

EL ARBITRIO DE PARTE EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Abogado*

Catedrático de Derecho civil

El arbitrio de parte en la determinación del contenido y elementos del contrato

El trabajo se propone replantear el papel del arbitrio de parte en la determinación de los elementos objetivos del contrato en Derecho español. La tradicional (en el *ius commune*) insistencia en la plena determinación de los elementos objetivos, y la renuencia a admitir la remisión a la voluntad de un contratante de la determinación de precio y cosa en los contratos, señaladamente en la compraventa, y la consagración de esta posición en los códigos latinos se ha conservado, casi de forma residual, en el Código civil español, al contrario que en otros países de nuestro entorno. En el Derecho comparado y en los instrumentos internacionales ha prevalecido una posición opuesta, basada en la existencia de buenas razones para que los contratos sean incompletos, y también para que, en ocasiones, las partes prefieran confiar la determinación posterior de términos abiertos, completando así el contrato, a una de las partes. Así, se permite ampliamente el arbitrio de parte en la determinación posterior de términos contractuales, con sujeción en todo caso, al control judicial para prevenir el abuso de las facultades unilaterales. En el trabajo se muestran las razones teóricas y de Derecho comparado para abogar por un cambio de perspectiva incluso bajo los arts. 1256 y 1449 CC, y se ofrecen argumentos para concluir la existencia de un mayor espacio a la voluntad unilateral de parte del que comúnmente se reconoce, con apoyo en otras previsiones del Derecho español y soluciones acogidas ya por distintos pronunciamientos jurisprudenciales en España.

Unilateral determination of contract terms

The article revisits the role of unilateral determination of contract terms under Spanish Law. In the tradition of *ius commune*, the object of the contract had to be determined from the outset, and leaving terms to the later determination by one party was seen as contradictory with the requirements of certainty of price and object. Civil codes in the Latin tradition followed that pattern, but nowadays, the Spanish Civil Code is perhaps the only one who remains faithful to this approach. In other European and Western legal systems, and in international instruments on Contract Law, the starting point is quite different. It is acknowledged that there are good reasons for parties to leave contracts incomplete, and to rely eventually on the unilateral determination of open terms by one of them. Thus, most legal systems leave ample room for unilateral determination of terms, subject to judicial control to curb abuses in the exercise of unilateral powers. The article shows strong reasons, grounded both on legal theory and Comparative Law, to promote a change of perspective in Spanish Law, even under the application of arts. 1256 and 1449 of the Spanish Civil Code. It is argued that the legitimate space for unilateral determination of contract terms is larger than currently perceived, based on arguments linked to other provisions in Spanish Law and some avenues explored already by case law.

PALABRAS CLAVES

Contratos incompletos, Arbitrio de parte, Elementos objetivos, Código civil español, Determinación unilateral.

KEY WORDS

Incomplete contracts, Unilateral determination, Contract terms, Spanish Civil Code, Party's discretion.

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

1 · LA DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS EN EL CONTRATO: EL NIVEL DE DETERMINACIÓN

A la vista de preceptos bien conocidos del Código Civil español (CC) como el art. 1256 y el art. 1449, acaso se podría pensar que el título que encabeza esta contribución en homenaje a D. Aurelio Menéndez constituye un «imposible jurídico» en Derecho español. Como se podrá comprobar más adelante, la situación española en estas materias cabe calificarse, en buena medida, de excepcional, pues en el panorama comparado el juego de la decisión unilateral de parte en la determinación de elementos esenciales del objeto del contrato es amplio y conocido. La (no inevitable, como intentaré argumentar en este trabajo) singularidad restrictiva de nuestro

régimen se relaciona con la congelación en nuestro Derecho de contratos de las ideas prevalentes hace siglos (pero no ya hoy) en cuanto a la determinación del objeto de un contrato para ser tenido por acuerdo jurídicamente vinculante.

La configuración y el régimen jurídico fundamental del contrato se conservan en el Código Civil español (CC) todavía fielmente ajustados a los esquemas prevalentes en los códigos de los sistemas de tradición latina del siglo XIX. Esta caracterización vale, entre otros muchos aspectos, para la definición de cuáles son los elementos del objeto del contrato y los requisitos que debe reunir. En los contratos de cambio y, en particular, en la compraventa, la definición de la cosa o bien, por un lado, y el precio, por otro, siguen este patrón clásico o deci-

monónico sin que la jurisprudencia —en apariencia, al menos— y la doctrina se hayan apartado abiertamente de este esquema tradicional.

Esto es así en relación con la determinación de la cosa y el precio como elementos objetivos del contrato. Los arts. 1273, 1445 y 1447-1449 CC (además de otros, como el art. 1690 CC) se refieren al requisito de «determinación» del objeto del contrato, o lo concretan en algún aspecto. El contrato ha de tener por objeto una cosa «determinada» y un precio «cierto». Este requisito de «determinación» o certeza para que concurra un contrato vinculante, que está ya en el Derecho romano (*corpus certum, res certa, pretium certum*), se expresa con una marcada aversión en el régimen del CC hacia la indeterminación referente a los términos objetivos (cosa y precio) del contrato.

Esta actitud puede responder, desde el punto de vista teórico, a una múltiple motivación¹, sin que ello suponga que los distintos fundamentos son mutuamente excluyentes o incompatibles: (i) la indeterminación puede constituir un indicio de que no hay verdadera voluntad de quedar vinculado por el contrato y sujeto a las obligaciones que dimanarían de un acuerdo contractual genuinamente vinculante; (ii) la indeterminación inicial del objeto supone la necesidad de proceder a una determinación en un momento posterior al de perfección del contrato, y si la misma queda en manos de los tribunales, existiría un alto riesgo de que estos yerren al operar una determinación posterior con la que las partes, *ex ante*, hubieran estado de acuerdo y que resulte, por tanto, conforme con su voluntad, siquiera sea hipotética; (iii) la indeterminación puede suponer que la delimitación del elemento objetivo no definido o determinado del contrato quede a la voluntad unilateral de un contratante, y no sea fruto del acuerdo de ambos, sino que implique el sometimiento y sujeción a la decisión arbitraria de la contraparte, la cual, en su propio interés, tendrá motivo y tentación de explotar la vulnerabilidad que la sujeción a su voluntad supone. Esta última preocupación late en el art. 1256 CC² y se reitera enfáticamente en los arts.

1449 y 1690 II CC; (iv) la correcta información del adquirente (sobre todo si se trata de un consumidor³) en cuanto al precio efectivo que habrá de asumir: si hay incertidumbre sobre el importe exacto, o el vendedor eleva el precio, el comprador puede verse en la situación de tener que pagar un precio superior al que creía aplicable e, incluso, mayor a su valoración de la cosa comprada.

La aversión por la indeterminación de los elementos objetivos se manifiesta, de manera específica, en el rechazo a que su determinación pueda deferirse a la decisión de una de las partes en el contrato (ya me he referido a los arts. 1449 y 1690 II CC) y, en general, a la entrada del papel de la voluntad unilateral de parte a la hora de integrar un elemento del contrato no precisado por el acuerdo contractual. Suelen citarse (acaso un tanto desordenadamente, pues no todos ellos, como hemos indicado ya, responden a la misma preocupación⁴), los arts. 1115 (condición puramente potestativa), 1256 (prohibición de que la validez y el cumplimiento del contrato se dejen al arbitrio de un contratante), 1598 I (la obra a satisfacción del propietario se reserva,

de, literalmente, del art. 979 del Proyecto de 1851. Aunque García Goyena cita como precedente de este el art. 1174 del *Code*, lo cierto es que este último, en realidad, se corresponde más bien con el actual art. 1115, primer inciso CC, que establece que no hay obligación cuando esta es condicional y el hecho puesto como condición es puramente potestativo. El Proyecto de 1851 no tenía un equivalente del actual 1115 CC (y del antiguo 1174 del *Code*), sino que era el art. 979 (el actual 1256 CC) el que fungía como tal. Así pues, podría decirse que estamos más bien ante la idea de que no hay obligación sin verdadera vinculación del obligado, esto es, algo más cercano a la idea de que no hay contrato vinculante sin que ambas partes quieran estar vinculadas y, de hecho, lo estén. Tras la reforma de 2016, el Derecho francés expresa esta idea en el art. 1170 *Code*, al decir que toda cláusula que priva de sustancia a la obligación principal del deudor se tiene por no puesta. El *Code* ha conservado la regla sobre condición puramente potestativa como fundamento de nulidad de la obligación (art. 1304-2), si bien no cabe invocar la nulidad tras el cumplimiento voluntario con conocimiento de causa. Pero la conexión entre los preceptos es evidente: no hay verdadera vinculación cuando esta es ilusoria, pues pende tan solo del *arbitrium merum* del deudor y acreditaría que no hay intención común de celebrar un contrato vinculante. En realidad, este es un problema bien distinto del de la determinación unilateral de un elemento o término del contrato, que suscita el problema de la «parcialidad» o «abuso» en la fijación, pero no el del carácter ilusorio de la vinculación, siendo esta segunda cuestión problemática susceptible de controles y límites aplicados *ex post* a dicha determinación.

³ No es extraño que la normativa especial de contratos de consumo preste especial atención a que el futuro comprador sea informado del precio efectivo, completo y total a su cargo: art. 60.2.c) y 60 bis del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

⁴ Véase *supra*, nota 2.

¹ Varias de estas motivaciones parecían subyacer ya a la preocupación de los juristas romanos en estas materias: Reinhard Zimmermann: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1996, pág. 254.
² Con todo, y a pesar del tenor literal del art. 1256 CC y del juego (teórico y práctico, aunque más lo segundo que lo primero) que ha dado este precepto, no es seguro que el problema subyacente sea el del sometimiento a la voluntad ajena y el posible abuso o explotación de la misma. El art. 1256 CC proce-

salvo acuerdo, a juicio pericial, y no a la decisión del dueño de la obra). En el ámbito de los contratos entre empresarios y consumidores, la voluntad unilateral del empresario relativa a la modificación de términos contractuales está sujeta a serias restricciones en cláusulas no negociadas individualmente: arts. 85.3, 85.10, 87.3, 89.5 y 91 (*a contrario*) TRLGDCU, aunque con algún aligeramiento en los contratos relativos al sector financiero.

Una actitud similar se muestra también, aunque con menor virulencia, en el papel de la voluntad de tercero en la fijación de los elementos objetivos, pues con frecuencia se desdeña o, al menos, se restringe que la falta de la decisión del tercero pueda suplirse por otros medios (art. 1447 CC y, no tan explícitamente, art. 1690 I CC) y se rechaza que pueda deferirse, directamente o al fallar otro mecanismo objetivo o subjetivo de fijación, al juez⁵.

En este trabajo me propongo revisar este posicionamiento tradicional en Derecho español, mostrando algunas de sus inconsistencias desde el punto de vista sistemático, así como reflejar en qué medida el Derecho comparado se orienta con firmeza a la superación del «mito de la determinación del objeto y el precio» y del «tabú del arbitrio de parte». Trataré de presentar, además, argumentos para reconducir el entendimiento habitual de la cuestión en Derecho privado español a fin de ofrecer soluciones más satisfactorias a distintas prácticas y situaciones que se relacionan con el papel de la voluntad unilateral de parte en la integración de la voluntad contractual común que constituye el contenido del contrato. Aunque tales argumentos son conciliables con las verdaderas —no siempre coincidentes con las aparentes— posiciones de la jurisprudencia española en la materia, es obligado declarar que la visión todavía más habitual en la doctrina española⁶, así

como en la jurisprudencia⁷, sigue anclada en buena medida en la aceptación del punto de partida «teórico» del régimen del CC, que es la animadversión a la indeterminación objetiva y muy singularmente al papel de la decisión de una parte para proceder a la determinación posterior.

2 · LAS VÍAS EXPLÍCITAS DE ENTRADA EN DERECHO ESPAÑOL DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DECISIÓN JUDICIAL PARA FIJAR ELEMENTOS DEL CONTRATO

La exigencia de determinación inicial de los elementos objetivos del contrato, así como su proyección en la admisión muy restrictiva del papel de la voluntad de parte (y, en menor medida, pero no de manera completa, de la voluntad de terceros) en la determinación posterior, encuentra, sin embargo, en el Derecho español algunos aliviaderos o vías de escape. No me refiero a la idea, aceptada en España de manera indisputada, de la admisión de la determinabilidad como equivalente a determinación inicial: si la cosa o el precio están indeterminados al perfeccionarse el contrato, pero son, en ese momento, determinables, el requisito del art. 1273 CC se entiende, de forma pacífica, satisfecho cumplidamente.

Por una parte, encontramos variadas instancias en las que el criterio de determinación de un elemento objetivo del contrato descansa, con mayor o menor extensión, en la decisión de una de las partes del contrato, sin que ello se entienda en vulneración del art. 1256 CC. En primer lugar, en un contrato con obligaciones alternativas, el contenido u objeto de la obligación prevista con este carácter quedará fijado por la decisión del deudor de la obligación —o del acreedor, si así lo establece la obligación: art. 1132 CC—. Aunque lo habitual es pensar en las obligaciones alternativas del lado de la prestación característica (de dar o hacer) y no en relación con prestaciones dinerarias como

5 SSTS, 1.^a, 2.11.2012 y 14.11.2006. En la doctrina, Luis Díez Picazo Ponce de León: *El arbitrio de tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona: Bosch, 1957, pág. 261. Alguna doctrina más moderna autoriza un margen de actuación más amplio, incluso la delegación directa sobre la base de las facultades generales de integración del contrato: Alfredo Ferrante: *Open Price y Compraventa*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012, págs. 76-77; Carmen Leonor García Pérez: «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable», en Ángel Carrasco Perera (dir.): *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, T. II, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, págs. 922-923.

6 Con todo, hay un sector doctrinal importante que entiende preferible una lectura de los preceptos del CC más acorde con una comprensión funcional de la cuestión y más en línea con las tendencias internacionales en este terreno: Javier Fajardo Fernández: *La compraventa con precio determinable*, Madrid: Edijus, 2001, pág. 300 y ss.; Alfredo Ferrante: *Open Price...*, op. cit., pág. 119 y ss.; Carmen Leonor García Pérez: «Sobre la posibilidad

de integración judicial...», op. cit., pág. 913; Ángel Carrasco Perera: *Derecho de contratos*, 2.^a ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pág. 233 y ss.

7 SSTS, 1.^a, 24.6.2003, 25.5.2006 y 14.12.2006. Afirma la de 25.5.2006: «[...] la falta de certeza del precio en el contrato de compraventa, ya sea por no haberse fijado la suma dineraria en que consistía o no haberse establecido criterios válidos que permitan su precisión, no puede ser suplida por los Tribunales y tampoco puede dejarse su señalamiento al arbitrio de uno de los contratantes, por prohibirlo el artículo 1449 CC, es decir, que no cabe su fijación unilateral».

la de pagar el precio, nada obsta a que la alternativa estructural en una obligación afecte a una prestación puramente dineraria (no digamos ya si de las alternativas no todas son monetarias). De hecho, la jurisprudencia española ha admitido⁸ que en el contrato de compraventa se permita a vendedor o comprador elegir el precio entre varios alternativamente dispuestos en el contrato: SSTS, 1.ª, 23.2.2007 y 27.4.1992. La doctrina⁹ también lo admite sin demasiados ambages inspirados en el art. 1256 o 1449 CC. Por tanto, la elección entre varias prestaciones alternativas (dinerarias o no) confiadas a uno u otro contratante, o la elección de una determinada dentro de un rango por una de las partes, constituye una vía de determinación del contenido contractual que resulta admitido entre nosotros.

Adicionalmente, la venta *ad gustum* (art. 1453 CC, art. 328 CCom) permite al comprador «elegir» según su gusto o preferencia entre las que ofrece el vendedor (aunque no estén predeterminadas como alternativas en el contrato: la venta *ad gustum* no es un caso particular de obligación alternativa con facultad de especificación atribuida al acreedor de la entrega de la cosa).

En segundo lugar, la facultad de autocontratación que puede otorgarse al representante (art. 267 CCom) permite que quien, por ejemplo, actúa en nombre ajeno del lado vendedor, y en nombre propio del comprador, unilateralmente —en la realidad de los hechos, por mucho que existan dos partes contractuales— fije el precio del contrato. Aquí, si bien no hay problema de «indefinición» del precio, sí lo hay de «unilateralidad» o «arbitrio» de la parte compradora, de forma no materialmente distinta de la que habría si en el contrato de compraventa se permitiera al comprador determinar el precio de compra. Lo que parece vedado por el art. 1449 CC en un documento contractual de compraventa podría hacerse, en cambio, en uno de poder, mandato o comisión.

⁸ La STS, 1.ª, 22.12.2000, entendió que el precio era indeterminado cuando se había fijado un mínimo y un máximo, pero sin establecer según qué criterio debiera elegirse el precio dentro de los límites pactados.

⁹ Joaquín Ataz López: «Comentario al art. 1449», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano: *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 10217; Ángel Carrasco Perera: *Derecho de contratos*, op. cit., pág. 232. Con reservas, Rosario Valpuesta Fernández: «Comentario al art. 1273», en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.): *Código Civil Comentado*, Vol. III, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2011, pág. 648.

Por otra parte, no hay discrepancias, ni en jurisprudencia ni en doctrina¹⁰, en relación con la vinculación de las partes a contratos de obra o de servicios en los que el contratista o prestador, una vez ejecutada la prestación, determina de manera aparentemente unilateral —el prestador envía una factura por la obra realizada o los servicios prestados— la contraprestación en dinero: SSTS, 1.ª, 25.10.2002, 3.2.1998, 4.9.1993 y 21.10.1985. Esta actitud favorable se sustenta en una variedad de razones, que van desde la insatisfacción con la solución basada en la invalidez del contrato, toda vez que la prestación se ha realizado y recibido, y las consecuencias restitutorias de la nulidad no parecen responder a la voluntad de las partes, hasta la existencia de criterios o parámetros usuales para la determinación *a posteriori* del precio por la obra o el servicio, pasando por la posibilidad que siempre tiene la contraparte de oponerse a la determinación *ex post* operada por la parte prestadora.

En el ámbito societario, en relación con el contrato de administración, la retribución de los administradores sociales puede ser fijada —por quien efectivamente no es sino la «parte deudora» del pago— por la junta general (p. ej., art. 218, Ley de Sociedades de Capital, LSC). También se admite, aunque no sea en relación con un elemento objetivo, pero sí con una dimensión fundamental del contrato, la atribución individual y *ad nutum* del derecho de separación, si está previsto en estatutos (cfr. STS, 1.ª, 15.11.2011).

Es importante resaltar igualmente cómo la determinación o definición de los elementos objetivos del contrato y, singularmente del precio, no representan obstáculos relevantes a la validez y vinculación de los contratantes al contrato celebrado «con precio ausente». Es bien conocido que la exigencia de «precio cierto» en el art. 1544 CC para los contratos de obras y servicios —nótese que la fórmula es la misma que en el art. 1445 CC para la compraventa— no solo no ha supuesto rechazo a la determinación *a posteriori* por el contratista o prestador, tal y como se ha indicado anteriormente, sino que no ha impedido que la falta de identificación *a priori* y la discrepancia entre las partes en cuanto al

¹⁰ Véase, por todos, Ángel Carrasco Perera: *Derecho de contratos*, op. cit., págs. 239-240. Esta actitud es tradicional en obras señeras del Derecho civil, y no solo en España: Pierre-Joseph Pothier: *Traité du Contrat de Louage et du Bail à Rente*, Paris, 1778, pág. 34 (contrastando, por cierto, con la actitud desfavorable al «precio abierto con intervención de una de las partes en el contrato de compraventa»: Pierre-Joseph Pothier: *Tratado del contrato de compra y venta*, trad. esp., J. Roger, Barcelona, 1841, pág. 16).

importe del precio pueda resolverse acudiendo a parámetros externos de determinación y contraste *a posteriori* y, en último extremo, al criterio judicial de valoración de la contraprestación de la prestación realizada y entregada¹¹.

3 · LAS TENDENCIAS PREVALENTES EN OTROS SISTEMAS Y EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Para poner en contexto el régimen del CC es conveniente considerar la posición que otros sistemas jurídicos, así como los instrumentos internacionales, ofrecen sobre la fijación contractual de los elementos objetivos y el papel de la voluntad de parte en la integración de dichos elementos¹².

Sin duda, la importancia de la determinación de los elementos objetivos del contrato y la resistencia a admitir la voluntad unilateral posterior de una parte no es una anomalía idiosincrática del régimen del contrato del CC. Es este, sin duda, un rasgo con una larga tradición histórica, que arranca del Derecho romano¹³, permea la tradición del Derecho común y se plasma en el *Code*¹⁴, en el Proyecto de 1851 (arts. 979, 1367 y 1371) y se recoge, con escasas variantes respecto del Proyecto, en el CC.

Esta actitud, sin embargo, contrasta con la que muestran otros sistemas contractuales de nuestro entorno (Alemania, *Common Law*, Italia) y los instrumentos internacionales en el ámbito contractual: *Principles of*

European Contract Law (PECL), *Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (DCFR) Propuesta de Reglamento Europeo sobre Derecho Común Europeo de la Compraventa (CESL), Principios Unidroit de los Contratos Comerciales Internacionales. En todos ellos, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y, singularmente, del precio, así como la renuencia a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, hasta el punto de que se han desvanecido en términos prácticos. También en España, en esta materia, los nuevos textos legales (Libro VI del Código Civil de Cataluña, CCCat) y las propuestas prelegislativas (Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación (PMCC)) se sitúan en posiciones similares.

En cuanto al requisito tradicional de determinación del precio como condición de existencia de un contrato vinculante, ha sido reemplazado en los instrumentos internacionales por una previsión de que la indeterminación en cuanto a la cuantía del precio se entiende completada por la regla supletoria del precio habitualmente practicado o del precio razonable dada la naturaleza y características de la contraprestación: art. 6:104 PECL; art. II.-9:104 DCFR; art. 55 Convenio de Viena; art. 5.1.7 (1) Principios Unidroit; art. 73 CESL. La PMCC (art. 1227.1 I) acoge ahora esta solución imperante en el panorama internacional, y lo mismo hace el art. 621-5.1 CCCat. También el art. 522-4.3 *in fine* de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PrCC)

Esta aproximación a la solución de la falta de fijación contractual del precio arranca¹⁵ de la elaboración decimonónica en el *Common Law*, ajena al encorsetamiento de la tradición romana y del Derecho común en cuanto al *pretium certum*, y que cristaliza ya legislativamente en la *Sale of Goods Act* inglesa de 1894.

En los Estados Unidos, el *Uniform Commercial Code* (su primera versión es de 1952), propuesta de Derecho uniforme adoptada por todos los Estados, aunque en algún caso parcialmente, adopta la misma perspectiva:

«§ 2-305. *Open Price Term.*

(1) *The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In*

11 La aplicación de esta aproximación al contrato de compraventa, en Carmen Leonor García Pérez: «Sobre la posibilidad de integración judicial...», *op. cit.*, págs. 919-920.

12 Para un completo examen histórico y comparado relativo al requisito de la determinación del precio en el contrato y al juego de la voluntad de parte en su determinación tras la perfección del contrato, véase Helge Dedek, en Reinhard Zimmermann y Nils Jansen (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pág. 821 y ss.

13 Véase, David Daube: «Certainty of Price», en David Daube (ed.): *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Oxford: Clarendon Press, 1959, pág. 9 y ss.

14 Aunque el régimen del *Code* se ha flexibilizado notablemente respecto del original (y del español en el CC), pues la reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés de 2016, aunque ha mantenido los preceptos tradicionales en materia de venta, ha modificado los generales del contenido del contrato, de modo que ahora se autoriza, en los contratos marco (*contrats cadre*) la fijación unilateral del precio, siempre que pueda ser contestada por la otra parte (art. 1164) e incluso presume, salvo acuerdo en contrario, que en los contratos de prestación de servicios el precio será fijado unilateralmente por el prestador, aunque ha de ser motivadamente y la fijación puede ser contestada por la contraparte (art. 1165).

15 Véase Helge Dedek, *op. cit.*, págs. 826-827.

such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if

- (a) *nothing is said as to price; or*
- (b) *the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or*
- (c) *the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded.»*

La influencia del Derecho inglés y de los Estados Unidos en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y la de este sobre los instrumentos internacionales en materia contractual, explican el éxito de esta solución del precio habitual, de mercado o razonable como fuente de integración de la laguna contractual sobre el precio y el apoyo virtualmente universal que la teoría jurídica contractual y las propuestas de regulación modélica del contrato dan a esta aproximación.

La situación es parecida por lo que toca al arbitrio de parte en la determinación de un elemento objetivo del contrato, como es el precio. Los instrumentos internacionales (art. 6:105 PECL; art. II.-9:105 DCFR; art. 5.1.7 (2) Principios Unidroit; art. 74 CESL) lo admiten igualmente con naturalidad, con sujeción a un test de irrazonabilidad patente o manifiesta. En la misma línea está la PMCC (art. 1277.1 II), que contiene una autorización expresa de la determinación del precio dejada a una parte, previendo la revisión judicial si la misma se aparta del entendimiento implícito o de los usos. El art. 621-5.2 CCCat contempla igualmente esta posibilidad, así como la revisión judicial para el caso de determinación manifiestamente irrazonable.

En Alemania, el §315 BGB admite expresamente la determinación de un elemento objetivo del contrato por una sola de las partes, si bien constriñe esa determinación al ejercicio razonable del arbitrio de parte, y previendo específicamente que si la determinación unilateral no es equitativa, o se retrasa, será llevada a cabo por el juez. También hay una admisión expresa en el *Uniform Commercial Code*, § 2-305(2), sujetando la determinación unilateral a la buena fe. En Derecho inglés, la jurisprudencia ha determinado (ya desde *May and Butcher Ltd. v. Regem* [1929]) que hay un contrato vinculante cuando existen términos abiertos que se dejan a la decisión de una parte, y continúa manteniendo esta posición: *Lombard Tricity Finance Ltd v Paton* [1989]; *Paragon Finance Ltd v Staunton* [2001]; *Braganza v. BP Shipping* [2015].

De este somero examen de la situación en el Derecho comparado y en los instrumentos internacionales en materia contractual se desprende con claridad que el régimen que contiene el CC en lo relativo a estas cuestiones refleja la tradición del *ius commune* y la influencia francesa en un momento histórico determinado, pero no parece que responda ya al consenso teórico y normativo prevalente en los países de nuestro entorno. En definitiva, los preceptos del CC en cuanto a la determinación del objeto del contrato y al papel de los mecanismos voluntarios para llevarla a efecto, singularmente la decisión de parte, han envejecido mal y no parecen adecuados para ofrecer una respuesta jurídicamente satisfactoria a las necesidades del tráfico contractual. Como veremos en la siguiente sección, hay buenas razones por las que las partes en un contrato prefieren dejar sin determinar una parte de sus elementos objetivos, y también las hay para que elijan la decisión de un contratante como instrumento de determinación *ex post*.

4 · CARÁCTER INCOMPLETO DE LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL Y LOS MECANISMOS PARA COMPLETARLA

Hay razones de índole muy diversa por las que los contratantes, aun cuando exista una voluntad indudable de quedar vinculados en una relación contractual, no dejan fijados o, al menos, suficientemente determinados, ciertos extremos del contrato que son precisos para definir por completo las conductas y prestaciones a su cargo. Entre estas razones podemos enumerar las del coste inmediato de llegar a un acuerdo sobre ese término del contrato, la imprevisión de los contratantes al respecto, la insuficiencia de información relevante al momento de contratar para fijar el extremo en cuestión, o incluso el deseo de una parte de evitar una conducta de oportunismo de la otra cuando, aun estando disponible la información de que dependería ese extremo y siendo observable por los contratantes, no es verificable por un tribunal o árbitro en caso de que, *a posteriori*, diverjan los intereses de las partes. En realidad, en mayor o menor medida, los contratos son siempre incompletos, pues no especifican todas las conductas contractuales en todas las circunstancias posibles durante la vida de la relación contractual. En ocasiones, ese carácter incompleto afecta a una prestación o elemento objetivo esencial del contrato. Pero eso no contradice el que las partes tuvieran intención de vincularse jurídicamente, que acaso hayan iniciado la ejecución del acuerdo con-

tractual y no implica que no sea posible determinar en un momento posterior a la celebración del contrato los aspectos no definidos de manera que, en términos esperados al momento de contratar, ambas partes hubieran visto aumentar su bienestar o utilidad respecto de la alternativa de no contratar.

Precisamente, el Derecho de contratos (y el de sociedades) tiene entre sus funciones esenciales la de ofrecer reglas y doctrinas que permiten completar el contrato incompleto, a través de la aplicación judicial o arbitral del derecho dispositivo y la buena fe.

En ocasiones, los propios contratantes, conscientes de la falta de precisión de un elemento del contenido del contrato establecen un mecanismo acordado previamente para completar —o adaptar o modificar, que son formas de completar— el contrato. Por ejemplo, prevén fórmulas de variación o ajuste de términos contractuales: escalas de precios variables, ajustes de precio conforme a resultados contables, entre otras posibilidades. Igualmente, es común la inclusión de referencias a criterios o fuentes externas: lo usual o acostumbrado, términos de mercado, etc. (p. ej., art. 1448 CC).

Entre esos mecanismos llamados por el contrato para completarlo, podemos encontrar y, de hecho, encontramos la decisión o voluntad (unilateral) de un contratante, a la que se puede confiar, entre otras, la determinación de un término del contrato (si se hallaba previamente indeterminado), la opción (caso de haber alternativas o un rango, explícito o implícito) entre distintas posibilidades admitidas en el contrato, la estimación de parámetros de incidencia sobre términos expresos del contrato o la modificación de un término o pacto del acuerdo contractual.

Un ejemplo relevante lo podemos hallar en aquellos contratos de suministro que no prevén una cantidad, ni siquiera un rango, o un mínimo o máximo, sino que la refieren al volumen del bien que produzca el vendedor (los llamados *output contracts*) o el que demande el comprador (*requirements contracts*) o los volúmenes que salgan o sean precisos para ciertas unidades o plantas industriales de uno u otro, cuando, como es habitual, se trata de empresas. Cuando la relación de suministro se extiende a lo largo del tiempo, la cuantía del bien suministrado que es ventajoso ofrecer o demandar, en buena medida, va a depender de factores que el tiempo y las circunstancias futuras pueden afectar. En lugar de establecer determinadas cuantías, que pueden revelarse, con el tiempo, demasiado altas o demasiado bajas, lo que

determinaría la necesidad de renegociar el contrato de cara a su novación, las partes pueden preferir no fijar la cuantía que ha de ser suministrada y pagada, sino referirla a la cantidad que, discrecionalmente, una parte decida producir en un cierto lugar, o decida demandar para un cierto uso o instalación. La incidencia de esta incertidumbre temporal no tiene por qué afectar a ambas partes de la misma forma. En ocasiones, es la producción del suministrador la más oscilante e incierta (por razones de coste o de disponibilidad de materias primas, por ejemplo). En otras, es la demanda del suministrado la que está más sujeta a varianza temporal (por circunstancias de mercado o de estacionalidad). En principio, tendría sentido económico y jurídico confiar la determinación final de la cuantía que ha de ser suministrada a aquella parte más afectada por la incertidumbre temporal en cuanto al volumen.

Evidentemente, esto no está exento de problemas, pues esa discrecionalidad puede ser objeto de abuso. Por ejemplo, si el precio de mercado sube mucho respecto del precio contractual, el suministrado puede demandar una cantidad exorbitante —respecto de lo habitual en el pasado— para revender y beneficiarse de la diferencia de su precio con el de mercado. O al revés, el suministrador puede reducir producción en la planta a la que se refiere el contrato y aumentarla en otras fábricas, para así beneficiarse del alza de precios del mercado y no tener que entregar esa ganancia al comprador. Para eso, efectivamente, es preciso que el Derecho de contratos y los tribunales estén en condiciones, mediante los instrumentos de integración del contrato (buena fe y usos, singularmente), de introducir límites a la discrecionalidad de parte. En el Derecho de los Estados Unidos, la jurisprudencia y la doctrina¹⁶ son amplias a estos efectos, y demuestran que no es lo más deseable, ante la constatación de que puede haber problemas con ese arbitrio de parte, prohibirlo de raíz y no admitirlo, sino que es preferible disponer herramientas para evitar los excesos y abusos pero preservando la flexibilidad que ofrece la revisión o la decisión de parte.

De lo anterior no debe deducirse, sin embargo, que la indeterminación en cuanto a la cosa vendida nunca sea problemática y jamás pueda conducir a entender que no hay contrato vinculante. En realidad, la incertidumbre o indefinición en relación con la cosa es más problemática que la relativa al

¹⁶ Véase Alan Schwartz: «Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies», 21 *Journal of Legal Studies*, 1992, pág. 295 y ss.

precio. En definitiva, si la cosa está determinada (bien porque lo estaba inicialmente, bien, pongamos, por su entrega y recepción admitidas por las partes), la determinación subsiguiente del precio resulta, en general, viable a través de una valoración posterior que, en su caso, puede llevar a cabo el juez, auxiliado por los peritos o expertos que sea menester. En cambio, aun conociendo el precio (pensemos, un precio unitario), si no cabe identificar lo que las partes quisieron intercambiar con el contrato —en su individualidad, sus características definitorias o su cuantía—, una valoración posterior confiada al juez va a enfrentarse a muy serias dificultades a la hora de acertar en una fijación que responda a lo que las partes querían al celebrar el acuerdo: la valoración *a posteriori* no es un método al que quepa recurrir para acercarse a lo que las partes quisieron —pero no expresaron con la suficiente precisión o determinación— como objeto de la compraventa. Con ello se abre la puerta a una actuación *ex post* que puede estar plagada de errores y que reduce (en lugar de aumentar, lo que es el propósito fundamental que justifica la existencia y la obligatoriedad jurídica del contrato) el bienestar conjunto de ambos contratantes.

De hecho, la indeterminación relativa al precio típicamente genera problemas de menor entidad en los ámbitos en los que, clásicamente, se entiende que la exigencia de determinación tiene un papel: falta de determinación como expresión de ausencia de intención de celebrar un contrato vinculante, elevado riesgo de que la determinación supletoria (por la ley o por el juez) sea errónea y no conforme con la voluntad de los contratantes y, finalmente, que el uso de la voluntad unilateral como mecanismo de determinación posterior signifique la sujeción de un contratante al arbitrio egoísta del otro.

En lo relativo al precio, parece claro que el posible riesgo de inadecuación en la determinación supletoria del precio por determinación legal o por decisión de los tribunales resulta de menor trascendencia, pues el uso del precio corriente o habitual, cuando existe y, en todo caso, la «apreciación» o valoración *a posteriori* por un experto, aunque no exenta de errores, desde luego, permite acudir a mecanismos predecibles y razonables (que, en cambio, son menos factibles en relación con la definición, cualitativa y cuantitativa, de la cosa vendida). En cuanto a la posible expresión, bajo la vestidura de indeterminación del precio, de una falta de intención de quedar vinculada, no parece que el uso de un instrumento «crudo» como lo es el régimen restrictivo del CC, por mucho pedigrí histórico que posea, deba consi-

derarse más atrayente que otras herramientas *ad hoc* para asegurar la intención de contratar. Por lo que se refiere a la sujeción a la voluntad unilateral, también parece evidente que una prohibición *tout court* resulta una solución poco refinada para evitar los —bien probables, sin duda— casos de abuso en cuanto a la determinación unilateral del precio. Ya se ha indicado cómo es no solo imaginable, sino también factible, que doctrina y jurisprudencia dispongan de medidas predecibles para contrarrestar los abusos en el ejercicio del poder unilateral de una parte para fijar el precio a posteriori.

5 · EL ÁMBITO ADMISIBLE DEL ARBITRIO DE PARTE EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL

En las secciones anteriores hemos ofrecido argumentos que cuestionan la adecuación del régimen del CC en esta materia a la *communis opinio* en el panorama comparado e internacional, y cómo el planteamiento subyacente a los preceptos del CC parece claramente superado. Al tiempo, hemos mostrado la lógica contractual que explica el silencio de las partes al tiempo de contratar en cuanto a elementos determinantes del contenido del contrato, así como el uso de previsiones contractuales que confían a la decisión de uno solo de los contratantes el completar esa laguna contractual deliberada.

Por ello resulta aconsejable y deseable una relectura del régimen vigente del CC en materia de determinación del precio en el contrato de compraventa, que proceda a una clara reducción teleológica de sus disposiciones y, de esta forma, permita minimizar, en lo posible, los resultados negativos de la aplicación de la normativa codificada sobre el tráfico contractual español. Hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales que se orientan en esta línea, pues restringen la prohibición legal a aquellos casos en que «[...] el concepto (el precio) no quede en blanco ni afectado de unilateralidad plena» (SAP Sevilla 13.5.2015, énfasis añadido).

Otros (SAP Madrid 29.9.2017), en cambio, no solo no consideran que haya que limitar el alcance y el sentido de los preceptos en cuestión, y del art. 1449 CC, singularmente, sino que además hay que aplicarlos analógicamente fuera de su estricta esfera de aplicación (en el caso, a un contrato bancario de descuento):

«El artículo 1447 del Código civil señala que para que el precio de la compraventa se tenga por cierto,

bastará la referencia a una cosa cierta o a la decisión de un tercero, indicando el artículo 1449 del Código civil que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Si bien estos dos últimos preceptos se refieren a la compraventa, es evidente su aplicación analógica (artículo 4.1 del Código civil) al supuesto de autos, ya que no hacen sino aplicar de forma específica para un contrato bilateral y conmutativo, como es la compraventa, y como sería el pacto relativo al pago de comisiones y gastos, lo establecido en el artículo 1256 del Código civil, que impide dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato».

En relación con la remisión de la determinación de elementos relevantes del contenido del contrato a la decisión de uno de los contratantes, en particular, es necesaria una elaboración pormenorizada que aclare que existen una serie de facultades unilaterales para su ejercicio posterior a la conclusión del contrato y que pueden contemplarse en el propio contrato en favor de una de las partes, pero que, a pesar de ello, no debieran considerarse determinación unilateral y puramente discrecional de los términos del contrato y, por ende, no resultarían prohibidas por los arts. 1449 y 1256 CC. Hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales que se orientan en esta línea, pues restringen la prohibición legal a aquellos casos en que «[...] el concepto (el precio) no quede en blanco ni afectado de unilateralidad plena» (SAP Sevilla 13.5.2015, énfasis añadido).

Es necesario modificar el punto de partida para entender el papel de la voluntad unilateral en la determinación de términos contractuales abiertos o contratos incompletos. Al menos en contratos negociados entre las partes, el arranque de las soluciones jurídicas para el tráfico contractual debiera partir del hecho de que, en presencia de una previsión acordada por las partes que contempla mecanismos unilaterales en favor de una de ellas para completar el acuerdo alcanzado, es razonable suponer que la ineficacia contractual de esos mecanismos contractualmente pactados y dispuestos no responde a la voluntad común de las partes, que es la ley del contrato (arts. 1091 y 1281 CC). No parecería razonable imaginar que las partes han querido incluir una previsión contractual que hace nulo el contrato cuando otras posibilidades (preacuerdo no vinculante, acuerdo de intenciones, etc.) hubieran estado a su alcance con este mismo resultado y, sin embargo, han preferido contratar ya, pero contando con esos mecanismos contractuales de determinación del contenido.

Hay buenos motivos de lógica (económica y jurídica) contractual que explica por qué las partes pueden preferir insertar en sus contratos previsiones que autorizan a una de las partes a completar el acuerdo (al igual que pueden preferir otros mecanismos distintos, o deferirlo al derecho dispositivo interpretado por los tribunales o los árbitros)¹⁷.

Esta clase de previsiones suponen atribuir flexibilidad en relación con una o más dimensiones de la relación a la parte que más la valora (recuérdense las consideraciones sobre *requirements* y *output contracts*¹⁸). La determinación unilateral de una parte puede ser, en realidad, una medida «defensiva» y no «ofensiva»: por ejemplo, puede ser un mecanismo que proteja las inversiones específicas y vulnerables de una parte, o que sirva de medio de reacción frente a conductas oportunistas no verificables (o difícilmente verificables) ante un tribunal o un árbitro, cometidas por la otra parte.

Además, con frecuencia, la determinación unilateral sirve para un mejor aprovechamiento de la mayor información *ex post* que una parte posee o puede adquirir tras la entrada en vigor del contrato. En otros casos, es claro que una parte del contrato (piénsese en relaciones materialmente fiduciarias) es la titular del excedente contractual y, por tanto, tiene incentivos para, unilateralmente, tomar las decisiones que hacen máximo ese excedente.

Por añadidura, la presencia de facultades unilaterales en la determinación de un término contractual no siempre se traduce en vulnerabilidad de la otra parte. La «apariencia» de unilateralidad no siempre se corresponde con un espacio de sujeción al arbitrio interesado e irrestricto de la contraparte que está facultada para completar unilateralmente el contrato. Con mucha frecuencia, existen en el contrato (o en el conjunto del contexto de la relación contractual, elemento imprescindible para interpretar los términos del contrato), parámetros explícitos o implícitos que constriñen y limitan la determinación unilateral de una parte. Muchas veces, la presencia de facultades unilaterales de una parte va inseparablemente unida a salvaguardas contractuales frente al abuso en favor de la parte que carece de facultades

¹⁷ Véase sobre estas cuestiones Lewis Kornhauser y W. Bentley Macleod: «Contracts between Legal Persons», en Robert Gibbons y John Roberts (eds.): *Handbook of Organizational Economics*, Princeton: Princeton University Press, 2013, pág. 918 y ss.

¹⁸ Véase Victor Goldberg, *Framing Contract Law. An Economic Perspective*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2006, pág. 101 y ss.

de completar el acuerdo¹⁹. Por ejemplo, en contratos de duración, se prevén cláusulas de desistimiento o resolución unilateral de la parte sin capacidad de completar el contrato. Finalmente, si la parte con poderes unilaterales es un sujeto contractual «repetido» o habitual en un sector, la reputación funge como instrumento de control de su arbitrio.²⁰

Lo anterior no supone la validez necesaria y apriorística de cualquier previsión contractual de atribución de facultades unilaterales de completar el contrato tras la vigencia de este, especialmente en contratos y en relación con cláusulas no negociadas individualmente. Pero sí exige un cambio notable de punto de partida que tiene consecuencias en cuanto a la consideración que merecen, en Derecho español, determinadas cláusulas en que tiene un juego importante la determinación posterior de una cuestión contractual confiada a una sola de las partes.

A continuación me propongo una sintética enumeración de situaciones que, bien por haber sido admitidas ya en términos aproximados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bien porque en ellas no concurre infracción del objetivo de regulación de aquellos preceptos (arts. 1256 y 1449 CC), rectamente acotados en su alcance, deben tener cabida en la práctica contractual regida por el Derecho español. No se consideran para este listado las reglas especiales que del TRLGDCU o de otras normas especiales de Derecho de consumo puedan derivar para la protección del consumidor en términos de información previa a la compra, definición del contenido del contrato y transparencia y abusividad de condiciones generales predispuestas por el empresario. En otras palabras, no se refieren —al menos, no necesariamente— a relaciones contractuales de consumo.

1. La previsión en un contrato de cambio que delega a la determinación por una parte del precio cuando la decisión que completará la previsión incompleta es fruto de una voluntad compleja, que se integra necesariamente con voluntades separables de la de quien es la parte contractual en el contrato que ha de completarse²¹, aunque

esas voluntades deban proceder de personas vinculadas (socios mayoritarios, órganos superiores) al contratante. La STS, 1.^a, 6.5.2013, admitió que esa voluntad de persona vinculada como evento condicionante de la eficacia de las obligaciones en un contrato de compraventa no contravenía el art. 1115 CC.

2. La previsión contractual que establece que una de las partes elegirá, de entre distintos criterios objetivos de determinación del precio (p. ej., media del valor de cotización en cierto período y oferta más alta de un tercero), cuál de los criterios será el que prevalezca y finalmente determine el precio.
3. Las cláusulas contractuales que especifican la «cantidad» que será suministrada y pagada en función de la producción (*output*) que decida el vendedor o la demanda (*requirements*) que tenga el comprador, bien como entidad, bien en determinadas instalaciones o plantas que posea o explote.
4. La facultad concedida a un contratante relativa a la revisión o modificación del precio convenido inicialmente sobre la base de fundamentos objetivos o con referencia a parámetros no controlados por esa parte.
5. La facultad atribuida a una parte de revisar o modificar un término del contrato, si la otra tiene facultad de resolución del contrato por ese motivo. El argumento se sustenta sobre el art. 85.10 TRLGDCU: si una facultad de esta naturaleza está permitida en condiciones generales cuando el adherente es un consumidor, ¿cómo pueden extenderse los arts. 1256 y 1449 CC hasta el extremo de considerarlo prohibido en un contrato que no sea de consumo?
6. La facultad unilateral —y, por tanto, no abierta a ambos contratantes— de requerir la modificación o determinación por un tercero de un término contractual, o prever que la información y petición que abre la determinación del tercero corresponde a una sola de las partes: STS, 1.^a, 16.5.2005. Lo mismo debiera decirse de la facultad no atribuida a ambas partes, sino solo a una, de oponerse a la determinación realizada por un tercero. Aunque esta última posibilidad fue descartada, en estatutos, por la RDGRN 25.9.2003, no se aprecia por qué si la designación materialmente va a ser realizada por un tercero —esto es, no por la voluntad unilateral de parte— su desencadenamiento, o la posibili-

¹⁹ Véase, Clayton Gillette: «Legal Supervision of Commercial Opportunism», en Stefan Grundmann, Florian Möslin y Karl Riesenhuber (eds.): *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pág. 315 y ss.

²⁰ Barak Richman: *Stateless Commerce*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2017, pág. 37 y ss.

²¹ En similar sentido, M.^a Nieves Pacheco Jiménez, «Precio determinable por el vendedor», en Ángel Carrasco Perera (dir.): *Tratado de Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, T. II. Cizum Menor: Aranzadi, 2013, pág. 890.

dad de su revisión, no pueden otorgarse a una sola de las partes y no a ambas.

7. Algo muy parecido cabría decir de la facultad unilateral de designación de un tercero que, de forma independiente y sin recibir instrucciones del designante, procederá a la determinación del término abierto. La compatibilidad con el régimen vigente del CC de esta posibilidad resulta especialmente pertinente y es, si cabe, aún más clara, cuando los terceros elegibles están prefijados en el acuerdo de ambas partes, bien nominalmente, bien por la previsión de rasgos o requisitos de cualificación (p. ej., auditores pertenecientes a una lista, sociedades de tasación sujetas a los requisitos de la Ley del Mercado Hipotecario, catedráticos de Derecho civil). Esta posibilidad tiene cabida explícita en la LSC (arts. 107.2.d y 124.2) y el Tribunal Supremo, habiendo tenido la ocasión para ello, no la consideró contraria al art. 1449 CC en la STS, 1.ª, 2.11.2012. De nuevo, la DGRN ha sido más restrictiva que el Tribunal Supremo, y la rechazó en la RDGRN 25.9.2003
8. La atribución a una de las partes de facultades de elección o de especificación, dentro del término relativamente abierto, o dentro de un rango prefijado (p. ej., el precio entre un máximo y un mínimo o dentro de una banda predeterminada) del elemento objetivo definitivo²². Es cierto que la STS, 1.ª, 22.12.2000, entendió que la mera previsión de un rango de precio —sin atribuir decisión a un contratante— no satisface la determinación suficiente del precio, pero en el caso particular venía a faltar el necesario complemento subjetivo para la precisión de la cifra concreta dentro del rango pactado.
9. También parece que debemos limitar la aplicación de los arts. 1256 y 1449 en aquellos casos en los que la determinación del precio, si bien procedente o en el ámbito de un contratante, se halla constreñida de manera segura por los usos del tráfico, los precios corrientes o habituales —sean los practicados por el vendedor, o por un determinado sector de vendedores—, de modo que estos factores objetivos limitantes de la decisión unilateral han sido llamados al contrato, explícita o implícitamente. De manera similar, no habría determinación puramente

unilateral en la fijación o variación de elementos objetivos cuando los intereses de ambos contratantes están alineados, al menos dentro de ciertos límites, o no hay oposición de intereses, si el resultado esperable de la determinación por una parte se encuentra en el espacio de alineación de intereses entre los contratantes. De hecho, hay cláusulas contractuales bien asentadas en la práctica contractual (básicamente, cláusulas que determinan precios no lineales, como las de *take-or-pay*, de precios segmentados u otras similares, que hacen que el coste de adquirir para el comprador sea casi cero o muy bajo en ciertos rangos de las variables relevantes) que precisamente tratan de conseguir que lo que aparece como una decisión unilateral de parte que podría resultar conflictiva con el interés de la contraparte, en realidad no afecte de forma relevante a esta segunda.

10. Otro caso en que no debe apreciarse contradicción con el régimen todavía vigente en España es el de la determinación —del precio, de ordinario— por referencia a una actividad u operación posterior desarrollada enteramente y controlada por completo por una parte (el comprador, generalmente). Lo admite la STS, 1.ª, 29.12.1987. Más aún, estamos aquí ante un ámbito en el que históricamente se ha entendido que no había indefinición del precio por intervenir la conducta unilateral de parte. De hecho, la remisión del precio en el contrato a la cuantía que obtenga (o a un porcentaje de la misma, digamos, el 80 %) el comprador en una reventa posterior se admitía ya en Derecho romano²³.
11. Con mayor razón aún deben admitirse las cláusulas que, junto a un precio inicial, prevén la modificación de este por causa de una operación o transmisión posterior decidida por una parte. Este tipo de cláusulas, ya debatidas —y admitidas— en Derecho romano²⁴, son frecuen-

²² En el mismo sentido del texto, Ángel Carrasco Perera: *Derecho de contratos*, op. cit., pág. 232.

²³ Véase David Daube: «Certainty of Price», en David Daube (ed.): *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Oxford: Clarendon Press, 1959, pág. 29 y ss. En realidad, el Derecho romano admitía la existencia de precio cierto y determinado aunque uno de los contratantes no pudiera conocerlo al momento de contratar, y aun cuando la información sobre el precio pudiera ser mediatizada por la otra parte: Dig. 18.1.7.1: «*Huiusmodi emptio 'quanti tu eum emisti', 'quantum pretii in arca habeo', valet*». Véase David Daube, op. cit., pág. 9.

²⁴ Dig. 18.1.7.2: «*Si quis ita emerit: «est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero», valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem*

tes en el tráfico contractual, pues corresponden a esta estructura las llamadas *anti-embarrassment clauses*, habituales en contratos de compraventa de empresa y que prevén que el precio concertado se elevará si el comprador — que no tiene obligación de ello, naturalmente— revende la empresa en un plazo determinado desde la primera compra por un importe superior, por encima de un cierto margen, al de esta.

12. Otras facultades, contractualmente previstas, de intervención unilateral de parte, aunque no existan claros referentes o precedentes, históricos o presentes, ni hayan suscitado opiniones jurisprudenciales o doctrinales tendentes a su admisión, también debieran entenderse que no caen bajo la aplicación directa del art. 1256 CC: la exigencia de garantías reales «a satisfacción» del acreedor²⁵, la admisión *a priori* como parte de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, con renuncia a su impugnación, de determinadas partidas de daño aportadas por una parte, siempre que resulten acreditadas por medios externos y contrastables en cuanto a su veracidad y exactitud, la facultad unilateral de alterar la cantidad entregada como arras en función de determinadas circunstancias, o la facultad unilateral de elegir el foro entre varios previstos en el contrato.

6 · CONCLUSIONES

El régimen del CC en materia de obligaciones y contratos se ha mantenido prácticamente inalterado desde la aprobación del CC durante la regencia de la reina María Cristina. Ninguno de los países de nuestro entorno ha sido tan renuente (o tan indeciso) a adaptar su régimen contractual a desarrollos económicos y jurídicos en el terreno contractual.

pretium, si pluris emptor fundum vendiderit. David Daube: «Certainty of Price», *op. cit.*, págs. 27-28.

²⁵ En contra, aparentemente, M.^ª Nieves Pacheco Jiménez, «Precio determinable...», *op. cit.*, pág. 890.

Esta falta de actualización del contenido normativo del CC es perceptible, entre otras muchas, en la materia tocante a la configuración en el contrato de vías de entrada a la voluntad unilateral de parte para fijar o modificar los elementos objetivos de la relación contractual.

La visión prevalente en los países de tradición latina sobre estas cuestiones en el momento en que se redactó el CC se ha visto, en buena medida, arrumbada por los tiempos. La jurisprudencia y la doctrina españolas, aunque han revisado algunos planteamientos, no han abandonado en gran medida el punto de partida tradicional. Sin duda, los textos legales dicen lo que dicen, pero precisamente por su generalidad y antigüedad son susceptibles de aproximaciones diversas en cuanto a la mayor o menor extensión de su ámbito de aplicación.

Mas la cuestión no es de importancia menor, pues se está tratando de normas contractuales básicas, con un potencial de aplicación casi a la totalidad de los fenómenos contractuales (el art. 1256 CC está en la parte general del contrato, y el art. 1449 CC es regla básica del contrato de compraventa, modelo central de todos los contratos en el sistema español). Ya hemos mencionado anteriormente cómo su aplicación expansiva no está ausente de los pronunciamientos judiciales, incluso muy recientes.

En espera de una modificación del régimen de obligaciones y contratos del CC, que ya se espera desde hace años, es importante variar el punto de partida teórico, lo cual es posible incluso bajo la vigencia de los preceptos mencionados. Como ya se ha señalado, al menos en contratos negociados entre las partes, el arranque de las soluciones jurídicas para el tráfico contractual debiera partir del hecho de que, en presencia de una previsión acordada por los contratantes que contemple mecanismos unilaterales en favor de una de las partes para completar el acuerdo alcanzado, es razonable suponer que es su validez lo que se ajusta mejor a la voluntad común y al servicio de los legítimos intereses de las partes cuya promoción constituye el primer objetivo del Derecho de contratos.