

## ¿Condición resolutoria o pacto sobre resolución por incumplimiento? El triunfo de la autonomía de la voluntad

### *Resolatory condition or agreement on resolution for breach? The triumph of the party autonomy*

por

FRANCISCO SALVADOR GIL GARCÍA<sup>1</sup>

*Doctorando en Derecho Procesal  
Universidad de Sevilla, España*

**RESUMEN:** El presente comentario examina la interesante sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sección 1.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2012, en la que se plantea si la cláusula contractual, que atribuye a un socio la facultad de decidir sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones de otro, constituye o no una condición potestativa. A este respecto, resulta imprescindible analizar cómo el Alto Tribunal diferenció las condiciones *rigurosamente potestativas*, que sí dependen, exclusivamente, de la voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado y que, en virtud del artículo 1115 del Código civil, son consideradas nulas; de aquellas otras condiciones *simplemente potestativas*, cuyo cumplimiento depende, en parte, de otros hechos o motivos, que excluyen toda posibilidad de arbitrariedad y que permiten, por consiguiente, que estas sean consideradas lícitas, conforme a nuestro ordenamiento jurídico. Tras realizar esta distinción, el Tribunal Supremo declaró que «la libertad autonormativa que inspira el derecho contractual privado permite a las partes configurar libremente causas de resolución, y al amparo de la libertad de pactos —siempre, claro está, que no se rebasen los límites que impone el artículo 1255 del Código Civil— atribuir la naturaleza de obligación principal a determinadas prestaciones o a su exacta ejecución, de tal forma que su incumplimiento —incluida la modalidad de cumplimiento inexacto— tenga trascendencia resolutoria por expresa decisión de las partes». Finalmente, cabe señalar que la Sala Primera del Alto Tribunal ha estimado la validez de la cláusula pactada, habida cuenta de que dicha cláusula se encuentra ligada al hecho que dé lugar al incumplimiento.

**ABSTRACT:** *This commentary examines the interesting sentence of the Supreme Court, First Chamber, Section 1, of May 16, 2012, which raises whether the contractual clause, which gives a partner the power to decide on the proper compliance of the obligations of another, constitutes or not a facultative condition. In*

---

<sup>1</sup> Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (ICAS) núm. 15.402 y alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla (Línea de Investigación: *Problemas Actuales de Derecho Procesal*).

*this regard, it is essential to analyze how the High Court differentiated rigorously potestative conditions, which do depend, exclusively, on the will of the debtor or on the mere discretion of the obligor and that, under article 1115 del Código civil, are considered null; of those other simply optional conditions, whose fulfillment depends, in part, on other facts or motives, which exclude any possibility of arbitrariness and that allow, therefore, that these be considered lawful, in accordance with our legal system. After making this distinction, our Supreme Court declared that «the autonomous freedom that inspires our private contract law allows the parties to freely configure causes of resolution, and under the protection of freedom of pacts — always, of course, not to exceed the limits imposed by Article 1255 of the Civil Code— attribute the nature of the main obligation to certain benefits or their exact execution, so that their non-compliance —including the inexact compliance modality— has a decisive significance by express decision of the parties». Finally, it should be noted that the First Chamber of the High Court has estimated the validity of the agreed clause, given that said clause is linked to the event that gives rise to the breach.*

**PALABRAS CLAVE:** Condición potestativa. Condición puramente potestativa. Condición simplemente potestativa. Condición resolutoria. Condición resolutoria tácita. Condición resolutoria expresa. Principio de autonomía de la voluntad. Draft Common Frame of Reference (DCFR).

**KEY WORDS:** *Optional condition. Purely optional condition. Simply optional condition. Resolatory condition. Tacit resolatory condition. Express resolatory condition. Principles of European contract law. Principle party autonomy. Draft Common Frame of Reference (DCFR).*

**SUMARIO:** I. ANÁLISIS. 1. ANTECEDENTES: A) *Hechos.* B) *Pretensiones del actor.* C) *Oposición de los demandados.* D) *Sentencia de instancia.* E) *Sentencia de segunda instancia.* F) *Recurso de casación.* 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: A) *Primer motivo del recurso de casación: vulneración del artículo 7 del Código civil.* B) *Segundo motivo del recurso de casación: infracción del artículo 1256 del Código civil.* C) *Tercer motivo del recurso de casación: violación del artículo 1115 del Código civil.* D) *Cuarto motivo del recurso de casación: conculcación del artículo 1256 del Código civil.* 3. VALORACIÓN DE LA SALA: PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN (RECURSO EXTRAORDINARIO). 4. FALLO.—II. COMENTARIO: 1. CONDICIONES. 2. CONDICIONES POTESTATIVAS: A) *Condición puramente potestativa.* B) *Condición simplemente potestativa.* 3. SOLUCIÓN: CONDICIÓN SIMPLEMENTE POTESTATIVA. 4. TERMINOLOGÍA. 5. CONDICIONES POTESTATIVAS EN DERECHO COMPARADO EUROPEO. 6. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: A) *Condición resolutoria tácita.* B) *Artículo 1124 del Código civil.* C) *Principios de Derecho europeo de los contratos:* a) *Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial.* b) *Circunstancias significativas que dan lugar a considerar el incumplimiento como sustancial o esencial.* D) *Condición resolutoria expresa.*—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS).

## I. ANÁLISIS

### 1 ANTECEDENTES

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta y a las vicisitudes jurisdiccionales previas son, en síntesis, los siguientes:

#### A) *Hechos*

En el contexto de una reestructuración empresarial, se constituyó una empresa, denominada ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., a la que se le atribuyó la fabricación y comercialización de helados. Para llevar a cabo esta actividad, se obligaba a los fundadores de la empresa a la venta de una serie de participaciones a don Carlos José, en base a una serie de cualidades personales que este poseía para poder ejercer la dirección empresarial de la nueva sociedad, denominada PUMALVERDE, S.L.

En caso de que tales participaciones fuesen enajenadas a la empresa PUMALVERDE, S.L., se acordó que don Carlos José ostentase su control y administración, quedando autorizado, en su caso, para transmitir determinadas participaciones de la sociedad ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A. a personas que, en aquel momento, ostentaban la dirección de AVIDESA, S.A., una empresa del mismo grupo.

Tras mantener una serie de reuniones con los directores de AVIDESA, S.A., don Carlos José suscribió, con ellos, un contrato, donde se contemplaba la venta de participaciones a PUMALVERDE, S.L. A fin de que la empresa PUMALVERDE, S.L. mantuviese su condición de socia, se decidió incluir, en el contrato, una serie de cláusulas, que regulasen, como *conditio sine qua non*, la opción de que esta prestase sus servicios profesionales, en régimen de dedicación plena, exclusiva y «satisfactoria», a favor de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., durante un periodo mínimo de seis años, así como a la posibilidad de resolver la compra y venta de participaciones, en caso de incumplimiento del contrato, durante el plazo mínimo de permanencia. A estos efectos, «se entenderá que existe incumplimiento de un Nuevo Socio, cuando el Socio Fundador», sin otra decisión que la suya y la de, al menos, dos Nuevos Socios —entre los que no se encuentre el socio incumplidor, que notifiquen al Nuevo Socio la existencia de una situación de incumplimiento. En este sentido, el hecho de que el Nuevo Socio niegue o justifique los hechos alegados, o que, incluso, siendo objeto de un procedimiento laboral de despido, este sea declarado improcedente, no será óbice para que el contrato devenga ineficaz.

Al final del contrato, todas las partes, concernidas en él, ratifican su plena conformidad en que quede a juicio del Socio Fundador y otros dos Nuevos Socios más, la interpretación de un posible incumplimiento contractual, siempre que los hechos alegados, que puedan motivarlo, —por los sujetos mencionados— sean ciertos y hayan sido comunicados al Nuevo Socio incumplidor.

El 25 de febrero de 2003, don Carlos José, en su propio nombre y en el de su cónyuge, doña Catalina, otorgó escritura pública de compra y venta de las 202 participaciones de PUMALVERDE, S.A., a favor de don Patricio, debiendo este devolver a los compradores el precio satisfecho, en caso de resolución del contrato por incumplimiento.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 2004, don Patricio suscribió un documento, por el que renunció a ejercitar el derecho a decidir sobre el incumplimiento de un Nuevo Socio, ya que su firma no resultaba preceptiva para llevar a la práctica la decisión del Socio Fundador.

El 18 de febrero de 2005, el demandante, don Patricio, fue destituido de su cargo, como Director comercial de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., debido a la realización de una serie de previsiones de venta erróneas, que ocasionaron un incremento de «stocks» superior al necesario, lo que provocó la ruptura de la relación de confianza en que se fundaba la labor profesional, que este desempeñaba.

El 22 de febrero de 2005 —cuatro días más tarde—, el Comité de Dirección de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., integrado por don Prudencio y don Carlos —los «nuevos socios»—, decidió estimar tal error como incumplimiento contractual, por lo que, siguiendo el procedimiento establecido en la escritura pública de compra y venta de participaciones de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., firmada el 16 de marzo de ese mismo año, don Carlos notificó a don Patricio la resolución de la compra y venta de tales participaciones.

Frente a la comunicación efectuada por don Carlos, don Patricio interpuso demanda contra la empresa, por despido improcedente. Durante el procedimiento laboral, el Comité de Dirección no pudo acreditar que la conducta de don Patricio no hubiese sido tolerada, con anterioridad, dado que el demandante ya había actuado, de forma similar en años anteriores, al realizar una previsión inicial de ventas que no correspondía con los resultados obtenidos en ejercicios anteriores. Por esta razón, el despido fue declarado improcedente, en virtud de resolución judicial, dictada el 31 de mayo de 2005, por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia.

#### B) *Pretensiones del actor*

El demandante sostuvo la improcedencia de la resolución de compra y venta de participaciones, con base en:

- 1.º el pacto de permanencia, que había dejado, sin efecto, la facultad de decidir sobre el incumplimiento, atribuida a don Carlos José, en virtud de la novación subjetiva llevada a cabo sobre la base de la escritura pública de compraventa el 25 de febrero de 2003;
- 2.º la inaplicabilidad de la cláusula resolutoria, generada ante la ausencia de resolución voluntaria de la relación laboral;
- 3.º la inexistencia de incumplimiento de la relación contractual, acreditada, tras la declaración de improcedencia del despido efectuado por ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A.;
- 4.º la nulidad de la cláusula resolutoria;
- 5.º la falta de consignación del precio de las participaciones.

#### C) *Oposición de los demandados*

En la contestación a la demanda, interpuesta por don Patricio, la empresa demandada se opuso a la demanda y suplicó su desestimación.

D) *Sentencia de instancia*

La sentencia de instancia, tras estudiar detenidamente el asunto, desestimó la demanda interpuesta por la representación procesal de don Patricio.

E) *Sentencia de segunda instancia*

La sentencia de segunda instancia ratificó, de forma expresa, los fundamentos de la sentencia de primera instancia, confirmando la sentencia recurrida.

F) *Recurso de casación*

Contra la sentencia, la representación procesal de don Patricio interpuso recurso de casación.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) *Primer motivo del recurso de casación: vulneración del artículo 7 del Código civil*

Según el recurrente, admitir la resolución del contrato, en virtud de la voluntad unilateral de uno de los contratantes, supone vulnerar la buena fe, así como los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a todas las relaciones contractuales, celebradas en el ámbito del Derecho privado.

B) *Segundo motivo del recurso de casación: infracción del artículo 1256 del Código civil*

En este segundo motivo, el recurrente afirmó que, dejar al arbitrio de uno de los contratantes —en este caso, el vendedor— la decisión sobre la existencia o no de un incumplimiento contractual, por la otra parte contratante —en este supuesto, el comprador—, supone dejar, a su merced, el cumplimiento o incumplimiento de este. Sin duda, ello contraviene lo establecido en el artículo 1256 del Código civil.

C) *Tercer motivo del recurso de casación: violación del artículo 1115 del Código civil*

En este tercer motivo del recurso de casación, el recurrente manifiesta que la interpretación que, del contrato, hace la Audiencia Provincial de Valencia infringe lo dispuesto en el artículo 1281 Código civil y deja a la voluntad unilateral del otro contratante —en este caso, el vendedor— el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato, lo que da lugar a la violación de los artículos 1115 y 1256 del Código civil.

D) *Cuarto motivo del recurso de casación: conculcación del artículo 1256 del Código civil*

Con referencia a la última de las razones aducidas por el recurrente, los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado conculcaban lo regulado en el artículo 1256 Código civil, lo que significa que no hubo incumplimiento o, al menos, que este no fue lo suficientemente grave, como para tener trascendencia resolutoria; y ello, porque no concurrían los requisitos necesarios que, para la resolución de un contrato, viene exigiendo la jurisprudencia; máxime, cuando el demandante incumplió la previsión de consignar la cantidad recibida.

3. VALORACIÓN DE LA SALA: PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN (RECURSO EXTRAORDINARIO)

Antes de entrar a examinar los presupuestos procesales o formales del recurso de casación, conviene, al menos, realizar una primera aproximación al sistema de recursos, cuyo fundamento radica en la conveniencia de conceder a los órganos jurisdiccionales, la posibilidad de reconsiderar o verificar una decisión desaceratada antes de que aquella se convierta en firme.

Realizada esta breve introducción sobre el fundamento que sirve como piedra angular a la regulación que el legislador español otorga al sistema de recursos, cabe, a continuación, centrar la atención del lector en el recurso de casación, por ser este, el recurso interpuesto en el caso, que está siendo objeto de examen. En este sentido, el recurso de casación se puede definir como aquel «*remedio supremo y extraordinario que la Ley otorga a las partes contra las sentencias firmes que dictan los tribunales de apelación, para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas ocasionado, cuando han sido dictadas contra la Ley o doctrina legal, o con infracción de los trámites y formas más sustanciales del juicio*». De esta manera, el recurso de casación no se encuentra configurado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como recurso ordinario que le da acceso al recurrente o recurrentes a una tercera instancia, donde las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de Derecho, propias de la primera y segunda instancia, a fin de someter, al tribunal, la decisión del conflicto.

Por el contrario, se trata de un recurso extraordinario, dirigido a controlar y comprobar la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica, por la sentencia de apelación. Así, el recurso de casación impone una serie de exigencias. Entre ellas: la exigencia de que cada motivo alegado concrete o especifique, de forma inequívoca, aquella norma que se considera infringida por la sentencia de la Audiencia Provincial de que se trate; y, la prohibición de no traer a colación argumentos heterogéneos y normas carentes de conexión o vinculación, cuando genere imprecisión.

En cuanto a su naturaleza, cabe señalar que se trata de un mecanismo de impugnación extraordinario y devolutivo, que desempeña una función nomofiláctica de depuración de las infracciones del ordenamiento jurídico sustantivo en que incurran aquellas resoluciones judiciales dictadas en apelación.

Esta función conecta con aquella finalidad que, tradicionalmente, se ha venido atribuyendo a la casación, cual es la defensa del *ius constitutionis*, esto es, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías, ordenadas ambas a la común tarea de una exacta interpretación de la Ley (CALAMANDREI): la función nomofiláctica, de protección o salvaguarda de la norma, y la función uniformadora de la

jurisprudencia en la interpretación y aplicación del Derecho objetivo (MORENO CATENA, 2015, 378).

En este supuesto, todos los motivos alegados por la parte recurrente presentan una clara falta de precisión que da lugar a la aplicación de la función nomofiláctica ya referida. En concreto:

- a) el primer motivo alegado carece de una precisa delimitación de la buena fe contractual en el ejercicio de los derechos subjetivos, lo que vulnera los límites que el propio ordenamiento impone a la libertad de los particulares, mediante la regulación de sus relaciones contractuales. Esta ausencia permite a don Carlos ejercitar, de forma abusiva, la facultad de resolver el contrato de compra y venta;
- b) la tercera causa, que sirve de fundamento al recurso, confunde las reglas relativas a la interpretación de los contratos con la nulidad de las condiciones puramente facultativas y la atribución de la decisión sobre la validez del cumplimiento del contrato a una de las partes;
- c) por último, el recurrente, además de confundir las reglas de valoración de la prueba con la trascendencia resolutoria de los hechos probados y reiterar en el cuarto motivo del recurso de casación, lo ya alegado en el segundo, se limita a afirmar la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico, sin argumentar las razones, que le han llevado a alcanzar tal conclusión.

A pesar de los defectos detectados, la Sala identifica dos cuestiones, que presentan un especial interés casacional y que justifican la necesidad de entrar a examinar el fondo del asunto. Dichas cuestiones se circunscriben, por una parte, a la validez de la cláusula, que atribuye a don Carlos, la facultad de decidir sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones, asumidas por don Patricio y, por otra, a la existencia o no de un incumplimiento resolutorio.

#### 4. FALLO

Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don José Luis GARCÍA GUARDIA, en nombre y representación de don Patricio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.<sup>a</sup>) el día 22 de septiembre de 2008, e impuso el abono de las costas al recurrente, tras haber desestimado todos los motivos alegados en el recurso (arts. 394.1 y 398.1 LEC).

## II. COMENTARIO

El presente comentario no solo tratará de determinar si la cláusula contractual, que atribuye, a una de las partes contratantes, la facultad de decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, constituye o no una condición potestativa, sino que también ofrecerá diferentes perspectivas (nacional, europea) y soluciones sobre la cuestión suscitada.

Para ello, resulta imprescindible comenzar, analizando las diferentes clases de condiciones.

## 1. CONDICIONES

Atendiendo a la naturaleza del evento, las condiciones pueden agruparse en potestativas, casuales y mixtas, según la doctrina clásica, y en casuales, mixtas, simplemente potestativas y puramente potestativas, según la doctrina más reciente. Aunque ambas clasificaciones se basan en los artículos 796, 800 y 1115 del Código civil, la doctrina más reciente ha ido un paso más allá, al oponer la condición puramente potestativa de aquellos supuestos en que «*el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor*», a la condición casual, cuyo cumplimiento depende de «*la suerte*» o de «*la voluntad de un tercero*» (ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, 78).

## 2. CONDICIONES POTESTATIVAS

Como ya pusiera de manifiesto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (1956, 216), mientras las condiciones casuales no suscitan problemas interpretativos, ni siquiera el hecho de que consistan en la voluntad de un tercero, reconocida expresamente en el segundo inciso del artículo 1115 del Código civil, las condiciones potestativas y mixtas, basadas en un mayor o menor grado de voluntad de los contratantes, sí que lo hacen; y ello, porque el valor que, en términos de eficacia, puede otorgarse a dicha voluntad depende de la naturaleza del vínculo contraído entre ambas partes del contrato.

### A) Condición puramente potestativa

La condición puramente potestativa es aquella que solo consiste en una manifestación del querer, cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del obligado (*si volueris, si voluero*)<sup>1</sup>.

Aunque la doctrina solo considera que una condición es puramente potestativa, cuando la facultad de decisión es atribuida al deudor, no debe olvidar el lector, que tampoco existe inconveniente, para que dicha facultad pueda ser atribuida al acreedor (ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, 79). No ocurre lo mismo, cuando se trata de una condición meramente potestativa, atribuida al deudor; dado que, en tal supuesto, la condición afecta al consentimiento, provocando la nulidad de la obligación que depende de ella (art. 1115 CC). Se trata de una aplicación, un tanto particular, del artículo 1256 del Código civil, en virtud del cual, «*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*». En consecuencia, se puede admitir la validez de la condición resolutoria meramente potestativa.

A pesar de ello, ni el artículo 1115 del Código civil distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias ni la condición resolutoria puramente potestativa dependiente del deudor se basa en otra consideración que no sea aquella, en base a la cual, quien se obliga, lo hace, a partir del momento en que quiere, mientras que, respecto a las segundas, quien se obliga, lo hace hasta el momento que estime oportuno (ALBALADEJO, 1983, 311).

Así pues, mientras que, en el primer caso, existe obligación, desde el comienzo de la relación contractual, en el segundo, aún no. De esta manera, tampoco queda obligado, quien solo lo está, mientras quiera, pues su voluntad no queda ligada, de forma estable, al cumplimiento de una obligación, que le haya sido impuesta.

Así pues, una condición solo puede ser puramente potestativa en aquellos casos en que, habiendo sido atribuida la facultad de decisión al acreedor, la misma no pueda ser declarada nula, en base al artículo 1115 del Código civil.

A diferencia de lo ya expuesto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO considera que la prohibición, contenida en el artículo 1256, impide que el cumplimiento y la validez de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes, lo que excluye toda posible aplicación, cualquiera que sea la parte contratante, a la que pueda ser aplicada.

#### B) Condición simplemente potestativa

La condición simplemente potestativa es aquella, cuyo cumplimiento no solo depende de la voluntad de una o ambas partes contratantes, sino también de otros hechos ajenos al contrato, que contribuyen a su formación<sup>2</sup>. Se trata, en consecuencia, de una obligación, cuya validez deriva, en el presente caso, de la decisión de dos personas que, habiendo sido designadas por uno de los contratantes, ha contado, en todo momento, con el consentimiento de la otra parte (obligado), por lo que no puede afirmarse, a este respecto, que dicha situación sea susceptible de subsunción en el supuesto prohibitivo del artículo 1256 del Código civil, ni tampoco en el punto primero del artículo 1115 del Código civil (CARRASCO PERERA, 2013).

### 3. SOLUCIÓN: CONDICIÓN SIMPLEMENTE POTESTATIVA

En este caso, el Tribunal Supremo considera válida aquella cláusula que, pactada en el «*contrato entre socios*», atribuye a una de las partes, don Carlos José, la facultad de decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por don Patricio, por cuanto la misma no solo depende de la voluntad del deudor, sino también de un acto de incumplimiento por su parte (condición «*simplemente potestativa*»).

### 4. TERMINOLOGÍA

La terminología empleada para la distinción entre condiciones «*simplemente potestativas*» y las «*puramente potestativas*» corresponde a una interpretación doctrinal y jurisprudencial del artículo 1115 del Código civil.

### 5. CONDICIONES POTESTATIVAS EN DERECHO COMPARADO EUROPEO

La presente sentencia cita los preceptos concordantes al artículo 1115 del Código civil en otros ordenamientos europeos. Este es el caso del Código Civil francés<sup>3</sup>, cuyo artículo 1174 dispone que «*toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*» («*toda obligación será nula cuando hubiera sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obligue*») o del Código Civil italiano<sup>4</sup>, cuyo artículo 1355 considera «*nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante*

o, rispettivamente, da quella del debitore» («nula la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación subordinada a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del transmitente o, respectivamente, de la del deudor»).

En consecuencia, son nulas las obligaciones con condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado.

## 6. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

A pesar de los continuos y reiterados esfuerzos de nuestro Tribunal Supremo, la naturaleza jurídica de la cláusula pactada en el «*contrato entre socios*» no puede ser incluida en el ámbito de las condiciones potestativas, habida cuenta de que se trata de una cláusula expresa de resolución por incumplimiento, donde las partes, voluntariamente, han acordado los mecanismos, en virtud de los cuales, se determinará el hecho del incumplimiento, por lo que dicha cláusula no puede quedar subsumida, sino dentro del ámbito de toda «*cláusula resolutoria expresa*».

### A) Condición resolutoria tácita

La facultad resolutoria por incumplimiento implícita en las obligaciones recíprocas, que declara el artículo 1124 del Código civil, procede del Código de Napoleón:

«*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement*».

Este precepto es fruto, a su vez, de toda una evolución normativa que, iniciada con el Derecho Romano («*condictio causa data, causa non secuta*»), consolidada, a través del Derecho canónico («*non servanti fidem, non est fides servanda*») y reproducida por los jurisconsultos franceses (DUMOULIN, DOMAT y POTHIER) en el Código napoleónico de principios del siglo XIX, fue incluida, por los legisladores españoles, en el artículo 1124 del Código civil de 1889, a pesar de ser una institución ajena a nuestra tradición jurídica (MOLL DE ALBA LACUVE, 1999).

### B) Artículo 1124 del Código civil

El artículo 1124 del Código civil, último precepto de la sección relativa a las obligaciones puras y de las condicionales, regula la mal denominada condición resolutoria tácita. En este sentido, comparto la opinión manifestada por ÁLVAREZ VIGARAY<sup>5</sup>, quien ha argumentado, y con razón, que no se trata de una auténtica condición resolutoria, pues opera, gracias a la voluntad del interesado, manifestada, con posterioridad, a la conclusión del contrato, mientras la verdadera condición resolutoria produce automáticamente la resolución. Por tanto, la condición resolutoria tácita no produce, *ipso iure*, la resolución del contrato, sino que faculta al interesado, para que sea este, quien solicite la resolución; de hecho, ni siquiera esta condición resolutoria actúa de forma absoluta, ya que concede, al órgano jurisdiccional competente, la facultad de moderar los efectos de la resolución (OSSORIO MORALES, 1956, 273). De este modo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código civil puede definirse como «*aquella facultad*

*o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado» (MANRESA Y NAVARRO, 1950, 353).*

Con relación al artículo 1124 del Código civil, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, tradicionalmente, la concurrencia de dos requisitos, para que el incumplimiento pudiera originar la resolución del contrato: uno objetivo, la gravedad, y otro subjetivo, la culpabilidad; requisito este último que se encontraba incluido en la fórmula jurisprudencial: *«la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido»* (SSTS 737/1988, de 12 de mayo<sup>6</sup>, y 905/1989, de 2 de junio<sup>7</sup>).

A lo largo de la década de 1990, el Alto Tribunal fue objetivizando el incumplimiento resolutorio y superando, así, la exigencia de la *«voluntad rebelde»*; de tal forma que ya no resultaba necesaria una conducta dolosa del deudor ni un ánimo deliberado de incumplir, sino que era suficiente la frustración de la finalidad económico-jurídica, que comporta todo contrato de compra y venta (SSTS 383/1991, de 15 de febrero<sup>8</sup>, 678/1991, de 7 de junio<sup>9</sup>, 786/1992, de 31 de marzo<sup>10</sup>, 872/1992, de 23 de abril<sup>11</sup>). Por este motivo, basta el hecho del incumplimiento, para que se pueda presumir la existencia de culpa (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1992, 66).

Para encontrar la razón de esta evolución jurisprudencial, hay que acudir a lo previsto en el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, según el cual:

*«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».*

### C) Principios de Derecho europeo de los contratos

La sentencia llega, incluso, a citar el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, según el cual:

*«el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.*

*(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.*

*(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».*

#### a) Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial

En aquellos supuestos de incumplimiento de una de las partes, la determinación sobre las posibilidades que ostenta la otra parte para resolver el contrato dependerá, en todo caso, de la ponderación, que lleve a cabo el órgano jurisdiccional, sobre las circunstancias que lo hubieran motivado, es decir, si la prestación tiene tal defecto, que la parte perjudicada ya no pueda utilizarla para los fines, inicialmente, previstos; si el comportamiento de la parte incumplidora ha provocado, intencionadamente, tales consecuencias. En este último caso, la parte

perjudicada quedará habilitada, para resolver el contrato; o si se ha causado un detrimento serio a la parte incumplidora.

En consecuencia, la parte perjudicada únicamente podrá resolver el contrato, si el incumplimiento de la otra parte es «*esencial*», es decir, sustancial o de gran trascendencia.

- b) Circunstancias significativas que dan lugar a considerar el incumplimiento como sustancial o esencial

A continuación, el precepto presenta una lista de circunstancias, que ayudan a concretar si, en un determinado supuesto, la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial (LANDO, 2004, 229-231).

1. *Si el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte de sus expectativas*

El primer requisito que impone el citado precepto es que el incumplimiento revista tal entidad, que prive a la parte perjudicada de algo necesario, que tenía derecho a esperar en el momento de la celebración del contrato. Por esta razón, la parte perjudicada no podrá resolver el contrato, si la parte incumplidora demuestra que no pudo prever que el incumplimiento sería «*esencial*» para la otra parte de la relación jurídica.

2. *Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación*

El carácter esencial del cumplimiento de la obligación no deriva de la gravedad efectiva del incumplimiento, sino de la propia naturaleza de la obligación contractual, cuyo cumplimiento podría ser esencial.

3. *Incumplimiento contractual*

El precepto también aborda aquella situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario, habida cuenta de que el mismo podría ser contrario a la buena fe negocial, al tratar de resolver un contrato en un supuesto de incumplimiento no esencial o insignificante.

4. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*

A continuación, el artículo otorga gran relevancia al incumplimiento, por cuanto el mismo constituye un motivo de desconfianza en el cumplimiento futuro de la obligación; tanto es así, que, tras el incumplimiento, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, aun cuando los defectos dimanantes de las primeras entregas no posean entidad suficiente, para justificar la resolución de la relación contractual.

5. *Pérdida desproporcionada*

En último lugar, analiza aquellos supuestos, donde la parte que incumple el contrato ha confiado en su cumplimiento. En ellos, el órgano jurisdiccional

competente deberá tomar en consideración, por un lado, si la parte, que confiaba en su cumplimiento, ha sufrido o no un perjuicio desproporcionado, en atención al carácter del incumplimiento; y, por otro, si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o entregada puede generarle algún tipo de beneficio a la parte incumplidora, a través de su rechazo o devolución.

#### D) *Condición resolutoria expresa*

En este caso, no se encuentra el lector ante una condición resolutoria tácita, implícita en las obligaciones recíprocas, sino, más bien, ante una cláusula expresa inserta en el «*contrato entre socios*», que permite la resolución del mismo, en caso de que se produzca un incumplimiento por alguno de los socios. Así aparece contemplado en una de las cláusulas del contrato, donde las partes ya habían definido, voluntariamente, el concepto de «incumplimiento resolutorio», al expresar que: «*[a] los efectos de la presente cláusula, se entenderá que existe incumplimiento de un Nuevo Socio cuando el Socio Fundador, sin otra decisión vinculante más que la suya propia y la de, al menos, dos Nuevos Socios diferentes al incumplidor, comunique por escrito al Nuevo Socio incumplidor la existencia de una situación de incumplimiento. No obstará a dicha consideración, a los presentes efectos contractuales, el hecho de que el Nuevo Socio niegue o justifique los hechos alegados o cuestione la relevancia de los mismos, o que, si fuesen objeto de un procedimiento laboral de despido, este sea declarado improcedente. Todas las partes, tomando en consideración las especiales circunstancias que concurren en la presente operación, están plenamente de acuerdo en que quede al exclusivo juicio del Socio Fundador, conjuntamente con, al menos, dos Nuevos Socios, la interpretación de la concurrencia de los supuestos de incumplimiento siempre que los hechos alegados como constitutivos de incumplimiento sean ciertos, y hayan sido oportunamente comunicados al Nuevo Socio incumplidor, renunciando los Nuevos Socios a la exigencia de que se trate de un incumplimiento objetivamente grave y culpable*». De este modo, la resolución del contrato de compra y venta no sigue el cauce establecido en el artículo 1124 del Código civil, que exige la intervención de la autoridad judicial y la concurrencia de un determinado tipo de incumplimiento objetivo y grave o esencial.

### III. CONCLUSIÓN

El principio de autonomía de la voluntad constituye, en la actualidad, la médula espinal que conecta el fundamento sobre el que se asientan todas las relaciones jurídico-privadas, que integran el Derecho privado contractual europeo.

El fundamento de este principio radica en el derecho subjetivo, entendido este como ámbito de libertad frente a los poderes públicos y frente a los restantes sujetos privados. Es, pues, dicho principio el que ha dado lugar, en este supuesto, a que las sentencias de Primera Instancia, de la Audiencia Provincial de Valencia y del Tribunal Supremo declarasen la validez de la cláusula expresa de resolución por incumplimiento en el «*contrato entre socios*».

Ahora bien, este principio no es absoluto, está sometido a límites, que dimanen de la propia existencia de intereses que la colectividad ostenta y que la sociedad prima, a través de una serie de reglas que el ordenamiento jurídico esta-

blece, al no poder ser aquellos satisfechos siempre mediante actos de autonomía individual. En otras palabras, la existencia de tales intereses conforma una esfera de protección tal, que permite que estos se conviertan en un auténtico límite a la autonomía de la voluntad privada.

Así pues, la presencia de los poderes públicos, encargados de custodiar y proteger estos intereses, determinará un ámbito de autonomía privada más o menos reducido.

En concreto, los límites a la autonomía de la voluntad de unos sujetos privados viene contemplada, precisamente, en el artículo 1255 del Código civil, donde se encuentran recogidos como tales: la ley, la moral y el orden público.

Por último, resulta imprescindible que el Código civil español ofrezca, en materia de contratos, disposiciones sobre esta clase de pactos resolutorios definitivos del incumplimiento, que posibiliten el automatismo de la resolución contractual y eviten, en la medida de lo posible, la numerosa litigiosidad, que genera la resolución de un contrato por incumplimiento.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil 1-2. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991). *Artículo 1115 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderch (Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 78-79.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991). *Artículo 1124 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce De León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderch (Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 96-100.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). El cumplimiento de las obligaciones, *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXX.
- CARRASCO PERERA, A. F. (2013). Artículo 1115, en R. Bércovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Valencia: Tirant lo Blanch, 8173-8179.
- LANDO, O. (2004). *Sección 3: Resolución*, en A. Garro (Dir.), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 228-237.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (2011). *Artículo 1255. Pactos, cláusulas y condiciones del contrato*, en R. Valpuesta Fernández, P. V. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno, A. Legerén-Molina y M. J. Pérez García (Coords.), *Código civil comentado*, Vol. III, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 596-605.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1950). *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Vol. VII, Madrid.
- MOLL DE ALBA LACUVE, CH. (1999). *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria*, Cedecs.
- MORENO CATENA, V. M. (2017). *Lección 24.ª Los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación*, en V. M. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (Co-autores), *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 369-393.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1992). La objetivación del incumplimiento, *Revista COLEX*, núm. 3.

OSSORIO MORALES, J. (1956). *Lecciones de Derecho Civil (obligaciones y contratos)*, Granada.

## V. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS)

- STS de 12 de mayo de 1988, Sala Primera; *RJ* 4087, 1988 y Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.
- STS de 2 de junio de 1989, Sala Primera; *RJ* 4287, 1989 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- STS de 15 de febrero de 1991, Sala Primera; *RJ* 1442, 1991 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.
- STS de 7 de junio de 1991, Sala Primera; *RJ* 4430, 1991 y Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES.
- STS de 31 de marzo de 1992, Sala Primera, Sección 1.ª; Roj: STS 2851/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- STS de 23 de abril de 1992, Sala Primera, Sección 1.ª; Roj: STS 3404/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.
- STS de 3 de diciembre de 1993, Sala Primera; *RJ* 1993, 9488 y Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.
- STS de 13 de febrero de 1999, Sala Primera; Tol 169365 y Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.
- STS de 16 de mayo de 2005, Sala Primera, Sección 1.ª; Tol 648634 y Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS.
- STS de 28 de junio de 2007, Sala Primera, Sección 1.ª; Tol 1113016 y Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

## NOTAS

<sup>1</sup> STS de 3 de diciembre de 1993 (FJs. 2.º y 6.º), Sala Primera; *RJ* 1993/9488 y Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.

<sup>2</sup> STS de 28 de junio de 2007 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; Tol 1113016 y Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ: «*la jurisprudencia que preconiza una interpretación restrictiva del artículo 1115*» [STS de 13 de febrero de 1999, Sala Primera; Tol 169365 y Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA] y solo se producirá si depende del «mero arbitrio» del obligado [en este sentido, *vid.* STS de 16 de mayo de 2005 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; Tol 648634 y Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS].

<sup>3</sup> AA.VV. (2017), *Code civil 2017: À jour de la réforme du droit des obligations + de 450 articles modifiés*, Dalloz, Papier & numérique.

<sup>4</sup> R.D. 16 de marzo de 1942, n. 262, Approvazione del testo del Codice Civile, *Il Codice Civile Italiano, Titolo II: Dei contratti in generale (arts. 1321 a 1469)*, Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves-dott.sa V. Virzi sotto la supervisión del Prof. P. G. MONATERI, Ordinario nell'Università di Torino.

<sup>5</sup> Para mayor detenimiento, léase ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991), *Artículo 1124 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderch (Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 78-79 y 96-100.

<sup>6</sup> STS de 12 de mayo de 1988 (FJ. 2.º), Sala Primera; *RJ* 1988, 4087 y Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.

<sup>7</sup> STS de 2 de junio de 1989 (FJ. 4.º), Sala Primera; *RJ* 1989, 4287 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.

<sup>8</sup> STS de 15 de febrero de 1991 (FJ. 2.º), Sala Primera; *RJ* 1991, 1442 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.

<sup>9</sup> STS de 7 de junio de 1991 (FJ. 3.º), Sala Primera; *RJ* 1991, 4430 y Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES.

<sup>10</sup> STS de 31 de marzo de 1992 (FJ. 4.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 2851/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.

<sup>11</sup> STS de 23 de abril de 1992 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 3404/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.