

La buena fe como criterio
de integración y de corrección
del contenido del contrato.
Protección de las expectativas
legítimas en los contratos celebrados
mediante condiciones generales

*Good faith as a criterion
for integration and correction
of the content of the contract.
Protection of legitimate expectations
in contracts containing general
conditions*

por

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Deusto*

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el papel que juega la buena fe objetiva para desarrollar, completar o corregir el contenido del contrato. La idea que sirve de hilo conductor es que la

aplicación de este principio requiere reglas claras y precisas que le doten de contenido y operatividad sin poner en riesgo el principio de la autonomía privada que rige la contratación. De acuerdo con ello, se concretan, de un lado, las reglas o deberes específicos que subyacen a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil tomando como base la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. De otro lado, se fijan los límites dentro de los que —excepcionalmente— se considera admisible su utilización para corregir el contenido del contrato, y se somete a revisión cuál es el sentido y el papel concreto que juega la buena fe que subyace a la regla de los llamados «pactos sorprendentes» en los contratos celebrados con condiciones generales. Y se llega a la conclusión de que el control de contenido únicamente es admisible cuando se da una vinculación injusta del adherente con fundamento en una manifestación específica de la buena fe (la protección de la confianza en las relaciones jurídicas).

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the role that good faith plays to develop, complete or correct the content of the contract. The idea that serves as a common thread is that the application of this principle requires clear and precise rules that provide it with content without jeopardizing the principle of private autonomy applicable to contracts. To this purpose, on the one hand, the specific rules that underline a duty of good faith in accordance to Article 1258 del Código civil are specified, based on the case law of the Supreme Court. On the other hand, it is analyzed whether the good faith can be used to correct the unfairness of the contract. Specifically, the role that good faith plays via the notion of «unfair surprise» in contracts containing general conditions is also subject to revision. It is concluded that the control of contract terms is only admissible in case of the adherent party is unfairly bound in the course of the contract negotiation process. The legal basis for such conclusion is the rule of reasonable expectations of the parties factored into the good faith principle.

PALABRAS CLAVE: Buena fe. Integración del contrato. Control de contenido. Condiciones generales. Expectativas legítimas. Pactos sorprendentes.

KEY WORDS: Good faith. Integration of the contract. Control of contract terms. General conditions. Reasonable expectations. Unfair surprise.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE. SU NECESARIA CONCRECIÓN MEDIANTE REGLAS PARTICULARES.—II. LA BUENA FE EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO. SU

CONCRECIÓN EN EL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. SENTIDO Y ANTECEDENTES DEL PRECEPTO. 2. IRUPCIÓN DE LA ÉTICA EN EL CONTRATO.—III. CONCRECIÓN DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR DEL CONTENIDO DEL CONTRATO: 1. EL DEBER DE DAR CUMPLIDA EFECTIVIDAD AL CONTRATO. 2. LA EXIGENCIA DE MANTENER EL EQUILIBRIO DEL CONTRATO.—IV. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL DEL CONTENIDO DEL CONTRATO.—V. CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. SU ADMISIÓN EN SUPUESTOS TASADOS: 1. INADMISIÓN DE LA BUENA FE *EX* ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO CRITERIO DE CONTROL. 2. LA BUENA FE COMO «CONFIANZA»: LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS.—VI. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS «PACTOS SORPRENDENTES» EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE SE REFIEREN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: 1. CONTROL DE CONTENIDO CONFORME A LA BUENA FE COMO ALTERNATIVA AL CONTROL DE TRANSPARENCIA (STS 367/2016, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA). 2. LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE CONTROL DE ESTE TIPO DE PACTOS. 3. EL RESTABLECIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO SANCIÓN PARA LOS «PACTOS SORPRENDENTES».—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE. SU NECESARIA CONCRECIÓN MEDIANTE REGLAS PARTICULARES

La buena fe es, sin duda, uno de los conceptos jurídicos más conocidos, pero al mismo tiempo caracterizado por unos perfiles borrosos que dificultan su aplicación en la práctica diaria. A él nos referimos, lógicamente, cuando queremos expresar que una persona cree haber actuado con corrección en una relación jurídica (buena fe subjetiva) o que las partes en dicha relación deben ajustar su comportamiento a unas reglas razonables y susceptibles de generar confianza (buena fe objetiva), pero también en otras muchas situaciones en las que sencillamente se pretende llegar a un resultado que se considera «justo», ya que es frecuente asociar el concepto de «justicia» y buena fe. Se trata, por ello, de un concepto cuyo alcance «se intuye» pero del que resulta muy difícil precisar su verdadero significado, dada su inevitable proximidad con otros conceptos cercanos y la diversidad de matices que ofrece. Estas dificultades aumentan exponencialmente cuando se trata de explicar cuáles son las repercusiones concretas que la regla de la buena fe tiene en un nuestro ordenamiento (aunque sea un sector reducido como es de la contratación privada) y qué consecuencias se derivan de su infracción.

No es exagerado decir, como hacía el profesor DÍEZ-PICAZO en relación al concepto de la buena fe, que estamos ante «uno de los más difíciles de aprehender del Derecho civil y además uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica»¹.

El interés que suscita el principio de la buena fe, lejos de haber decaído, por el contrario, puede decirse que ha resurgido en las últimas décadas. Primero, con ocasión del desarrollo de algunos deberes que son concreción de este principio, como el deber de información, reforzado por algunas Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores, o el control de contenido por abusividad en la contratación con condiciones generales con consumidores, que, también tiene su último fundamento en dicho principio. Y, de manera más intensa en estos últimos años, a raíz de algunos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que parecen mostrarse favorables a residenciar en este principio un control de contenido para las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales de los contratos entre empresarios, como alternativa al doble control de transparencia (que no es admisible en estos contratos), como vía para expulsar determinadas cláusulas de los mismos.

Con estos antecedentes, con relativa facilidad se constata que es muy difícil reconducir a una definición única la buena fe; por ello, como decíamos en un trabajo anterior², es lugar común en la doctrina resaltar las dificultades para definir este concepto. Como sucede con otros conceptos jurídicos (orden público, buenas costumbres, moral o equidad, etc.), aunque su significado puede intuirse fácilmente³, resulta difícil de concretar y de someter a los cánones de una definición única⁴. Como decíamos entonces, ello se debe a que no existe un concepto único y a que cualquier intento de definición obliga a recurrir, a su vez, a conceptos igualmente generales y abstractos, como lealtad, confianza, rectitud, honradez, justicia, equidad, etc. En este sentido se ha señalado que no solo resulta imposible dar un concepto de la buena fe por la variedad de su materia o por el profuso empleo que de la misma hace el ordenamiento positivo, sino que la ciencia del Derecho como ciencia práctica tampoco lo necesita, ya que este principio, por no ser unívoco, sino análogo, se presenta con significados diversos, tanto en cuanto a su forma como respecto a su contenido⁵.

Es evidente que detrás de estas dificultades teóricas se oculta uno de los riesgos más importantes que subyace a la aplicación de la buena fe (y los demás conceptos que se han mencionado), a saber, que, debido a la falta de una definición precisa, este principio se aplique de forma injustificada y sin una fundamentación clara, en contra de la necesaria seguridad jurídica que la aplicación de dicho principio debe garantizar⁶. Con gran acierto se ha señalado que la utilización de estos conceptos «conduce a una potenciación del arbitrio judicial», que aunque está llamado a cumplir una tarea

importante en la concreción de los mismos, «puede caer en la tentación de acumular simplemente menciones de dichas cláusulas sin desarrollar una concreta y precisa fundamentación, tal como requiere la naturaleza de todo principio general»⁷.

En el Derecho positivo este concepto es utilizado por el legislador en una gran variedad de supuestos. Un sector cualificado de nuestra doctrina, siguiendo a BETTI, clasifica los preceptos que hacen alusión a la buena fe en tres grupos: a) buena fe como ignorancia de la lesión que se causa en un interés jurídico ajeno que se halla jurídicamente protegido (cfr. arts. 361, 433, 1529 del Código civil, entre otros); b) buena fe como confianza en la apariencia jurídica (cfr. arts. 464 y 1164 CC, y 34 LH); c) buena fe como «rectitud y honradez en el trato» como manifestación de las normas básicas de convivencia de una sociedad y de los cánones socialmente exigibles, tanto en fase de celebración como de ejecución de los negocios jurídicos, actuando de buena fe el que ordinariamente ajusta su conducta a esos cánones (cfr. arts. 1107.1.º y 1258 CC)⁸.

No obstante, la mayoría de la doctrina distingue simplemente dos posibles sentidos⁹:

a) En sentido objetivo: la buena fe considerada como resultado de las «reglas mínimas exigibles de honestidad y lealtad» a las que las partes deben ajustarse en el desarrollo de sus relaciones jurídicas;

b) En sentido subjetivo: la buena fe entendida como la correcta situación del sujeto dentro de una relación jurídica; es decir, ligada a la creencia subjetiva de actuar con corrección; se considera como una variante de esta versión, la derivada de la protección a la apariencia jurídica.

Por lo que respecta a esta última clasificación, mientras que la doctrina y la jurisprudencia proporcionan una definición más o menos precisa del concepto de buena fe para cada una de las situaciones a las que se aplica (por ejemplo, la buena fe a estos de posesión y usucapión *ex* arts. 433 y 1950 CC) no sucede lo mismo con la buena fe entendida en sentido objetivo. La buena fe objetiva se relaciona de manera genérica con la exigencia de respetar «la lealtad y honradez» en el tráfico, pero sin llegarse a concretar los comportamientos o reglas concretas de actuación que encuentran amparo en dicha exigencia. Sin embargo, parece conveniente y clarificador establecer un conjunto de reglas que, desde un punto de vista dogmático, puedan ser clasificadas y aplicadas de manera homogénea y, desde un punto de vista práctico, permitan a las partes en un conflicto representarse cuál es el comportamiento exigible en cada caso y, por tanto, funcionar de manera más operativa. Por otra parte, hay que evitar el riesgo de que mediante un concepto tan elástico, como el de «lealtad y honradez» en el trato, se pueda

eludir la aplicación de figuras ya acuñadas y consagradas en nuestro ordenamiento jurídico cuyo fundamento común es la buena fe, pero con caracteres y requisitos propios (por ejemplo, la doctrina de los actos propios, retraso desleal o la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otras muchas).

Esta parece ser también la postura que mantienen los escasos autores que se han interrogado sobre el particular y, desde un punto de vista práctico, nuestros tribunales. Así, se ha señalado que los diferentes preceptos en los que se establece la exigencia de respetar la buena fe, por su generalidad, no ofrecen elementos de determinación suficientes para interpretar que faceta de aquella queda comprendida en la norma. Por eso, no tiene mucho sentido «interpretar» el concepto de buena fe sino exponer, y sobre esta base delimitar, las concretas reglas (o «subreglas») elaboradas por los tribunales y los criterios que integran el concepto de buena fe en cada una de las situaciones descritas¹⁰. En este sentido se ha dicho que la buena fe, por su generalidad, solo puede actuar cuando sea «sucesivamente concretada en reglas más operativas, susceptibles de ordenación y clasificación según la naturaleza de los casos». De manera muy expresiva se añade que «el salto» de la buena fe en general a cada caso concreto «sería siempre un salto en el vacío, si el operador no fuera capaz de construirse peldaños intermedios de concreción, cuya aplicación a los casos pueda aspirar al consenso y sirva para producir un conjunto de reglas uniformes susceptibles de aplicación homogénea ordenada por grupos de supuestos»¹¹.

Por todo ello no tiene mucho interés práctico realizar un esfuerzo por elaborar un concepto general o abstracto de la buena fe sino que parece más adecuada una formulación casuística y empírica del mismo, analizando sus posibles aplicaciones a situaciones concretas. A la hora de llevar a cabo esta labor, es a la jurisprudencia, como máximo responsable de la aplicación del ordenamiento jurídico, a la que corresponde, en última instancia, perfilar dichas reglas para dotar de operatividad a este concepto¹².

II. LA BUENA FE EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO. SU CONCRECIÓN EN EL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL

Aunque la buena fe actúa en todos los sectores del ordenamiento jurídico, y en este sentido es un concepto transversal, uno de los campos en los que la buena fe se manifiesta de manera más intensa es en el ámbito del contrato. En este sentido se ha señalado que «la potencialidad que el principio —de buena fe— tiene en el terreno de los contratos es extraordinaria». Tanto «como lo pueda ser la rentabilidad retórica que puede traer el abuso de una fórmula elástica como la buena fe», en la que, se añade, «caben todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite

toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso»¹³. Ahora bien, aunque la buena fe se desenvuelva en un ámbito más reducido, que es el del contrato, sigue siendo necesario dotar de contenido a este principio mediante la determinación de reglas concretas aplicables en cada caso. En otras palabras, este principio no puede aplicarse de forma indiscriminada a cualquier situación en la que la justicia del contrato se ponga en entredicho, ni mucho menos a aquellas otras en las que se pone en tela de juicio otro principio básico en materia de contratos, que es el principio de autonomía privada.

La determinación del significado de la buena fe en el ámbito del contrato exige, por tanto, identificar los distintos aspectos en los que incide, y las concretas reglas aplicables en cada caso. Ciñéndonos a la buena fe objetiva, es sabido que la buena fe tiene incidencia en distintos aspectos del contrato; se hace alusión a ello en diferentes cuerpos legales, no solamente en el Código civil, y de manera progresiva en el tiempo¹⁴. Por lo que respecta a dicho texto legal, la buena fe, como parámetro a tener en cuenta en el ejercicio de cualquier derecho, no se introduce hasta la reforma del título preliminar, aunque se recoge un precepto equivalente en el ámbito mercantil desde la promulgación del Código de Comercio. Además la buena fe se menciona, con particulares efectos, en textos posteriores como la Ley de condiciones generales de la contratación (Exposición de motivos, arts. 10 y 10 bis) y en el TRLGDCU (Exposición de motivos, arts. 65, 80, 82, 87 y 98).

Centrándonos en el Código civil, es innegable que la idea de buena fe subyace, actuando como elemento inspirador, a toda la regulación que se dedica a los contratos, sin perjuicio del papel que juega en la fase precontractual, con su correspondiente reflejo en el deber de información y de no interrumpir de manera sobrevenida los tratos preliminares. Sin embargo, un análisis riguroso y sistemático de dicha regulación evidencia que no son muchos los supuestos de mención expresa a este principio en materia propiamente de contratos.

De una parte, algunos de los preceptos que suelen relacionarse con la buena fe en el contrato (cfr. art. 1107 CC, como parámetro para fijar la extensión de los daños y perjuicios, así como art. 1122.1 CC, que alude a la pérdida de la cosa con ausencia de culpa del deudor en los supuestos de imposibilidad sobrevenida) se sitúan, sistemáticamente, en sede de obligaciones, de tal modo que solo cuando estas tengan su origen en dicho negocio jurídico resultan, indirectamente, aplicables al ámbito contractual¹⁵. De otra parte, en otros aspectos importantes del contrato, como el de su interpretación, no hay ninguna norma que expresamente imponga atender a la buena fe para llevar a cabo dicha operación, si bien existe una aplicación concreta de dicho principio en el artículo 1288 del Código civil; como es sabido, ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado y dotado de con-

tenido al principio de buena fe en esta materia, mediante la formulación de reglas específicas en las que se concreta dicho principio. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 del Código civil, a diferencia de su correlativo artículo 57 Código de comercio, impone la buena fe como parámetro de conducta para el ejercicio de cualquier derecho, y no solo los que nacen de los contratos.

En cualquier caso, los dos preceptos en los que se viene considerando plasmada la buena fe objetiva en el ámbito civil son los artículos 1258 y 7 del Código civil.

1. SENTIDO Y ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Como es sabido, el artículo 1258 del Código civil contempla la buena fe como criterio de integración del contrato, en cuanto establece que los contratos no solo obligan a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a dicho principio. Precepto al que se remite de manera expresa la legislación específica para los contratos celebrados mediante condiciones generales (cfr. art. 10 bis.2 LCGC), así como la legislación de consumidores y usuarios (en virtud de una interpretación sistemática *ex* art. 65 TR-LGDCU y su exposición de motivos)¹⁶.

Siguiendo a GARCÍA AMIGO¹⁷ un análisis exhaustivo de la buena fe a que se refiere dicho precepto exigiría, de un lado, examinar qué significa, cuál es su origen histórico, cuál ha sido su tratamiento en el Derecho comparado y, como lo interpreta la doctrina y nuestro Tribunal Supremo. De otro lado, cuál sería su conexión, si es que la tiene, con dicho principio en la legislación de consumidores y usuarios, así como en la Ley de condiciones generales de la contratación, cuestión esta última a la que dedicamos otro epígrafe de este trabajo.

Por lo que ahora interesa, muy brevemente, tanto nuestra doctrina como los autores franceses y alemanes respecto de sus respectivos ordenamientos, señalan que el origen de la buena fe en el Derecho contractual moderno se encuentra en los *bonae fidei iudicia* del Derecho romano, que permitían considerar comprendidos en la relación contractual aquellos deberes no escritos, ni en el contrato (*lex contractus*) ni en la ley, más allá incluso del uso normativo o costumbre, pero que son exigidos para la obtención del fin contractual propuesto por las partes al contratar¹⁸. Estos antecedentes subyacen a lo dispuesto en los artículos 1134.3 y 1135 del Código civil francés¹⁹, y artículos 1375 y 1274 del Código civil italiano²⁰, que son los correlativos a los artículos 7 y 1258 del Código civil español, sin perjuicio de que haya matices en cada uno de ellos²¹.

El artículo 1258 del Código civil español, como hizo en su día el Proyecto de 1851 (art. 978), recoge estos precedentes aunque introduce pequeños cambios: de una parte, en el artículo 1258 sustituye «equidad» por «buena fe», y, al igual que el francés, no establece ninguna jerarquización de las fuentes de integración; de otra parte, no regula la buena fe en la ejecución del contrato que solo aparece en el artículo 57 Código de comercio. Prescindimos en este momento del tratamiento que los preceptos citados han recibido en sus respectivos ordenamientos, así como en el texto proyectado español, ya que el análisis que interesa es, fundamentalmente, el de la doctrina y de la jurisprudencia española al desarrollar y, por tanto, dotar de contenido y operatividad a la buena fe a que se refiere el precepto citado. Este análisis permitirá fijar de manera precisa no solo las posibilidades que ofrece la buena fe objetiva que contempla dicho precepto sino también sus límites.

2. IRRUPCIÓN DE LA ÉTICA EN EL CONTRATO

El artículo 1258 del Código civil ha tenido tradicionalmente una interpretación y aplicación jurisprudencial efectiva relativamente escasa, que en los ochenta y noventa adquirió cierto impulso²², a pesar de que dicho precepto se ha utilizado en numerosas sentencias de manera puramente redundante o retórica sin trascendencia en su fundamentación jurídica ni en el fallo²³. En el momento presente, su interés ha resurgido como consecuencia de la regla de los llamados pactos sorpresivos o sorprendentes en los contratos con condiciones generales entre empresarios, en los que se considera que la buena fe prevista en dicho precepto constituye el fundamento para la aplicación de dicha regla, y la consiguiente expulsión de determinadas cláusulas del contrato.

En este sentido, es opinión prácticamente unánime en la doctrina que la buena fe en el ámbito del artículo 1258 del Código civil implica la sujeción del contrato a aquellos comportamientos o normas de conducta impuestas por la conciencia social directamente relacionados con la ética social vigente, significada por los valores de equidad, honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada. Así se ha venido entendiendo, con palabras idénticas o similares, desde la doctrina tradicional hasta la de nuestros días. Como fiel exponente de la primera, cabe citar a MUCIUS SCAEVOLA, quien explica que la buena fe equivale a «moralidad social, a equidad, a sujeción del contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada»²⁴. Definición que, con más o menos matices, ha sido reiterada por la doctrina posterior, no solo haciendo referencia a las normas de conducta que rigen en un determinado

contexto social y cultural, sino, además, resaltando su sujeción a determinados cánones éticos de manera explícita²⁵ o implícita²⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronuncia en este mismo sentido al definir la buena fe como fuente de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil. Así, según la Sentencia de 12 de julio de 2002, tomada como referencia por otras posteriores, la buena fe a que se refiere dicho precepto es un concepto objetivo, que «opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato». Además pone de manifiesto su aspecto ético al añadir que «Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena...; de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida»²⁷.

Ahora bien, conviene resaltar que la definición de la ética en el ámbito del Derecho no es algo que resulte directamente de las convicciones o concepciones imperantes en una comunidad histórica, sino que «Es un asunto de la clase o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica»²⁸.

Evidentemente, como ya se ha dicho, la buena fe no debe ser una puerta abierta por donde entre la subjetividad de las partes o del operador jurídico, pero, a la vez, si quiere cumplir su función, no puede someterse al rigor de la norma puramente objetiva²⁹. Como autorizadamente ha señalado DÍEZ-PICAZO, se entra en una zona fronteriza entre la moral y el Derecho, de difícil equilibrio entre la «justicia del cadí», puramente subjetiva y prácticamente arbitraria, y la aplicación mecánica de normas abstractas, generales e intemporales³⁰. La solución solo puede ser un Derecho judicial, dotado de unidad y homogeneidad y que tenga también una perspectiva de futuro, de manera que pueda proporcionar una idea de lo que puede esperarse de las decisiones judiciales. Ello exige una labor de análisis y clasificación de los criterios, al modo de los antiguos brocados o responsa, que es una labor de juristas y, en este sentido, cabría hablar, en efecto, de una «ética Jurídica», para ajustar la definición de buena fe en sentido objetivo, que será patrimonio de una clase, la de los juristas, y que puede no coincidir con el criterio social imperante en el mundo de los negocios.

Este aspecto de la buena fe tiene particular trascendencia en el ámbito del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil: al establecer que las partes contratantes quedan obligadas «también» a lo que resulta de la buena fe, se está diciendo que aquel puede integrarse mediante la aplicación de criterios concretos y previsibles, que permitan a las partes representarse con claridad el alcance de las obligaciones y derechos que conforman la reglamentación del contrato.

Quizás esto se entienda de otro modo por quienes han sostenido que la idea de buena fe es, originariamente, de carácter técnico, por cuanto solo impone aquellos comportamientos que sean necesarios para dar al contrato «cumplida efectividad» atendiendo a la finalidad práctica pretendida por las partes o lograr el fin propuesto. Quienes defienden esta postura mantienen que la aparición del significado o concepción ética de la buena fe en nuestra doctrina y en nuestra legislación no irrumpe hasta los últimos años, ligada a la «irrupción de la ética en el campo de las relaciones jurídicas» (conforme a la exposición de motivos del título preliminar del Código civil 1974) que se concreta en el artículo 7.1 del Código civil por el que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que se relaciona directamente con lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil³¹.

A mi juicio esta postura no nos parece defendible por las dos razones que se exponen a continuación.

Por una parte, contradice la interpretación mayoritaria del artículo 1258 del Código civil, que vincula desde el primer momento el concepto de buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil con el cumplimiento de las reglas de conducta que impone la ética social vigente. Por otra parte, el artículo 7.1 del Código civil no se relaciona directamente con el artículo 1258 del Código civil, si con ello quiere decirse que el alcance de la buena fe es el mismo en ambos preceptos. Aunque se citan algunas sentencias del Tribunal Supremo de los años ochenta y noventa con las que dice abrir una línea jurisprudencial que evidencia esta relación y, como consecuencia de ello, un cambio en el significado de la buena fe a que se refiere el citado artículo 1258, lo cierto es que estas sentencias no establecen una vinculación clara entre ambos preceptos, más allá de afirmar que la buena fe a la que se refieren ambos es la objetiva. Tampoco introducen ningún cambio respecto de la jurisprudencia anterior en lo que respecta a la definición de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil³².

Abundando en las diferencias entre ambos preceptos, el artículo 7 del Código civil se ocupa de la buena fe como parámetro de conducta para el ejercicio de cualquier derecho. Como es sabido, este precepto fue introducido en nuestro Código civil con ocasión de la reforma de su Título preliminar en 1973, aunque en el ámbito mercantil el artículo 57 Código de comercio ya incorporaba la exigencia de cumplimiento y ejecución de los contratos mercantiles conforme a dicho principio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado conductas que constituyen aplicaciones concretas, algunas tipificadas legalmente, de dicho principio: así, la prohibición de actuar contra sus propios actos, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, el abuso de la nulidad por motivos formales, la facultad de rehusar el cumplimiento parcial cuando la parte que resta por cumplir sea exigua y

la exigencia estricta de los plazos contractuales, y la pretensión de cumplimiento cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente, entre otras³³.

Por lo que ahora interesa, aunque un buen número de resoluciones judiciales no distinguen entre los artículos 7 y 1258 del Código civil, algunas sentencias recientes de la Sala Primera del Tribunal Supremo sí lo han hecho, precisamente en el sentido de que el primero establece un principio general como límite del ejercicio de los derechos subjetivos con conexión con la figura del abuso del derecho mientras que el segundo se refiere propiamente a la integración del contrato. Así, según la STS de 21 de noviembre de 2016, aunque ambos preceptos tomen como referencia el principio de buena fe «su desarrollo o aplicación debe ser diferenciado», de modo que mientras que el artículo 7 se centra «en el principio general de la buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos, con una clara y expresa conexión con la figura del abuso de derecho», en el artículo 1258 del Código civil la aplicación de dicho principio «opera como criterio de integración del contrato»³⁴.

III. CONCRECIÓN DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

Una vez estudiado el significado general de la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, procede ahora abordar las concretas reglas de conducta que deben considerarse impuestas por dicho principio, algo que, como se viene diciendo, es absolutamente necesario para dotar de operatividad y de plasticidad a este concepto. La idea general es que lo establecido en este precepto no ampara cualquier comportamiento que responda a algo tan elástico como la honradez, corrección o lealtad en el tráfico, sino que debe concretarse en reglas específicas de conducta que, desde un punto de vista práctico, incumbe concretar a nuestros tribunales. A la hora de llevar a cabo esta labor deberá aplicarse un criterio, que no necesariamente tiene que ser de interpretación restrictiva³⁵, sino que debe ajustarse a reglas claras y precisas; el riesgo que debe evitarse es el de una interpretación excesivamente amplia, y por ello con cierto riesgo de discrecionalidad en la aplicación de este principio.

Las ideas expuestas, aunque no se formulan expresamente, subyacen a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil. En efecto, un análisis exhaustivo de las sentencias dictadas en este ámbito evidencia que este principio no se utiliza para exigir cualquier comportamiento que venga significado por los valores antedichos de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada sino que se refiere a comportamiento concretos. De

manera resumida, la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil comprende: de una parte, aquellos comportamientos necesarios para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos; y, de otra, los necesarios para preservar la equivalencia de prestaciones derivadas del contrato.

1. EL DEBER DE DAR CUMPLIDA EFECTIVIDAD AL CONTRATO

Según una interpretación tradicional, tomada de la jurisprudencia por MANRESA, y repetida en términos idénticos o similares por la doctrina y el Tribunal Supremo en innumerables sentencias posteriores, la buena fe que contempla el artículo 1258 del Código civil obliga a «dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que han de estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales, aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento»³⁶. Con ello, como ha puesto de manifiesto la doctrina, se evidencia su relación con los *bonae fidei iuditia* en el sentido que ya anteriormente nos hemos referido³⁷. Dicha regla, a su vez, enlaza con la interpretación genuina del precepto que mantenían los primeros comentaristas del Código, conforme a la cual el contrato no solo obliga a lo expresamente pactado sino «a todo lo consustancial con ella, proveniente de cualquiera de los tres conceptos contenidos en el artículo, como si expresamente se hubiera convenido sobre ellos»³⁸, de lo que se desprende que la finalidad de dicho precepto es ampliar o completar, mediante la exigencia de deberes complementarios el deber de prestación que constituye el núcleo del concreto³⁹.

De manera más precisa, esta definición, de acuerdo con la exégesis del artículo 1258 del Código civil, no solo permite considerar comprendido en el contrato lo que sea estrictamente necesario para hacerlo efectivo, sino que se amplía, como decía BETTI, a «todo aquello que sea necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida»⁴⁰. Quizás sea esto lo que quiera decirse con la expresión dar «cumplida efectividad» a la finalidad perseguida por las partes, en el sentido de que no solo obliga a aquello que sea necesario para cumplir con la finalidad común que, de manera general, derive de la naturaleza del contrato, sino a todo aquello que resulte de los particulares intereses de las partes. Así, dicha definición estaría conectada no solo con la consecución del «fin negocial común sino también con el particular y exclusivo interés de la contraparte». En nuestra doctrina, DíEZ-PICAZO, considera como deber exigido por la buena fe, el de prestar colaboración y ayuda a la otra parte «para la consecución no solo del fin negocial común, sino también de su particular y exclusivo interés»⁴¹.

Algunos de estos deberes, siguiendo a BETTI⁴², han sido sistematizados por la doctrina, y, a su vez, han tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. De manera resumida, dichos deberes son los siguientes:

a) Deber de información

Lo primero que conviene aclarar es que el deber de información, como exigencia impuesta por la buena fe ex artículo 1258 del Código civil no se refiere al deber de informar sobre las cualidades del objeto y demás circunstancias que inducen a la celebración del contrato, que encuentran su correspondiente reflejo en las normas que regulan el consentimiento del contrato (arts. 1269 y 1270 CC)⁴³ o en otras normas específicas como el artículo 1483 del Código civil⁴⁴, sino a posibles deberes complementarios de dicha prestación, que contribuyen al cumplimiento satisfactorio del contrato para ambas partes (aunque también pueden llegar a tener trascendencia sobre la voluntad contractual).

Se refieren a este tipo de deberes varias sentencias del Tribunal Supremo, que merecen algún comentario. La STS de 9 de mayo de 2016 considera exigible en un contrato de compraventa de acciones la obligación, deducida de la buena fe, de comunicar al adquirente los conocimientos e información relativos a los procedimientos de producción. No resulta fácil entender la razón por la que el comprador de las acciones podría tener derecho a la utilización o explotación del local, que sería el único supuesto en el que tendría sentido considerar impuesta por la buena fe la exigencia de conocer el procedimiento de producción requerido por aquella. Una obligación similar se considera impuesta al adquirente de las acciones en la STS de 30 de junio de 2000; en el supuesto a que se refiere esta sentencia la Dirección General del Patrimonio del Estado transmite la totalidad de las acciones de una tercera entidad, y reclama los gastos y pérdidas sufridas como consecuencia de que esta última carecía de licencia de apertura que el contrato había establecido como existente. La sentencia en cuestión tampoco explica bien la razón por la cual la obtención de dicha licencia constituye una obligación contractual, aunque en el caso concreto parecía haber sido objeto de una especial estipulación⁴⁵.

En otras Sentencias, como la de 30 de enero de 2003, el Tribunal Supremo considera incumplida la exigencia impuesta por la buena fe de facilitar una información exacta y no controvertida relativa al régimen fiscal aplicable a la operación recomendada por un Banco a su cliente. El deber de informar se entiende reforzado por el elemento de «confianza» que subyace a la relación del cliente con el banco en aquellos casos en que la entidad

recomienda a este una operación determinada o la adquisición de determinados productos.

b) Deberes de fidelidad

Este deber puede entenderse connatural a determinado tipo de contratos en los que el elemento «confianza» reviste particular importancia, bien por la naturaleza del contrato bien por las particulares circunstancias en que este se celebra. Un supuesto particular de este tipo de deberes, es el de no competir, por ejemplo, en los supuestos de venta o transmisión de un negocio⁴⁶. En general, el Tribunal Supremo considera la competencia ilícita como un ataque a la buena fe exigible en todo contrato y, como tal, significativa de incumplimiento contractual (cfr. Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988).

c) Deber de secreto

Como variante de este deber, la doctrina sitúa el deber de reserva o secreto, que impide divulgar, publicar o utilizar la información que recibe de la contraparte, más allá del deber de secreto impuesto en la legislación específica que regula algunas profesiones (por ejemplo, la profesión médica o de abogado).

Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala Primera, este cuadro podría completarse con los siguientes deberes:

— Deber de colaboración con los intereses y necesidades de la otra parte. Cabe situar en este apartado obligaciones de distinto signo, cuya justificación se encuentra en el deber de colaboración que incumbe a cada una de las partes para que la otra pueda satisfacer de manera cumplida y plena sus intereses, para evitarle posibles daños o para que pueda cumplir a su vez lo que le incumbe. Este deber se ha concretado tanto en relación al contrato de compraventa⁴⁷ como en relación al contrato de obra⁴⁸. El Tribunal Supremo en ocasiones ha recurrido, además, a la necesidad de proteger la confianza mutua⁴⁹ o las expectativas legítimas y razonables de las partes⁵⁰, ya que se trata de supuestos en los que la «confianza» justifica la exigencia de un deber jurídico.

— Deber de no frustrar el buen fin del contrato. Se trata en este supuesto de que una de las partes contratantes provoque con su conducta la frustración del contrato⁵¹.

— Entrega de la cosa con utilidad para su destino, cuyo alcance, al igual que en el supuesto descrito más arriba, se ha concretado tanto en el

ámbito del contrato de obra⁵² como en el de compraventa⁵³. No obstante, este deber ha de entenderse aplicable a los contratos traslativos en general, y a los que versan sobre bienes muebles en particular⁵⁴.

— Para los contratos de tracto sucesivo, la exigencia de incluir todos aquellos deberes que puedan surgir durante el desarrollo y ejecución del contrato, incluido el momento de su extinción, a los efectos de que se produzca una ordenada liquidación de los mismos.

En la jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido para el contrato de suministro «*just in time*» y el contrato de concesión. Así, las SSTs de 5 de octubre de 2016 y la de 19 de mayo de 2017, respectivamente, consideran exigible la obligación de comprar el stock al consumidor una vez finalizado de manera sobrevenida el contrato⁵⁵.

2. LA EXIGENCIA DE MANTENER EL EQUILIBRIO DEL CONTRATO

La buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil no se agota en la posibilidad de extender o ampliar el alcance de lo pactado en los términos que se han explicado en el epígrafe anterior, sino que, conforme a la interpretación mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, su ámbito de acción es más amplio. Efectivamente, según el alto tribunal, la buena fe puede utilizarse como elemento de corrección del desequilibrio de las prestaciones del contrato, en el sentido de que este criterio permite mantener o restablecer el equilibrio que resulta de lo pactado o querido por aquellas, cuando el deudor pretenda dar menos o el acreedor exigir más de lo que les corresponde. Aunque la cuestión se aborda más adelante, conviene aclarar ahora que, con ello en modo alguno se está justificando la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como un instrumento de control de dicho contenido en contra de lo pactado o querido por aquellas. Es decir, no se trata de que dicho criterio permita corregir o alterar lo convenido por las partes por considerar que es injusto sino que, al contrario, se toma como base el equilibrio que resulta de lo pactado para impedir, como decíamos arriba, que el acreedor reclame más y el deudor pague menos de lo que legal o convencionalmente les corresponda. Se trata, en suma, de impedir que las partes, alteren de manera sobrevenida el esquema de justicia que resulta de lo pactado, lo que da lugar al correspondiente deber de mantener o restablecer, en su caso, el equilibrio originario.

Un buen exponente de esta doctrina es la STS de 17 de enero de 1986 anteriormente citada, en la que el criterio de la buena fe se utiliza, de un lado, para exigir al deudor todas aquellas consecuencias económicas necesarias para lograr el cumplimiento íntegro del contrato tras haberse producido el

incumplimiento culpable del deudor (en el caso a que se refiere esta sentencia se pide el cumplimiento correcto de una obra a raíz del defectuosamente realizado por los contratistas); y de otro, para impedir al acreedor que pueda escudarse en la buena fe para no cumplir con todo aquello a que venía legalmente obligado⁵⁶. De este modo, en lo que respecta al deudor, la buena fe se utiliza para justificar la exigencia de todas las consecuencias económicas necesarias para obtener el cumplimiento íntegro de lo pactado, aunque le resulte más oneroso que lo inicialmente convenido, en cuanto esta mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable del infractor; en este sentido se afirma que, lejos de ser contrario a la buena fe la exigencia de dichas consecuencias por alterarse el equilibrio o equivalencia de las prestaciones derivadas de lo pactado, lo que atentaría contra dicho principio sería la exclusión de dichas consecuencias.

La idea de mantener el equilibrio de las prestaciones del contrato subyace a la STS de 13 de febrero de 2002, también relativa a un contrato de obra, en la que se condena al dueño de la misma a satisfacer todos los daños derivados de su paralización, que se decidió de manera unilateral por aquel; se argumenta que resultaría contrario a la buena fe hacer recaer estos gastos sobre quien sufre las consecuencias de tal paralización, que es el contratista, por cuanto supondría un empobrecimiento de este con un correlativo enriquecimiento del comitente, no amparado por dicho principio.

En otro contexto, la STS de 20 de julio de 2015 también utiliza la buena fe en el sentido que se viene explicando. En esta sentencia, relativa a un contrato de leasing inmobiliario, la cuestión controvertida es determinar a quién debe repercutirse el alza significativa y sobrevenida de las cuotas de la comunidad de propietarios del inmueble, cuyo pago, según lo convenido inicialmente en el contrato, correspondía satisfacer al arrendatario financiero. Conforme a dicha sentencia, lo que se discute no es, como cuestión puramente interpretativa, a quien corresponde el pago de las cuotas de la comunidad conforme a lo pactado en el contrato, pues es claro que corresponde al arrendatario, sino si puede imputarse a este el alza de las mismas, lo que correctamente se sitúa por el tribunal en el plano de la integración *ex* artículo 1258 del Código civil. Según dicha sentencia, la buena fe impide «una modificación sustancial de la base económica — del contrato— tomada por referencia para la perfección del contrato y su posterior ejecución o desarrollo», sobre la base de que la cuantía inicial de las cuotas formó parte del acuerdo alcanzado «y de la confianza que informó al mismo». No creo que esta última expresión haga alusión a que el contrato en cuestión imponga un deber específico de «confianza» en este supuesto que justifique la necesidad de preservar el equilibrio de prestaciones sino que parece referirse más bien a que la cuantía de las cuotas sencillamente formaba parte del esquema contractual de mutuo conocimiento— y en este sentido puede

decirse «de confianza»— en el que se fija el intercambio de prestaciones y que, por tanto, nada aporta en el supuesto enjuiciado⁵⁷.

La buena fe no solo impone el deber de preservar o respetar el equilibrio o equivalencia de las prestaciones alcanzado en el momento de perfección del contrato, sino también el de reajustar aquel cuando, de forma sobrevenida, dicho desequilibrio se viese alterado por imposibilidad legal durante la vigencia o cumplimiento del mismo. Así el supuesto a que se refiere la STS de 26 de abril de 2018, relativa a una póliza colectiva de seguro sobre las personas en la que la asegurada es una empresa pública, se declara la imposibilidad legal de cumplir para esta en cuanto no se había consignado en la correspondiente Ley de presupuestos partida presupuestaria alguna, y sobre esta base, la resolución del contrato por imposibilidad legal de cumplir para la aseguradora; como consecuencia de ello, se impone el consiguiente reembolso de prestaciones percibidas por aquella dentro del mismo periodo atendiendo a la buena fe. Según dicha sentencia, la buena fe a que expresamente se remite el artículo 1258 del Código civil impide que en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación «el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la parte contraria», de tal modo que le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido.

Finalmente, otras sentencias utilizan este criterio a modo de mero *obiter dictum*, en cuanto no constituye la *ratio decidendi* del caso, como la STS de 12 de julio de 2002, citada en este trabajo.

Hasta aquí las consecuencias de la regla impuesta por la buena fe consistente en la exigencia de respetar el equilibrio o equivalencia de las prestaciones de las partes. Ahora bien la equivalencia o equilibrio de prestaciones constituye, como es sabido, el fundamento de algunas figuras perfectamente delimitadas en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*. Sobre esta base, es relativamente frecuente situar el fundamento legal de dicha cláusula en el concepto de buena fe del artículo 1258 del Código civil⁵⁸. Sin embargo, conviene advertir que el principio de buena fe que contempla este precepto responde a una finalidad distinta del que sirve de fundamento a la citada cláusula, aunque en ambos casos la idea que subyace sea la necesidad de preservar o mantener el equilibrio de prestaciones. Así, en el caso del artículo 1258 del Código civil, la buena fe, bien amplía el concreto alcance de las prestaciones que nacen de la reglamentación pactada del contrato, o bien impide que, alterando el equilibrio o equivalencia de las mismas que constituye la base del negocio, una pueda dar menos y la otra exigir más de lo que le corresponde. Sin embargo, la buena fe como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, tomando como base la necesidad de preservar el equilibrio o equivalencia de prestaciones, afecta a la propia eficacia del contrato, sea modificando los

términos del mismo, sea determinando su resolución (esto último a partir de las SSTs de 17 de enero y 26 de abril de 2013 conforme a la cual su aplicación no solo es revisoria).

A este respecto, la STS de 24 de febrero de 2015 considera conveniente delimitar la función del principio de buena fe contractual del artículo 1258 del Código civil respecto del que sirve como fundamento a la cláusula *rebus sic stantibus*. En el sentido que aquí se ha expuesto, sitúa el criterio que contempla el artículo 1258 del Código civil en el estricto plano de la delimitación del «alcance prestacional» que debe ser observado en el contrato, mientras que la función de dicha cláusula se centra «en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien, determinando su resolución». Sin embargo, dicha sentencia adolece de cierta imprecisión cuando relaciona el principio de buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil con «la ejecución o cumplimiento de las respectivas prestaciones de acuerdo a una conducta diligente, no abusiva y razonable de los contratantes», que son los rasgos definidores de la buena fe a que se refiere el artículo 7 del Código civil.

IV. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

En el apartado anterior se han explicado las consecuencias derivadas de la regla de respetar la equivalencia o equilibrio de prestaciones del contrato que, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, tiene como fundamento la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil. Como ya se había adelantado, dicha regla no permite excluir de la reglamentación contractual aquellos contenidos que, por producir un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, podrían calificarse como abusivos. Pero lo que ahora se cuestiona es si alguna otra interpretación del artículo 1258 del Código civil permite llegar a esa conclusión.

La *communis opinio* es que el artículo 1258 del Código civil no constituye una «regla de validez» en virtud de la cual puedan declararse ineficaces los pactos contrarios a la buena fe a que se refiere dicho contrato⁵⁹. Sin embargo, un sector autorizado de la doctrina ha defendido esta posibilidad respecto de los contratos con condiciones generales celebrados con quienes no son consumidores con fundamento en dicho precepto, cuestión de la que nos ocupamos en profundidad en el siguiente apartado. Baste por ahora con decir que el fundamento se sitúa en el artículo 1258 del Código civil tomando como punto de partida el argumento de que «No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de

uno de los contratantes (el predisponente)»⁶⁰, argumento que, en abstracto, también sería aplicable a los contratos negociados.

A mi juicio, esta última interpretación no es defendible atendiendo a tres argumentos importantes, que los mismos autores que la defienden, reconocen, de una u otra forma, que se dan, y que no llegan a rebatir de manera satisfactoria.

El primero es que la aplicación de la buena fe como control del contenido del contrato contraviene abiertamente el principio de la autonomía de la voluntad. Frente a ello no cabe utilizar el argumento de que, en cierta manera, también se contradice dicho principio cuando se integra el contrato, al imponerse un contenido que no se ha pactado. Es claro que no se da un paralelismo absoluto entre ambas situaciones, por las razones que se dan a continuación.

La posibilidad de integrar la voluntad de las partes está justificada porque estas no pueden prever todos los aspectos que surgen en relación con el cumplimiento del contrato, razón por la que se permite cierto margen para desarrollar o complementar dicha voluntad sobre la base de lo querido por aquellas conforme a los criterios que recoge el artículo 1258 del Código civil. En todo caso, como se ha explicado con más detalle en otro lugar, estos criterios, incluida la buena fe no pueden ser utilizados para cubrir cualquier vacío de la reglamentación contractual, sino que solo se admiten para delimitar o desarrollar el alcance de lo pactado por las partes a partir de la voluntad común expresada por aquellas⁶¹. En rigor, no es lo mismo integrar aquellos aspectos que las partes no hayan previsto, que implica respetar su voluntad en los términos explicados, que contradecir —*contra dicere*— o contravenir lo que hayan previsto. Como hemos visto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la integración del contrato conforme a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil se lleva a cabo mediante la aplicación de reglas concretas (de las que nos ocupamos en otro apartado) que, lejos de contravenir, supone favorecer la voluntad de las partes, mientras que la utilización de la buena fe para corregir o depurar su contenido supone dejar sin efecto aquella en lo que resulte contradictorio con dicho criterio.

El segundo argumento, de Derecho positivo, es que la buena fe no está prevista como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en el artículo 1255 del Código civil (argumento difícilmente soslayable en los contratos con condiciones generales, como veremos, pero «infranqueable» en los contratos negociados). Tal omisión, en efecto, constituye un argumento de peso para excluir la buena fe como un criterio corrector del contenido del contrato, a pesar de que sí se incluye la moral, que puede considerarse en estrecha relación con ella. Es más, una interpretación sistemática del Código civil refuerza la interpretación de que este únicamente reconoce virtualidad a la moral, y no a la buena fe, puesto que cuando el contenido trasciende

a otros elementos del contrato, como la causa y el objeto, solo se atribuye virtualidad a la que se opone a la moral. Así, sucede tanto en los supuestos de causa ilícita y de causa torpe *ex* artículos 1275 y 1306 del Código civil, respectivamente⁶², como en el de ilicitud del objeto por resultar contrario a las «buenas costumbres» *ex* artículo 1271.2 del Código civil.

No obstante, ello no quiere decir que dicho cuerpo legal no atribuya ningún valor al principio de buena fe, sino que su control se realiza a través de las normas que regulan otro elemento del contrato, que es el consentimiento; en este sentido, es sabido que las normas regulan los vicios del consentimiento son una concreción objetivada de la buena fe, ya que este principio se integra en el supuesto de hecho de la norma, atendiendo a la situación de injusta vinculación de una de las partes contratantes.

Por último, en tercer lugar, la aplicación del artículo 1258 del Código civil exige que la integración del contrato se realice atendiendo a reglas claras y precisas (a las que nos hemos referido en un apartado anterior), aunque no necesariamente han de ser de interpretación o aplicación restrictiva; y, por tanto, no cabe extender dicho precepto más allá de los límites antedichos.

No es cuestión de hacer un repaso de todos los preceptos del Código civil pero todo lo dicho permite concluir que la buena fe no esté configurado legalmente como un límite de la autonomía privada; su falta de mención por el artículo 1255 del Código civil no es aleatoria ni un descuido del legislador sino que es conforme con una interpretación sistemática de dicho cuerpo legal.

Pese a todo, no puede ignorarse que en ocasiones, como ya se ha dicho, la buena fe se relaciona con la idea de «justicia» del contrato o mejor con la posibilidad de que dicho criterio se utilice para evitar su «injusticia». El argumento de que «el contrato tiene que ser justo» es «persuasivo», y parece que cualquier razonamiento que se base en el mismo goza de una predisposición a ser acogido. Si el contrato es la institución por excelencia del Derecho privado, ¿cómo no va a ser este permeable a la idea de «justicia», siquiera a la idea de justicia que más hiere los sentidos que es la «desigualdad» de trato entre las partes?. ¿Sería esto argumento suficiente para residenciar en la buena fe un control de contenido en el contrato que permita remediar o corregir esta «injusticia»?

La respuesta a esta cuestión no debe darse partiendo de posturas maximalistas (considerar como «dogma» el principio de la autonomía de la voluntad), ni realizando valoraciones en abstracto (como la que se hace más arriba) sino tomando como referencia el contexto del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta. Es sobradamente conocido que el Código se inspira en el principio de liberalismo económico, de libertad e igualdad en la posición de negociación de las partes, bajo los que cualquier injerencia ajena a las mismas se considera como algo perturbador y ajeno al sistema.

Responde a este esquema la regla general de que la causa debe existir pero no tiene que ser «adecuada», la prohibición de la rescisión por lesión, etc. De acuerdo con estas ideas se debe rechazar cualquier injerencia externa, incluida la de la buena fe, para expulsar del contrato algo que las partes han querido. En consecuencia, cualquier discusión relativa a la posibilidad de considerar la buena fe como un elemento de control del contenido del contrato no tendría mayor recorrido.

Desde un punto de vista teórico, cabría cuestionar si, de manera excepcional, sería admisible una corrección del contenido del contrato cuando durante su negociación quede patente que el negocio se ha gestado bajo alguna circunstancia que coloque a una de las partes en una situación injusta. En este caso lo injusto no sería solo el contenido sino también las circunstancias o condiciones bajo las que se ha gestado, poniendo en entredicho las condiciones de teórica igualdad y libertad en que se celebra el contrato. Sin ir más lejos este es el fundamento de la regulación de los vicios de la voluntad en el Código civil, aunque esta no agota todos los supuestos en los que la idea de justicia contractual (por falta de igualdad y/o libertad) de alguna de las partes queda en entredicho (por ejemplo, el contratante que contrata en situación de extrema necesidad o enfermedad). Se trataría, en suma, de situaciones en las que una de las partes de ha vinculado injustamente y, por tanto, su consentimiento puede considerarse, en sentido amplio, viciado, aunque el ordenamiento no le reconozca ningún efecto⁶³.

También desde un planteamiento puramente teórico, cabría argumentar que el ordenamiento jurídico no debería ser ajeno a las situaciones anteriormente descritas, en las que una de las partes, ya no es que esté en clara desventaja, sino que se aprovecha injustificadamente de la otra (las denominadas «tácticas inaceptables»), y que no parece cubrir la figura del abuso del derecho *ex* artículo 7 del Código civil, que se refiere, como su norma indica a situaciones en que lo es abusivo es el ejercicio del derecho no las circunstancias en las que se ha perfeccionado el contrato y, por ende, adquirido el mismo. Sin embargo, resulta entendible que el ordenamiento jurídico solo reaccione ante determinadas circunstancias, por considerar que revisten especial trascendencia, y en supuestos específicamente tasados, que en nuestro caso el propio Código civil contempla. Como dice DÍEZ-PICAZO, «más que en presencia de una dogmática categoría de las voluntades contractuales viciadas, nos encontramos en una serie de supuestos en los cuales lo que se hace es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual. La decisión no recae tanto sobre si el necesario consentimiento se encontraba o no viciado, cuando sobre si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo»⁶⁴.

Ahora bien, ello no obsta para que algunas de estas situaciones de vinculación injusta, como las que nos venimos refiriendo, puedan encontrar

una solución satisfactoria mediante la aplicación de reglas concretas que son consecuencia de la buena fe objetiva, como la necesidad de proteger la confianza de las partes; pero no por ello cabe atribuir a la buena fe, de manera generalizada, un efecto corrector de posibles desequilibrios del contenido de contrato, sino únicamente cuando se den los presupuestos para aplicar dichas reglas en casos concretos (y siempre de manera tasada).

Este sería, sin duda, el razonamiento a seguir para los contratos negociados, que descansan en la libre negociación de sus cláusulas por las partes, a quienes se presupone un conocimiento exacto de sus términos.

Cabría plantearse si este razonamiento puede trasladarse sin más a los contratos con condiciones generales o si debe introducirse alguna matización, dados los rasgos propios que caracterizan a este tipo de contratos. Es precisamente en este contexto, en el de los contratos celebrados mediante condiciones generales, en el que debe analizarse la regla de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas admitida por la jurisprudencia en la contratación con condiciones generales entre empresarios (de las que después nos ocupamos). Sin perjuicio de lo que allí se explica, conviene aclarar ahora que en estos casos la ineficacia — ya veremos con qué efectos — de dichas cláusulas no se funda únicamente en un contenido injusto del contrato, producido por un desequilibrio de prestaciones de las partes, sino en la infracción de la buena fe del adherente al contratar bajo determinadas circunstancias. Como veremos, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, la buena fe en estos casos se relaciona con la exigencia de respetar las expectativas legítimas del adherente que se ven injustificadamente defraudadas cuando se modifica de manera subrepticia el contenido del contrato que había representado el adherente. Aunque después se profundiza en este concepto, lo importante ahora es advertir que no se atenta contra la buena fe por la mera imposición o falta de negociación de las cláusulas del contrato (porque ello obligaría a considerar contrario a la buena fe cualquier contrato con condiciones generales cuyo contenido sea injusto para el adherente), sino que se requiere, haciendo nuestra la expresión que la Sala Primera ha utilizado en otros ámbitos, una «justificación añadida», a saber, que concurran las circunstancias que presupone la aplicación de las llamadas cláusulas sorpresivas.

V. CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. SU ADMISIÓN EN SUPUESTOS TASADOS

Como es sabido, los contratos celebrados mediante condiciones generales con consumidores están sometidas a un control específico de contenido por

abusividad (por desequilibrio en las obligaciones y derecho de las partes), control que no se permite cuando el adherente sea una persona que no sea un consumidor de acuerdo con los criterios aplicados por el TJUE para alcanzar dicha conclusión (básicamente que el objeto profesional no predomine en el contexto general del contrato)⁶⁵. Pero la cuestión que aquí se aborda es si, en general, estas condiciones pueden ser expulsadas o corregidas conforme a otra faceta o manifestación de la buena fe objetiva (distinta de aquella que exige una reglamentación justa y equilibrada del contrato) y, en su caso, a qué tipo de control se hallarían sometidas.

Dicha cuestión, como es lógico, no puede abordarse conforme a la dogmática clásica del contrato, basada en un conocimiento previo de su contenido, sino que debe plantearse teniendo en cuenta el déficit de autonomía privada que caracteriza a los contratos con condiciones generales, en cuanto la reglamentación contractual se establece por una sola de las partes contratantes⁶⁶. Este rasgo justifica que adquiera particular relevancia, y por ende se conceda mayor virtualidad, al principio de buena fe, en el sentido de que pueda considerarse contraria a este principio una cláusula que en otro tipo de contratos no lo sería⁶⁷. La cuestión es llegar a determinar cuál es el concepto o la faceta concreta de la buena fe que resulta aplicable a estos efectos, bien entendido que la aplicación específica de este principio no desplaza la aplicación de las normas que regulan los vicios del consentimiento (principalmente, las que se refieren al dolo incidental) que, con las necesarias adaptaciones, «confluyen y se yuxtaponen»⁶⁸, sin entrar ahora en las dificultades prácticas que plantea su delimitación.

1. INADMISIÓN DE LA BUENA FE *EX* ARTÍCULO 1258 COMO CONTROL DE CONTENIDO

Antes de que se aprobara la LCGC algunos autores habían propuesto residenciar en el artículo 1258 del Código civil un control de contenido de los contratos con condiciones generales, entendiendo que la buena fe a que se refiere dicho precepto puede utilizarse como criterio para llevar a cabo este control⁶⁹, tesis que se defiende después por otros autores⁷⁰.

Como se ha explicado en el apartado anterior, el argumento principal en el que se funda esta interpretación, a saber, que no hay diferencia entre la buena fe con función integradora *ex* artículo 1258 del Código civil y la buena fe como criterio de exclusión o control de contenido del contrato en contra de lo declarado por las partes, no es, en absoluto defendible: una cosa es completar o desarrollar con criterios objetivos lo querido por las partes y otra, muy distinta, expulsar o corregir determinados contenidos en contra de lo que se dice querido por aquellas (aunque ese contenido no sea

propia mente negociado), en cuanto lo prohíbe el principio de autonomía privada que, aunque de forma más limitada, también rige en dichos contratos⁷¹. La vinculación de dicho principio no puede considerarse desplazada *de facto* simplemente porque la parte que se adhiere al contrato adolece de falta de voluntad. La falta de voluntad, o el déficit de autonomía, tiene, ciertamente, consecuencias importantes de régimen aplicable (a alguna de las cuales ya nos hemos referido), pero ninguna de ellas permite alcanzar el resultado de prescindir de la voluntad expresada en el contrato únicamente porque una de las partes se haya adherido a su contenido.

Parece que la idea originaria de acudir al citado artículo 1258 del Código civil deriva de entender que las condiciones generales no son, propiamente, producto de la autonomía privada, sino que sencillamente concretan o explicitan las normas que serían aplicables por medio de la integración del contrato con arreglo a los criterios de dicho precepto, esto es, la buena fe, el uso y la ley⁷²; aunque después se ha matizado que, no es tanto que las condiciones tengan valor meramente declarativo de las fuentes a que se refiera dicho precepto, sino que solo vinculan en la medida que establezcan una regla contractual que sea conforme con aquellas y, en particular, con la buena fe⁷³. En otras palabras, se entiende que, a falta de un consentimiento auténtico de las partes será necesario — a través del control de contenido — que este se ajuste a las fuentes que prevé el artículo 1258 del Código civil para desarrollar o completar lo querido por aquellas (lo que es válido para «integrar» la voluntad contractual se entiende que también lo es para «filtrar» o «controlar» el contenido de las cláusulas predispuestas, que no han sido propiamente consentidas).

El control de contenido a través de las fuentes que contempla el artículo 1258 del Código civil también se ha intentado fundar en que los posibles abusos que puedan sufrir quienes se adhieren a un contrato con condiciones generales tienen que reconducirse directamente por la vía de las normas generales imperativas y prohibitivas previstas en la legislación común, una de las cuales se dice ser, precisamente, dicho precepto y su mención a la buena fe⁷⁴. Este argumento descansa en la misma premisa que se acaba de cuestionar, que es considerar aplicable a este supuesto un precepto, que por mucho que tenga carácter imperativo, solo ofrece criterios legales para integrar el contenido del contrato y no para su depuración, de modo tal que el concepto de buena fe que el mismo contempla, como ya se ha explicado, no comprende ninguna regla que permita corregir o dejar sin efecto lo pactado. Tampoco nos parece que pueda alcanzarse dicho resultado por la vía de entender que cualquier cláusula o condición general que contravenga la buena fe será nula «por inmoral o abusiva», y ello da lugar a que la laguna tenga que integrarse precisamente mediante el criterio de la buena fe⁷⁵. Aparte de la ambigüedad que supone hablar de cláusula inmoral o abusiva,

la buena fe interesa aquí como criterio corrector o depurador del contrato y no como criterio de integración en caso de nulidad.

A mi juicio, es incuestionable que, desde un punto de vista puramente teórico, el déficit de autonomía privada justifica un control adicional de contenido y que, en su caso, el criterio o instrumento de control aplicable debe ser la buena fe. Lo que puede estar sujeto a discusión es la faceta o versión de dicho principio que sería aplicable como elemento corrector o depurador del contenido del contrato con condiciones generales. En este concreto aspecto discrepo con las autorizadas opiniones antes expuestas, en el sentido de que no cabe aplicar el concepto de buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, ni las concretas reglas que de este derivan, sino que el concepto debe ser otro, con diferencias importantes en el resultado práctico que se alcanza, atendiendo a los supuestos a los que uno y otro se aplican y a los efectos derivados de su contravención.

En la contratación con consumidores, el control de contenido a través de la buena fe se articula por medio del control de abusividad que contempla su legislación específica. De acuerdo con ello, es claro que la buena fe se relaciona con la confianza del adherente en una reglamentación justa o equilibrada, de tal modo que su no defraudación exige que no cause «un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes» conforme a los artículos 83 TR-LGDCU y 8.2 LCGC. Este mismo concepto subyace en otros casos en los que la ley de manera expresa introduce un control específico de contenido a través del concepto de abusividad, aunque no se trate propiamente de contratos con consumidores. Es el caso de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (cfr. art. 9 que contempla un supuesto específico de nulidad por abusividad para aquellas cláusulas o prácticas «manifiestamente abusivas» que se refieran a determinados elementos)⁷⁶, así como la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (cfr. arts. 41.3, por remisión al precepto anterior, y 38.4)⁷⁷.

El problema es que, a falta de previsión específica, no cabe fundar directamente en la buena fe un control de contenido por abusividad. Pero tampoco cabría hacerlo, de manera indirecta, por la vía del artículo 1258 del Código civil, que, como se ha analizado en otro apartado, no permite considerar incluida en su ámbito de aplicación ninguna regla que exija una ponderación equilibrada de los intereses de ambos contratantes. En las pocas resoluciones en las que la Sala Primera ha abordado de manera expresa esta cuestión, como en la STS de 30 de abril de 2015, relativa a un contrato con condiciones generales de vivienda sobre plano excluido del ámbito de la legislación de consumidores y usuarios la posibilidad de llevar a cabo un control de contenido conforme a la buena fe⁷⁸. Tras declarar que, al no tener la condición de consumidor el comprador no resulta aplicable el régimen

de nulidad por abusividad, el Tribunal Supremo señala que lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil no permite pretender «que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

Con posterioridad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la exclusión del control de contenido por abusividad (también concreción de la buena fe), como argumento para excluir el control de transparencia de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato. La STS de 3 de junio de 2016, dictada por el Pleno de la Sala Primera, ha declarado de manera tajante que el control de transparencia, debido a su conexión con el juicio de abusividad (en cuanto la falta de aquella trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor), no puede aplicarse a los contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor, de manera acorde con las previsiones de los Principios europeos de Derecho Europeo de los Contratos; doctrina reiterada después, entre otras, por las STS de 20 de enero y 30 de enero de 2017⁷⁹. No obstante, como veremos, la sentencia del Pleno, deja apuntada la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como criterio para expulsar del contrato algunas cláusulas, pero no por contravenir, de forma genérica —con la extensión que cabe le atribuye el artículo 1258 del Código civil— el principio general de la buena fe, sino por infracción de una faceta muy concreta de esta en los términos que después nos referimos (posibilidad que parecen confirmar otras posteriores).

No es exacto afirmar, por tanto, que la jurisprudencia española de manera generalizada —al menos no la Sala Primera—, venga haciendo uso del artículo 1258 del Código civil como una norma de validez contractual, en los mismos términos que establece la legislación de consumidores y usuarios para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, ni se acepta como indiscutible que los tribunales puedan fundar en dicho precepto la nulidad de aquellas cláusulas que sean contrarias a las exigencias del equilibrio contractual⁸⁰.

Llegado este punto, la única posibilidad de utilizar la buena fe como criterio de control de contenido de los contratos con condiciones generales será a través del cauce —estrecho— de la buena fe relacionada con la regla de las expectativas legítimas a la que nos referimos a continuación.

2. LA BUENA FE COMO «CONFIANZA»: LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

Como acaba de decirse, que la buena fe no se admita, en general, como criterio modelador del contenido del contrato con condiciones generales, no

supone que dicho principio no juegue ningún papel en este ámbito (más allá de los supuestos específicos ya señalados). Dicho control tiene entrada a través de la llamada regla de los pactos sorprendentes a la que nos referimos con más detalle en el siguiente apartado, con arreglo a la cual podrían declararse ineficaces aquellas cláusulas que atentan contra la buena fe, no por tener un carácter desequilibrado (o abusivo), sino porque debido a su carácter sorpresivo o sorprendente, defraudan las legítimas expectativas del adherente⁸¹.

Como se explica después, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a aplicar esta regla respecto de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato, aunque nada impide que se haga extensiva, con los debidos matices, a las que no se refieren a dichos elementos. En efecto, si, como suele decirse, el adherente firma sin tener que leer ni conocer el contenido de las cláusulas con mayor razón debería poder confiar en que los contenidos que no se ajusten a sus expectativas no le afecten. Se tratará de una faceta de la buena fe impuesta por el principio de protección de la confianza legítima (y no como rectitud y honradez de comportamiento *ex art.* 1258 CC), que es una consecuencia derivada de la buena fe lo suficientemente asentada en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, como para fundar en ella la protección del adherente en este supuesto, a pesar de no estar recogida u objetivada en una norma concreta.

No cabría argumentar en contra que no resulta posible proteger la confianza del adherente por no existir en este tipo de contratos un consentimiento auténtico del adherente, en cuanto este no consiente propiamente el contenido de las cláusulas. A mi juicio, una cosa es que el consentimiento no actúe de igual modo que en los contratos negociados y otra muy distinta que no actúe: aunque el adherente no consiente propiamente el contenido concreto de las cláusulas generales, presta aquel sobre la base de que el contrato se ajusta a unas previsiones razonables (las previsiones del «buen padre de familia»), que no son otra cosa que las expectativas legítimas a las que se refiere la regla a que nos hemos referido. Estas expectativas nacerán, como se explica después, de las condiciones objetivas del mercado (tipo de contrato y sector en el que se sitúa) y las circunstancias personales que rodean a su celebración (tratos previos y proceso de negociación); expectativas que el adherente podría legítimamente albergar por tratarse de un contrato con condiciones generales utilizadas de manera repetida y uniforme en sectores concretos del mercado (contratación en masa).

De acuerdo con este razonamiento, podrán considerarse contrarias a la buena fe, por ejemplo, aquellas cláusulas que de manera injustificada o inesperada se aparten de la regulación que suele ser habitual en el mercado para un tipo de contratos o de los usos aplicables en relación al mismo, cuando estas normas son las que legítimamente podía esperar el adherente

teniendo en cuenta todas las circunstancias —personales y del mercado— que rodean a la celebración del contrato. Quizás a este mismo resultado pudiera llegarse en casos concretos, con los necesarios matices, por quienes defienden la aplicación del régimen que resulta del artículo 1258 del Código civil, que exige atender a la ley dispositiva y a los usos y, en defecto, de ambos, por la buena fe.

Cabría, por tanto, llevar a cabo un control específico del contenido de las condiciones generales a través de una regla o manifestación concreta de la buena fe entendida como protección de la confianza, a través de la regla de las expectativas legítimas (o los llamados pactos sorprendentes) que, es, a todas luces, un control limitado. En todo caso, en rigor, el «contenido» desequilibrado o injusto de las cláusulas *per se* no es lo que contradice las exigencias de la buena fe —por ello no se corresponde con un control de abusividad— sino que se requiere que este sea consecuencia de la vinculación injusta del adherente por haberse defraudado de manera injustificada su confianza, en cuanto dicho contenido no se ajusta unas previsiones legítimas y razonables.

En suma, la doctrina de las expectativas legítimas, como concreción específica de la buena fe (y no las concretas reglas de integración del art. 1258 CC) permitiría residenciar en dicho principio un control de contenido de las condiciones generales allí donde no pueda operar el específico control de abusividad previsto en la ley. No es solo que, conceptualmente, se trate de versiones o facetas distintas de un mismo principio: la buena fe como confianza del adherente en una reglamentación del contrato que se ajuste a sus expectativas, y la buena fe como criterio de integración, mediante reglas concretas, para desarrollar o completar lo querido por las partes. Es que la aplicación de una y otra requiere que se den los requisitos necesarios para justificar su aplicación, lo que en el caso de la buena fe como protección de las expectativas legítimas exige, principalmente, la justificación de dichas expectativas. Nos ocupamos a continuación de los requisitos y efectos que lleva asociados la aplicación de esta doctrina, al hilo de su aplicación en las condiciones generales que se refieren a los elementos esenciales del contrato en contratos que no están sujetos a la regulación específica de protección a los consumidores, que es donde, hasta el momento, ha tenido más recorrido.

VI. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS «PACTOS SORPRENDENTES» EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE SE REFIEREN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de residenciar en la buena fe un control de contenido de las condiciones que se refieran a

elementos esenciales en la contratación con empresarios, ante la imposibilidad de llevar a cabo un control de transparencia. Esta interpretación es la que parece sugerir también el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo al plantear, con carácter *obiter dictum*, la posibilidad de aplicar a estos contratos un control abstracto de contenido basado en la buena fe objetiva que tendría su fundamento en la mencionada regla de los pactos sorprendentes (y que se dice tener anclaje en el art. 1258 CC).

1. CONTROL DE CONTENIDO CONFORME A LA BUENA FE COMO ALTERNATIVA AL CONTROL DE TRANSPARENCIA (STS 367/2016, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA)

El punto de partida se sitúa en el llamado control de transparencia material de la contratación con condiciones generales con consumidores introducido por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a partir de la conocida STS de 9 de mayo de 2013. Como es sabido, sin entrar en un análisis detenido de esta cuestión, la citada sentencia se ocupa del contenido y las consecuencias de este tipo de control (diferente del mero control de inclusión o incorporación), al examinar la validez de las «cláusulas suelo» en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, en un supuesto en el que el consumidor no contaba con un interés fijo mínimo (por la forma en que se redactaron y presentaron las cláusulas predispuestas). En esta sentencia, y otras muchas posteriores, se utiliza el llamado «control de transparencia» como parámetro de validez de las condiciones generales que, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica (esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial que supone a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) como la carga jurídica del contrato (es decir, definición clara de su posición jurídica).

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que aquellas cláusulas que no superan el control de transparencia son directamente abusivas en contratos con consumidores; abusividad que, sin embargo, el contratante no consumidor no puede alegar ya que el legislador no ha dado el paso de extender este último tipo de control a las condiciones generales con independencia de que los adherentes sean consumidores o empresarios. Así lo declara, por todas, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (que contiene un extenso voto particular en sentido contrario del magistrado ORDUÑA MORENO).

Por lo que ahora interesa, esta sentencia parece apuntar la posibilidad de fundamentar en la buena fe un control abstracto de contenido que permitirá expulsar del contrato aquellas cláusulas que resulten contrarias a dicho

principio. Posibilidad que parece amparar la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), cuando señala que para las condiciones generales entre profesionales puede existir «abuso de posición dominante» con sujeción a las normas generales de nulidad contractual, en cuyo caso podría declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva «cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes...». Aunque no se expresa cuál es el significado y alcance de la buena fe en este supuesto parece — y con todas las reservas inherentes a un texto que carece de valor normativo — que esta no se identifica con el mero desequilibrio de derechos y obligaciones del contrato (control de contenido por abusividad) sino que, según su literalidad, tiene que ser contraria a la buena fe y además causar dicho desequilibrio.

La Sentencia del Pleno arriba mencionada relaciona lo declarado en la exposición de motivos con la buena fe a que se refieren los artículos 1258 del Código civil y 57 Código de comercio, en los que parece situar el fundamento legal para expulsar del contrato aquellas cláusulas o pactos que contravengan dicho principio. Sin embargo, a continuación, aunque la redacción es algo confusa, limita la eficacia de la buena fe a aquella faceta de la misma que sirve de fundamento a los llamados «pactos sorprendentes», entendiendo como tales «aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente». Conviene insistir —para lo que se explica después— que se trata de cláusulas con un contenido muy concreto, esto es, aquellas que resulten tan insólitas de acuerdo con la naturaleza y circunstancias concretas de la celebración del contrato, que «modifican de manera subrepticia» las expectativas razonables del adherente sobre el contenido del contrato. El Tribunal sitúa, en última instancia, el fundamento de la exclusión de estos pactos en la doctrina de las expectativas legítimas, aunque anteriormente se haya referido al artículo 1258 del Código civil para justificar la aplicación de la buena fe.

Del escueto desarrollo que realiza la Sala Primera de esta regla, aunque se trata de un pronunciamiento *obiter dictum*, cabe extraer una idea básica aunque no se expresa con mucha claridad: la contravención de la buena fe no guarda relación con cualquier contenido desequilibrado del contrato (control de abusividad), sino con aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición del adherente como consecuencia de la «alteración subrepticia» de dicho contenido. Hubiera sido mucho más claro, si es lo que quería decirse, declarar expresamente que la buena fe exige respetar las

expectativas legítimas del adherente —a las que se refiere en el siguiente párrafo— que resultan injustamente defraudadas como consecuencia de una alteración subrepticia del contenido esperado del contrato prevaleciéndose de la posición dominante que tiene el predisponente en el mismo. Sin embargo, de una manera más ambigua, se dice que es contrario a la buena fe el hecho de intentar sacar ventaja de la predisposición e imposición de las cláusulas que perjudican al adherente en el supuesto anteriormente descrito, aunque pueda deducirse que dicha ventaja se obtiene precisamente mediante la modificación subrepticia del contenido del contrato. Parece seguir la misma línea, la STS de 30 de enero de 2017 cuando considera que la faceta de la buena fe que subyace a los pactos sorprendentes conecta con la mención que realiza la exposición de motivos de la LCGC al «abuso de posición dominante», en el sentido de que el predisponente hace «un mal uso» de su capacidad de imposición de las condiciones generales.

En cualquier caso, no es exacto recurrir a la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 1258 del Código civil (y mucho menos el artículo 57 del Código civil que nada tiene ver con este precepto). De una parte, como ya se ha explicado, desde un punto de vista teórico, atenta contra la lógica que un precepto que regula los criterios de integración del contenido del contrato (incluida la buena fe) sobre la base de lo expresamente querido por las partes, se pueda utilizar como criterio corrector o depurador de su voluntad. De otra parte, la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil (entendida como comportamiento de honradez y lealtad en el tráfico), es una faceta distinta de la buena fe que subyace a la regla de los pactos sorprendentes (la buena fe como confianza), que requiere la concurrencia de requisitos específicos, sin perjuicio de que en supuestos concretos se puedan aplicar ambas⁸². En suma, se trata de conceptos o facetas distintas de la buena fe o manifestaciones diferentes de dicho principio. Estas consideraciones tienen no solo importancia teórica sino, como veremos, también práctica a la hora de deducir los efectos asociados a la infracción de la buena fe que subyace a los pactos sorprendentes.

2. LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE CONTROL DE ESTE TIPO DE PACTOS

Como ha señalado la doctrina, la figura de las cláusulas sorpresivas se ha venido utilizando por la doctrina y por la jurisprudencia en el ámbito del contrato de seguro con condiciones generales. En este último ámbito, el Tribunal Supremo ha acudido a esta figura a los efectos de considerar dichas cláusulas como limitativas de derechos (y no meramente delimitadoras del riesgo) y, por tanto, sujetas al cumplimiento de mayores exigencias formales

para asegurar su conocimiento por parte del asegurado. Se recuerda que la doctrina de las cláusulas sorprendivas es una construcción de la jurisprudencia alemana «en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente». Y sobre esta base se enuncia aquella en el sentido de que «no se consideran incorporadas al contrato aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia»⁸³. No obstante, dicha figura no ha tenido un reconocimiento expreso en nuestro Derecho positivo, aunque se recuerda que ello no significa que carezca de virtualidad, por cuanto existen indicios normativos que evidencian su acogida implícita en la Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU de 1984 (anterior al Texto Refundido) y en el ámbito de la Ley del contrato de seguros (en adelante, LCS)⁸⁴.

La cuestión más importante que suscita esta regla es si su aplicación requiere un control específico con fundamento en la buena fe (sin prejuzgar en este momento si se trata o no de auténtico control de contenido y de cuál sea la faceta o concreto aspecto de la buena fe a que se refiere). O si, por el contrario, el mismo resultado puede obtenerse bien mediante la aplicación de las normas generales en materia de vicios del consentimiento (control de consentimiento) bien mediante mecanismos específicos de control establecidos en la legislación de condiciones generales (principalmente control de incorporación).

La cuestión no solo tiene importancia teórica en un trabajo como el presente, dedicado a la buena fe objetiva, sino también consecuencias prácticas relevantes de régimen jurídico aplicable. En el caso de que fuera necesario un control específico con fundamento en la regla de las expectativas legítimas, la consecuencia será, como veremos, el restablecimiento de las expectativas que hayan sido defraudadas, y no necesariamente su nulidad o expulsión del contrato. Por el contrario, si fuera posible llevar a cabo un control de consentimiento deberían aplicarse las consecuencias legalmente establecidas (como veremos, básicamente, indemnizatorias por la vía del dolo incidental). Finalmente, si se entendiera que los pactos sorprendentes se deben atajar a través de un específico control de incorporación podría predicarse como efecto necesario la nulidad (por no incorporación).

Tratándose de cláusulas que contienen elementos esenciales hay que tener en cuenta dos ideas fundamentales: la primera es que sobre dichos elementos recae un verdadero consentimiento de las partes⁸⁵, como tal, susceptible de ser anulado por vicios del consentimiento (aunque, su aplicación deba hacerse con las adaptaciones necesarias por estar recogidos en condiciones generales); la segunda, que a pesar de ser un contrato con condiciones generales, actúa el principio de la autonomía de la voluntad, de tal modo

que quien contrata debe conocer sus cláusulas (antes de firmar debe leer y no puede excusarse en que estas no están para ser leídas) y queda vinculado por su contenido, sin perjuicio de las oportunas matizaciones o adaptaciones que se deban realizar al aplicar reglas generales de la contratación como consecuencia de que dichos elementos estén recogidos en cláusulas de carácter predispuesto o no negociado.

Se parte, por tanto, que la legislación específica de los contratos celebrados mediante condiciones generales no desplaza —teóricamente— las normas generales que regulan los vicios del consentimiento⁸⁶, sin perjuicio de que el mismo resultado pueda, en su caso, obtenerse más fácilmente mediante mecanismos específicos de control que tengan un encaje en los legislación (aunque no vengan expresamente establecidos por aquella)⁸⁷. Por tanto, para llegar a una conclusión definitiva acerca de los mecanismos de control que pueden darse, se debe analizar, primero, qué tipo de vicios se pueden producir —y si tiene sentido aplicar las normas que los regulan— en este concreto supuesto; y, segundo, valorar si se dan mecanismos de control específicos para los contratos con condiciones generales.

En lo que respecta a la primera cuestión, el supuesto, en teoría, podría reconducirse a la concurrencia de dolo o error. Sin embargo, no tendría sentido aplicar las normas que regulan aquellos (al menos cuando el dolo sea grave), debido a su eficacia invalidante del contrato, y no exclusivamente de la cláusula en cuestión⁸⁸. Ello no obsta para que, cuando el dolo no tenga trascendencia impugnatoria, y sea incidental, pueda aplicarse el régimen que prevé el citado artículo 1270.2 del Código civil para este y se pueda alcanzar una solución —relativamente— satisfactoria en el supuesto que nos ocupa, en cuanto puede mantenerse vigente el contrato con la correspondiente indemnización (es cuestionable que, además de la indemnización por equivalente el adherente pueda optar por exigir lo que aquel pudo legítimamente representarse, a modo de prestación *in natura*⁸⁹). Ello exigirá, lógicamente, que el conflicto que subyace a los pactos sorprendentes permita apreciar que se ha producido el engaño característico del dolo, incluso en su modalidad de dolo incidental.

En lo que respecta a la segunda cuestión, relativa a la posibilidad de aplicar medios específicos de control, cabría distinguir, en teoría, dos tipos de control para los contratos con condiciones generales:

a) *Control de incorporación.*— Con carácter previo, sería cuestionable si la regla de los pactos sorprendentes pudiera reconducirse al control de incorporación⁹⁰, mediante una regla en la que de manera expresa se estableciera su prohibición. Este es el criterio incorporado por los Principios UNIDROIT y algunas propuestas legislativas españolas al declarar de manera expresa la ineficacia por no incorporación de los pactos que tengan

un contenido sorprendente. Asimismo este criterio se ha defendido por un sector de la doctrina en relación al control de transparencia que afecta a los consumidores⁹¹, y es la que corresponde a la opinión del Voto particular que incorpora la STS de 3 de junio de 2016 (Ponente: ORDUÑA MORENO).

Sin entrar ahora en un estudio exhaustivo de la cuestión, en contra de este planteamiento cabe esgrimir —principalmente— que, a falta de una previsión legal expresa, no cabe ampliar los requisitos de incorporación más allá de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 5 LCGC para albergar otro tipo de control más exigente relacionado con el contenido (*vid.*, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. 2016, 9-11).

Lo dicho no impide que el conflicto que subyace a los pactos sorprendentes (alteración injustificada e inesperada de las expectativas del adherente) obtenga, en algunos casos, una solución satisfactoria por la vía del control de incorporación, aplicable a todos los contratos con condiciones generales, si se incumpliera alguno de los requisitos incluidos en este tipo de control. Estos requisitos no solo exigen que las cláusulas sean claras y comprensibles sino también susceptibles de ser conocidas, algo que, como mero control de cognoscibilidad, entraría en el ámbito del control de incorporación o de inclusión. Este es el argumento en el que la reciente STS de 11 de marzo de 2020 fundamenta la nulidad de la cláusula suelo incluida en un contrato celebrado por persona que no tenía la condición de consumidor; esto es, en la medida que el predisponente incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2889/2011, de 28 de octubre (no entrega de la ficha FIPER ni advertencia explícita de la cláusula por notario), se entiende que los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer la —mera— existencia de la cláusula suelo y, sobre esta base, que no fue correctamente incorporada al contrato.

Ahora bien, a simple vista se advierte que la posibilidad de reconducir algunos problemas que subyacen a los pactos sorprendentes al control de incorporación no agota todos los que pueden plantearse. Sin entrar ahora en un análisis exhaustivo de esta cuestión, fácilmente se advierte que la defraudación de las expectativas puede producirse, aunque se cumpla con los requisitos de cognoscibilidad impuestos por la ley, si la información facilitada no es suficiente para impedir que se defrauden las expectativas que de manera legítima pudo representarse el adherente. Desde un punto de vista práctico, la nueva regulación impuesta por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, reducirá la posibilidad de que se den pactos sorprendentes para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, aunque la figura de los pactos sorprendentes no solo se aplica en este tipo de contratos.

b) *Control de contenido mediante la buena fe.*— La segunda posibilidad sería fundar directamente en la buena fe, o en una faceta concreta de aquella, un control específico de contenido para este tipo de pactos.

Como se ha dicho, el Pleno de la Sala Primera (a raíz del pronunciamiento *obiter dictum* de la STS de 3 de junio de 2016) parece atribuir virtualidad a este tipo de control respecto de las condiciones que se refieren a elementos esenciales del contrato, cuando se refiere expresamente a «la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato» en el supuesto concreto de los pactos sorprendentes al que nos venimos refiriendo. Con anterioridad a esta sentencia, algunos autores ya habían sugerido la posibilidad de utilizar la buena fe como elemento de control para expulsar del contrato las cláusulas que se refieren a estos elementos por un defecto de transparencia⁹². El matiz —importante— que conviene tener en cuenta es que, aunque el control de contenido se sitúe en la buena fe, no es aquella a la que se refiere el artículo 1258 del Código civil (relacionada con un comportamiento honrado y leal en el tráfico) sino la buena fe entendida como confianza en una situación jurídica, a través de la regla de la protección de las expectativas legítimas y razonables del adherente a la que nos referimos en este trabajo. Se trata, en efecto, de una aplicación concreta de la regla de las expectativas legítimas desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro⁹³ y en el de la integración de la publicidad con el contenido del contrato⁹⁴.

Con carácter previo debería justificarse la posibilidad de aplicar un control de contenido a los elementos esenciales del contrato que, como tales, deben ser propiamente consentidos o sobre los que recae un verdadero consentimiento. A mi juicio, la justificación para dicho control reside en la propia inclusión o regulación de los elementos esenciales en condiciones prerredactadas o predisuestas, en cuanto que no deberían ser regulados en ellas. En otras palabras, la inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas predisuestas (que se supone que no tiene que leer) exige que, donde no sea posible un control de transparencia especial con la finalidad de que el comprador pueda conocer lo que contrata, se introduzca un control específico —añadido— para determinar si su contenido altera las expectativas del adherente. Lo explica de forma muy ilustrativa el profesor ALFARO para justificar la aplicación del control de transparencia a estos elementos: «La inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas prerredactadas reduce la «visibilidad» de su contenido para el adherente o, en términos más económicos, eleva los costes de información del adherente que puede considerar, razonablemente, que todo el contenido predispuesto viene constituido por cláusulas accesorias a lo pactado verbalmente o de acuerdo con la publicidad y demás circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato»⁹⁵.

Pues bien, la exigencia de no alterar mediante cláusulas predispuestas los elementos esenciales del contrato que han sido consentidos por el

adherente es lo que justifica la aplicación de la regla de protección de las expectativas legítimas, y en última instancia de la buena fe, para someter a un control específico de contenido dichas cláusulas. Ya se ha dicho, y no vamos a insistir más en ello, que cuando se atribuye a esta faceta concreta de la buena fe la virtualidad de modelar el «contenido» del contrato, más que corregir dicho contenido, lo que, en verdad, se hace es restablecer las expectativas legítimas y razonables que tenía el adherente antes de contratar, cuya defraudación precisamente justifica la restitución al estado que se pudo representar aquel. En otras palabras, el contenido del contrato no se corrige porque sea injusto, aunque lo sea, sino porque el adherente se vinculó de manera injusta al haberse defraudado su confianza; es, como decíamos, no solo un problema de contenido sino también, y principalmente, de vinculación injusta del adherente. En este sentido, puede entenderse la referencia que hace la Sala Primera del Tribunal Supremo a la relación que guarda la regla de los pactos sorprendentes con el «abuso de la posición» del predisponente al tratar de sacar ventaja del carácter impuesto o no negociado del contrato, aunque, la posibilidad de control del contenido —cabría matizar— no nace directamente de este abuso sino de la defraudación de la confianza que da lugar al mismo.

En todo caso, la protección de dichas expectativas, que es el fundamento de esta regla, requiere que estén objetiva y subjetivamente justificadas. Ello supone tener que acreditar, en su caso, que el adherente tenía derecho a esperar un contenido diferente de las cláusulas atendiendo a los datos objetivos del mercado (sector y tipo de contrato) y a las circunstancias concretas que rodean la celebración del contrato (tratos preliminares y proceso de negociación del mismo). Si de estas circunstancias se dedujera que el adherente ha tenido un conocimiento efectivo de estas cláusulas no quedará protegido, aunque el contenido de las mismas fuera, desde un punto de vista objetivo, insólito o inusual; ello es buena prueba de que el «problema» de las cláusulas sorprendentes no reside, propiamente, en el contenido del contrato sino en la injusta vinculación del adherente. En cualquier caso, como también ha señalado el Tribunal Supremo, deberá valorarse el deber de diligencia empleado por este sujeto para conocer el verdadero contenido de las cláusulas⁹⁶.

En suma, sin perjuicio de que los pactos sorprendentes puedan encontrar una solución —relativamente— razonable a través del dolo eventual (mediante la indemnización de los perjuicios) si se apreciara el engaño que aquel exige, podría obtenerse, de manera más fácil, un resultado más satisfactorio a través de reglas propias de la contratación con condiciones generales. Ciertamente, la regla por la que se protegen las legítimas expectativas del adherente en este concreto supuesto no se ha plasmado en una norma objetiva en la legislación específica por la que se rigen estos contratos. Sin

embargo, es incuestionable que se halla suficientemente asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia como para considerar que tiene, a los efectos de ser admitida su aplicación, una «previsión expresa», y que los presupuestos que requiere su aplicación se dan de manera más clara en los contratos con condiciones generales, por lo que puede considerarse una solución propia de la regulación específica de este tipo de contratos.

3. EL RESTABLECIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO SANCIÓN PARA LOS «PACTOS SORPRENDENTES»

Desde un punto de vista práctico, sin duda, la cuestión más importante que plantea la regla de los pactos sorprendentes es determinar sus efectos jurídicos. Como principio general, dichos efectos, según ha señalado la doctrina, «deben apreciarse en la singularidad de cada caso»⁹⁷. En principio, la reacción frente al incumplimiento de un deber derivado de dicho principio puede ser, fundamentalmente, de dos tipos: ineficacia jurídica del acto contrario a la buena fe (en nuestro caso, nulidad o expulsión del contrato de la cláusula que contraviene dicho principio) o la exigencia coactiva en forma específica del deber incumplido (que permitirá exigir aquello que necesariamente pudo representarse el adherente)⁹⁸. En el primer caso, se debería, lógicamente, determinar, si el contenido eliminado deberá integrarse con las fuentes de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil o si, por el contrario, este contenido debe entenderse sencillamente eliminado del contrato sin posibilidad de que este sea integrado (que, como es sabido, es la solución que se aplica en caso de nulidad por abusividad en los contratos de consumo⁹⁹).

A mi juicio, la infracción de la regla de las expectativas legítimas no supone necesariamente la expulsión —o nulidad— de aquellas cláusulas que contravienen dichas expectativas como mayoritariamente se viene entendiendo¹⁰⁰. Esta sanción contraviene, de manera expresa, lo dispuesto en el artículo 8 LCGC, que reserva esta sanción para las cláusulas «que contradigan en perjuicio de adquirente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva». La sanción de nulidad no podría fundarse en una pretendida infracción del artículo 1258 del Código civil (norma de carácter imperativo), pues, como se viene repitiendo, no está justificada la aplicación de dicho precepto como criterio corrector o depurador del contrato.

De un modo distinto, dando por sentado que la falta de vinculación tiene su fundamento en la regla de las expectativas legítimas del adherente, la sanción adecuada será la que permita restablecer aquellas, en cuanto dicha regla se funda, en última instancia, en el principio de protección de la confianza legítima, que permite llegar a dicho resultado¹⁰¹. Este último

principio no se aplica de manera directa sino que es objeto de desarrollo legal y jurisprudencial a través de reglas concretas que derivan o se fundan en dicho principio; entre las legales, cabe hacer referencia a la regla de protección a la apariencia (*ex* arts. 464 CC y 34 LH) y a la integración de la publicidad en el contenido del contrato en la contratación con condiciones generales con consumidores (*ex* art. 61 TR-LGDCU). La idea que subyace a estos preceptos es que las expectativas del adherente deben prevalecer frente a quien defraudó aquellas, lo que, en el supuesto que nos ocupa supone permitir que aquel pueda exigir ajustar o comodar el contenido del contrato a lo que resulte de las mismas. Para restablecer estas expectativas, como acertadamente ha señalado un sector cualificado de la doctrina, por regla general, bastará con eliminar del contrato la cláusula que contraviene la buena fe, pero en muchas ocasiones la forma de «ajustar» aquel a las expectativas legítimas del adherente «pasará por suprimir facultades del empresario o atribuir nuevos derechos al consumidor»¹⁰².

Sin embargo, no parece —técnicamente— posible llegar a este mismo resultado por la regla de la primacía o prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales consagradas en el artículo 6.1 LCGC y 1280 del Código civil, esto es, la regla de que la interpretación del contrato no debe favorecer a la parte disponente *ex* artículo 6.2 LCGC¹⁰³. La razón es que, en rigor, no hay un problema de contradicción entre las condiciones generales y particulares del contrato sino sencillamente que las condiciones generales contienen información que, por afectar a aspectos esenciales del negocio, debería formar parte de las condiciones particulares.

La regla de los pactos sorprendentes tiene, por tanto, un recorrido muy corto —o cuando menos limitado— en la protección del adherente que no sea consumidor en los contratos con condiciones generales que se refieran a los elementos esenciales, si bien cuando se den los presupuestos necesarios para su aplicación el adherente podrá obtener el restablecimiento de las expectativas defraudadas.

VII. CONCLUSIONES

I. El principio de buena fe es en el ordenamiento español no solo un principio general que, como tal, tiene el rango de tercera fuente del derecho en la jerarquía, sino que, además, está admitido como norma concreta en diversos ámbitos de Derecho privado y, en particular, en el régimen de los contratos. En cada una de esas normas se plasma o se refleja una aplicación concreta de dicho principio, puesto que la buena fe, por su generalidad, requiere su concreción en reglas determinadas que permitan dotar de operatividad y previsibilidad a dicho concepto. De otro modo se daría el

riesgo de que dicho principio se aplique de forma injustificada y sin una fundamentación clara, poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

II. Centrándonos en el ámbito contractual, una de las principales manifestaciones de la buena fe es la previsión que realiza el artículo 1258 del Código civil como criterio complementario de la reglamentación del contrato. Aunque tradicionalmente este precepto ha tenido una interpretación jurisprudencial relativamente escasa, es opinión unánime en la doctrina que esta faceta de la buena fe impone patrones de comportamiento que se relacionan con la exigencia de lealtad y corrección en el tráfico, de honradez y fidelidad a la palabra dada. Dado que, como se ha dicho, la buena fe no debe ser una puerta abierta por donde entre la subjetividad de las partes o del operador jurídico, estos patrones de comportamiento o cánones de conducta se aplican a través de reglas específicas que, desde un punto de vista práctico, han ido concretando nuestros tribunales.

III. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido aplicando unos criterios o directrices claras y uniformes, que pueden decirse previsibles, y que mantiene la aplicación del criterio de la buena fe a que se refiere dicho precepto dentro de unos límites razonables; cosa distinta es que no lo haya hecho de forma sistemática sino a través de reglas concretas de conducta en función del caso particular enjuiciado (y, sin perjuicio, de alusiones meramente retóricas a dicho concepto en numerosas sentencias sin ninguna trascendencia en el fallo). En este sentido, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo permite concluir que el artículo 1258 del Código civil no ampara todo comportamiento conforme a los valores subyacentes a la buena fe objetiva —que responde a algo tan elástico como la honradez, corrección o lealtad en el tráfico—, sino únicamente aquellos que puedan encuadrarse en un supuesto concreto.

— De un lado, se entiende que la buena fe obliga a lo necesario para dar al contrato cumplida efectividad en orden a obtener los fines propuestos, y para ello ampliar, si es necesario, la reglamentación del contrato. Esta regla responde a la interpretación tradicional del precepto tomada de la jurisprudencia más antigua, y repetida en muchas resoluciones posteriores (y que se corresponde con la gran mayoría de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación del art. 1258 CC).

— De otro lado, la buena fe puede utilizarse como criterio para impedir un desequilibrio sobrevenido de las prestaciones del contrato. Esta regla se traduce en la exigencia de mantener o restablecer el equilibrio que resulta de lo pactado cuando el deudor pretende dar menos o el acreedor exigir más de lo que les corresponde. Esto en modo alguno supone la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como instrumento de control de un posible desequilibrio del contrato, sino, que, de forma distinta, pueda tomarse referencia el equilibrio de intereses que resulta de lo pactado (aunque sea

injusto), para descartar cualquier modificación o alteración sobrevenida del mismo.

IV. Un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de residenciar en la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil un control de contenido de los contratos celebrados con condiciones generales amparándose en el déficit de autonomía que caracteriza estos contratos. Sin embargo, el argumento —que presupone esta tesis— de que es lo mismo integrar que depurar o corregir su contenido no es defendible; lo primero supone desarrollar o completar lo querido por las partes mientras que lo segundo supone corregir o ir contra (*contra-venire*) lo querido por aquellas y, por ello, atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad que también rige, aunque de forma distinta en los contratos con condiciones generales. Aunque el déficit de autonomía puede justificar, desde un punto de vista teórico, un control de contenido, esta posibilidad debe contar con una justificación expresa, sea a través de una norma (como el control de abusividad en la contratación con consumidores u otras leyes específicas) sea a través de una regla concreta derivada de la buena fe, con la suficiente tradición y lo suficientemente asentada como para poder aplicarse de una forma cuasi automática cuando concurran sus presupuestos. Se rechaza, por tanto, que el control de contenido de estos contratos pueda fundarse en la buena fe, como principio general, aunque ello no supone que dicho principio no juegue ningún papel en estos contratos.

V. Este control tiene entrada en los contratos con condiciones generales a través de la regla de los llamados pactos sorprendentes. El Pleno de la Sala Primera parece haberse mostrado favorable a la aplicación de esta regla como alternativa al control de transparencia de aquellas condiciones que se refieren a los elementos esenciales en los contratos celebrados entre sujetos que no son consumidores (STS de 3 de junio de 2016). El fundamento último de esta regla es la buena fe, en la faceta concreta que exige la protección de las expectativas legítimas y razonables de las partes; un control específico de contenido basado en dicho principio está justificado precisamente por la inclusión de los elementos esenciales en cláusulas no negociadas o predispuestas en cuanto aquellos pueden verse alterados por estas. La regla de los pactos sorprendentes permite proteger al adherente que ve alterada subrepticamente el contenido del contrato que podía haberse representado, tomando como base las expectativas razonables generadas mediante las condiciones objetivas y subjetivas que rodearon a la celebración del contrato. Desde un punto de vista práctico, aunque el conflicto que subyace a estos pactos podría tener una solución relativamente razonable a través del dolo eventual (solución indemnizatoria) si se diesen los requisitos que requiere su aplicación, puede obtenerse un resultado más satisfactorio a través de la regla que subyace a dichos pactos cuya consecuencia sería el restablecimiento de las expectativas legítimas del adherente.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de marzo de 2020
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 3534/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4030/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4498/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4863/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 5046/3017).
- STS de 26 de abril de 2018
- STS de 19 de mayo de 2017
- STS de 2 de marzo de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STS de 20 de enero de 2017
- STS de 21 de noviembre de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 22 de abril de 2016
- STS de 3 de junio de 2016 (Pleno Sala Primera)
- STS de 9 de mayo de 2016
- STS de 19 de abril de 2016
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 24 de febrero de 2015
- STS de 24 de febrero de 2015
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 26 abril de 2013
- STS de 17 enero de 2013
- STS de 10 de junio de 2010
- STS de 15 de noviembre de 2006
- STS de 3 de junio de 2003
- STS de 12 de julio de 2002
- STS de 13 de febrero de 2002
- STS de 30 de junio de 2000
- STS de 12 de marzo de 1998
- STS de 30 de enero de 1997
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 22 de octubre de 1996
- STS de 17 de febrero de 1996
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 19 de octubre de 1995
- STS de 24 de junio de 1994
- STS de 8 de junio de 1994
- STS de 14 de julio de 1988
- STS de 17 de enero de 1986

- STS de 17 de enero de 1986
- STS de 9 de diciembre de 1963

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Civitas: Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos.
- BETTI, E. (1953). *Teoría generale delle obbligazioni, I, Prologomeni: funzione economico-sociale dei rapporti dell' obbligazione*. Milano: Giuffrè.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV.
- (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Thomson-Aranzadi: Pamplona.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). Comentario al artículo 7 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi.
- (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1965). *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho español)*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch.
- (1977). Prólogo. En F. Wieacker. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- (1993). Artículo 1258. En P. Salvador Coderch, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, C. Paz-Ares. *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5.^a ed. Madrid: Civitas.
- (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. III.
- DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2013). Comentario al artículo 1258 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 4.^a ed. Navarra: Aranzadi.
- GARCÍA AMIGO, M. (2000). Consideraciones a la buena fe contractual. *Actualidad civil*, núm. 1, disponible en <http://laleydigital.laley.es>.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999). Comentario al artículo 5 de la LCGC. En R. Bercovitz (dir), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Aranzadi.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2018). Buona fide e integrazione del contratto nel Diritto spagnolo. En F. Ricci (dir.). *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.

- (2019). Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en que se admiten y alcance de su función. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, núm. 773, 1215-1246.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M.^a (2016). Artículo 1258. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código civil comentado*, T. III, Navarra: Aranzadi.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1967). *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, vol. 2.º, 6.ª ed., revisada por M. Moreno Mocholí, Madrid: Reus.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En *Homenaje al Profesor J. Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia.
- (1996). Reflexiones sobre las condiciones generales. En J.L. Iglesias Prada (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4. Madrid: Civitas.
- (2002). Comentario artículo 8 LCGC. En A. Menéndez, L. Luis Díez-Picazo y J. Alfaro (dirs.). *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- (2004). Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española. *Revista española de Seguros*, núm. 117, 7-46.
- (2011). Comentario al artículo 82 TR-LGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex.
- MIRANDA SERRANO, L.M.^a (2017). *Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados*. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 761, 1151-1195.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-87, tomo 2 (consultado en <http://www.laleydigital>).
- (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales. En U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Lex Nova: Valladolid.
- (2001). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Madrid: Iustel.
- PLAZA PENADÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 8112, 25 de Junio de 2013 (consultado en [laleydigital](http://www.laleydigital)).
- PASQUAU LIAÑO, M. (2016). De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación. En B. Añoveros Terradas y S. Llebaria Samper (coord.). *El contrato: apuntes para una revisión*. Thomson-Aranzadi: Pamplona.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Madrid.
- (2004). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario, *Indret*, 3/2013.
- (2009). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. En R. Bercovit Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de contratos*, tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios (Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, 3 de junio de 2016). *InDret* 4/16.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1993). Artículo 1258. En M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVII, vol.1 A. Madrid: EDESA.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-731.
- SCAEVOLA, Q.M. (1958). *Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2.^aed, revisada por P. Marín Pére. Madrid: Reus.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). Prólogo. En D. M. Ferreira Rubio. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988). De nuevo sobre la buena fe. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6.

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch, 134.

² *Vid.*, HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2018). Buona fide e integrazione del contratto nel Diritto spagnolo. En F. Ricci (dir.). *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 453.

³ En este sentido, se ha dicho que el carácter de cláusula general que la buena fe ofrece «confiere un cierto matiz de obviedad al concepto, que avala el hecho de que con frecuencia se solape con las ideas de diligencia, honestidad, lealtad, etc., lo que hace considerar a algunos autores que la noción de buena fe es una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico» (ROCA GUILLAMÓN, J. (1993). Artículo 1258. En M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVII, vol.1 A. Madrid: EDESA, 449.

⁴ En Derecho español subraya este aspecto VALLET DE GOYTISOLO, al afirmar que el principio de la buena fe es el «más difícil de captar en una definición, aunque el más invocado: el más impalpable, pero del de más necesaria penetración a fin de lubricar el Derecho» (VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). Prólogo. En D.M. FERREIRA RUBIO. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 10 y 11.

⁵ *Vid.*, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1965). *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho español)*. Barcelona: Bosch, 7-8. Siguiendo a este, no considera conveniente ni posible tratar de aportar una definición YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988). De nuevo sobre la buena fe. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 636.

⁶ Muestra su preocupación por este aspecto ROCA GUILLAMÓN (1993) cuando señala que la buena fe, como principio general, ofrece todos los inconvenientes que como consecuencia de su imprecisión son achacables a otros «arquetipos» jurídicos, «pues permite el fácil recurso de encomendar al juez su adaptación al caso concreto, de lo que puede resultar una cierta inseguridad jurídica si esta labor judicial no está guiada por hipótesis normativas concretas o por criterios judiciales claros», 447. En este mismo sentido insiste «El problema es, no obstante, de límites más que de concepto. Fundamentalmente de límites al arbitrio judicial y más exactamente a la determinación por parte del juez del alcance y contenido de la buena fe en el caso concreto», 449.

⁷ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En *Homenaje al Profesor J. Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia, 497.

⁸ Vid., por todos, Díez-Picazo, 1963, 136. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 1258 del Código civil se sitúa, como se ha visto, en el tercer grupo de supuestos, claramente distinto de aquellos en los que se protege a quien actúa con el convencimiento de que su comportamiento correcto y el de protección a la confianza en una situación jurídica derivada de la apariencia, normalmente a través de la posesión y el Registro.

⁹ En Derecho español, DE LOS MOZOS, 1965, 48.

¹⁰ En el sentido apuntado, respecto del artículo 7 del Código civil, vid. CARRASCO PERERA, A. (2013). Comentario al artículo 7 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi, 73-74; asimismo, respecto al artículo 1258 del Código civil, CARRASCO PERERA (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi, 478.

¹¹ CARRASCO PERERA, 2010, 478.

¹² De manera muy expresiva señala MIQUEL GONZÁLEZ (1989) que en una resolución judicial no bastaría con mencionar o reproducir la norma en que se haga referencia a la buena fe sino que «se requiere que precise en qué consiste el ejercicio del derecho contrario a la buena fe y la consecuencia jurídica que de ello se deriva». En este sentido señala que son necesarios «desarrollos» de este principio: «Mediante ellos se deben ir agrupando las distintas constelaciones de casos, para poder ofrecer criterios diferenciados y concretos a la adecuada fundamentación de las decisiones judiciales», 497.

¹³ Vid., YZQUIERDO TOLSADA, 1988, 646, haciendo suya las palabras de JORDANO FRAGA que se transcriben en el texto (última expresión entrecomillada).

¹⁴ GARCÍA AMIGO, M. (2000). Consideraciones a la buena fe contractual. *Actualidad civil*, núm. 1, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, 4.

¹⁵ Sobre estos aspectos de la buena fe, vid., YZQUIERDO TOLSADA, 1988, 646, 650-661.

¹⁶ El citado artículo 65 TD-LGDCU se limita a establecer que los contratos celebrados con consumidores «se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante»; lo que debe entenderse en relación con la exposición de motivos de dicho texto legal cuando se refiere al refuerzo del artículo 1258 del Código civil que dicha remisión supone.

¹⁷ Vid. GARCÍA AMIGO, 2000, 1.

¹⁸ Vid. GARCÍA AMIGO, 2000, 5.

¹⁹ El Código civil francés, precedente inmediato de nuestro Código civil, alude a la buena fe para la ejecución del contrato en su artículo 1134.3 cuando dispone que «les conventions —en lugar de los derechos subjetivos en general— doivent étre exécutées de bonne foi». Por otra parte, en lo que respecta a la integración, contiene una norma similar a la prevista en nuestro artículo 1258 del Código civil, aunque prescinde de la buena fe y utiliza, en su lugar, la equidad. Así, el artículo 1.135 dispone que «les conventions obligent non seulement a ce qu' y est exprimé. Mais encore a toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent a l'obligation d'après sa nature».

²⁰ Tomando como base esta regulación, contempla un régimen prácticamente similar el Código civil italiano de 1942 (con una redacción idéntica a la del artículo 1124 del Código civil de 1865). Así, el artículo 1375 establece que «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»; y el 1.374 «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e la equità».

²¹ Vid., GARCÍA AMIGO, siguiendo a GARCÍA GOYENA, 2000, 2.

²² Resalta este aspecto, GARCÍA AMIGO, 2000, 4. Asimismo, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a. (1996) califica de «sorprendente» la escasa aplicación que durante muchos años ha tenido la buena fe como fuente de integración del contrato tanto en España

como en Francia de donde procede (Reflexiones sobre las condiciones generales. En J.L. Iglesias Prada [coord.]. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4. Madrid: Civitas, 4945).

²³ En este sentido, CARRASCO PERERA considera el artículo 1258 del Código civil como «una norma inflacionaria, a la que se recurre en multitud de resoluciones judiciales, en ocasiones sin otra finalidad que la de servir de apoyo «redundante» a un argumento ya producido por otra vía...», 485. En el mismo sentido, se apunta que «Existen muchas declaraciones retóricas en la jurisprudencia sobre el significado del artículo 1258 del Código civil, aunque ninguna de estas generalizaciones parece haber tenido alguna vez trascendencia real en los fallos», 488, aserto que, como se señala en el texto, compartimos.

²⁴ *Id.*, MUCIUS SCAEVOLA, Q.M. (1958). *Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2.^a ed, revisada por P. Marín Pérez. Madrid: Reus, 636.

²⁵ En este sentido, ROCA GUILLAMÓN (1993), afirma que, en virtud de la buen fe, el juez «debe ajustar su decisión a un criterio que le es dado por el sentir social, a través de un complejo de valoraciones de orden ético», 450. Por su parte, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (2016), señala que la buena fe consiste en «un conjunto de deberes impuestos por los cánones sociales de lealtad y ética a la hora de ser ejercitados los derechos subjetivos...» (art. 1258. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código civil comentado*, T. III, Navarra: Aranzadi, 590-591]. Asimismo, Díez-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2013), quien sostiene que dicho precepto impone a las partes «un comportamiento guiado por un modelo de conducta socialmente admitido como correcto, según determinados cánones éticos» (*vid.* Comentario al art. 1258 CC. En R. Rodríguez-Cano Bercovitz (coord.). *Comentarios al Código civil*, 4.^a ed. Navarra: Aranzadi, 1707).

²⁶ Así, ALMAGRO NOSETE, J. (2006), al referirse al «ámbito social y cultural de las conductas exigibles», que no deben producir perjuicios, ni lesiones gratuitas o abusivas a los derechos de la otra parte (Comentario al art. 1258 CC. En I. Sierra Gil de la Cuesta [coord.], *Comentario del Código civil*, tomo VI, 2.^a ed. Barcelona: Bosch, 518).

²⁷ Sobre esta sentencia, *vid.* nota 53.

²⁸ *Id.*, Díez-PICAZO, L. (1977). Prólogo. En F. WIEACKER. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 15.

²⁹ El hecho de aspirar a que el principio de buena fe se traduzca en reglas objetivas, lógicamente, no quiere decir que hayan tenido que plasmarse en una norma. Necesariamente debe ser algo distinto de la voluntad de las partes pero también de la ley y los usos, puesto que del artículo 1258 del Código civil resulta que junto con estos, hay «otras», como la buena fe, que tienen una procedencia distinta. Se trataría, más bien, como dice Díez-PICAZO, L. (1993), de «un complejo de normas jurídicas que carecen de una formulación positiva concreta» conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (art. 1258. En P. Salvador Coderch, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, C. Paz-Ares. *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia).

³⁰ Díez-PICAZO, 1977, 17. De manera muy expresiva, señala que «La justicia del cadí es la pura decisión individual que es, aunque sea en el mejor sentido de la palabra, arbitraria. Como se ha dicho algunas veces, no tiene pasado y no tiene tampoco futuro. Un Derecho judicial *praeter legem* tiene que tener un pasado y un futuro».

³¹ GARCÍA AMIGO, 2000, 6.

³² *Id.*, GARCÍA AMIGO, 2000, 6 y 7. Como muestra de este cambio, el autor se refiere a las SSTs de 8 de julio de 1981 y 8 de junio de 1994 (aunque se refieren de manera exclusiva al art. 7 CC). La STS de 12 de marzo de 1998 (quizás por error se cita la de 2 de marzo de 1986), se limita a afirmar que la buena fe a que se refiere el artículo 1258 no es la subjetiva «sino la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la

que alude el artículo 7 del Código civil, que consagra como regla general el principio de ese nombre». A mi juicio, no puede decirse que estas sentencias constituyan una nueva línea jurisprudencial, ni que den paso a una nueva forma entender la buena fe prevista en el artículo 1258. Tampoco puede considerarse ejemplo de esto último la STS de 17 de enero de 1986 (citada en este trabajo), en cuanto incorpora la interpretación tradicional de dicho precepto (sobre esta sentencia, *vid.*, entre otras, nota 56).

³³ Díez-Picazo, 1977, 21-23. En la doctrina más reciente, *vid.*, CARRASCO PERERA, 2013, 75-76.

³⁴ En el caso enjuiciado se analiza, como cuestión de fondo, la extinción de la vigencia de dos avales a primer requerimiento en relación con el plazo previsto para el cumplimiento del contrato garantizado. Dando por sentado que la interpretación literal de los contratos no permitía concretar un plazo específico de vigencia para su ejercicio, se concluye que no supone una actuación contraria a la buena fe constitutiva de abuso de derecho *ex* artículo 7 del Código civil exigir su ejercicio después de nueve años, cuando ello se realice dentro del plazo de vigencia de la relación subyacente, a pesar del carácter autónomo o abstracto de este tipo de avales respecto de dicha relación.

³⁵ En un sentido distinto, el Tribunal Supremo ha señalado que la posibilidad de ampliar o modificar lo convenido al amparo del artículo 1258 ha de admitirse «con gran cautela y notoria justificación» o de la forma «más restringida posible» (*vid.*, entre otras, STS de 3 de diciembre de 1991 a la que se refieren, entre otros, CARRASCO PERERA, 2010, 488),

³⁶ Así, sobre la base de lo declarado por STS de 9 de diciembre de 1963, MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1967). *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII-vol. 2.º, 6.ª ed., revisada por Moreno Mocholi, M. Madrid: Reus, 439.

³⁷ Resalta esta conexión, GARCÍA AMIGO, 2000, 5.

³⁸ *Vid.* SCAEVOLA, 1958, 635.

³⁹ En términos análogos, MANRESA Y NAVARRO, 1967, 439.

⁴⁰ BETTI, E (1953). *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prologomeni: funzione economico-sociale dei rapporti dell' obbligazione*. Milano: Giuffrè, 103.

⁴¹ Díez-Picazo, 1963, 141.

⁴² BETTI, 1953, 100 y sigs.

⁴³ Obsérvese que tanto en el supuesto de dolo con eficacia anulatoria del contrato como en el dolo incidental el engaño característico del mismo tiene trascendencia sobre el contrato celebrado, pues aunque no puede decirse que la parte que sufrió el dolo no haya tenido voluntad contractual, sí se puede alegar que de no haber surgido aquel se hubiera celebrado el contrato en condiciones distintas (*vid.* Díez-Picazo, L. (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. III, 1053).

⁴⁴ Resulta ilustrativa la STS de 8 de junio de 1994 que se refiere al supuesto de ocultación de una servidumbre no aparente en la escritura, cubierto por el artículo 1483 del Código civil. El Tribunal Supremo parece relacionar formalmente la exigencia de «ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten» con la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 7 del Código civil. Sin embargo, lo cierto es que la controversia gira únicamente sobre la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 1483 del Código civil, en el que tal infracción encuentra su sanción específica, que es en verdad la *ratio decidendi* de la misma.

⁴⁵ En el sentido expuesto, Díez-Picazo (2009), refiriéndose a dicha sentencia, con agudeza señala que, además de no explicar la razón por la que la obtención de la licencia constituye una obligación contractual, «tampoco resulta clara la razón por la cual el comprador de las acciones de Industrias Tauro adquirió, junto con las acciones que compraba, el derecho a la utilización de los locales y de los demás objetos que forman, 1049.

⁴⁶ Se refiere a esta obligación la STS de 9 de mayo de 2016 anteriormente citada relativa a un contrato de compraventa de acciones, que considera como obligación na-

cida de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil la del adquirente de abstenerse de realizar actividad competitiva con el transmitente.

⁴⁷ En el ámbito del contrato de compraventa, tendrían encaje en este apartado, el deber de colaboración del vendedor para que el comprador pueda obtener crédito hipotecario para financiar su adquisición (*vid.* SSTs de 15 de noviembre de 2006 y de 14 de julio de 1988), así como el de dejarle examinar la vivienda antes del otorgamiento de la escritura de venta (STS de 10 de junio de 2010).

⁴⁸ En relación al contrato de obra, responderían a este mismo fundamento, la obligación del vendedor de comunicar al comprador el momento en el que se produce la finalización de la obra, como momento determinante de la obligación de pagar el precio, reputándose ilógico que este tenga que realizar un seguimiento continuado de la misma (STS de 17 de febrero de 1996). Asimismo el deber de actuar de modo que se eviten daños a la obra ya realizada, deber que de ordinario incumbirá al contratista, pero también al comitente si este retiene facultades sobre la ejecución de la obra como en el caso enjuiciado por la sentencia (STS de 19 de octubre de 1995).

⁴⁹ Este es el caso de la STS de 15 de noviembre de 2006 citada en la nota 47. En esta sentencia, que, como se ha dicho, impone al vendedor el deber de colaboración para que el comprador pueda obtener financiación para su adquisición, se considera dicho deber una exigencia impuesta por la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil así como por la necesidad de proteger la confianza mutua de las partes. Se señala en este último sentido que «lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esta confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella...».

⁵⁰ *Vid.*, a este respecto, STS de 22 de octubre de 1996. En el supuesto a que se refiere esta sentencia se ejercita acción de reembolso por la compañía aseguradora contra una sociedad concesionaria de los aparcamientos del aeropuerto del Prats por razón de la desaparición por robo de un vehículo. La cuestión que se discute es la calificación jurídica del contrato que une a la empresa demandada con la propietaria del vehículo asegurado. El Tribunal Supremo, tras considerar que la caracterización del contrato de estacionamiento o aparcamiento como mero contrato de arrendamiento de cosa o local no tiene suficiente fundamento, concluye que es de naturaleza atípica, al carecer de regulación propia, y de índole mixta, al contener elementos de los contratos de arrendamiento y de depósito (que incluye la obligación de restitución) junto con otras prestaciones accesorias. Al hilo de ello, se argumenta que «la legítima expectativa del usuario de recuperar su coche cuando decide recogerlo no es algo intrascendente o ajeno al contrato», para cumplir con lo cual ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo. Según esta sentencia, la seguridad, y con ello la necesidad del deber de vigilancia, aparece como elemento unido al contrato de arrendamiento, según exigen la buena fe y los usos conforme al artículo 1258 del C

⁵¹ Un ejemplo ilustrativo de este deber sería el que incumbe al promitente de una opción de compra de no frustrar el buen fin de la misma mediante la realización de un acto dispositivo antes del ejercicio de la opción; se refiere a este supuesto la STS de 26 de octubre de 1995 (en el caso concreto a que se refiere esta sentencia, una hipoteca).

⁵² En lo que respecta al contrato de obra, el artículo 1258 del Código civil se ha venido considerando el fundamento de la responsabilidad del contratista por ruina funcional, sobre la base de que conforme a dicho precepto «el contratista se halla obligado no solo a realizar y entregar la obra sino que «esta sea la prevista, correcta y adecuada» (STS de 30 de enero de 1997) se refiere a esta sentencia, CARRASCO PERERA, 2010, 67 y las sentencias que allí se citan. También en relación con este contrato, el Tribunal Supremo

ha declarado que la calidad de los materiales ha de ser tal que permita garantizar la finalidad que ha de cumplir en la misma (STS de 24 de junio de 1994).

⁵³ En el ámbito de la compraventa, este deber se concreta en que el vendedor debe entregar la cosa vendida con utilidad para su destino. El Tribunal Supremo se ha ocupado especialmente del mismo en la compraventa de vivienda o local comprendidos en el ámbito de la ley de Propiedad Horizontal, señalando que debe cumplirse con la condición de habitabilidad (SSTS de 16 de diciembre de 1996 y 3 de junio de 2003). Por el contrario, ha de entenderse que ya se ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad cuando se vende una finca (y no una vivienda o local con las condiciones o circunstancias que tuviera al tiempo de la venta cuando estas fueran conocidas por el adquirente, rechazándose que, además, sea exigible su legalización urbanística (STS de 12 de julio de 2002; a mayor abundamiento, se añade que la ampliación del alcance de lo estipulado podría romper «el justo equilibrio de las prestaciones en juego»).

⁵⁴ *Vid.*, al respecto, CARRASCO PERERA, 2010, 530-531.

⁵⁵ La doctrina jurisprudencial que mencionan estas sentencias se declara construida sobre lo declarado en las SSTS de 20 de julio de 2015 citada más arriba, y la de 19 de abril de 2016, todas del mismo ponente: ORDUÑA MORENO. Sin embargo, esta última sentencia no guarda ninguna relación con la buena fe como criterio de integración del contrato, ya que se refiere a un supuesto de fijación legal del plazo del derecho de superficie en virtud de una norma de Derecho imperativo.

⁵⁶ La sentencia citada se refiere a un contrato de ejecución de obra por el que una comunidad de propietarios pacta con el recurrente en casación y su socio la obligación por parte de estos de proceder, con precio fijado, a la impermeabilización y retejado del edificio, cuya realización se llevó a cabo contraviniendo tanto los términos del contrato como la «*lex artis*» de la profesión, hasta el punto de provocar el arruinamiento del tejado. Dado que la acción ejercitada por la comunidad fue la de cumplimiento de lo convenido, la sentencia condena a «rehacer la obra» pese al mayor coste económico que ello suponía. El recurrente en casación denuncia aplicación indebida del artículo 1258 del Código civil, por entender que la condena excede o se extiende a «obras no pactadas» con un coste doble del primitivo. Según el Tribunal Supremo, ello no solo no puede calificarse como infracción del precepto citado, sino que justamente la previsión de que «los contratos obligan al cumplimiento» contenida en ese artículo es el que impone la atribución de esa responsabilidad», conectada con lo dispuesto en la ley (arts. 1088, 1089, 1091 y 1101) al regular el incumplimiento y sus consecuencias en caso de incumplimiento culpable. A renglón seguido, también hace alusión a la buena fe, al añadir que «no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro) cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas «*lex artis*» de toda buena construcción».

⁵⁷ Otras sentencias, a modo de *obiter dictum*, reiteran que el artículo 1258 del Código civil sanciona «todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivo de dicho acuerdo» (*vid.*, en este sentido, SSTS de 5 octubre de 2016 y 19 de mayo de 2017 citadas en este trabajo, que establecen ciertos deberes que pueden surgir al tiempo de la extinción del contrato en los contratos «*just in time*» y de distribución, respectivamente). Sin embargo, adviértase que en los supuestos a que se refieren estas sentencias la buena fe no se utiliza para preservar o mantener el equilibrio del contrato sino como criterio para ampliar la reglamentación contractual.

⁵⁸ *Vid.*, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 3.º ed. Madrid: LA LEY, 1238-1239.

⁵⁹ *Vid.*, en este sentido CARRASCO PERERA, 2010, 528.

⁶⁰ MIQUEL GÓNZÁLEZ, J.M.^a (2011). Comentario al artículo 82 TR-LGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumi-*

res. Madrid: Colex, 736. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a (2002). Comentario artículo 8 LCGC. En A. Menéndez, L. Luis Díez-Picazo y J. Alfaro (dirs.). *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas, 464. Así lo presupone también ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009) (*La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 208-209. De manera muy significativa este autor afirma que la rica versatilidad que ofrece el artículo 1258 del Código civil «no se ha sabido aprovechar para utilizar la buena fe también como instrumento de control de las condiciones generales abusivas. Para ello debería haberse elaborado a instancia de los tribunales una cláusula general de buena fe, cuya base normativa pudo haber asumido perfectamente el artículo 1258». Siguiendo a estos, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi, 15; asimismo en (2016). Buena fe ex artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios (Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, 3 de junio de 2016). *InDret* 4/16, 12 (disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf); MATO PACIN, N. (2017). Cláusulas abusivas y empresario adherente. Madrid: BOE, 418-419 y 444.

⁶¹ *Vid.*, al respecto, HERBOSA MARTÍNEZ, I. Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en los que se admiten y alcance de su función. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 773, 1232-1235.

⁶² *Vid.*, en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.^a ed. Madrid: Civitas, 479, quien explica que la causa que se corresponde a la moral del artículo 1275 coincide con la idea de «causa torpe», de tal modo que el ámbito natural de aplicación es el del contrato inmoral o *contra bonos mores*, que se deberá fijar de acuerdo con los criterios de la moral social imperante en la sociedad en un determinado momento histórico.

⁶³ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, 1996, 159, en cuanto a la posibilidad de utilizar dicho término en sentido amplio.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, 1996, *loc. cit.*

⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, ATS de 26 de febrero de 2020, y las sentencias que allí se citan.

⁶⁶ Las dos ideas básicas que subyacen a los contratos con condiciones generales, a saber, la falta de un consentimiento auténtico y la consiguiente falta de vinculación del adherente respecto del contenido del contrato. Como explica MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4948-4949, los requisitos de inclusión o de incorporación no garantizan un auténtico consentimiento del consumidor respecto del contenido de las condiciones generales. Ello supone que cuando el adherente presta su consentimiento, aunque se cumplan estos requisitos, no puede decirse que haya consentido su contenido y, por tanto, no queda vinculado por este. Las consecuencias que se deducen de esta concepción son que no se puede imputar al adherente falta de diligencia por no conocer su contenido ni se pueden considerar estas reglas como producto de su voluntad.

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951.

⁶⁸ *Vid.* PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-87, tomo 2 (consultado laleydigital, 4).

⁶⁹ *Vid.*, MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951. Esta interpretación se defiende en un momento en que el último borrador del Proyecto de condiciones generales contenía una cláusula general en la que se consideraban nulas de pleno derecho «las cláusulas de condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe» definiéndose en qué consistía o cuál era la versión de la buena fe aplicable a este supuesto. En el apartado 2 se hacía referencia a las cláusulas sorprendentes o sorpresivas al señalar «Se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente derogan las normas aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza» (se hace referencia a ello en 4954). En otras palabras, el deber de respetar las exigencias de la buena fe tenía un proyectado apoyo

legal, con un contenido muy preciso, que después no llegó a existir. A pesar de la falta de incorporación de este precepto, el autor citado mantiene esta interpretación en obras posteriores, siendo uno de sus defensores más autorizados, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, 464 y MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 736-737, llegando a equiparar la integración contractual conforme a la buena fe con los artículos 80 y 82 TRLGDCU (se habla de «estrecho parentesco» entre ambas). Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 193.

⁷⁰ Desarrolla ampliamente esta interpretación, ALBIEZ DOHRMANN, 2009, 208-219 y MATO PACÍN, 2017, 403-448. Asimismo, *vid.* PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2009). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Tratado de contratos*, tomo II, Valencia, 2009, 1656 y sigs.

⁷¹ Lo entiende de manera distinta, MATO PACÍN, 2017, 405 y 444, como forma de salvar la posibilidad de aplicar el artículo 1258 del Código civil, y su mención a la buena fe sin poner en entredicho el principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255.

⁷² *Vid.* ALFARO AGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Cívitas: Madrid, 101.

⁷³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951.

⁷⁴ *Vid.* MATO PACÍN, 2017, 417-420 y 444.

⁷⁵ *Vid.*, PASTOR VITA, F.J. (2005). Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios. *Diario La Ley*, núm. 6367, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2005, Ref. D-274,

⁷⁶ El precepto citado establece expresamente la nulidad de aquellas cláusulas o prácticas relacionadas con «la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor», atendiendo a todas las circunstancias del caso, entre las que se menciona «Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal» (cfr. art. 9).

⁷⁷ En lo que respecta a esta Ley, el artículo 41.3, con remisión a la Ley 3/2004, declara nulo el pacto en contrario respecto de las reglas de demora reguladas en dicho precepto cuando tenga un «contenido abusivo en perjuicio del porteador». Por su parte, el artículo 38, en el que se regula la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo, contiene un apartado 4 en el que se establece la nulidad del pacto en contrario «en todos aquellos casos en que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador».

⁷⁸ En el supuesto que da lugar a esta sentencia, se presenta demanda por el vendedor de una vivienda sobre plano en la que se interesa la validez y eficacia del contrato suscrito, así como la condena al cumplimiento del contrato, incluidos los intereses de demora pactados y una serie de gastos e impuestos. El demandado se opone a la demanda y formula reconvencción en la que se solicita, por lo que ahora interesa, que se declare la nulidad e ineficacia del contrato de compraventa por contener cláusulas abusivas, contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones de las partes, con la consiguiente restitución de las cantidades entregadas a cuenta; y, subsidiariamente, la revisión del contrato en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Supremo, al no tener el comprador la condición de consumidor por integrarse la adquisición de la vivienda en su actividad profesional, no consideró aplicable el régimen de nulidad por abusividad previsto en la legislación de consumidores y usuarios.

⁷⁹ Entre las resoluciones más recientes reiteran esta doctrina, varios Autos dictados fechados el 26 de febrero de 2020 (rec. 3534/2017, 4030/2017, 4498/2017, 4863/2017 y 5046/3017).

⁸⁰ Así lo señala, entre otros, CARRASCO PERERA, 2010, 528-529. Sin embargo, tan tajante afirmación no puede fundarse en la cita de algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales, como hace el autor citado.

⁸¹ Parece advertir esta diferencia PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), cuando señala que el recurso a la buena fe para expulsar del contrato condiciones no negociadas en contratos con empresarios puede tener un significado distinto «cuando lo que se demanda es la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado que cuando se demanda su exclusión por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se ha habia representado el adherente», 14. Sin embargo, el autor citado parece entender que ambas facetas de la buena fe permiten llevar a cabo un control de contenido del contrato que tendría cobertura en el artículo 1258 del Código civil.

⁸² Este es el caso de la STS de 15 de noviembre de 2006 y de 22 de octubre de 1996 citadas por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, a las que nos hemos referido de manera más detallada en las notas 49 y 50, respectivamente. En esencia, decíamos entonces, que el Tribunal Supremo recurre a la doctrina de las expectativas legítimas aunque, dado el concreto supuesto enjuiciado por estas sentencias, también cabía aplicar la regla de dar plena efectividad al contrato que impone el artículo 1258 del Código civil.

⁸³ Menciona por primera vez este tipo de cláusulas la STS de 17 de octubre de 2007, aunque no extrae ninguna consecuencia práctica de dicha calificación. Con trascendencia en el fallo, incorporan la doctrina de las cláusulas sorprendentes, las STS de 22 de abril de 2016 y 2 de marzo de 2017.

⁸⁴ Sobre estos indicios normativos, que después reitera la STS de 17 de octubre de 2007, *vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J. (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas. En U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Lex Nova: Valladolid, 257.

⁸⁵ *Vid.*, en este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, 1996, 494. De forma más tajante, ALFARO ÁGUILA-REAL (1991) llega a afirmar que «las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aun cuando se trate de cláusulas prerredactadas, no son condiciones generales en sentido legal y, por lo tanto, no deben quedar sometidas al control de contenido», 138.

⁸⁶ En el ámbito del seguro, algunos consideran que el control de las cláusulas sorprendentes que no han sido consentidas por el adherente «se presenta como una manifestación expresa de la protección del consentimiento negocial del tomador o asegurador», en particular, por la vía error (MIRANDA SERRANO, 2007, 1177).

⁸⁷ Respecto a la posibilidad teórica de utilizar ambas vías, aunque se refiere propiamente a los mecanismos específicos establecidos en dicha ley, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, 1999, 4. El matiz es importante, ya que la solución de los pactos sorprendentes no se halla expresamente establecida en la ley, aunque su aplicación tenga una justificación clara, como veremos, en el ámbito de los contratos con condiciones generales.

⁸⁸ Lo entiende de manera distinta para el error PAGADOR LÓPEZ (1999), al considerar admisible que el error, aun siendo esencial, afecte solo a una parte de la declaración, sobre la base de la opinión que dice tener apoyo en un sector de la doctrina civilista, 6.

⁸⁹ Aunque en caso de incumplimiento del contrato, el remedio preferente de tutela viene dado por la pretensión de cumplimiento de la prestación *in natura* o forma específica, en este caso la pretensión indemnizatoria no tiene su origen en una situación de incumplimiento sino en el engaño (vicios del consentimiento) padecido por el adherente.

⁹⁰ En el sentido apuntado, un sector de la doctrina se ha mostrado favorable a reconducir al control de incorporación aquellos aspectos donde no fuera aplicable el control del contenido en relación con los elementos esenciales del contrato; *vid.* MIGUEL GONZÁLEZ, 2002, 449.

⁹¹ EL principal valedor de esta interpretación es CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Thomson-Aranzadi: Pamplona, 123. En relación al caso concreto de las cláusulas suelo, sitúan el control de transparencia en el ámbito del artículo 5.5 LCGC: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Immo-*

biliario, núm. 748, 688. PLAZA PENADÉS, J. (2013), quien lo entiende sin perjuicio de que en los contratos con consumidores se aplique dicho control «un tanto vinculado al control de contenido o abusividad» (Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 8112, 25 de junio de 2013 (consultado en laleydigital)).

⁹² *Vid.*, PASQUAU LIANO, M. (2016). De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación. En B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper (coord.). *El contrato: apuntes para una revisión*. Thomson-Aranzadi: Pamplona, 282 y 283.

⁹³ La doctrina de las expectativas legítimas subyace a las llamadas «cláusulas sorprendentes» para la calificación de determinadas cláusulas como limitativas de derechos, a las que se refieren las SSTs de 22 de abril de 2016 y 2 de marzo de 2017 citadas más arriba.

⁹⁴ La doctrina de las expectativas legítimas, según la mejor doctrina, es la que explica la integración del contenido publicitario en el contrato en los contratos con condiciones celebrados con consumidores *ex* artículo 61 TR-LGDCU; *vid.*, en este sentido PAGADOR LÓPEZ, J. (2001). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Madrid: Iustel, 1367.

⁹⁵ *Vid.*, en este sentido ALFARO AGUILA-REAL, J. (2010). El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas, consultado en https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_preio_prestacion_J_Alfaro.pdf, 10. El autor citado admite, con carácter subsidiario, un control de contenido para determinar si se alteran las expectativas del consumidor respecto de dichos elementos, es decir, para el caso de que las cláusulas predispuestas no cumplan con la exigencia adicional de transparencia, y no permitan conocer su contenido y alcance.

⁹⁶ La STS de 30 de enero de 2020, en principio, en el sentido apuntado señala que «habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo». Y añade «la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito...». A mi juicio, como se señala en el texto, de manera lógica con lo que se viene diciendo, bastará con analizar la diligencia para conocer el contenido correcto de la cláusula.

⁹⁷ *Vid.*, LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, 591.

⁹⁸ *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, *loc. cit.*

⁹⁹ Como es sabido, aunque esta cuestión ha sido objeto de un amplio debate en caso de nulidad por abusividad en la contratación con consumidores, a raíz de la STJUE de 14 de junio de 2012, el artículo 83 se modificó en el sentido apuntado en el texto.

¹⁰⁰ No obstante, para el supuesto específico de los pactos sorprendentes, lo entienden de manera distinta PASCUAU, 2016, 282 y 283, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2016, 14-15. En general, para cualquier contenido del contrato que implique contravenir dicho principio, *vid.* MATO PACÍN, 2017, 439, quien considera que, frente a una moderación de la cláusula, es más adecuada la ineficacia de la misma; argumenta que este sería el resultado de contraponer una condición-fruto de una teórica voluntad de las partes- con el principio de general de buena fe, que obliga a todo contratante.

¹⁰¹ Como es sabido, la aplicación de este principio manifiesta su eficacia, sobre todo, en el Derecho administrativo, tanto en el Derecho español como en el Derecho comunitario (sobre este último ámbito, *vid.* SANZ RUBIALES, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 91-122). No obstante, está fuera de toda duda su aplicación en el Derecho privado, aunque —como se dice en el texto— no se aplica de manera directa, sino a través de preceptos y reglas concretas elaborada por la jurisprudencia que lo desarrollan.

¹⁰² Se pronuncia en este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J. (2017), siguiendo la propuesta de PANTALEÓN, de considerar que la mejor forma de proteger al consumidor es aplicar las normas sobre el dolo incidental, cuyas consecuencias, como se explica en el texto, serían exactamente las mismas que cabría alcanzar si se considera que la regla de las expectativas permite un control del contenido del contrato (Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. En <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>).

¹⁰³ *Vid.*, en este sentido PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2016, 15, quien parece considerar aplicable esta regla para la sanción de «expulsión» del contrato.

*(Trabajo recibido el 13-5-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*