

Pablo Salvador Coderch
Universitat Pompeu Fabra

Tomás Gabriel García-Micó
Universitat Pompeu Fabra

Concepción contextual de la buena fe contractual

Artículo 1.258 del Código Civil

Sumario

-

En el derecho español de contratos, la buena fe se concibe como un estándar de comportamiento debido de las partes alineado con el contrato mismo (artículo 1.258 del Código Civil). Si el contrato es válido, la buena fe modula las cláusulas contractuales específicas e integra las lagunas. Como cuestión de derecho, la buena fe contractual es siempre contextual y no permite a los tribunales de justicia o de arbitraje contradecir las cláusulas válidas de un contrato válido. Si, y solo si, algunas cláusulas fueran nulas, o todo el contrato estuviera al borde del colapso, la buena fe puede ser usada para enmendar el contenido contractual.

Abstract

-

In the Spanish Law of Contracts, the good faith standard is conceived as a set of due behavior of the parties which is aligned with the contract itself (section 1,258 of the Spanish Civil Code). If the contract is valid, the good faith standard modulates the specific contractual clauses and fills the gaps. As a matter of rule, contractual good faith is always contextual and it does not enable Courts and arbitration panels to contradict valid clauses of a valid contract. If, and only if, some clauses are void, or the whole contract is in the verge of collapsing, can the good faith standard be used to amend the contract regulation.

Title: *The contextual conception of contractual good faith in the Spanish Law of Courts. Section 1,258 of the Spanish Civil Code 1889*

-

Palabras clave: buena fe contextual, reglas, principios, buena fe subjetiva, buena fe objetiva, ley imperativa, causa de los contratos, usos del comercio, buena fe y negligencia, buena fe en derecho europeo y español del consumo, análisis económico del derecho, buena fe procesal, validez de los contratos, buena fe y normas sociales

Keywords: *contextual good faith, rules, standards, subjective good faith, objective good faith, mandatory law, cause and consideration of contracts, usage of trade, good faith and negligence, good faith in European and Spanish Consumer Law, Law and Economics, procedural good faith, validity of contract, good faith and social norms*

-

1.2020

Recepción
31/07/2019

-

Aceptación
10/12/2019

-

- 1. Concepción contextual de la buena fe contractual**
- 2. La buena fe como principio general del derecho**
- 3. Buena fe contextual y concepción romanista de buena fe**
- 4. Connotaciones de la buena fe contractual**
- 5. La buena fe contractual como buena fe objetiva**
- 6. Buena fe y diligencia**
- 7. Sobre la aplicabilidad de oficio y la imperatividad de la buena fe**
 - 7.1. La buena fe en la Directiva 93/13 y en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
 - 7.2. La apreciación de oficio de la buena fe en las relaciones entre consumidores y empresarios
- 8. Buena fe procesal**
- 9. Análisis económico del derecho (Law and Economics) y buena fe contractual**
- 10. El contexto de la buena fe objetiva en el artículo 1.258 del Código Civil**
 - 10.1. Contrato válido y eficaz
 - 10.2. La buena fe contractual es contextual al contrato mismo
 - 10.3. Buena fe contextual como coherencia
 - 10.4. La naturaleza del contrato: tipo, causa y contrato concreto
 - 10.5. Buena fe y usos
 - 10.6. Buena fe y ley
 - 10.7. Buena fe y normas sociales
- 11. Conclusión**
- 12. Bibliografía**

-

1. Concepción contextual de la buena fe contractual*

Los autores de este artículo defendemos una concepción contextual de la buena fe contractual. En su virtud, el principio general de buena fe se entiende en coherencia con el contrato mismo – apegado a él –, así como a su naturaleza, a la ley y a los usos.

En el derecho español de los contratos, la fuente primaria sobre buena fe contractual es el artículo 1.258 del Código Civil de 1889:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

La tesis defendida en este trabajo es normativa, pero está positivamente fundada en el artículo citado. De acuerdo con ella, la buena fe, entendida como deber de corrección de la conducta de las partes de un contrato¹, ha de ser máximamente coherente con el texto del contrato mismo (o con los actos concluyentes que lo perfeccionan, si el contrato es tácito), con su naturaleza (tipo y causa concreta, modo de contabilización), con los usos (interpretativos y normativos) del sector del tráfico en el cual se inserta el contrato y con la ley que lo regula (tanto imperativa como dispositiva). La buena fe es paralela al contrato y a su contenido, no alternativa: el contenido contractual modula el alcance de la buena fe, pues las partes pueden exigirse un entendimiento estricto del texto del contrato, o pueden superar el perímetro del principio de buena fe y establecer que el contrato se integre con criterios de pura equidad.

La buena fe contextual es, así, claramente interpretativa, normalmente integradora, y solo excepcionalmente correctora –cuando el contrato originariamente válido y eficaz deviene insostenible o cuando alguna de sus disposiciones contraría manifiestamente las exigencias del principio de buena fe-. Mas por lo general, la buena fe está integrada por el contrato concreto y por su tipo abstracto (si es típico), por las pautas del tráfico contractual y por la ley. En la buena fe contractual, la integración es recíproca, porque la buena fe integra tanto el contrato, tanto como ella es integrada por él.

Esta tesis de la buena fe contextual se entiende no solo por aquello que incluye, la exigencia de máxima coherencia entre la concreción del principio de buena fe y el contrato concreto en el cual se incardina, sino y muy señaladamente por todo lo que excluye.

Así, para empezar, la concepción contextual de la buena fe contractual rehúye utilizar el principio de buena fe para vaciar el contenido del contrato y, por supuesto, el de la ley misma (*cf.* el artículo 1284 CC). En la historia contemporánea, ha habido concepciones perversamente expansivas de la buena fe contractual y de las cláusulas generales, las cuales han propiciado su

* Los autores son miembros del Grupo de Investigación en Derecho Patrimonial (2017 SGR 1636), dirigido por el Prof. Josep Ferrer Riba (Universitat Pompeu Fabra) financiado por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR), adscrita a la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Catalunya.

Tomás Gabriel García-Micó, a su vez, es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2019), concedido por el AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo de Cataluña 2014-2020 CCI 2014ES05SFOP007 del Fondo Social Europeo.

¹ Por todos, Ángel CARRASCO PERERA (2016), *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 140. Una paralela concepción contextual de la buena fe se incluía ya en el artículo 57 del Código de Comercio de 1885.

vaciamiento. Una muy notoria fue la propagada por la Alemania nacionalsocialista, y en cuya virtud, el texto de la ley y de los contratos se subordinaban a la sana conciencia del pueblo interpretada por sus dirigentes no elegidos por nadie².

Una segunda expansión de la buena fe contractual, menos dramática y, valga la redundancia, concebida con buena fe (subjetiva), entiende que la buena fe puede expandirse hasta coincidir con la equidad, prescindiendo de los textos, es decir del contrato y de la ley, así como de los usos³.

En el artículo 3.2 del Código Civil, la equidad es un fundamento de decisión distinto a la ley y, por ello precisamente, el artículo establece que las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar en la equidad cuando la ley misma expresamente lo permita. En cambio, la buena fe contractual es contextual, aparece junto con el contrato, los usos y la ley. Ocurre que, tratándose la buena fe de un principio general del derecho, no se contrapone al contrato válido y eficaz y, por lo tanto, conforme con la ley, aplicable paralela o complementariamente. La equidad, en suma, podría operar, si el artículo 3.2 del Código Civil no lo impidiera, al margen de la ley. La buena fe en cambio, lo hace junto con ella. Hay arbitrajes de derecho y arbitrajes de equidad, pero no hay un *tertium genus* de arbitrajes de buena fe⁴.

Una tercera concepción similar a la anterior, pero igualmente disolvente de la buena fe contractual, es la de quienes, hipertrofiando la tradición romanista, llegan a calificar la buena fe cómo un *flatus vocis*, como una máscara, como una fachada que oculta la realidad de una

² Bernd RÜTHERS (2012), *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7. Aufl., Heidelberg. El autor ilustra la perversión del derecho con base en una reconstrucción nacionalsocialista del principio de buena fe (*Treu und Glauben*) con el objeto de limitar los derechos de personas judías (véanse pp. 229 y ss. 3, „Treu und Glauben“ als politische Kampfklausel zur Beseitigung bestehender Vertragsansprüche“). Klaus ANDERBRÜGGE (1978), *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin, Duncker & Humblot. Jens MEIERHENRICH (2018), *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford. Michael STOLLEIS (2008), „Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus“, en Frank DIETMEIER, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 155, núm. 2, pp. 121-122. *Das Rechte (Un)recht*, 2015. Heinrich LANGE (1943), „Wesen und Gestalt des Volksgesetzbuch“, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 103, H.2., pp. 208-259. Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1986), “Prólogo”, en José Luis CARRO (Trad.), *El principio de buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª reimpresión, pp. 11 y 12. Dirk LOOSCHELDERS y Dirk OLZEN (2015) (en su comentario al § 242 del BGB en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, B.2 Recht der Schuldverhältnisse 241-243 Treu und Glauben*, Sellier, De Gruyter, Berlin, pp. 372-373) dan cuenta de la tentativa de disolución del derecho civil del BGB en un *Volksgesetzbuch* en el cual, el ejercicio de todos los derechos subjetivos habría de regirse por la buena fe y por los principios reconocidos de la vida comunitaria del pueblo y siempre partiendo de que el bien de la comunidad habría de prevalecer sobre el provecho o beneficio privados. Parecidamente, Justus Wilhelm HEDEMANN, heraldo del nuevo y nonato *Volksgesetzbuch*, había escrito en 1933 *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tübingen. En la doctrina procesal española, Juan MONTERO AROCA (2002), *I principi politici del nuovo proceso civile spagnolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 100-102 ha advertido del potencial vaciamiento del derecho procesal objetivo mediante la utilización expresa de un principio de buena fe al servicio de concepciones del Estado totalitario y Manuel CACHÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil”, *Justicia*, 2005a, p. 15 ha puesto repetidamente de manifiesto la dificultad de coherencia una interpretación amplia del principio de buena fe con las garantías constitucionales del proceso y el principio de legalidad en el derecho sancionador.

³ Una buena síntesis puede leerse en Johannes FRIESECKE (2018), “Comentario al § 242 BGB”, Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 78. Auflage, C.H. Beck, München, pp. 264-276.

⁴ En la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y en ausencia de acuerdo entre las partes sobre el tipo de arbitraje al que someterán su controversia, se presupone que estas han acordado resolverlo “sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal” (motivo VII), cuestión que se mantiene en el artículo 34.1 de la Ley: “Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”. Cfr. Disposición Adicional Única de la Ley (“Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”) y el artículo 33.1 Real Decreto 231/2008 (“El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”).

jurisprudencia, de un *case law*, que no solo complementa el ordenamiento jurídico, sino que es fuente primaria de derecho⁵. No es nuestro sistema, no es *civil law*.

En este trabajo defendemos que el de buena fe, como principio, es fuente de derecho y se aplica en defecto de ley, pero antes que ello y según el artículo 1.258 CC el principio mismo se entiende e integra coherentemente con la ley, tanto con la imperativa, como con la dispositiva. Por así decirlo, los autores de este trabajo defendemos una posición que trata de asumir las cualidades del debate entre Hart y Dworkin, entre el derecho positivo y los principios, entre el pedigrí y el contenido: el principio de buena fe integra el derecho positivo sin confundirse con él ni desplazarlo⁶.

2. La buena fe como principio general del derecho

En teoría del derecho, se distingue entre reglas (*rules*) y principios (*standards*)⁷. La aplicación de una regla requiere conocer su supuesto de hecho, entenderlo y, para ello, no es preciso formular un juicio de valor. Entendido el supuesto de hecho, se aplican las consecuencias de derecho, por sencillo ejemplo, la norma que establece una prohibición de circular a una velocidad superior a 100 km/h no requiere para ser aplicada ningún género de valoración y, tradicionalmente, la podría aplicar una máquina. En cambio, los principios integran el sistema normativo, pero su supuesto de hecho suele ser más abstracto que el de las reglas, y su aplicación requiere una apreciación humana, un juicio de valor; por ejemplo, una norma que obligue a circular diligentemente con la velocidad máxima que exija una conducción diligente dadas las circunstancias del caso⁸.

Además, en el Código Civil español, el de buena fe es un principio general del derecho (artículo 7.1, en relación con el artículo 1.1 del Código Civil)⁹. Por lo tanto, la primera cuestión que hay que tratar en el marco de la concepción defendida en este trabajo es cómo enlazar la doctrina general de las fuentes del derecho –la posición de los principios generales del derecho en nuestro sistema jurídico– con el entendimiento de la buena fe en sede contractual, siempre en coherencia con el contrato, el tráfico y la ley.

En efecto, si la buena fe es un principio general y estos son fuentes del derecho en defecto de la ley y costumbre, difícilmente podría sostenerse que la buena fe no solo rige en defecto de ley sino al margen de la ley misma. Y, aún más claramente, en el artículo 1.258 del Código Civil se parte por hipótesis de la existencia de un contrato válido y eficaz. Dado el presupuesto anterior, el

⁵ Por ejemplo, Martijn HESSELINK (1998), “Chapter 18. Good Faith”, en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA & Edgar DU PERRON (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pp. 305, 307.

⁶ El debate empezó con la publicación por Ronald DWORKIN en 1967 del artículo “The Model of Rules I”, *University of Chicago Law Review*, nº 35, pp. 14-46. En él criticaba la posición positivista que HART había expuesto en su conocida obra de 1961, titulada *The Concept of Law*. Para un análisis del debate y sus consecuencias, véase Scott J. SHAPIRO (2007), “The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed”, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper nº 77.

⁷ Para una muestra de la distinción entre reglas (*rules*) y principios (*standards*), léase Ward FARNSWORTH (2007), *The Legal Analyst. A toolkit for thinking about the law*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 163-171.

⁸ La distinción está ciertamente en crisis, pues la inteligencia artificial permite integrar reglas y principios, en tanto en cuanto el dispositivo sea capaz de añadir desarrollos nuevos, pero coherentes con la experiencia anterior. Sin embargo, este no es el tema de este trabajo.

⁹ Ya Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2014), *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, p. 139.

contenido de la buena fe en el caso concreto se dilucida siempre en el contexto del contrato (de su contenido y naturaleza) y de la ley, así como de acuerdo con los usos del tráfico. En el artículo 1.258 del Código Civil, la buena fe es contextual (con el contrato y con la ley) y consonante con los usos del tráfico (normativos e interpretativos). De nuevo hay que recalcar que el juez está vinculado por la ley y por el contrato, no decide autónomamente en contra de ninguno de ellos, y si aparentemente lo hace así, muy excepcionalmente, es porque el contrato ha quebrado, ha perdido su base negocial o esta se ha alterado mucho más allá de aquello que las partes pretendieron conseguir al celebrarlo o de aquello que razonable y previsiblemente habrían pretendido. De nuevo, la buena fe contractual es contextual y no se confunde con la equidad.

La distinción anterior es importante, pues si el contrato es válido y eficaz, el principio de buena fe permite modularlo, pero no prescindir de él. De nuevo, salvo quiebra del contrato mismo o de alguna de sus partes (como, por ejemplo y para referirnos a otra circunstancia histórica, la de Alemania de los años veinte del siglo pasado), la modificación o terminación de contratos de tracto sucesivo y de larga duración en un entorno de hiperinflación, de catástrofe política y económica, de desastre jurídico: el fracaso del Estado lo es también, e inevitablemente, de su derecho. Pero, nótese bien, estas son circunstancias sobrevenidas, exorbitantes e imprevisibles que permitirán al juez modificar excepcionalmente el contenido del contrato y, en un caso extremo, declararlo extinguido, pero, originariamente, el contrato era válido: tan pronto como su subsistencia es inviable, estamos fuera del supuesto de hecho del art. 1258 CC.

Por eso, si el contrato es contrario a la ley imperativa, entonces será nulo, y su nulidad solo permitirá matizaciones desde la buena fe subjetiva, de una o de ambas partes contratantes. Pero la buena fe objetiva no sanará la nulidad, pues el artículo 1.258 del Código Civil no opera en caso de nulidad del contrato. Parecidamente, si el contrato fue celebrado solo por el engaño de una parte que indujo a la otra a contratar, pues entonces hubo dolo inicial y el contrato podrá ser anulado a instancias del contratante engañado. Otro ejemplo: si el contrato es nulo simplemente porque las partes expresamente han resuelto no excluir “la responsabilidad procedente del dolo” (artículo 1.102 CC) o cuando la obligación condicional sea nula porque “el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (condición puramente potestativa, artículo 1.115 CC), la relación entre las partes mismas no es jurídica, no las vincula, sino que simplemente es una relación social, como tantas otras que suceden cada día en la vida real. Lo mismo ocurrirá cuando las partes, de buena fe, excluyeron la justiciabilidad de su relación: expresamente no quisieron que jueces y tribunales intervinieran en sus vicisitudes en ningún caso, pero, entonces, tampoco ha lugar a la aplicación del artículo 1.258 del Código Civil, pues no hay relación jurídica contractual, sino una mera relación social sujeta a criterios o pautas ajenas al derecho de los contratos.

Por último, la exigibilidad de la buena fe en las negociaciones precontractuales y las consecuencias asociadas a su ausencia para el negociador de mala fe, también, y por hipótesis, excluyen la existencia de un contrato válido y eficaz.

Así, y en una primera conclusión, aunque el principio de buena fe es muy amplio, la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil es contextual, coherente con el texto y con las prácticas reales del tráfico¹⁰.

¹⁰ La diferenciación entre el principio general de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, y la buena fe contractual del artículo 1258 del Código Civil ha sido vista por la doctrina más perspicaz: CARRASCO (2016, pp. 80 y ss. y 142).

3. Buena fe contextual y concepción romanista de buena fe

En la doctrina española del último tercio del siglo XX influyó mucho la reconstrucción romanista que, una década después de acabada la Segunda Guerra Mundial, había realizado Franz Wieacker¹¹. Esta concepción es canónica en la doctrina española¹² pero, llevada al extremo, desnaturaliza la función de la jurisprudencia, tal como la entendemos en el *Civil Law* continental y, más específicamente, en el artículo 1.6 del Código Civil, pues la acerca al *praetor* romano o al *case law* angloamericano. Por ello, en este trabajo defendemos que la buena fe contractual es contextual y, que no habilita al juzgador, ni al árbitro de derecho, para prescindir del tenor del contrato el cual, por hipótesis es válido y eficaz.

Wieacker, quien en 1955 reaccionaba tácitamente¹³ contra sus propios excesos de una generación antes, recurrió, para el rescate del derecho, a la ayuda de la gran tradición romanista. Pero, al cabo, se vio obligado a retroceder, pues los sistemas judiciales del *Civil Law* continental europeo no reproducen la función y la posición del derecho honorario, del pretor romano (ni la del juez del *Common Law*). Así, en primer lugar, y con base en un texto de Papiniano, las funciones de la buena fe son tres: interpretar, suplir y corregir el derecho escrito (“*iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*”)¹⁴. No obstante, y a diferencia del derecho honorario romano, la interpretación del principio de buena fe no puede fundamentar un estado de cosas en el cual, y en palabras de Wieacker, “el juez revista soberanamente un *dare oportere* civil con una acción, ni, a la inversa, [...] que dé una *actio* honoraria a un *debere* no reconocido civilmente”¹⁵. Por ello, el autor volvía sobre sus pasos y contrarrestaba una concepción expansiva de la buena fe mediante la utilización de categorías y subcategorías concretas fundamentadas en doctrinas bien establecidas en cada derecho nacional:

- El *officium iudicis*, cuando el “juez [...] se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal” (p. 51).
- La *exceptio doli*, cuando el “juez actúa con mayor libertad y *praeter legem*, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa”. Esta potestad del juez de actuar *praeter legem* se concreta cuando la cuestión litigiosa se centra en el ejercicio de los derechos de forma contraria a los actos propios (*venire contra factum proprium*), o en la falta de un “interés propio duradero” (p. 63: “*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*”, o cuando el derecho en cuestión ha sido adquirido “de mala fe” (p. 66) o, finalmente, cuando se halla frente a una “[a]cción legal claramente inocua y desconsiderada” (p. 70).
- Y, para terminar, la categoría más criticada por Wieacker, la “creación judicial innovadora”, cuando se realiza una “aplicación del 242 [...] contra legem” (p. 51). En este caso, el juzgador se aleja completamente del texto del contrato y de la propia ley para

¹¹ Franz WIEACKER (1955), *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

¹² Paradigmáticamente MIQUEL (1995, pp. 841-842).

¹³ RÜTHERS vio bien cómo dos obras de referencia de la historia del derecho y de la metodología de la ciencia jurídica, Franz WIEACKER (1952), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1ª ed. y Karl LARENZ (1960), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1ª ed., orillaban toda mención a la época nacionalsocialista. RÜTHERS (1997, p. 94).

¹⁴ D. 1.1.7.1.

¹⁵ Véanse las pp. 50 y 51 de la traducción al español de WIEACKER.

crear, *de facto*, una situación ajena a la prevista en la letra del contrato. De hecho y en esta sede Wieacker intenta aclarar, en la nota 94 de su libro que “aquí no se predica carta blanca para la jurisprudencia, sino, al contrario, *se desaconseja* una prematura creación judicial del derecho”.

Una de las razones por las cuales en este trabajo se defiende la concepción contextual de la buena fe es que, dado que esta se ciñe al tenor del artículo 1.258 del Código Civil, no se ve luego en la necesidad de emprender en un viaje de vuelta. Dicho de otro modo, no exponemos una concepción expansiva de buena fe para luego vernos obligados a retroceder.

En cambio, la concepción neorromanista de la buena fe discurre por un camino que luego desanda: primero expande el concepto de buena fe de modo que la función judicial incluiría amplias facultades de arbitrio más allá del texto del contrato y, no solo de este, sino de la misma ley, para luego retroceder y limitar una concepción expansiva de la buena fe por el procedimiento de reconducirla a categorías y subcategorías de desarrollos jurisprudenciales bien establecidos en cada jurisdicción. En cambio, en la concepción contextual de la buena fe contractual, el juzgador se ciñe al texto del contrato, a su naturaleza, a los usos y a la ley, no se aparta de ellos, sino que es coherente con su conjunto. La corrección es excepcional, supone la insostenibilidad del contrato y precisa del apoyo independiente de una categoría o subcategoría de doctrina jurisprudencial bien justificada (como paradigmáticamente, la cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de actos propios, o la *exceptio doli generalis*).

4. Connotaciones de la buena fe contractual

En la mejor doctrina española es fundamental la voz *Buena fe* que el profesor José María Miquel González redactó en 1995. En ella, las connotaciones de la buena fe son:

“[H]onestidad, fidelidad, lealtad, consideración o respeto a la confianza suscitada en la otra”¹⁶.

La buena fe contractual es entendida aquí como un deber de conducta correcta y coherente. Otras connotaciones del concepto contextual de la buena fe se asocian con las connotaciones de las expresiones “comprensión y consideración”, “cooperación y colaboración”, “compasión y contención”, “continuidad y credibilidad”.

¹⁶ José María MIQUEL GONZÁLEZ (1995), “Buena fe”, en Alberto MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, pp. 831 y ss. También del mismo MIQUEL GONZÁLEZ (1991), “Comentario al artículo 7.º 1”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 38.

5. La buena fe contractual como buena fe objetiva

Se distingue clásicamente entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva¹⁷. En este trabajo nos sumamos a esta concepción dual de la buena fe. La buena fe objetiva es un canon de conducta que se concreta en deberes de corrección y coherencia que aquí calificamos, repetidamente, como contextuales con el contrato y la ley, así como con los usos del tráfico. Más allá del contrato, el referente de la buena fe objetiva se halla en el artículo 7.1 del Código Civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.” Y, más allá del derecho de contratos, en el artículo 65 del TRLGDCU.

“Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.”

En cambio, la buena fe subjetiva es un “hecho del espíritu que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia”¹⁸, así como también como “un estado de la conciencia, un hecho espiritual que se refiere a un defecto jurídico y produce en muchas ocasiones una consecuencia favorable, que sin ella no tendría lugar”¹⁹. Integra supuestos de hecho adquisitivos en propiedad y otros derechos reales, paradigmáticamente en el artículo 34 LH, o en la usucapión (1.950 del Código Civil), o en los efectos de la posesión, etc.; o modula las consecuencias de la nulidad como sucede con el matrimonio nulo (artículo 78 del Código Civil), etc.

La buena fe objetiva se encuentra primordialmente en el derecho de las obligaciones y de los contratos (artículo 1.258 y 7.1 CC), mientras que la buena fe subjetiva se centra, aunque no exclusivamente, en la posesión, propiedad y en los derechos reales.

6. Buena fe y diligencia

Se distingue, a veces²⁰, pero no siempre, entre buena fe y diligencia. En buena fe contractual, y en el marco de la concepción contextual de la buena fe contractual aquí defendida, la distinción

¹⁷ José María MIQUEL GONZÁLEZ (1991, p. 40) critica los planteamientos que han tratado de unificar las facetas objetiva y subjetiva de la buena fe como “intentos [...] bien intencionados” pero que “están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano, por tanto, pobre en información, que no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio”. En efecto, buena fe objetiva y subjetiva son conceptos distintos. Tratar de hacerlos converger en uno solo sería un error. Asimismo, en el prólogo de la traducción al castellano de la obra de Franz WIEACKER, Luis Díez-PICAZO, trata la cuestión de la buena fe, y diferencia entre la buena fe como concepto técnico-jurídico —entendido como elemento configurador del supuesto de hecho delimitador de una u otra institución jurídica—, del principio general de buena fe, entendido como estándar de comportamiento exigible a los integrantes de una comunidad jurídica y del cual emanan normas técnicas de obligado cumplimiento [DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1986, pp. 11 y 12)].

¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ (1995, pp. 834, 836).

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Escribe MIQUEL GONZÁLEZ (1995, p. 837-838): “El inconveniente de definir la buena fe subjetiva desde un modelo de conducta diligente es que ignora la gran variedad de situaciones en que es relevante la buena fe y la valoración de las diferentes circunstancias de cada supuesto de hecho. [...] [B]uena fe y diligencia son conceptos diversos, cuya involucreción impide la comprensión de algunos preceptos del CC y no concuerda con sus definiciones de la buena fe. [...] Mas también debe distinguirse entre negligencia en el cumplimiento de una obligación o en el cumplimiento de una carga. [...] La negligencia en el cumplimiento de propias obligaciones constituye sin duda una cierta falta de honradez y a pesar de ello el CC incluye dentro del deudor de buena fe a un deudor negligente, aunque no sólo a él (artículo 1.107).

es clara: una de las partes del contrato puede ser torpe, puede actuar desafortunada o desacertadamente, o puede simplemente olvidarse de cumplir. Pero torpeza no es sinónimo de mala fe, por lo menos no la primera vez. Que ello es así resulta del artículo 1.107 (I) del Código Civil, el cual distingue entre el incumplidor que ha de responder más o menos según sea de buena fe o de mala fe. El primero es en el Código Civil y su artículo 1.101, un deudor negligente; y el segundo es, de acuerdo con el mismo artículo, un deudor doloso.

La discusión sobre buena fe y diligencia y, en particular, sobre si al menos un mínimo de diligencia no habría de estar presente en la conducta del agente para que esta fuera calificada de buena fe ha tenido lugar tradicionalmente en la exégesis del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (“LH”), es decir, en materia de buena fe subjetiva y no de buena fe objetiva contractual. Ha habido autores de nota que han defendido que el tercero hipotecario, para ser considerado de buena fe, ha de comportarse con un mínimo de diligencia. Así Vallet de Goytisolo y Lacruz Berdejo²¹. Más fundadamente, Roca Sastre, Sanz Fernández y, en nuestros días, García García han puesto de manifiesto que la buena fe en el artículo 34 LH es independiente de la idea de culpa. Buena fe es “simple desconocimiento de la inexactitud registral”²². Ocurre, sin embargo, que quien se encuentra en circunstancias tales que su ignorancia es absolutamente implausible, difícilmente podrá ser considerado de buena fe: quien actúa voluntaria y sistemáticamente con desconsideración manifiesta de la verdad o falsedad de su creencia, quien se sitúa en autopuesta de ignorancia, acaba comportándose de mala fe, pues resuelve, a ciencia y conciencia, ignorar algo. En cualquier caso, la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil es buena fe objetiva y, por lo tanto, ajena al foco de la discusión sobre buena fe y diligencia. Como hemos señalado en el párrafo anterior, la torpeza –la negligencia– no es incompatible con la buena fe. La primera vez²³.

7. Sobre la aplicabilidad de oficio y la imperatividad de la buena fe

Tradicionalmente se ha defendido que el principio de buena fe es aplicable de oficio por los tribunales y, casi consiguientemente, que es imperativo. En el derecho comparado, la expresión normativa reciente más lograda de esta tesis es la del codificador francés de 2016, el cual ha llevado al artículo 1.104 del *Code civil* francés a decir:

El incumplimiento de una carga en puridad se traduce en consecuencias desfavorables para el sujeto que no las observa y no entraña falta de honradez”.

²¹ Juan VALLET DE GOYTISOLO (1973), *Estudios sobre Derecho de las Cosas*, Madrid, p. 363. José Luis LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA (1984), *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, p. 185. José Manuel GARCÍA GARCÍA (1998), *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Civitas, Madrid, pp. 299-355. Y más comedidamente, Luis Díez PICAZO (2012), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Civitas, Madrid, p. 379. Antonio PAU PADRÓN (2001), *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, pp. 121-122.

²² GARCÍA GARCÍA (1998, p. 313).

²³ Fuera del ámbito de la buena fe en el derecho de contratos, esto es, del que es objeto de este trabajo, el artículo 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal reputa desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Y a continuación, el subpárrafo segundo establece que “[e]n las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. En el texto, buena fe se contrapone a mala fe, pues “contrario” a “las exigencias de la buena fe” es solo la conducta de mala fe, no la negligente, como corrobora el mismo texto del artículo cuando se refiere a prácticas “honestas” del mercado. De nuevo la negligencia no es compatible con la deshonestidad.

“Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.”

Sin embargo, alguna sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo –como la de 14 de marzo de 2011²⁴– ha negado que la buena fe sea aplicable de oficio. Una tesis que, de generalizarse, arrastraría con ella la de su imperatividad. Sin embargo, y como ha visto bien Ángel Carrasco, esta doctrina “sólo es aceptable si se entiende en el sentido de que el juzgador no está obligado a construir o reconstruir los hechos de los que, una vez acreditados, hubiera de resultar *vi legis* una calificación sancionada por el artículo 7 CC”²⁵.

En punto a esta cuestión, conviene distinguir. Ya hemos apuntado que, en la concepción aquí defendida de la buena fe contextual, esta es graduable por las partes con los límites del derecho imperativo (y, más generalmente, con los límites del artículo 1.255 del Código Civil: moral y buenas costumbres). Si lo anterior es correcto, el tribunal habrá de estar a lo dispuesto por las partes mismas y resolver de acuerdo con lo alegado y probado. No cabría pues, y como escribió el magistrado Jesús Corbal en su ponencia de la STS, 1ª, 14.3.2011, reconstruir los hechos en casación²⁶.

“El planteamiento expuesto no había constituido el fundamento de la oposición a la demanda, [...] Y, en cualquier caso, lo que es más relevante si cabe, no constituyó el fundamento del recurso de apelación de los demandados aquí recurridos [...].

Por otra parte, dicho planteamiento no es un mero argumento o razón que justifica la decisión, sino que supone introducir en el proceso una cuestión con sustantividad propia que exige la alegación de parte, y no cabe introducir de oficio, porque no es de orden público y excede del ámbito del “iura novit curia”. Con la apreciación sorpresiva efectuada se altera el componente jurídico del debate, y se crea indefensión para la contraparte, a la que no le fue factible alegar ni probar una conclusión diferente de la adoptada por el juzgador. [...] la denuncia de la falta de ésta corresponde a la parte afectada [...]. Al no haberlo hecho así, es claro que se han infringido los principios de rogación del art. 216 LEC y de la congruencia [...], con vulneración además del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 LEC al introducirse en el proceso un elemento sorpresivo y “ex novo”, determinante de indefensión.”

7.1. La buena fe en la Directiva 93/13 y en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

En segundo lugar, ramas enteras del ordenamiento jurídico postulan la aplicabilidad de oficio y la imperatividad del principio de buena fe contractual. Uno de los supuestos más destacables es el derecho de los consumidores²⁷. Así, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la “Directiva 93/13” o la “Directiva”) dice:

²⁴ STS, 1ª, 14.3.2011 (ECLI:ES:TS:2011:1489; MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández).

²⁵ CARRASCO PERERA (2016, p. 81).

²⁶ En la sentencia, el Tribunal Supremo conoce de un recurso extraordinario por infracción procesal y de un recurso de casación. La cuestión legal era si los administradores de la sociedad filial podían ser condenados como responsables de la deuda derivada de un préstamo impagado concedido por la sociedad matriz a su filial participada al 98%.

²⁷ La imperatividad de las disposiciones de protección del consumidor tiene su reflejo más evidente en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, según el que la naturaleza abusiva de una cláusula contractual –entre otras razones, por su contrariedad a las exigencias de la buena fe– se sanciona con la no vinculación del consumidor a la misma (en el caso del derecho español, su nulidad).

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

Parecidamente, el artículo 4.1 de la Directiva refuerza el carácter material y contextual del análisis de la naturaleza abusiva: este habrá de considerar “la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato”, así como “todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

En su transposición al ordenamiento jurídico español, el legislador español adoptó la misma concepción del carácter abusivo de una cláusula establecida por la Directiva 93/13. Así el artículo 82.1 del TRLGDCU dice que:

“Se considerarán cláusulas abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente [...] que, en contra de las exigencias de la buena fe causen [...] un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Como en la Directiva, la buena fe se erige como un estándar primario para controlar la condición abusiva de una cláusula contractual. Sin embargo, el legislador español va más allá de la Directiva, pues precisa en el artículo 65 del TRLGDCU que los contratos celebrados con consumidores “se integrarán²⁸, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva”²⁹ y, similarmente, el artículo 80.1 TRLGDCU incorpora una lista de los requisitos de validez que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente (las “condiciones generales de la contratación”, en la LCGC) y, concretamente, en su subapartado c) se vuelve a revivir la buena fe³⁰.

“1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...] aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:
[...]
c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”.

Finalmente, las cláusulas que “determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe [...] en perjuicio del consumidor y usuario” son consideradas nulas de pleno derecho de conformidad con el artículo 87 del TRLDGPU.

²⁸ El legislador emplea el termino en imperativo (“integrarán”), en vez de otros tiempos verbales que expresarían, no obligatoriedad, sino posibilidad (podrán integrarse, por ejemplo).

²⁹ En contratos con consumidores celebrados electrónicamente o a distancia, el artículo 98 TRLDGPU establece una exigencia de buena fe contractual idéntica a la de la cláusula general del artículo 65: “el empresario [...] deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales”.

³⁰ La imperatividad de la buena fe en derecho del consumo es destacada por Reinhard ZIMMERMANN (2005), *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford. Puede consultarse la solvante traducción de Esther ARROYO I AMAYUELAS (2008), *El nuevo derecho alemán de obligaciones – Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Sabadell, pp. 231, 240 y 257.

7.2. La apreciación de oficio de la buena fe en las relaciones entre consumidores y empresarios

El TJUE, desde su sentencia de 27 de junio de 2000, dictada sobre los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 (Océano Grupo Editorial, S.A. y Salvat Editores, S.A.)³¹ estableció que los tribunales pueden examinar y apreciar de oficio la condición abusiva de una cláusula (y ello incluye, necesariamente, la consideración al principio de la buena fe):

“la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo [...] para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva [...]”.

La sentencia del asunto Océano y la jurisprudencia posterior dejan clara la posibilidad de que el juez nacional aprecie o examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula. No obstante, no podrá realizarse este control cuando se trate de cláusulas que se refieran “a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible” (artículo 4.2 de la Directiva 93/13). Este límite fue analizado por la Sala Cuarta del TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/13 (Kásler y Káslerné Rábai)³²:

“42. Toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta.

43. Ésta incluye, en primer término, las cláusulas relacionadas con «el objeto principal del contrato»”.

Después de su sentencia del año 2000, el TJUE ha seguido manteniendo el principio de apreciación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas³³, e igualmente por la Sala Primera del

³¹ En el caso, las compradoras demandantes habían suscrito con las demandadas y vendedoras en el procedimiento principal un contrato de compraventa a plazos de una enciclopedia. El contrato incluía una cláusula de atribución de competencia jurisdiccional a los Tribunales de Barcelona, ciudad que era el domicilio social de las vendedoras, pero donde ninguna de las compradoras residía. La cuestión legal que se planteó al TJUE era la conformidad con el derecho comunitario de tal cláusula de atribución de competencia jurisdiccional.

³² En este asunto la cuestión legal era si una cláusula relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos efectuados por los prestatarios para la amortización de un préstamo referenciado en una divisa extranjera (francos suizos, cuando la moneda funcional de los prestatarios era el forinto húngaro) e incorporada en un contrato de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes prestatarios con una entidad financiera era conforme con el derecho comunitario.

³³ Algunos ejemplos de sentencias del TJUE ratifican el sentido del texto:

Asunto C-473/00, de fecha 21 de noviembre de 2002 (Cofidis), en el cual se discutía si la imposición de un plazo de preclusión para la apreciación de la abusividad de una cláusula penal inserta en un contrato de crédito al consumo era conforme con el derecho comunitario.

C-168/05, de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro), sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula compromisoria incorporada en un contrato de abono a una línea de telefonía móvil.

C-243/08, de 4 de junio de 2009 (Pannon GSM Zrt.), que versaba sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula de sometimiento expreso a los tribunales del domicilio de Pannon inserta en un contrato de abono a una línea de teléfono móvil.

C-484/08, de 3 de junio de 2010 (Banco Español de Crédito), en la cual se preguntaba si un juez nacional podía apreciar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula de interés de demora del 29% incluida en un contrato de préstamo hipotecario.

Tribunal Supremo en múltiples sentencias, véase, por ejemplo, la de 9 de mayo de 2013 ([ECLI:ES:TS:2013:1916](#); MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos)³⁴:

“111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. [...]

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido [...].”

Recientemente, la Gran Sala del TJUE ha resuelto una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo sobre el alcance de la nulidad de una cláusula contractual abusiva: en la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada sobre los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 (Abanca Corporación Bancaria, S.A. y Bankia, S.A.)³⁵ el TJUE ha establecido que declarar la nulidad solo parcial de una cláusula abusiva es contrario a derecho comunitario, pues solamente podría el juzgador nacional integrar la cláusula con lo estipulado con la ley cuando el contrato no pudiera subsistir sin la mencionada cláusula:

“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE [...] deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”.

La salvedad relativa al objeto principal del contrato, al *bargain* entre las partes, vuelve a poner de manifiesto la naturaleza contextual de la buena fe contractual, pues los contratantes determinan cuál es el objeto principal del contrato, determinación que queda a salvo de la heterointegración que pudiera realizar el juez al amparo de la buena fe si el contrato no pudiera subsistir sin aquella y la anulación del contrato resultara especialmente perjudicial para el consumidor. En la Sentencia se recuerda además que “el propósito de la Directiva 93/13”, su “objetivo no es restringir la libertad de fijación de precios ... sino que persigue obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula no negociada

C-415/11, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz), sobre la conformidad con el derecho comunitario de las disposiciones españolas en materia de ejecución hipotecaria que no permitían suspender dicho procedimiento, ni cuando se observaba que la cláusula que había motivado la ejecución era – o podía ser – abusiva.

C-488/11, de fecha 30 de mayo de 2013 (Asbeek Brusse y de Man Garabito), sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula de declaración de mora por un solo impago, de una demora del 1% mensual y una pena contractual de 25 € por día de impago, incorporadas en un contrato de arrendamiento de vivienda por remisión a las condiciones generales del *Raad voor Onroerende Zaken* (Cámara de la Propiedad de Holanda).

³⁴ En este caso se discutía si las cláusulas suelo incorporadas en contratos de préstamo hipotecario suscritos por los demandantes con múltiples entidades financieras eran o no abusivas.

³⁵ Fernando GÓMEZ POMAR (2019), “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE”, *InDret* 2/2019: “La Sentencia Abanca resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los arts. 6 y 7.1 de la Directiva 93/13 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barcelona y relativas a las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de mensualidades debidas en dos contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, uno por importe de 100.000 euros y a 30 años, el otro por importe de 188.000 euros y a 37 años.”

individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo” (nº 44), pues “la libertad de fijación de precios [en la industria de las empresas aéreas dedicadas al transporte, entre otros, de viajeros]... es la culminación de una progresiva eliminación del control de precios ejercido por los Estados miembros para abrir el sector a la competencia” (nº 47)⁵⁶.

Más allá del derecho de los consumidores (artículo 1 TRLGDCU), en el derecho general de los contratos, el alcance del principio de buena fe es modulable por las partes. Así estas pueden pactar que se reservan toda información privada relacionada con el objeto del contrato en el cual y, por ejemplo resuelvan vender y comprar una cosa “*as it is*”. También pueden, en una carta de intenciones, “ponerse de acuerdo sobre cuándo una ruptura de la negociación no será de mala fe”⁵⁷. Las partes pueden incluso quedarse más acá del principio de buena fe cuando, también por ejemplo predeterminan que las relaciones que entablan no van a ser en ningún caso jurídicamente vinculantes, es decir, no van a ser contractuales⁵⁸.

Incluso en el ámbito de una negociación contractual, las partes pueden finalizarla con un acuerdo de cuya nulidad sean conscientes y, como consecuencia de ello, pongan expresamente de manifiesto que ninguna de ellas podrá excepcionar posteriormente el abuso de la nulidad formal del contrato en el futuro, aunque tal abuso conforme una categoría específica de la apreciación del principio de la buena fe que, en circunstancias normales, limitaría la alegación de la nulidad.

Y ya en el ámbito específico del artículo 1.258 CC, es decir, en presencia de un contrato válido y eficaz, las partes pueden especificar que el entendimiento de sus cláusulas deberá ser estricto y que, por ejemplo, deberá excluir la consideración de cualesquiera circunstancias posteriores a su celebración, incluso de aquellas que, normal e históricamente, serían atendibles por exigencias de buena fe (como una alteración sobrevenida, imprevisible y extraordinaria de las circunstancias). En la práctica, tales disposiciones se podrán entender como una modificación típica del contrato, por ejemplo, una tal que se refuerce la asunción de riesgos de una parte hasta convertirlo en un contrato aleatorio o de seguro.

En todo caso, los ejemplos anteriores muestran cómo la buena fe contractual es contextual, está ceñida al contrato y a sus circunstancias, y que es modulable con sujeción únicamente a los límites genéricos de los artículos 1.255 y 1.275 del Código Civil. El que la buena fe contractual sea modulable, el que sea contextual, no resta ni un ápice a su naturaleza contractual: en ningún caso sería justificable un comportamiento penalmente típico o ilícito, por contrario a la ley imperativa, a la moral y a las buenas costumbres. No cabe el dolo por contrato.

⁵⁶ La Sentencia menciona extensamente otra anterior de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines (C-487/12, EU: C2014: 2332), en la cual el TJUE consideró que el Reglamento 1008/2008 se opone a una regulación, como era la controvertida en aquel asunto, que obligaba a las compañías aéreas a transportar en cualquier caso el equipaje facturado sin poder exigir suplemento de precio alguno: proteger a los consumidores y fijar precios son cosas distintas. La libertad de fijación de precios en un mercado competitivo es compatible con la regulación europea y las nacionales de protección de los consumidores (aunque en la cultura jurídica española, la fuerza de la doctrina escolástica del justo precio ha influido notablemente en el derecho del consumo, la ordenación europea de los viajes aéreos es la expuesta por la Sentencia de 2014, revalidada por la de 2019).

⁵⁷ Ángel CARRASCO PERERA e Inés FONTES MIGALLÓN (2019), *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, p. 65.

⁵⁸ Pablo SALVADOR CODERCH (2015), *Relaciones de complacencia en el entorno digital. Discurso de ingreso como Académico de Número en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona.

8. Buena fe procesal

En la procesalística española contemporánea se manifiesta también una concepción doble de buena fe: una amplia y expansiva, basada en la tutela de los derechos fundamentales, bien representada por la monografía, ya clásica, de Juan Picó Junoy³⁹; y otra, más ceñida a los textos de nuestro derecho procesal y a las garantías procesales, también magníficamente representada por varios trabajos del profesor Cachón Cadenas⁴⁰.

El principio de buena fe procesal (artículos 11 LOPJ y 245 LEC, se citan), es claramente aplicable de oficio según señala la doctrina⁴¹, pese al posicionamiento de un sector minoritario contrario a tal apreciabilidad de oficio, en virtud del principio dispositivo que debe regir las actuaciones en el proceso civil.

La doctrina procesal que construye un concepto amplio de la buena fe, se aleja de la concepción contextual defendida en este trabajo. En efecto, según la línea doctrinal defendida por Picó i Junoy, el “carácter imperativo de los arts. 11.1 LOPJ y 247 LEC” permite concluir que “el principio de buena fe debe hacerse respetar también *ex officio*”⁴².

En la misma línea, y siempre según Picó i Junoy, el principio dispositivo que rige el proceso civil no obsta para que el juez, en el marco del proceso, y siempre acordemente con “la delimitación fáctica de lo enjuiciado”⁴³ que las partes hayan realizado en sus respectivos escritos de demanda y contestación, pueda aplicar de oficio el principio de buena fe procesal en la doble dimensión de la relación jurídico-procesal y jurídico-material:

“[R]especto de la relación jurídico-procesal, el juez puede apreciar la actuación maliciosa de la parte en todos aquellos actos que se deriven de su propia intervención procesal sin necesidad de que la parte contraria alegue nada [...].

Y, en segundo lugar, respecto de la relación jurídico-material, el juez también podrá apreciar de oficio la actuación maliciosa de la parte cuando concurren dos requisitos: que los hechos susceptibles de calificarse como atentatorios a la buena fe hayan sido oportunamente alegados por alguna de las partes, y que esta alegación forme parte del planteamiento o enfoque jurídico de quien será beneficiado por la apreciación de la mala fe [...]. En este caso, no es relevante que el litigante expresamente haya citado el artículo 7.1 CC, 11 LOPJ o 247 LEC, para que el juez aprecie de oficio los efectos derivados de una actuación atentatoria a la buena fe en virtud de la regla *iura novit curia* recogida en el artículo 218.1.II LEC [...]”⁴⁴.

Y desde un punto de vista material, la misma regla vendría exigida por el Código Civil (artículos 1.305 y 1.306), cuya consecuencia procesal es que a un tribunal hay que acudir con las manos limpias (*nemo auditur*).

³⁹ Joan PICÓ I JUNOY (2013), *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

⁴⁰ CACHÓN CADENAS (2005a) y Manuel Jesús CACHÓN CADENAS (2005b), “La buena fe en el proceso civil”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, pp. 209-250.

⁴¹ M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (1992), “Comentario al artículo 7 del Código Civil”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, p. 897. M^a Nélida TUR FAÚNDEZ (2011), *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 55.

⁴² PICÓ I JUNOY (2013, p. 135).

⁴³ PICÓ I JUNOY (2013, p. 137).

⁴⁴ PICÓ I JUNOY (2013, pp. 137-138).

La segunda y estricta posición doctrinal de la buena fe, bien representada por Montero Aroca y Cachón Cadenas, sostiene que hay que ceñirse a una construcción del principio de buena fe procesal que permita compatibilizarlo con las garantías constitucionales del proceso, con el principio de legalidad en el derecho sancionador, así como con el principio dispositivo propio del proceso civil: la buena fe no permite construir un ordenamiento alternativo, no habilita al juez o al árbitro de derecho para laminar los derechos de defensa y las garantías procesales de las partes.

“En las dos características de la noción de buena fe procesal que he mencionado, es decir, el tratarse de un concepto indeterminado y, a la vez, potencialmente omnicomprendivo, estriba, a mi juicio, la principal dificultad para hacer compatible esa noción con las garantías constitucionales del proceso y con el principio de legalidad procesal y sancionadora [...]. Precisamente por el carácter indeterminado y potencialmente expansivo de la noción de buena fe procesal, si este concepto no es objeto de una delimitación drástica, se corre el riesgo de que se convierta en una especie de ordenamiento procesal alternativo al previsto en la Constitución y en la ley, de manera que, en mayor o menor medida, dicha noción acabe por desplazar o suplantar al derecho positivo”⁴⁵.

Hay, pues, en la procesalística española dos concepciones matizadamente distintas del principio de buena fe procesal: una expansiva, según la cual el principio se interpreta directamente en función del catálogo de derechos fundamentales declarados por el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y, en particular, de los derechos a la tutela judicial efectiva⁴⁶, a la defensa⁴⁷, a la igualdad⁴⁸ y aun proceso sin dilaciones indebidas⁴⁹. Y otra más ceñida a los principios de legalidad, de defensa y de garantías procesales.

En este trabajo defendemos una posición sobre la buena fe contractual más próxima a la segunda posición procesalista que a la primera: la buena fe permite pensar un ordenamiento paralelo, pero no en otro alternativo. Entre la fundamentación específica en la regulación constitucional de las garantías procesales de la CE (véanse los arts. 24 y 25) y la general referida a los derechos fundamentales, prima aquella⁵⁰.

⁴⁵ CACHÓN CADENAS (2005b).

⁴⁶ PICÓ I JUNOY (2013, p. 88): “la jurisprudencia del TC ha recurrido, en casos extremos, al principio de la buena fe procesal como criterio para evitar el uso malicioso de las normas procesales, al comportar la vulneración del derecho a la efectividad de la tutela judicial de la contraparte [...]. En esta línea, también la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto la relación entre el principio de buena fe procesal y la garantía de la tutela judicial efectiva”.

⁴⁷ PICÓ I JUNOY (2013, p. 90): “La actuación maliciosa de un litigante suele, en la mayoría de las ocasiones, estar dirigida a perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria, por lo que si se desea proteger este derecho fundamental deberá rechazarse la citada forma de actuación procesal”.

⁴⁸ PICÓ I JUNOY (2013, pp. 91-92): “[...] una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la pena igualdad de trato entre ambos litigantes; o en términos del TC, la vigencia de este derecho a la igualdad de armas procesales obliga al juez a evitar cualquier obstáculo que dificulte gravemente la situación de una parte respecto de la otra”.

⁴⁹ PICÓ I JUNOY (2013, pp. 92-93): “[...] el uso de ciertas instituciones procesales puede no tener por objeto el legalmente previsto, sino tan solo retrasar el curso normal de las actuaciones. En estos casos [...], de intervención maliciosa de alguna de las partes, el secretario judicial o el juez debe rechazar la petición que se le formule si no quiere infringir a la parte contraria su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas”.

⁵⁰ *Cfr.* STC, 2ª, 29.9.1997 (ECLI:ES:TC:1997:151; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

9. Análisis económico del derecho (*Law and Economics*) y buena fe contractual

La incorporación del análisis económico del derecho a la dilucidación y análisis de la buena fe contractual ha tenido lugar mayormente en este siglo XXI y se debe a autores que trabajan en entornos fronterizos del *Civil Law* y el *Common Law*, como Ejan Mackaay, profesor emérito de la Universidad de Montreal, o Hans-Bernd Schäfer, quien lo ha sido de la Universidad de Hamburgo y de la *Bucerius Law School*. Ambos han puesto énfasis en que la exigencia de buena fe propia de los códigos civiles del *Civil Law* y luego en el *Common Law* mismo: artículo 7 CISG⁵¹, o en la *lex mercatoria* del artículo 1.7 de los Principios Unidroit⁵², persigue la conducta oportunista de una parte contractual – aquella que, como bien definió Oliver Williamson en 1975 consiste en la “búsqueda del interés propio mediante el engaño”⁵³–.

La utilización del principio de buena fe, escriben Mackaay y Schäfer, permite reducir los costes de transacción, y particularmente, los gastos incurridos por las partes en precaverse recíprocamente de la mala fe de la otra; también posibilita incrementar el beneficio conjunto del contrato concebido como instrumento de creación de riqueza; y, por último, dificulta que una parte consiga una redistribución a su favor de los beneficios del contrato que resulte manifiesta y gravemente injusta.

Para el análisis económico, la explotación grave de una parte por la otra se ve facilitada en los entornos contractuales caracterizados por una asimetría estructural de información a favor de la parte que obtiene la ventaja excesiva. Esta ha de ser suficientemente conspicua, es decir ha de superar una proporción (*threshold*) que es relativa a cada circunstancia contractual concreta.

El análisis económico del derecho es consciente de que el concepto de buena fe facilita ampliar la discrecionalidad del juez o del árbitro, favorece el activismo judicial e ignora que los jueces – menos los árbitros profesionales- no siempre están bien informados de las circunstancias del contrato concreto (casi nunca lo están tan bien como las partes, fuera del derecho del consumo) o de las pautas o usos de la contratación en los sectores del tráfico relevantes –aunque la especialización creciente de la segunda instancia judicial en España contrarresta esta objeción –⁵⁴.

El análisis económico del derecho de la buena fe contractual también ha puesto de manifiesto cómo su alcance se acota mediante el recurso a categorías o subcategorías⁵⁵ que la presuponen,

⁵¹ “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”

⁵² (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”

⁵³ “self-interest seeking with guile”. Véase Oliver E. WILLIAMSON (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-trust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, Free Press, New York, p. 255.

⁵⁴ Ejan MACKAAY y Violette LEBLANC (2003), “The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law Contract”, en *2003 Conference of the European Association of Law and Economics*, Nancy, France, 18-20 September. Ejan MACKAAY (2009), “The Economics of Civil Law Contract and of Good Faith”, en *Symposium in honour of Michael J. Trebilcock*, Toronto, 1-2 October. Ejan MACKAAY (2011), “Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis”, *Cirano Scientific Series 2011s-74*, Montréal. Hans-Bernd SCHÄFER & Hüseyin Can AKSOY (2015), “Good Faith”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer Science & Business Media, New York, p. 1.

⁵⁵ A este respecto, y como bien apuntan SCHÄFER y AKSOY (2015, p. 3), las subcategorías del principio general de buena fe son, entre otras: “culpa in contrahendo; contract with protective effects for a third party; liability for breach of trust; adaptation of the contract to changed circumstances (clausula rebus sic stantibus); side obligations from a contract

como ocurre en el artículo 7 del Código Civil español, en el cual la referencia al abuso de derecho sigue a la buena fe. El abuso del derecho es social o institucional⁵⁶, mientras que la buena fe es individual y concreta, pues se predica de actos de ejercicio de un derecho.

Exactamente lo mismo, una explicación general del principio de buena fe seguida de un elenco de categorías y subcategorías que la concretan, lo encontramos, en las antípodas del análisis económico, en los grandes comentarios y tratados secularmente elaborados por la doctrina alemana sobre el BGB y su parágrafo 242⁵⁷. Esta doble aproximación, desde el análisis económico y doctrinal, es fecunda por su independencia recíproca, pues se lleva a cabo prácticamente del mismo modo desde dos ámbitos muy distintos y tradicionalmente poco interrelacionados, como son el análisis económico del derecho y la dogmática civil alemana, aunque hasta en Alemania la integración del discurso económico en el jurídico es creciente⁵⁸.

10. El contexto de la buena fe objetiva en el artículo 1.258 del Código Civil

En el artículo 1.258 del Código Civil la buena fe contractual, es decir, la conformidad de la conducta de las partes con exigencias de corrección, coherencia y credibilidad, es contextual:

10.1. Contrato válido y eficaz

En el artículo mencionado, la buena fe parte de un contrato válido y eficaz y que, además y en principio, es inmediatamente exigible, pues el texto dice, literalmente, “obligan”. Sin embargo, hay que entender que se refiere también a un contrato meramente vinculante, pues, por ejemplo, puede incluir obligaciones suspensivamente condicionadas. Esta distinción es básica para entender qué es buena fe contextual: si las obligaciones contractuales están sujetas a condición suspensiva, los efectos del contrato son meramente vinculantes y el alcance de la buena fe contractual se centra en los actos o comportamientos conservativos (artículo 1.121 del Código Civil). El deudor todavía no está obligado, la obligación no ha nacido, pero si su comportamiento o conducta tienden a frustrar la conservación del derecho eventual de su acreedor, este podrá accionar ex artículo 1.121 del Código Civil con todas aquellas consecuencias que razonablemente se entiendan derivadas del principio de buena fe (igualmente: artículo 115 de la LH). La distinción entre vinculación y obligación, entre validez y eficacia, está implícita en el artículo 1.258 del Código Civil, dada la expresión “desde entonces”, es decir, desde la perfección del contrato.

En cambio, si el contrato es nulo, o simplemente si todavía no se ha perfeccionado, las exigencias de la buena fe se ciñen a las derivadas de la aplicación de la doctrina de la culpa *in contrahendo*, la cual no es objeto de este trabajo⁵⁹.

En tercer lugar, el artículo 1.258 del Código Civil incorpora el principio espiritualista del derecho español de contratos (artículos 1.254 y 1.278 del Código Civil), el cual excluye o minimiza la

(breach of which constitutes a case of breach of contract); obligation to contract; principle of trust in formation, interpretation, and gap filling of legal transactions; misuse (abuse) of rights; and forfeiture.”

⁵⁶ CARRASCO (2016), pp. 507-509.

⁵⁷ FRIESECKE (2018), Dirk LOOSCHELDERS & Dirk OLZEN (2015), “Comentario al § 242 BGB”, en STAUDINGER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, B.2 Recht der Schuldverhältnisse 241-243 Treu und Glauben, Sellier, De Gruyter, Berlín, pp. 339-735. KRÜGER (2018).

⁵⁸ Hein KÖTZ (2012), *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck Lehrbuch, Tübingen, p. 266.

⁵⁹ Ángel CARRASCO PERERA (2017), *Derecho de contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 119-137.

relevancia de los requisitos formales en presencia de consentimiento contractual. Las partes pueden modular cualesquiera exigencias adicionales para considerar perfeccionado el contrato, pero si no lo hacen, es claramente contrario a la buena fe ampararse en pretendidas irregularidades que no afectaron a la manifestación de un consentimiento libre y recíproco.

10.2. La buena fe contractual es contextual al contrato mismo

En el artículo comentado, la buena fe no opera primariamente para corregir el contenido del contrato, no actúa “en vez del contrato”, sino que lo hace conjuntamente con él o, en el artículo más claramente, de modo complementario, como fuente de interpretación del contrato. Además, hay en el artículo una distinción implícita entre aquello que ya ha sido expresamente pactado, en su caso, y aquello que no lo ha sido ya. En el primer ámbito, la buena fe es primariamente interpretativa; y, como ya hemos señalado repetidamente a lo largo de este trabajo, lo expresamente pactado puede precisamente ceñir grados más o menos intensos de exigencia de la buena fe (las partes pueden, por ejemplo, haber pactado facultades de denuncia o desistimiento *ad nutum*, al criterio libérrimo de una o de ambas, incluso intempestivas; cfr. artículo 1.705 y 1.706 del Código Civil). En cambio, si el contrato se formó tácitamente, por actos concluyentes, no existe lo expresamente pactado o cuando, habiendo contrato expreso, su inevitable incompletud es integrada por la buena fe. En ambos casos, la buena fe integra el alcance de tales actos concluyentes en el contrato y colma las lagunas o insuficiencias de lo pactado en el contrato incompleto. Además, en defecto de pacto expreso o en ausencia de su tenor, el alcance del principio de buena fe es más fuerte que en su presencia, pues entonces aquella deja de ser contextual, aunque, y como veremos, el juez carezca de un arbitrio absoluto pues, también en ausencia de pacto expreso, la naturaleza del contrato, los usos y la ley, limitan la imaginación judicial. Afortunadamente.

10.3. Buena fe contextual como coherencia

Solo en casos de quiebra total o parcial del contrato, o en casos manifiestos e intolerables de *exceptio doli*, por ejemplo, el artículo 1.258 del Código Civil, en tanto que objetiva, la buena fe es corrección, pero, además, es coherencia con el contrato y el texto no ampara resoluciones que integren el contenido del contrato pero que sean incongruentes con el contrato mismo. Utiliza la palabra “consecuencia”, es decir, “[h]echo o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”, “[i]lación o enlace del consiguiente con sus premisas” (acepciones 1ª y 4ª del DRAE) que se pretende hacer derivar de la buena fe con las premisas en las cuales se sigue el contrato mismo. Se ve ahí cómo la alegación de la buena fe difícilmente puede contradecir lo pactado. Solo en casos extremos, en contratos de tracto sucesivo y de larga duración objetos de una alteración exorbitante, imprevisible o extraordinaria de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*), o en casos manifiestos e intolerables de *exceptio doli*, por ejemplo, es admisible la alteración aparente del principio de congruencia. Es más, en tanto en cuanto el contrato se ha celebrado sobre una base, en vista de tales o cuales circunstancias y su evolución previsible, su adaptación o terminación por exigencias de la buena fe no sería incongruente con el contrato mismo. Del mismo modo un contrato normalmente vinculante no puede excluir la prestabilidad del dolo. Mas el juzgador habrá de explicitar cuál es la categoría o subcategoría que incorpora y modula la doctrina general de la buena fe y que considera aplicable al caso. Este acoplamiento lo hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, particularmente en el derecho de los consumidores, en el cual la referencia a la buena fe hace se formula siempre junto con expresiones tales como “justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes” [artículo 80.1.c) TRLGDCU],

“desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (artículo 82.1 TRLGDCU) y “falta de reciprocidad en el contrato” (artículo 87 TRLGDCU). El género de la buena fe se concreta en la especie.

10.4. La naturaleza del contrato: tipo, causa y contrato concreto

En español, “naturaleza” es una expresión ambigua, pero en este trabajo su sentido contextual propio más probable es “especie, género o clase” (10ª acepción en el DRAE)⁶⁰. La articulación y alcance de la buena fe contextual en los contratos se delimita de acuerdo con la clase o tipo de contrato de que se trate, con su causa y, en particular, con su causa concreta. A la consideración jurídica propia del análisis doctrinal, se suma la consideración económica y contable, cuyos criterios básicos aparecen en el Plan Nacional de Contabilidad⁶¹. La referencia a este no es extravagante, pues la relevancia del plan resulta naturalmente del principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como de criterios normativos razonables aplicados por leyes generales como por ejemplo es el caso del artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En parecido orden de ideas, los deberes de lealtad son típicos de las relaciones de gestión de asuntos o intereses ajenos, pero mucho menos intensos en la compraventa y, en un contrato de juego, se ciñen a las exigencias de juego limpio o *fair play*. Como se puede ver de nuevo, la buena fe es contextual.

Influye también el contrato concreto, la ordenación concreta que las partes han previsto y aquí, de nuevo, hay que hacer mención a las disposiciones sobre buena fe de nuestro derecho de consumo, en las cuales su exigencia se asocia al equilibrio prestacional o, más cercanamente, al artículo 1.289.1 *in fine* del Código Civil.

Finalmente, la buena fe contractual es también sistemática en cuanto para su dilucidación no solo hay que atender a cada cláusula del contrato, sino a aquello que resulte de su conjunto, de modo que las cláusulas ambiguas en el sentido “más adecuado para que produzca efecto” (artículo 1.284 CC).

10.5. Buena fe y usos

La referencia a los usos en el artículo 1.258 CC ha de ponerse en relación con el artículo 1.3, párrafo 2º CC y con el artículo 1.287 CC. En la doctrina se ha discutido si los usos del artículo

⁶⁰ Una sencilla búsqueda en el Código Civil permite ver que en su texto aparecen 63 referencias al término de “naturaleza”, de las cuales 7 se incluyen en los títulos de diversos Capítulos del Código Civil. Las 56 referencias restantes se encuentran mayoritariamente concentradas en sede contractual (artículos 1.257, 1.258, 1.286, 1.483, 1.495, 1.555.2, 1.558, 1.608, 1.655, 1.680, 1.705, 1.707, 1.719 y 1.800 del Código Civil). También en el derecho general de obligaciones (artículos 1.100.2, 1.104, 1.118, 1.120, 1.122, 1.128, 1.148, 1.151 y 1.174 del Código Civil), en sucesión por causa de muerte (artículos 9.8, 796, 823, 956, 959, 1.047 y 1.061 del Código Civil) y el derecho de filiación (artículos 9.4, 108, 112 y 180.4 del Código Civil). Las restantes menciones a la “naturaleza” son residuales. Concretamente, las hallamos en sede de asociaciones de interés público (artículo 36 del Código Civil) adopción (artículo 175.5 del Código Civil), el uso adecuado a la “naturaleza” de los bienes muebles (artículo 337.II del Código Civil), la comunidad de bienes (artículo 396 del Código Civil), las aguas como bienes de dominio público (artículo 407.4 del Código Civil) y de dominio privado (artículo 408.2 del Código Civil), la posesión (artículo 456 del Código Civil), el usufructo (artículo 485 del Código Civil), la ocupación (artículos 610 y 617 del Código Civil), las donaciones (artículo 620 del Código Civil), el régimen económico-matrimonial de la comunidad de gananciales (artículos 1.356 y 1.385 del Código Civil), la fianza (artículo 1.843) y la concurrencia y prelación de créditos (artículo 1.928 del Código Civil).

⁶¹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. En él pueden verse, por ejemplo, para la permuta la norma 2ª, 1.3; para el arrendamiento la norma 8ª, para los ingresos por venta la norma 14ª, 2; o para las donaciones la norma 18ª.

1.258 CC son interpretativos, además de integrativos, o incluso normativos, equivalentes a la costumbre, que es fuente de derecho⁶².

El artículo 1.258 CC no distingue entre unos y otros; cuáles sean los relevantes para modular la buena fe en los casos concretos dependerá de las circunstancias de cada uno de ellos. En algunos, se tratará de usos normativos (es decir, de costumbre en sentido estricto)⁶³ y su tratamiento será parejo al que la buena fe contractual tiene con la ley, con la única e importante salvedad de que en el sistema español de fuentes, la costumbre es *praeter legem*, no *contra legem*⁶⁴. Un límite inferior al concepto amplio de usos para modular la buena fe connotado por el artículo 1.258 CC es el modo o práctica propios y exclusivos de las partes en sus relaciones contractuales si son repetidas porque la práctica bilateral no basta, en principio, para configurar un uso. Mucho menos, la práctica exclusivamente individual de una de las partes la cual no ha de extrapolarse sin más a la relación contractual bilateral, pues el contrato se interpretará o se integrará con los usos o prácticas usuales y no necesariamente con los modos de hacer de una de las partes, los cuales, de nuevo, no tienen por qué haberse tenido en cuenta en el contrato concreto del cual se trate. La insistencia en la contextualidad de la buena fe se constata también en el caso en el cual las partes se acomoden a un código de buenas prácticas. Cuál sea su alcance específico dependerá de la naturaleza del código, por ejemplo, de que se haya establecido por mandato legal, de que

⁶² Luis Díez-PICAZO (1991), “Comentario al artículo 1 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 7 afirma el carácter de “fuente secundaria del ordenamiento jurídico español” a la costumbre pues estas “normas jurídicas de carácter consuetudinario [...], aquellas que, cualquiera que sea su origen [...] poseen real eficacia, por su efectiva implementación y observancia, durante largo tiempo” y solo se aplican “«extra» o «praeter legem». Así lo establece claramente el artículo 1.3: «sólo regirá en defecto de ley aplicable»” [Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2013), “Comentario al artículo 1 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, p. 22). Luis Díez-PICAZO, en el “Comentario al artículo 1.258 CC” afirma, apoyándose en DE CASTRO, que “[l]os usos aludidos en el art. 1258 son los que la doctrina ha llamado usos del tráfico o usos de los negocios, que DE CASTRO definía como el modo normal de proceder en el mundo de los negocios”, usos que integran el contrato “de un modo objetivo y con independencia de la voluntad de los otorgamientos. No rige porque se presuma que las partes quisieron o hubieran querido lo que es habitual querer, sino como un criterio independiente de tal voluntad” (T. II, p. 438).

⁶³ Con cita de la doctrina mercantilista, Díez-PICAZO pone de manifiesto “la dualidad de los usos, separando usos normativos y usos interpretativos”, siendo el primer tipo aquel que “representa una rama del Derecho objetivo que se impone como tal a la voluntad de las partes”, por lo que es “independiente de la voluntad de las partes” mientras que los segundos “representan siempre el contenido típico de un contrato”. También Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), “Comentario al artículo 1258 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, p. 1506 pone de manifiesto el debate doctrinal entre usos normativos y usos interpretativos destacando que “[u]na doctrina autorizada defiende que la distinción entre usos normativos y usos interpretativos «ex» artículo 1.3 no afecta a la interpretación del artículo 1287; que este precepto no distingue dos tipos de usos o dos usos de diferente naturaleza (el interpretativo en su primer inciso y el normativo en el segundo), sino dos funciones susceptibles de ser desempeñadas por los usos y que nada obsta para que un uso normativo cumpla una función interpretativa”. El autor cita los trabajos de Luis Díez-PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, Civitas, Madrid, p. 408 y Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (1995), “Comentario al artículo 1287”, en Manuel ALBALADEJO y Silvia Díez ALABART (Dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, pp. 62-64.

⁶⁴ Véase en esta misma línea a Luis Díez-PICAZO (1991), “Comentario al artículo 1 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 7: “No son admisibles las llamadas costumbres contra legem o costumbres que establecen o disponen lo contrario de lo ordinario o lo dispuesto por la ley”. En este mismo sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2013), “Comentario al artículo 1 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, p. 22: “La costumbre no puede ser contraria ni a la ley (STS 2 abril 1993 [R] 1993, 2985), ni a la moral social dominante, ni al orden público (art. 1.3)”. Luis Díez-PICAZO (1991), “Comentario al artículo 1 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 7, dice que una excepción a la prohibición de la costumbre *contra legem* es “en los Derechos civiles especiales de determinadas regiones o comunidades autónomas, pues el art. 149.1.8 de la Constitución, les reserva el establecimiento de sus propias fuentes del derecho, por lo que es posible que en ellas la existencia de costumbres contra ley, como ocurre, singularmente, en el Derecho foral de Navarra según su Compilación”.

sea una práctica profesional impulsada por la industria o el gremio profesional, o de que sea incluso un acuerdo marco de las relaciones entre las partes. No cabe generalizar pero el principio de buena fe es también consonante con los usos.

10.6. Buena fe y ley

En el artículo 1.258 CC no se distingue entre ley imperativa o prohibitiva y ley dispositiva. Por ello, defendemos que la buena fe contractual se integra con la ley sin más.

La anterior no es la posición de la doctrina dominante española la cual restringe el alcance de la expresión “ley” del artículo 1.258 CC a la ley dispositiva, pues, se afirma, la ley imperativa se aplica sin más, por su condición de tal, con independencia de cualquier disposición privada. Sin embargo, el principio de buena fe no es ninguna disposición privada⁶⁵. Además tal interpretación no resulta del texto específico del artículo 1.258 CC, el cual habla de “consecuencias que [...] sean conformes a la ley” y la exigencia de conformidad se predica primariamente (*rectius*: necesariamente) de la ley imperativa. Además el artículo 3.2 del Código Civil establece que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”, sin distinguir también entre normas imperativas y dispositivas. Y si la equidad, la cual es más laxa que la buena fe objetiva, modula la aplicación estricta de la ley, con mayor razón podrán hacerlo las exigencias que, en el caso concreto, el juzgador entienda derivadas de la buena fe. En la doctrina alemana es pacífico que el derecho imperativo no está excluido del principio de integración establecido por el § 242 del BGB⁶⁶.

No tendría mucho sentido dejar de modular el principio de buena fe en cada contrato al margen de su conformidad con el derecho imperativo (*ius cogens*), mucho menos en una concepción que asume integrar principios con derecho positivo sin confundir sus orígenes, pues los principios tienen mucho que ver con la moral social y no se confunden con el derecho positivo (véase artículo 1.255 CC). Cierto es que, a la postre, como el artículo 1.4 CC establece que “los principios generales se aplicarán en defecto de la ley”, la doctrina dominante tiene a su favor la subsidiariedad de esta fuente del derecho en el sistema del Código Civil. Pero ello, apuntamos aquí de nuevo, no sería coherente con el inciso final del mismo artículo 1.4 CC que dice “sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico” y no lo sería tampoco con la concepción integradora del debate Hart-Dworkin asumida en este trabajo. “Informador”, de “informar”, es, en este contexto, “[f]undamentar, inspirar” (3ª acepción del DRAE) e, incluso, “[d]ar forma sustancial a algo” (4ª acepción del DRAE). En la concepción del artículo 1.258 CC hay, por así decirlo, un ir y venir entre el principio de buena fe y la ley imperativa y dispositiva casi como si se tratara, en expresión feliz de José María Miquel, “de un ordenamiento paralelo”, coherente. Y esta reflexión nos lleva al último epígrafe de este trabajo.

⁶⁵ Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), “Comentario al artículo 1.258”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1995), “Integración contractual (Derecho Civil)”, en Alfredo MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, p. 3639. Luis DÍEZ-PICAZO (1991), “Comentario al artículo 1258 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 462. Juan ROCA GUILLAMÓN (1993), “Comentario al artículo 1258 CC”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Fernando REGLERO CAMPOS (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º A, Edersa, Madrid, p. 462.

⁶⁶ Por todos, véase Wolfgang KRÜGER (2018), “Comentario al § 242 BGB”, en Franz JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, p. 135 (nº 75, letra c). Todas las normas se modulan de acuerdo con la buena fe contractual, también las imperativas.

10.7. Buena fe y normas sociales

Las consideraciones anteriores nos llevan a un último apunte sobre la relación entre el principio de buena fe contractual y las normas sociales (*social norms*). Las normas sociales son los cánones y pautas de conducta no establecidos por el Estado o, por lo menos, que no son aplicados por el Estado y sus órganos⁶⁷. El principio de buena fe es, así, el mecanismo al cual recurren los contratantes o, en su caso, los mediadores, los árbitros o los tribunales para interpretar o integrar el texto del contrato según cánones de conducta que la comunidad asume que en el caso concreto resultaban exigibles. Según la concepción dominante, unilateralmente dworkiana, las normas sociales podrían ser directa e inmediatamente aplicables. En la concepción que hemos defendido y fundamentado en este trabajo la buena fe es contextual, no es independiente del contrato, sino que se aplica con respeto a su texto, su contenido, su naturaleza y, por supuesto, la ley. En el artículo 1.258 CC la idea rectora es que la buena fe se aplica además, no en vez, del contrato.

11. Conclusión

Buena fe es una expresión recurrente en los textos de derecho privado español y su sentido cabal en cada uno de ellos está en función de cada uno de estos mismos textos. En algunos es buena fe objetiva; en otros, buena fe subjetiva. En el artículo 1.258 CC la buena fe es contextual: interpreta e integra un contrato válido y eficaz. Incluso cuando excepcionalmente lo corrige o lo termina, ello ocurre porque una doctrina específica sitúa al juzgador en el momento de la celebración del contrato y en contemplación de las circunstancias que constituyen la base del negocio. Pero esto es excepcional. En la inmensa mayoría de los casos la buena fe contractual no es ningún comodín, sino que es contextual.

El carácter contextual de la buena fe, como se defiende a lo largo de este trabajo, excluye interpretaciones maximalistas que tengan por objeto la creación de un ordenamiento jurídico alternativo al que surge del derecho positivo vigente y al que resulta aplicable al contrato concreto. La buena fe, como se entiende en este trabajo, debe ser un mecanismo que contribuya a la compleción del contrato, siempre dentro de los marcados límites del contrato suscrito entre las partes pues, en definitiva, la buena fe es un mecanismo de interpretación e integración del contrato, no para novar el contrato o crear un segundo contrato, ajeno del primero.

12. Bibliografía

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Integración contractual (Derecho Civil)”, en Alfredo MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

Klaus ANDERBRÜGGE, *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

Esther ARROYO I AMAYUELAS, *El nuevo derecho alemán de obligaciones – Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Sabadell, 2008.

⁶⁷ Eric A. POSNER (2002), *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Harvard.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

Manuel Jesús CACHÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005a, pp. 209-250.

----, “La buena fe en el proceso civil”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núms. 1-2, 2005b, pp. 7-44.

Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

---, *Derecho de contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Ángel CARRASCO PERERA e Inés FONTES MIGALLÓN, *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, “Comentario al artículo 1258 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Prólogo”, en José Luis CARRO (Trad.), *El principio de buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª reimpresión, 1986.

----, “Comentario al artículo 1 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

----, “Comentario al artículo 1.258 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

----, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, Civitas, Madrid, 1996.

----, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Civitas, Madrid, 2012.

----, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2014.

Ronald DWORKIN, “The Model of Rules I”, *University of Chicago Law Review*, nº 35 1967, pp. 14-46.

Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A toolkit for thinking about the law*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.

Johannes FRIESECKE, “Comentario al § 242 BGB”, en Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 78. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, pp. 264-276.

José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Civitas, Madrid, 1998.

M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Comentario al artículo 7 del Código Civil”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 1992.

Fernando GÓMEZ POMAR (2019), “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE”, *InDret* 2/2019.

Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

Martijn HESSELINK, “Chapter 18. Good Faith”, en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA & Edgar DU PERRON (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 2^a ed., Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, pp. 305, 307.

Hein KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck Lehrbuch, Tübingen, 2012, p. 266.

Wolfgang KRÜGER, “Comentario al § 242 BGB”, en Franz JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.

José Luis LACRUZ BERDEJO y Franciso de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 1984.

Heinrich LANGE, „Wesen und Gestalt des Volksgesetzbuch“, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 103, H.2., 1943, pp. 208-259.

Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1^a ed., 1960.

Dirk LOOSCHELDERS y Dirk OLZEN, “Comentario al § 242 del BGB”, en J. VON STAUDINGER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, B.2 Recht der Schuldverhältnisse 241-243 Treu und Glauben*, 6. Aufl., Sellier, De Gruyter, Berlín, 2019, pp. 339-735.

Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Comentario al artículo 1287”, en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2^o, 2^a ed., Edersa, Madrid, 1995.

Ejan MACKAAY & Violette LEBLANC, “The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law Contract”, en *2003 Conference of the European Association of Law and Economics*, Nancy, France, 18-20 September, 2003.

Ejan MACKAAY, “The Economics of Civil Law Contract and of Good Faith”, en *Symposium in honour of Michael J. Trebilcock*, Toronto, 1-2 October, 2009.

----, “Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis”, *Cirano Scientific Series 2011s-74*, Montréal, 2011.

Jens MEIERHENRICH, *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 7.º 1º”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

----, “Buena fe”, en Alberto MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 831 y ss.

Juan MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002.

Antonio PAU PADRÓN, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.

Joan PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2013.

Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7. Aufl., Heidelberg, 2012.

Eric A. POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Harvard, 2002.

Juan ROCA GUILLAMÓN, “Comentario al artículo 1258 CC”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Fernando REGLERO CAMPOS (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º A, Edersa, Madrid, 1993.

Pablo SALVADOR CODERCH, *Relaciones de complacencia en el entorno digital. Discurso de ingreso como Académico de Número en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 2015.

Hans-Bernd SCHÄFER & Hüseyin Can AKSOY, “Good Faith”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer Science & Business Media, New York, 2015, p. 1.

Scott J. SHAPIRO, “The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed”, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper nº 77, 2007.

Michael STOLLEIS, „Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus“, en Frank DIETMEIER, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 155, núm. 2, 2008, pp. 121-122.

M^a Néida TUR FAÚNDEZ, *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de las Cosas*, Madrid, 1973.

Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1^a ed., 1952.

----, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1955.

Oliver E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-trust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, Free Press, New York, 1975.

Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2005.