale*) y en buena parte de las regulaciones y para-regulaciones internacionales relevantes (v. arts. 74 I CISG, 7.44 PICC, 161 CESL). Es cierto que en muchos casos se llegará a la misma conclusión considerando el incumplimiento como un *tort*.

¹⁰⁰ V., por ej., arts. 1150 *Code Civil* y 1225 *Codice Civile*; esta tradición es la que sin duda ha influenciado, orillando al modelo alemán, las regulaciones contenidas en los documentos europeos (v., en particular, arts. 9:503 PECL y DCFR III.-3:703).

lo que parece haberle sucedido en su día a CARRASCO (1987-b, p. 750) y a veces le sucede a la jurisprudencia. Sirva como muestra la reciente STS 4-II-2026 (núm. 565), de la se deduce, *a contrario*, que en caso de dolo «pueden imputarse objetivamente al deudor todos los daños conocidamente derivados de la obligación» (FJ 7º-1).

La función «preventiva» o «punitiva» que atribuimos al art. 1107 II CC consiste cabalmente en agravar la responsabilidad contractual tratándola como responsabilidad extracontractual. Cabría sostener así, gráficamente, que el deudor de mala fe responde de los daños previsibles por incumplimiento (ese es el fin de protección del contrato), pero también de los imprevisibles por obrar dolosamente, pues el dolo da lugar, autónomamente, a un ilícito *per se*, a un *delictum* y, por tanto, a un daño extracontractual¹⁰¹. Es cierto que la aceptación de estas premisas debilita o deja en la sombra la función «punitiva» que atribuimos a la responsabilidad del deudor contractual de mala fe, pero no la elimina completamente. El hecho de que la responsabilidad extracontractual no tenga carácter punitivo no significa que, en un contexto contractual, la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad anejo a la regla de la previsibilidad no pueda verse como una sanción adicional. Nótese además que no todo supuesto de incumplimiento doloso da lugar a responsabilidad extracontractual y no todo incumplimiento negligente deja de ser extracontractual, en cuyo caso se beneficia de la limitación de responsabilidad (piénsese en una pequeña reparación negligente que, contra todo pronóstico, acaba gripando el coche entero). De hecho, hay casos de responsabilidad extracontractual que, por su analogía con la responsabilidad contractual, se benefician del «privilegio» del art. 1107 I CC. La responsabilidad precontractual podría ser un buen ejemplo.

En atención a todo ello estimo que el concepto relevante de dolo en el art. 1107 CC es el dolo cualificado. Solo este justifica la sanción impuesta¹⁰². No es una casualidad tampoco que la excepción tenga su origen en un conocido texto de Pothier, cuyo objeto de discusión era cabalmente un supuesto de incumplimiento malicioso: la entrega de ganado infectado conociendo el vendedor el vicio. La *malitia* del vendedor es lo que, a juicio de Pothier, determinaba que debiera hacérsele responsable, más allá del daño previsible, del daño efectivamente sufrido por el comprador derivado del contagio del resto de su ganado¹⁰³. Desde el punto de vista dogmático, la sanción se justifica por ser la *malitia* también un *delictum* (art. 1902 CC). Desde el punto de vista económico, por la necesidad de prevenir una clase de incumplimientos que, por su propia naturaleza, reducen el excedente del contrato o el bienestar conjunto de ambas partes¹⁰⁴. En cambio, tiene poco sentido económico extender la excepción a los incumplimientos simplemente voluntarios, porque en ellos —según hemos convenido en su momento (v. *supra* § 4.2)— el incumplimiento no está privado de cierta justificación; es un incumplimiento explicable. De hecho, el deudor no tiene conciencia de ilicitud —de hacer algo contractualmente indebido—, pues su comportamiento es coherente con la regla que hipotéticamente habría convenido con el acreedor si hubiesen previsto y regulado la contingencia. En efecto, si el contrato fuese completo, es indiscutible que el acuerdo de las partes habría sido que, en la hipótesis de que el cumplimiento cause más daño al deudor que beneficio al acreedor, ambos habrían llegado al acuerdo para dispensarlo a cambio de una indemnización equivalente a la utilidad o valor del cumplimiento¹⁰⁵. Esta es una derivada más del teorema de COASE.

¹⁰¹ Esta es, en síntesis, la reconstrucción de MORALES, 2010, pp. 172-179; la idea —en definitiva, que en los casos de dolo no se responde tanto por el “contrato” cuanto por el “delito”— aparecía ya apuntada en PANTALEÓN, 1991, pp. 1036, aunque lo era ciertamente del todo conyacente con su tesis del incumplimiento simplemente voluntario.

¹⁰² Aboga por una noción «no neutra» de dolo, equivalente a la de dolo cualificado que proponemos, MORALES, 2010, pp. 172-176; en el mismo sentido, RUIZ-ARRANZ, 2022, pp. 1131-1132; SOLER, 2024; BASOZABAL *et al.*, 2026, pp. 205-206; etc.

¹⁰³ Informa GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 227-230; sobre la procedencia francesa de la regla de la previsibilidad v. con más detalle, LEÓN GLEZ., 2006, pp. 133 ss.

¹⁰⁴ Cfr. GÓMEZ POMAR, 2002, pp. 202-203.

¹⁰⁵ *Ibid*, pp. 33-35.

Cabría observar que la coherencia postulada entre los conceptos de dolo de los arts. 1102 y 1107 no se proyecta sobre el supuesto de hecho de uno y otro precepto, sino sobre las consecuencias sancionadoras que desencadenan. El objeto del art. 1102 es limitar el alcance de la autonomía privada con relación al *enforcement* del contrato en caso de incumplimiento doloso; por eso la sanción «punitiva» de nulidad parcial imperativa debe circunscribirse a las cláusulas de limitación de responsabilidad derivada de dolo cualificado. El cometido del art. 1107 II CC es distinto. No regula el alcance de la autonomía privada, sino directamente el importe del resarcimiento en caso de incumplimiento doloso; por eso, la sanción —la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad o, si se prefiere, el sometimiento a las reglas de la responsabilidad extracontractual— debe ceñirse, por razones simétricas, a los supuestos de incumplimiento malicioso. Naturalmente, nada hay que oponer a la admisibilidad de una cláusula de exclusión de la aplicación del art. 1107 CC en casos de dolo simple. De hecho, no es necesaria (en nuestra interpretación —como decimos— ya está excluida por el legislador), pero si lo fuera no sería una cuestión a dilucidar en la interpretación del art. 1107, sino en la del art. 1102 CC. Y siendo así encontramos una nueva razón que refrenda la tesis de que el art. 1107 II solo se activa con los incumplimientos maliciosos. Pues despojar del beneficio de la limitación de responsabilidad del art. 1107 a los incumplimientos voluntarios (no maliciosos) contradiría las expectativas normativas de las partes y, por tanto, no se avendría bien con las reglas de interpretación e integración del contrato con arreglo a la buena fe (arts. 57 CCom y 1258 CC), de las que no debe prescindirse tampoco en la interpretación del derecho dispositivo.

c) Justamente aquí viene a cuento el «argumento del recalcu» de PANTALEÓN. Nuestro querido amigo sostiene que, si el incumplimiento relevante es el simplemente voluntario, el deudor tiene siempre la oportunidad de rehacer en el momento de cumplir el cálculo de costes y beneficios que hizo en el momento de contratar, y puede ser que ahora el cálculo arroje un resultado distinto por haber tenido acceso a información acerca de la magnitud real de los daños del acreedor que no pudo tener en cuenta inicialmente. El handicap de la tesis que deja fuera del art. 1107 II CC el incumplimiento simplemente voluntario es que permite el «recalcu» y, por consiguiente, la producción de incumplimientos ineficientes *ex post*. Y esto no tiene buen sentido (v. PANTALEÓN, 1991, pp. 1027 ss., esp. 1032-1033). La premisa es indudable. Imagínese que, con posterioridad a la celebración del contrato, yo le comunico al sastre que necesito el traje para asistir a la boda de mi hijo en una fecha inaplazable o que él accede por cualquier otra vía a esta información. Ahora sabe que el daño que me ocasiona el incumplimiento no es de valor 10 (el estimado como previsible en el momento de contratar), sino 100. Y siendo así, es obvio que mantener la limitación de responsabilidad podría generar *ex post* una ineficiencia ya que incentivaría al sastre a dejar de cumplir si la enfermedad de sus oficiales ha incrementado su coste de producción a 50 aun sabiendo que el coste que me ocasiona es de 100. El *argumento del recalcu* no es ciertamente para echar en saco roto. Postula que, si en el momento de cumplir el deudor sabe que el daño que ocasionará el incumplimiento es mayor que el previsto en el momento de contratar, el deudor debe cumplir y, si no, indemnizar el daño real. La tesis contraria de GÓMEZ POMAR se funda en el argumento del *caveat creditor*: la información sobrevenida al momento de contratar es irrelevante porque el precio y el equilibrio del contrato están formados de antemano¹⁰⁶.

Mi intuición es que cabe una tesis intermedia. La tesis de PANTALEÓN tiene un inconveniente claro: crea un incentivo para el oportunismo del acreedor: yo no informo de que necesito el traje para la boda, el sastre me cobra menos y, cuando ya hemos celebrado el contrato y convenido el precio, le informo del mayor daño. El sastre tiene derecho a quejarse si luego pretendemos que cumpla bajo la amenaza de pagar el daño real. La tesis de GÓMEZ POMAR tampoco deja de tener otro inconveniente relevante: permite ineficiencias *ex post*. En este contexto de discusión simplificado —el tema daría para mucho más introduciendo otras variables: no es lo mismo, por ejemplo, un contrato que tenga por objeto prestaciones homogéneas o estandarizadas que otro cuyas prestaciones sean personalizadas o

¹⁰⁶ *Ibid*, pp. 205-206.

diferenciadas—, me permito aventurar una tesis intermedia bajo la inspiración de EISENBERG. La tesis sugiere considerar que la información sobrevenida puede convertir en malicioso el incumplimiento voluntario si, y solo si, de ella resulta que el beneficio que extrae el deudor del incumplimiento es significativamente menor del coste que el incumplimiento ocasiona al acreedor, no en otro caso¹⁰⁷.

Un simple ejemplo numérico nos ayudará a comprenderla mejor. Pongamos que el coste —el daño— del incumplimiento previsible en el momento de contratar para el acreedor fue de 100 y que el coste de cumplir para el deudor se ha incrementado pasando de 80 a 120, lo que debería inducirle a incumplir justificadamente, pues evitaría un dispendio de 20 (la diferencia entre su coste de cumplimiento y el daño del acreedor: $120-100=20$). *Quid iuris* si entretanto el deudor ha sabido que el daño real del acreedor no es de 100 (como había previsto inicialmente y en función de lo cual fijó el precio), sino de 300? ¿Debe responder el deudor? Probablemente. No obra debidamente quien sabe que ocasiona un daño adicional de 200 ($300-100$) para obtener un ahorro de costes de 20 ($120-100$). La regla parece consistente con la que impone el deber de mitigar el daño. Cuestión distinta es que deba completarse o combinarse con otra regla que obligue al acreedor a satisfacer al deudor, directa o indirectamente, el coste de la mitigación, que en el ejemplo ascendería a 20¹⁰⁸. Me atrevería a pensar que, del mismo modo que el acreedor no puede exigir el cumplimiento forzoso cuando el beneficio que obtiene de él es muy inferior al coste que impone al deudor¹⁰⁹, no puede el deudor pretender un tratamiento benigno de su incumplimiento —por eso este deviene malicioso en tal hipótesis— cuando el daño que impone al acreedor es muy superior al beneficio que él obtiene del incumplimiento. En todo caso, aquí hay aun mucha tela que cortar. Es difícil gobernar una problemática tan proteica con una regla mecánica. Quizá haya que ir hacia principios más flexibles¹¹⁰.

5. Consideración final: otra vez sobre la teoría y la práctica

Ahora que llegamos al final del recorrido me veo en condiciones de reformular la hipótesis de partida invirtiendo sus términos. A la vista de las conclusiones que han ido alcanzándose, en lugar de afirmar que la configuración unilateral del contrato es inválida a no ser que sea válida, resulta más clarificador afirmar lo contrario: la configuración unilateral es válida a no ser que sea inválida. La reformulación del «teorema de PANTALEÓN» mantiene la tautología, pero la dota de mayor fuerza explicativa al hacer patente que, en las materias objeto de estudio, *la regla debe ser la validez y la excepción la invalidez*. Analíticamente esto nos permite afirmar: (i) que es perfectamente posible dejar la eficacia del contrato a la exclusiva voluntad de una parte salvo que con ello se le prive completamente de obligatoriedad (lo que en principio ocurre solo en los contratos unilaterales); (ii) que es perfectamente posible dejar la determinación y modificación del contrato al arbitrio de una parte, siempre y cuando este deba ejercitarse «fiduciariamente» en interés común o interés del equilibrio contractual; y (iii) que es perfectamente posible limitar la responsabilidad o atenuar cualquier otro remedio o mecanismo de

¹⁰⁷ V. EISENBERG, 2000, p. 1777.

¹⁰⁸ O con otra que tuviera en cuenta la disposición de ambas partes a renegociar de buena fe el contrato inicial a la vista de las circunstancias sobrevenidas y eventualmente otras circunstancias post-contractuales. Por ejemplo, no es irrelevante que la información comunicada sobrevenidamente fuese conocida por el acreedor en el momento de contratar o que esta haya aparecido posteriormente; en este último caso, obviamente, la justificación basada en la preservación de la función *information-forcing* del art. 1107 CC pierde valor (v. PANTALEÓN, 1993, p. 1742, nt. 75).

¹⁰⁹ Esto no parece discutible hoy, aunque solo sea como exigencia de la buena fe y el abuso del derecho: v., por todos, PANTALEÓN 1991, pp. 1046-1047; STC 7/1994 de 17 de enero; art. 7.22 (b) PICC o § 272 (2) BGB.

¹¹⁰ Las últimas consideraciones de EISENBERG sobre la materia muestran un cierto escepticismo sobre la regla de la previsibilidad y la preferencia por criterios o principios más generales de causalidad adecuada (imputación objetiva) y, sobre todo, de proporcionalidad (EISENBERG, 2018, pp. 244 ss., esp. 251-252).

enforcement del contrato en caso de incumplimiento supuesto que la limitación no se extienda al incumplimiento malicioso (dolo en el sentido cualificado de comportamiento particularmente reprochable desde la óptica de la moralidad o el orden público).

El resultado es que los espejismos se disipan y, al hacerlo, quedan en entredicho algunos dogmas o axiomas de la tradición que, a mi modo de ver, han entorpecido el conocimiento y lastrado el desarrollo en el país del derecho de obligaciones. Me refiero: (i) al dogma de que la eficacia de los contratos no puede dejarse a la exclusiva voluntad de una parte (arts. 1115 y 1256 CC), (ii) al dogma de que la determinación o modificación del contenido del contrato tampoco puede confiarse al arbitrio de una parte (arts. 1449 y 1690 CC) y (iii) al dogma de que los mecanismos de *enforcement* del contrato —y, concretamente, la responsabilidad por incumplimiento— no puede excluirse o limitarse en beneficio de la parte que incumple voluntariamente, pero no maliciosamente (arts. 1102 y 1107 II CC).

La influencia desplegada por estos dogmas en manuales, textos de preparación de oposiciones y demás repertorios de formación de estudiantes y juristas ha sido formidable. Todavía es hoy el día en que siguen sobrevalorados o aureolados como principios fundamentales de nuestro derecho de obligaciones, y así continúan colonizando nuestras mentes jurídicas. Digo esto sabedor de que una cosa es la proclamación de estos dogmas o principios y otra distinta, su aplicación en la vida cotidiana del derecho. También aquí se observa un notable trecho entre la teoría y la práctica. Todo el mundo da por hecho que no caben pactos contrarios a los dogmas de marras y, sin embargo, curiosamente, apenas se ponen en cuestión ciertos pactos familiares que conculcan el estándar. Por ejemplo, (i) una condición resolutoria puramente potestativa en un contrato de compraventa de maquinaria industrial; o (ii) un «precio de fabricante» en un contrato de concesión de automóviles; o (iii) una cláusula de *overbooking* o sobreventa en un contrato de transporte aéreo.

A la vista de estos ejemplos sencillos uno podría repetir aquel pernicioso dicho popular de que la teoría —en este caso, la que se condensa en los tres dogmas tradicionales— está muy bien, pero en la práctica no vale para nada. Porque a menudo las formulaciones corrientes de los manuales, la jurisprudencia y la literatura más al uso valen ciertamente de poco. De hecho, los mismos autores, jueces o juristas que proclaman la tesis general no dudan a renglón seguido en reconocer la validez de pactos como los que acabo de mencionar. El sentido común prevalece. Ahora bien, mi instinto de supervivencia como profesor universitario impide que me contente con la resignación agazapada tras el dicho popular. Si la teoría y la práctica andan divorciadas, una de dos: o la práctica es corregida (tomando al pie de la letra arts. como el 1256, el 1449 o el 1102 CC y corrigiendo, caiga quien caiga, cualquier tipo de configuración unilateral del contrato) o la teoría es reformulada. *Tertium non datur*. Immanuel KANT, en su famoso opúsculo de 1793 sobre el repetido dicho popular («Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis») decía que, a veces,

cuando la teoría sirve de poco para la práctica, esto no se debe achacar a la teoría, sino precisamente al hecho de que no hay bastante teoría, de modo que el hombre hubiera debido aprender de la experiencia la teoría que falta (KANT, 1993, p. 4).

Espero haber mostrado que esto es justamente lo que ocurre en nuestro caso. Hace falta más teoría para poder responder, de manera satisfactoria, las preguntas difíciles, aquellas que surgen más allá de los ejemplos fáciles apenas mencionados, solo unas pocas de las cuales se han planteado en el curso del trabajo. Esa teoría hace falta para evitar que, ante la menor vacilación o duda, la cuestión se resuelva aplicando mecánicamente los dogmas de la tradición. Para suplir la teoría faltante he propuesto dirigir la mirada —según la fecunda indicación de Fernando PANTALEÓN en la STS 15-VI-2016— a la *doctrina*

de la autonomía privada, con el doble objetivo de maximizar el mandato del art. 1091 CC, que ordena tomar verdaderamente en serio lo que acuerden las partes, y minimizar los límites del art. 1255 CC, acotándolos a supuestos que verdaderamente ofendan la moral y el orden público. Ambas directrices deben guiarnos para discernir lo que hay de espejismo y lo que hay de realidad en las prohibiciones corrientes. El viento sopla en la misma dirección. Las regulaciones y para-regulaciones internacionales relativas a la configuración unilateral del contrato en sus distintas dimensiones insisten precisamente en lo mismo: en la necesidad de «no marginar aún más, sino de re-enfatizar» el principio de autonomía privada, salvedad hecha del derecho de consumo (cfr. MARTENS, 2018, p. 1181 y, especialmente, KÄHLER, 2007, pp. 19-20).

A la luz de estas premisas resulta más sencillo entender que el alcance de la imperatividad de los arts. 1115, 1256, 1102, 1107 II, 1449 o 1690 CC debe ser significativamente constreñido. Mi impresión es que la mala prensa de que han gozado y aun gozan hoy las distintas modalidades de configuración unilateral se asienta sobre prejuicios fáciles, nacidos al socaire de ideas borrosas de abuso o arbitrariedad y extendidos gracias a una deficiente comprensión de los procesos de contratación. La sospecha se ha propagado como consecuencia de haberse puesto el foco en la unilateralidad del poder concedido a una parte dejando en la sombra la bilateralidad del acuerdo mediante el cual se concede. Solo así ha podido llegarse a afirmar que la configuración unilateral del contrato, incluso entre partes sofisticadas, falsea el equilibrio prestacional y atenta contra el principio de justicia contractual¹¹¹. Una visión así se hace blanco del ácido reproche que Ronald COASE dirigía hace más de cincuenta años a la literatura convencional sobre organización industrial. En una página que ha llegado a ser célebre, decía el Premio Nobel de Economía:

Si un economista encuentra algo —una práctica empresarial de un tipo o de otro— que no comprende, busca entonces una explicación relacionada con el monopolio. Y como somos bastante ignorantes en este campo, el número de prácticas incomprensibles tiende a ser considerable». [Si se investigara más a fondo y sin prejuicios —concluía COASE—], «creo que desaparecería una gran cantidad del supuesto monopolio, y se comprobaría que las condiciones de competencia son más comunes de lo que se piensa (COASE, 1994, pp. 58-59).

Pues bien, algo de esto podría haber pasado también con nosotros los juristas, de manera que si se investigara más a fondo para suplir la teoría que falta desaparecería gran parte del supuesto abuso. Nuestro problema es que a menudo no somos capaces de ver las razones de eficiencia y en último término de racionalidad contractual que están detrás de las combinaciones y prácticas negociales menos convencionales o más apartadas del patrón habitual, como ocurre con las relativas a la configuración unilateral. Nos cuesta pensar que en la normalidad de los casos obedecen a propósitos legítimos relacionados con una mejor gestión de la incertidumbre y una mejor distribución de los riesgos. Menciono, a título meramente ilustrativo, algunos de esos propósitos (queda para otro estudio un examen detallado): (i) reducción de costes de transacción: en muchos casos el recurso a una u otra forma de configuración unilateral es una respuesta eficiente a la dificultad de escribir los contratos con precisión; (ii) adaptación a las distintas preferencias al riesgo: en ocasiones la parte aversa al riesgo quiere reservarse la posibilidad de tener ella el gobierno del contrato mientras que la otra, menos aversa —quizá porque está diversificada o asegurada— le importa menos; (iii) existencia de mecanismos de *enforcement* de mercado complementarios o incluso sustitutivos, tales como la reputación, las inversiones específicas o los juegos repetidos: reducen la desconfianza de una parte a facultar a la otra para la configuración unilateral y el sempiterno temor al abuso; (iv) modo de articular la contraprestación: el arbitrio a una parte es un activo valioso que a veces puede entregarse a cambio de obtener otras ventajas (por ej., la autorización al banco para variar el tipo de interés en el futuro puede

¹¹¹ V. alguna referencia *supra*, § 3.1 *in fine*.

permitirle al prestatario obtener en la actualidad el préstamo a un interés más ventajoso); (v) diseño de incentivos: a veces, para que una parte tenga incentivos para cumplir, puede ser paradójicamente conveniente que la contraparte le confiera la facultad de actualizar el precio de su prestación con el fin de que no se quede sin alicientes; etc., etc.¹¹². Al final la moraleja es siempre la misma. No hay que desconfiar de lo que acuerden las partes porque en principio ellas son los mejores jueces de sus intereses. Maximizar la autonomía privada permite obtener economías de confianza en la contratación.

6. Bibliografía

ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALFARO, J., «La ordenación de las reglas de los arts. 1102, 1115 y 1256 del Código Civil según PANTALEÓN», *Almacén de Derecho*, entrada de 17-VI-2023.

ALFARO, J., «Hay que derogar la directiva de cláusulas abusivas», blog *Derecho Mercantil*, entrada 6-IV-2026.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Control y deferencia en el derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 9, 2024, pp. 125 ss.

ASÚA GONZÁLEZ, C., «Comentario art. 1102», en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8071 ss.

ATAZ LÓPEZ, J., «Ensayo, prueba, muestras y reserva de aprobación: el alcance de la facultad de desistir», en CARRASCO (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a R. Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor. 2013, pp. 551 ss.

BABUSIAUX, U., «Conditions», en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 1931 ss.

BABUSIAUX, U., «Art. 16:101: Types of Condition», en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 1942 ss.

BADOSA, F., «Comentario art. 1102», en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 36 ss.

BASOZABAL, X./GREGORACI, B./DEL OLMO, P./SOLER, A., *Derecho de contratos, Aproximación teórico-práctica al sistema español vigente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2026.

BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en NAVARRO/REDONDO (dirs.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57 ss.

BECHUK, L. A./SHAVELL, S., «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of “Hadley v. Baxendale”», *Journal of Law, Economics & organization* 7, 1991, pp. 284 ss.

CANARIS, C. W., «Schuldrechtsmodernisierung und Leistungsstörungenrecht», *Juristenzeitung*, 2001, pp. 499 ss.

¹¹² De cuanto me consta, no existen en la literatura del análisis económico del derecho tratamientos específicos sobre la materia. El lector interesado puede comenzar la exploración con la relativa al uso de términos abiertos en los contratos (v, por ej., Gergen, 1992, pp. 1006-1009). En el ámbito doméstico, ofrece alguna indicación de interés sobre las necesidades del tráfico cubiertas por el arbitrio de las partes en los contratos GÓMEZ POMAR, 2018, pp. 248-254.

- CAÑIZARES, A., «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1, 2017, pp. 1 ss.
- CARRASCO, A., «Comentario al art. 1102 CC», en ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XV-1, Edersa, Madrid, 1987, pp. 444 ss.
- CARRASCO, A., «Comentario al art. 1107 CC», en ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XV-1, Edersa, Madrid, 1987, pp. 709 ss.
- CARRASCO PERERA, A. (2013), «Comentario art. 1115», en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8172 ss.
- CARRASCO PERERA, A. (2024), *Derecho de los contratos*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2024.
- CECCHERINI, G., *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Giappichelli, Torino, 2008.
- COASE, R. H., «Organización industrial: Una propuesta de investigación», dentro de su libro *La empresa, el mercado y la ley*, trad. esp., Alianza, Madrid, 1994, pp. 47 ss.
- COCA VILA, I./PANTALEÓN DIÁZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O», *Anuario de Derecho Civil* 74, 2021, pp. 113 ss.
- DAUNER/LIEB, «Kommentar § 276», en *Nomos Kommentar BGB*, vo. II-1, 4ª ed., Nomos Verlag, Baden Baden, 2021, pp. 470 ss.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- DE CASTRO, F., «La representación», dentro de sus *Temas de derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1976, pp. 103 ss.
- DEDEK, H., «Art. 6:104: Determination of Price», en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 820 ss.
- DEDEK, H., «Art. 6:105: Unilateral Determination by a Party», en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 832 ss.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B. (2021), *Nulidad parcial de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario art. 1256», en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 432 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «Comentario arts. 1102-1107», en CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5053 y ss.
- DOMENECH PASCUAL, G., «La estructura del control de la discrecionalidad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 9, 2024, pp. 7 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El desistimiento unilateral del contrato», en MORALES (dir.), *Estudios de derecho de los contratos*, vol. I, BOE, Madrid, 2022, pp. 287 ss.

EGEA FERNÁNDEZ, J. (2002), «Disposición adicional primera», en MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO/ALFARO (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid 2002, pp. 1068 ss.

EISENBERG, M. A., «The Emergence of Dynamic Contract Law», *California Law Review* 88, 2000, pp. 1731 ss.

EISENBERG, M. A., *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijusa, Madrid, 2001.

FENOY, N., *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión*, BOE, Madrid 2023.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. esp. de J. M. MIQUEL y E. GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario art. 1256», en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9022 ss.

GERGEN, M. M., «The Use of Open terms in Contract», *Columbia Law Review* 92, 1992, pp. 997 ss.

GETZLER, J., «Ascribing and Limiting Fiduciary Obligations: Understanding the Operation of Consent», en A. S. GOLD/P. B. MILLER (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, pp. 39 ss.

GHESTIN, J./BILLIAU, M., *El precio en los contratos de larga duración*, trad. esp., Olejnik, Santiago de Chile-Buenos Aires, 2026 [conviene observar que el libro fue publicado originariamente en Francia en 1990, antes de la reforma del derecho de obligaciones de 2016].

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ POMAR, F., «El arbitrio de parte en la determinación del contenido y elementos del contrato», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 49, 2018, pp. 243 ss.

GÓMEZ POMAR, F./GILI SALDAÑA, M., «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», en R. SEBASTIÁN QUETGLAS (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2021, pp. 429 ss.

GÓMEZ POMAR, F./SEGURA, A., «El precio de la información en los contratos de M&A», *Almacén de Derecho*, 27-IV-2026.

GRAZIADEI, M., «Virtue and Utility. Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions», en A. S. GOLD y P. B. MILLER (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, pp. 287 ss.

GRUNDMANN, S., «Kommentar § 276», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 10ª ed., München, 2025

[consulta on line].

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. esp. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

HUDSON, J., «Justifying Equity's Control of Powers (Fiduciary Status and Beyond)», en P. B. MILLER y J. OBERDIEK (eds.), *Oxford Studies in Private Law Theory*, vol. II, Oxford University Press, Oxford-New York, 2023, pp. 103 ss.

KÄHLER, L., «Mittelbare und unmittelbare Einschränkungen der Vorsatzhaftung», *Juristenzeitung* 1, 2007, pp. 18 ss.

KANT, I., *Teoría y práctica*, 2ª ed., trad. esp. de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1993.

LACRUZ, J. L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA, A./DELGADO, J./RIVERO, F./RAMS, J., *Derecho de obligaciones*, 3ª ed., vol. I, Bosch 1994.

LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general*, trad. esp. de M. Izquierdo, Edersa, Madrid, 1978.

LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones en homenaje al Profesor M. Alonso Pérez*, vol. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 ss.

MACIA MORILLO, A.M., «Comentario arts. 1447-1449», en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 6570 y ss.

MARKOVITS, D., «Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post: The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations», en A. S. GOLD y P. B. MILLER (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, pp. 209 ss.

MARTENS, S., «Art. 8:109: Clause Excluding or Restricting Remedies», en N. JANSEN y R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 1178 ss.

MEDICUS, D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

MILLER, P., «The Idea of Status in Fiduciary Law», en P. MILLER y A. GOLD (eds.), *Contract, Status and Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2016, pp. 25 ss.

MIQUEL, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4941 ss.

MIQUEL, J. M., «Art. 8», en A. MENÉNDEZ, L. Díez-PICAZO y J. ALFARO (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 428 ss.

MIQUEL, J. M., *Acotaciones sobre la temporalidad de las relaciones obligatorias. La duración de los pactos parasociales*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2022.

MORALES, A. M., «La modernización de la teoría general del contrato», en DE RÁBAGO/MARTÍNEZ GARRIDO (dirs.), *Reflexiones actuales sobre problemas generales del derecho privado*, Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Iberdrola, W. Kluwer, Madrid, 2021, pp. 83 ss.

MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil* 35, 1982, pp. 591 ss.

MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, discurso de ingreso en la RAJyL, Madrid, 2010.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Precio determinable por el vendedor», en A. CARRASCO (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a R. Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 887 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil* 44, 1991, pp. 1019 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil* 46, 1993, pp. 1719 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1996), *La responsabilidad civil de los auditores (extensión, limitación, prescripción)*, Civitas, Madrid 1996.

PAZ-ARES, C., «Las excepciones cambiarias», en A. MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 251 ss.

PAZ-ARES, C., «Comentario art. 1690», en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de justicia, Madrid, 1991, pp. 1439 ss.

PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2885 ss.

PAZ-ARES, C., «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?», en C. PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pp. 161 ss.

PAZ-ARES, C., «Derecho de sociedades [parte general y sociedades de personas]», en R. Uría y A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de derecho mercantil*, vol. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pp. 469 ss.

PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Fundación Registral, Madrid 2007.

PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 39, 2015, pp. 43 ss.

PAZ-ARES, C., «El concepto de conflicto de interés: teoría de los círculos concéntricos», en *Estudios en homenaje al profesor L. M. Cazorla Prieto*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 2107 ss.

PAZ-ARES, C., «¿Existe un deber de legalidad de los administradores?», en *Revista de Derecho Mercantil* 330, 2023, pp. 9 ss.

PAZ-ARES, C., «Propósito de la empresa y *causa societatis*», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 169, 2023, pp. 13 ss.

QUINONERO CERVANTES, E., «Comentario al art. 1256», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XVII-1, Edersa, Madrid, 2005, pp. 2991 ss.

RING/WAGNER, «Kommentar § 315», en *Nomos Kommentar BGB*, vol. II-1, 4ª ed., Nomos Verlag, Baden Baden, 2021, pp. 1337 ss.

ROMEO, A., *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pacini, Pisa, 2019.

ROPPO, V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

RUIZ ARRANZ, A., «*Commodum representationis y commodum ex negotiatione* o ¿de qué hablamos cuando hablamos de subrogados?», en A. M. MORALES y E. BLANCO (dirs.), *Estudios de derecho de contratos*, vol. I, BOE, Madrid, 2022, pp. 1055 ss.

SÁEZ LACAVE, M., «Delegación y deferencia: reflexiones desde una perspectiva económica del derecho de sociedades», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 9, 2024, pp. 87 ss.

SCANLON, T. M., *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, trad. esp. E. Weikert, Paidós, Barcelona, 2003.

SCHAUB, «Kommentar § 276», en *BGB Grosskommentar*, Beck, München, 2025, (consulta on line).

SMITH, L., *The Law of Loyalty*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2023.

SOLER, A., «Cinco cuestiones básicas en la determinación del daño resarcible por incumplimiento contractual», *Almacén de Derecho*, 18-VI-2024.

TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, J., «¿*Culpa lata dolo aequiparatur* en las cláusulas limitativas de responsabilidad?», *Anuario de Derecho Civil* 77, 2024, pp. 461 ss.

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

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Comentario art. 1256», en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5727 y ss.

VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, vol. I, trad. esp. W. Roces, Reus, Madrid, 1934.

WALDRON, J., *The Rule of Law and the Measure of Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

WINSCHIED, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7ª ed., vol. II, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt a. M. Berlin, 1891.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1991, reimp. 1996.

ZIMMERMANN, R., «Foreseeability», en N. JANSEN y R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018, pp. 1467 ss.