

El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés

M. Natalia Mato Pacín

Área de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

*Abstract*¹

El reconocimiento de la buena fe, elemento central del Derecho de contratos en los Ordenamientos jurídicos continentales, ha sido tradicionalmente una de las características diferenciadoras respecto del sistema inglés. Una sentencia recaída en 2013, Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd, parece haber revitalizado en los últimos años el debate acerca del encaje de esta figura en el Derecho contractual inglés. Tomando como punto de partida dicha resolución, el presente trabajo tiene como objeto determinar si este aparente mayor interés por la buena fe tiene reflejo en una aceptación generalizada por parte de los Tribunales. Para ello, se revisa la jurisprudencia inglesa en la que el deber de buena fe ha desempeñado algún papel en materia contractual. Así, se analizan los mecanismos a través de los que, en su caso, se ha dado entrada a esta figura (principalmente, los implied terms), intentando delimitar los supuestos en los que la buena fe tiene presencia y la intensidad y singularidades de su reconocimiento.

While good faith is a key element in the continental contract legal systems, English contract Law has traditionally been reluctant to accept it. A relatively recent decision, Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd, seems to have revitalised the discussion about whether that general principle fits in the English contract Law. Taking this decision as a reference, the aim of this paper is to determine the effects of this increasing interest about the good faith in the case-law. For this purpose, English decisions which recognise some role to the duty of good faith in contract Law are analysed. Mechanisms used to incorporate this general principle to the content of the contract (mainly, implied terms) are examined, trying to define the fields where good faith is in a certain way relevant and the singularities of its acknowledge.

Title: The role of good faith in English contract Law

Keywords: Duty of good faith, English contract law, implied terms, content of the contract, relational contracts.

Palabras clave: Deber de buena fe, Derecho inglés de contratos, integración, contenido del contrato, contratos a largo plazo.

¹ Trabajo realizado en el marco y como resultado de la estancia de investigación realizada en *University College London* e *IALS* (Londres) con la Ayuda del Programa para la Movilidad de Investigadores de la *Uc3m* (modalidad jóvenes doctores, convocatoria 2016).

Sumario

1. Introducción
2. Razones para la resistencia a un principio de buena fe de aplicación general en el Derecho contractual inglés
3. Yam Seng y un deber implícito de buena fe
4. Incidencia de la buena fe en los derechos y obligaciones de las partes en el Derecho contractual inglés
 - 4.1. El contenido del contrato
 - 4.2. El deber de buena fe como *express term*
 - 4.3. El deber de buena fe como *implied term*
 - a) Prohibición del ejercicio arbitrario de una facultad atribuida unilateralmente
 - b) Prohibición de un comportamiento que se aleje de la lealtad a lo acordado y de los estándares del *commercial dealing*
 - c) Obligación de llamar la atención sobre cláusulas inusualmente onerosas
 - 4.4. Criterios relevantes para determinar (o no) la existencia de un deber de buena fe
 - a) Es más difícil aceptar la existencia de un deber de buena fe en un contrato entre empresarios sofisticados y en un contrato detallado
 - b) Es más fácil encontrar un deber de buena fe en un *relational contract*
 - c) Es más difícil encontrar un deber de negociar de buena fe que de actuar de buena fe (y más todavía si es de negociar de buena fe en la fase precontractual)
5. Difícil aproximación al concepto de buena fe
6. Entonces, ¿se puede hablar de una irrupción de la buena fe en el Derecho de contratos inglés?
7. Tabla de jurisprudencia citada
 - 7.1. Tribunales españoles
 - 7.2. Tribunales ingleses
8. Bibliografía

1. Introducción

El principio general de la buena fe tiene una indudable presencia en los sistemas jurídicos continentales. Sin ir más lejos, se trata de un criterio central en el ordenamiento jurídico español. Las referencias a la buena fe son constantes a lo largo de nuestra normativa siendo, a la vez, un concepto de abundante recurso por los Tribunales. En materia contractual, los preceptos más importantes son el art. 7.1 y el 1258 CC así como el art. 57 CCom. El primero, positivizando en el ordenamiento este principio general del Derecho que, como tal, ya informaba el sistema jurídico. El segundo, como criterio de integración del contrato y el contemplado en el Código de Comercio aludiendo a la buena fe *in executivis*². En los tres casos hay que entender la buena fe en su faceta objetiva, esto es, buena fe como regla de conducta que la conciencia social exige en cada supuesto conforme a un imperativo ético dado³.

La buena fe del art. 1258 CC, posiblemente el precepto más relevante que acoge este principio, está presente de forma profusa en la jurisprudencia cumpliendo diversas funciones⁴. Por un lado, y a pesar de no estar incluida expresamente en las reglas de interpretación del contrato (arts. 1281 a 1289 CC), es innegable que buena parte de estas reglas están inspiradas en el principio de buena fe, siendo el caso más evidente el del art. 1288 CC y su criterio de interpretación *contra proferentem*⁵. La buena fe sería un criterio de interpretación objetivo en la medida en que no pretende buscar la verdadera voluntad de las partes sino el sentido derivado del modelo de conducta que debe observarse⁶. Y aquí conecta con la función de la buena fe reconocida expresamente en nuestro Código civil, la integradora. Y es que, como sabemos, el art. 1258 CC se aplica -salvo excepciones- en el caso de que exista una laguna contractual pero también para incluir en el contrato reglas de conducta objetivas adicionales a las que las partes han asumido expresamente⁷.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, con cierta cautela, la buena fe contenida en el art. 1258 CC “consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento” (entre otras, STS, 1ª, 3.12.1991 (Ar. 8906; MP: José Luis Albácar López). Así, son abundantes los ejemplos jurisprudenciales en los que este precepto ha sido fundamento para el reconocimiento de determinados deberes accesorios de cumplimiento obligado para las partes, que se integran en el contrato con independencia de que hayan manifestado su voluntad expresamente en este sentido (por ejemplo, obligación de entrega de licencia de primera ocupación con una finca, deberes accesorios de información, de asesoramiento o de custodia⁸).

² ALFARO (1992, p. 422).

³ DÍEZ-PICAZO (2007, p. 61).

⁴ CARRASCO (2010, págs. 485 – 486) habla, de hecho, de una inflación en el empleo del art. 1258 CC por parte de los tribunales (no refiriéndose exclusivamente pero sí mayoritariamente a la buena fe en sus ejemplos). Sobre las funciones de la norma, nos remitimos al citado autor, págs. 477 – 478.

⁵ CARRASCO (2010, págs. 497 – 498).

⁶ DE CASTRO (1985, p. 89).

⁷ Por todos, DÍEZ-PICAZO (2007, p. 63).

⁸ Ilustran esta afirmación, respecto de la obligación accesoria de entrega de licencias de diversa naturaleza, sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1991 (STS, 1ª, Ar. 6918; MP: José Almagro Nosete); respecto

Dando un paso más, otro papel que se ha planteado otorgar a la buena fe es el relativo a su posible función como control de contenido en los contratos no negociados. Así ocurre –en la actualidad, en aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, TRLC) y la cláusula general de abusividad contenida en su art. 82- en el caso de la contratación predispuesta de consumo. Pero la cuestión se ha propuesto respecto de los contratos entre empresarios. Voces relevantes en la doctrina han defendido la posibilidad de un control de contenido negativo respecto de los contratos con condiciones generales entre empresarios, con apoyo en el art. 1258 CC, y aprovechando la relativa cercanía entre “*imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente)*”⁹. Hasta hace poco, el Tribunal Supremo había sido reacio a reconocer a la buena fe del art. 1258 CC esta función pero en su sentencia de 3 de junio de 2016 (STS, 1ª, Ar. 2306; MP: Pedro José Vela Torres) parece abrir la puerta a que este principio pueda ser una “*norma modeladora del contenido contractual*” y pueda expulsar fuera del negocio jurídico determinadas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente.

Ahora bien, como es sabido, la situación es radicalmente distinta en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, especialmente en lo que al inglés se refiere¹⁰. Así, en contraposición con el papel preeminente de la buena fe en la mayor parte de los ordenamientos continentales, este principio ha carecido tradicionalmente de reconocimiento al mismo nivel en el Derecho de contratos inglés. En el año 2013, sin embargo, se dicta una sentencia, *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321), que cuestiona las razones para esta clásica reticencia frente a la buena fe y que entiende que esta figura no es tan extraña al Derecho inglés y tiene encaje en él a través de los *implied terms*. El debate acerca de la relación entre el citado principio y el Derecho inglés de contratos ha recobrado fuerza y, en este sentido, resulta interesante también analizar el impacto, en su caso, de esta resolución judicial hasta la actualidad.

Así, en los párrafos siguientes haremos un repaso a los argumentos que subyacen en el rechazo inglés hacia la doctrina de la buena fe porque en ellos encontraremos pistas para una mejor comprensión de los distintos elementos a tener en cuenta en el tema objeto de estudio. Nos

de una obligación de comunicación, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1996 (STS, 1ª, Ar. 1408; MP: Pedro González Poveda); referente a una obligación de inscripción de dominio, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 (STS, 1ª, Ar. 8056; MP: Clemente Auger Liñán); como fundamento para determinar un deber accesorio de información o asesoramiento, vinculado con la necesidad de proteger las legítimas expectativas, confianza, o representación que sobre el fin del contrato se forja en la otra parte, sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 (STS, 1ª, Ar. 4088; MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares); en cuanto a la obligación de custodia de los titulares de aparcamientos de vehículos, antes de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1996 (STS, 1ª, Ar. 7238; MP: José Almagro Nosete). Una interesante recopilación de obligaciones implícitas derivadas por los tribunales de la buena fe se encuentra en CARRASCO (2010, págs. 529 – 534).

⁹ MIQUEL GONZÁLEZ (2011, págs. 736 - 737) y, en esta misma línea, ALBIEZ DOHRMANN (2009, págs. 217 - 217). Siguiendo a estos autores, MATO PACIN (2017, págs. 403 y ss.).

¹⁰ Sin perjuicio de la doctrina y jurisprudencia citada a lo largo de la obra, WHITTAKER (2012, págs. 31 y ss.).

detendremos después en el contenido del contrato y, de forma especial, en la figura de los *implied terms*, como mecanismo a través del que se ha planteado introducir la buena fe. Como no podría ser de otro modo en el *Common Law*, analizaremos la jurisprudencia al respecto. A partir de ahí, trataremos de identificar aquellos supuestos en los que puede haberse admitido un cierto papel para el principio de buena fe y las variables que son tenidas en cuenta para esta valoración.

2. Razones para la resistencia a un principio de buena fe de aplicación general en el Derecho contractual inglés

Es bien conocida como una de las características propias del Derecho de contratos inglés la ausencia de un principio general de buena fe¹¹. En este ámbito es de obligada cita el caso *Carter v Boehm* ((1766) 3 Burr 1905, 97 ER 1162), en el que *Lord Mansfield C.J.*, conociendo de un contrato de seguro¹², afirmó que el principio de la buena fe era aplicable a *todos* los contratos. Sin embargo, este intento de elevar la buena fe a principio general en el Derecho contractual inglés chocó en su momento con la teoría clásica del contrato, basada en la sacralidad del mismo y la imperiosa necesidad de que éste fuera predecible y cierto¹³.

Y en este sentido conectan las tres razones que identifica MCKENDRICK (2015, p. 197)¹⁴ para explicar por qué el Derecho inglés no ha reconocido el principio de buena fe: el carácter individualista de este Derecho, la inseguridad jurídica asociada a los principios generales y la preferencia por soluciones con un enfoque y ámbito de aplicación más particular y concreto.

Efectivamente, en primer lugar, alude el autor al marcado carácter individualista de este Derecho, que permite a las partes perseguir sus propios intereses siempre que no incumplan las obligaciones que han asumido en su contrato. Esta idea es claramente puesta de manifiesto en *Walford v Miles* ([1992] 2 AC 128; [1992] 2 WLR (HL)) donde se afirma que

“[...] the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the

¹¹ De nuevo, por todos, WHITTAKER 2012, págs. 31 y ss.).

¹² Un ámbito donde sí se ha considerado la buena fe también en el Derecho inglés es en los contratos de seguro, calificados como contratos *uberrimae fidei*, en los que se suele hacer referencia a este principio con la expresión “*utmost good faith*” (acerca de la buena fe aquí, véase MACDONALDS; PICKEN; FOSS (2010, págs. 1 - 19).

¹³ Que fielmente se puso de manifiesto en *Printing and Numerical Registering Co v Sampson* ((1875) LR 19 E 462, par. 465): “[...] if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract”.

¹⁴ Como veremos, son los mismos argumentos que se utilizan para clasificar en dos las tesis opuestas a un principio general de la buena fe: la “*repugnancy thesis*”, que entiende que este principio tendría efectos negativos en el terreno contractual (y que tiene como argumentos la posición adversaria de los contratantes, la amenaza a la libertad de contrato y la incertidumbre) y la “*pragmatic thesis*”, que no se opone como tal al principio de buena fe pero entiende que el Derecho inglés ya tiene otros mecanismos para alcanzar el mismo resultado (“*piecemeal solutions*”). Véase BROWNSWORD (1994, págs. 198 - 201), Woo PEI YEE (2001, págs. 213 - 220)). En la misma línea, STAPLETON (1999, p. 2), distingue entre los “*conservatives*” y los “*radicals*”.

adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies”.

Del mismo modo se estaría atentando contra la libertad de contrato y la fuerza vinculante del mismo, pilares fundamentales del Derecho de contratos inglés. El contrato es entendido como una libre expresión de las elecciones de las partes, que tendrán efectos jurídicos¹⁵. Sin embargo, mediante la imposición de deberes deducidos de la buena fe, no solo pierde fuerza la idea de los contratantes como adversarios con intereses opuestos sino que, siguiendo esta postura, se estaría disminuyendo su libertad de conseguir la mejor oferta. Así, rechazando un deber de buena fe en los contratos mercantiles, en *ING Bank NV v Ros Roca SA* ([2011] EWCA Civ 353; [2012] 1 WLR 472, par. 92)¹⁶ se alude al principio *caveat emptor* como reflejo de una característica básica de esta rama del Derecho inglés: cada parte contrata asumiendo voluntariamente sus propios riesgos y aceptando, por lo tanto, todas sus consecuencias¹⁷.

La segunda razón que se apunta para el recelo frente a la buena fe ya se ha mencionado y es la relativa a la gran incertidumbre que se generaría si se adoptara un principio general tan indeterminado. Incertidumbre que es contraria a los valores de certeza y predictibilidad que presume de ofrecer el Derecho inglés de contratos. La importancia de estos principios en el tráfico jurídico mercantil es puesta de relieve por *Lord Hoffmann* en *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* ([1997] AC 514; [1997] 2 WLR 341, par. 218) al subrayar que “*en muchas transacciones es de gran importancia que, si algo para lo que se ha hecho una previsión expresa en el contrato sucede, las partes sepan con certeza que los términos del contrato serán obligatorios*”.

Esta sentencia es habitualmente puesta como ejemplo del gusto de los jueces ingleses por la estricta aplicación del contrato tal y como se pactó sin lugar para la moderación de sus efectos por consideraciones de justicia¹⁸: en ella, se reconoce a la parte vendedora en un contrato de compraventa inmobiliario el derecho a resolver el mismo (y a quedarse con el 10% del precio de compra ya depositado) por un retraso de 10 minutos en el pago del precio (mediante envío de cheque por mensajero) respecto de la hora fijada. El plazo se consideró esencial y el tribunal concluye que el hecho es que el comprador se retrasó y que tener en cuenta que fue un pequeño retraso conllevaría entrar a debatir cuándo “*late is too late*”. Recogiendo las palabras ya dichas en el párrafo anterior, *Lord Hoffmann* afirma que:

“The principle that equity will restrain the enforcement of legal rights when it would be unconscionable to insist upon them has an attractive breadth. But the reasons why the courts have rejected such generalisations are founded not merely upon authority but also upon considerations of business. These are, in summary, that in many forms of transaction it is of great importance that if something happens

¹⁵ WHITTAKER (2012, p. 20).

¹⁶ Nos remitimos a la nota a pie número 20.

¹⁷ Al respecto, MASON (2000, p. 71).

¹⁸ WHITTAKER (2012, p. 33).

for which the contract has made express provision, the parties should know with certainty that the terms of the contract will be enforced. The existence of an undefined discretion to refuse to enforce the contract on the ground that this would be “unconscionable” is sufficient to create uncertainty” (par. 218).

El último de los tres motivos es la diferente forma de desarrollo o aproximación al Derecho respecto del *Civil Law*: el *Common Law* prefiere desarrollarse gradualmente más que por referencia a principios amplios y generales. Es muy expresiva en este sentido la afirmación de Lord Bingham en *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* ([1989] QB 433; [1988] 2 WLR 615, CA (Civ Div)):

“In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as “playing fair”, “coming clean” or “putting one's cards face upwards on the table”. It is in essence a principle of fair and open dealing. [...] English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness”.

Esas soluciones particulares -“*piecemeal solutions*”, en la versión original- son la respuesta a problemas que en otros ordenamientos jurídicos son resueltos recurriendo al principio general de la buena fe.

Además de la existencia de los remedios frente al incumplimiento¹⁹, el comportamiento de los contratantes ha tenido tradicionalmente relevancia jurídica en el Derecho inglés a través de otras figuras concretas. Así, se ha dicho que la buena fe está presente en la doctrina del *estoppel* -vinculada a la continental de los actos propios-, doctrina según la cual la parte contractual que ha hecho una declaración o promesa no podrá comportarse después de manera contradictoria a ella y en perjuicio de la contraparte, que ha actuado movida por la confianza en dicha declaración. De este modo se señala en *ING Bank NV v Ros Roca SA*:

“[...] Nor is there any general notion, as there is in the civil law, of a duty of good faith in commercial affairs, however much individual concepts of English common law, such as that of the reasonable man, and of waiver and estoppel itself, may be said to reflect such a notion” (par. 92)²⁰.

¹⁹ FRIEDMANN (1995, págs. 400, 425) señala y desarrolla cómo la ausencia de un principio general de buena fe en el ordenamiento jurídico inglés es parcialmente compensado por el *law of remedies*, que limita enormemente la posibilidad de abuso de derechos.

²⁰ En este supuesto de hecho se conoce de un contrato de asesoramiento financiero en el que existe una discordia acerca del año al que había que referenciar los honorarios (fijados en el contrato respecto del valor de un índice en el año 2006 aunque la transacción respecto de la que se asesoró no tuvo lugar finalmente hasta 2007 y existiendo una diferencia considerable entre ambos índices). El tribunal entendió que las negociaciones y el precio estimado que había proporcionado *ING Bank* a *Ros Roca* a la fecha de la transacción habían llevado a asumir que los honorarios no estarían calculados con referencia al índice en 2006 sino en 2007, lo que impedía a *ING Bank* ampararse en la cláusula contractual (“*estoppel by convention*”, según es denominado en la sentencia).

Por su parte, la *fraudulent misrepresentation* sanciona con la anulabilidad el cuestionable comportamiento del contratante que emite falsas declaraciones que llevan a la otra parte al error al contratar (figura próxima, salvando ciertas distancias, a nuestro dolo²¹). Misma consecuencia tiene, también dentro de los vicios del consentimiento, la denominada *duress*, es decir, la anulabilidad por violencia o intimidación, o la *undue influence*, figura próxima y propia del Derecho inglés que es de aplicación cuando una de las partes –sin llegar a un comportamiento calificable como *duress*– presiona a la otra, aprovechándose de una situación de superioridad, para que contrate. Y otra de las vías para solucionar problemas de injusticia será, precisamente, el recurso a los *implied terms*, para cuyo estudio nos remitimos a los epígrafes siguientes²².

Volviendo a la forma de argumentación, existe, por tanto, una divergencia en el propio razonamiento legal que no consiste en el *Common Law* en tomar como punto de partida un amplio principio general para deducir la solución del mismo sino, por el contrario, de los hechos del caso concreto y las soluciones particulares dadas con anterioridad²³.

En definitiva, y aun teniendo en cuenta las evoluciones modernas correspondientes, estamos ante un modelo de contrato basado principalmente en el paradigma del contrato por escrito y negociado entre partes (comerciantes) en igualdad de condiciones²⁴ y, por otra parte, ante un sistema que rehúye de cláusulas generales en favor de deberes concretos.

Así las cosas, en 2013 se dicta una sentencia, *Yam Seng*, que, a pesar del rango del órgano jurisdiccional –*High Court of Justice Queen's Bench Division*– y de la incidencia relativa en el fallo de los razonamientos que aquí interesan –se hacen *obiter dicta*–, tiene el mérito de traer a un primer plano el debate sobre el encaje del principio general de la buena fe en el Derecho contractual inglés. El juez, *Leggatt J*, argumenta en contra de la tradicional hostilidad anteriormente expuesta, rebatiendo las razones aportadas e inclinándose por considerar esta hostilidad “fuera de lugar”.

²¹ Se asimila aquí la falsa declaración a la hecha sin saber si es verdadera o falsa, de forma consciente, negligente o sin la creencia en su verdad. Es decir, no es relevante la intención de engañar sino la conciencia acerca de la falsedad o dudosa veracidad de la declaración (SÁNCHEZ LORENZO (2013, pág. 167)).

²² Como apuntábamos, la buena fe se ha visto, entre otras, en estas figuras citadas. Conectándolas con el referido principio, véase POWELL (1956, págs. 24 – 25); STEYN (1991, p. 133); ANDREWS (2016, págs. 15 – 16); PEI YEE (2001, págs. 200 – 206 y 205 y ss.). Una aproximación breve y clara a estos conceptos se encuentra en CARTWRIGHT (2016, págs. 143 y ss. y 172 y ss.) y, en español, en SÁNCHEZ LORENZO (2013, págs. 166 a 170).

²³ Véase STEYN(1991, p. 131) y CARTWRIGHT (2016, p. 13).

²⁴ CARTWRIGHT (2016, p. 67). Como señala SÁNCHEZ LORENZO (2013, p. 145), el Derecho inglés no es conservacionista (el contrato es una pieza clave del modelo económico social y el juez puede intervenir para adaptar el contrato) sino darwinista: las partes son totalmente libres de pactar pero también son responsables de hacerlo bien pues no deben ser rescatadas por sus errores comerciales, sino padecerlos.

3. *Yam Seng y un deber implícito de buena fe*

En *Yam Seng*²⁵ el demandante había concluido con el demandado un contrato de distribución en exclusiva de ciertos productos (fragancias y artículos de aseo) bajo la marca “Manchester United” en un número determinado de territorios. El acuerdo se firmó por un periodo de treinta meses pero después de quince el demandante (distribuidor) dio por terminado el contrato alegando una serie de incumplimientos por parte del proveedor: había incumplido la garantía de que los pedidos se enviaran rápidamente; había incumplido la obligación de que los productos estuvieran disponibles cuando se acordó o, incluso, en general; había rebajado el precio acordado con el distribuidor para los *duty frees* ofreciendo el mismo producto pero a un precio inferior en el mercado doméstico del mismo territorio; y había proporcionado información falsa que sabía que el distribuidor tendría en cuenta para hacer el marketing de los productos.

En lo que aquí importa, el juez se pronuncia sobre una de las alegaciones del demandante, quien entiende que en el contrato había una obligación implícita (un “*implied term*”) de que las partes se comportaran de buena fe. Y lo hace, y aquí reside buena parte del interés de esta sentencia, argumentando en profundidad sobre la relación entre el principio de buena fe y el Derecho inglés de contratos. El Juez *Leggatt J* contrasta la visión general contraria a la existencia en este Derecho de un principio legal de buena fe de aplicación general con el amplio reconocimiento de este principio en la mayoría de los ordenamientos de *Civil Law*, en el Derecho comunitario e, incluso, en otros sistemas también pertenecientes al individualista *Common Law*. Efectivamente, en los sistemas jurídicos de los Estados Unidos, Canadá, Australia o Escocia existe un cierto reconocimiento, en mayor o menor medida, del principio de *good faith and fair dealing*²⁶. En el Derecho inglés, *Leggatt J* reconoce que aunque el deber de buena fe se encuentra *implied by law* en ciertas categorías de contratos, no se ha alcanzado un estadio en el que el ordenamiento esté preparado para reconocer una obligación de buena fe *implied by law* en todos los contratos comerciales en general. Pero sí ve posible, sin embargo, entender *implied in fact* tal deber en un contrato de este tipo teniendo como base la intención presunta de las partes. Defiende la existencia de unos valores y normas de comportamiento comunes a los contratantes. Algunos de ellos de aceptación social general, otros específicos de una actividad comercial o mercado concretos, otros quizás más particulares todavía vinculados a las características de una determinada relación contractual. Pues bien, muchas de estas normas, señala el juez, se dan por supuestas por las partes cuando contratan sin necesidad de expresarlas en detalle en el documento: desde el valor básico de la honestidad, subyacente en casi todas las relaciones contractuales, hasta otras exigencias mayores dependiendo del contexto, por ejemplo, entre otros, del tipo de contrato de que se trate. En negocios como el analizado en *Yam Seng*, un contrato de

²⁵ Comentan en detalle la sentencia, entre otros, WHITTAKER (2013, págs. 463 y ss.); MCKENDRICK (2015, págs. 196 y ss.); CAMPBELL (2014, págs. 475 y ss.); XING TAN (2016, págs. 420 - 429). De forma crítica, CARTER y COURTNEY (2016, págs. 608 y ss.).

²⁶ Todavía en 1995 FARNSWORTH (1995, p. 169) afirmó que la doctrina del cumplimiento de buena fe “*is alive and well in the United States*”. En cuanto al Derecho canadiense y la buena fe, es interesante el estudio comparativo que realiza XING TAN (2016, págs. 420 - 429), entre *Yam Seng* y una sentencia de la *Supreme Court* de Canadá, que es considerada como revolucionaria en materia de buena fe (*Bhasin v Hrynew* [2014] SCC 71).

distribución a largo plazo –lo que entra en la categoría de los denominados *relational contracts*-, entiende *Leggatt J* razonable aceptar que existe un cierto nivel de cooperación o lealtad esperado implícitamente por las partes, con independencia de que expresamente se haya recogido en los términos del contrato²⁷.

Su argumentación no es relevante para el fallo porque en el supuesto de hecho concreto no llegó a ser necesario finalmente entender *implied in fact* un deber general de las partes de comportarse de buena fe –pues considera que sí que existen otros dos términos implícitos más concretos e incumplidos por el proveedor, como son el deber de no ofrecer información falsa y el deber de no perjudicar las ventas del distribuidor con precios más bajos que los que le eran impuestos a él-. No obstante, son de sumo interés las observaciones que opone el juez a la reticencia del Derecho inglés a reconocer un deber implícito de los contratantes de comportarse de buena fe. En primer lugar, señala *Leggatt J* que el contenido de la buena fe depende del contexto y su reconocimiento se produce, por lo tanto, caso por caso, es decir, de forma muy similar al método de trabajo de los juristas del *Common Law*. Por otro lado, dado que la base para su reconocimiento es la intención presunta de las partes, no estaríamos realmente ante una restricción a su libertad de perseguir los intereses propios, pues las obligaciones incluyen las explícitas y las implícitas y las partes siempre pueden modificar el campo de aplicación de estas últimas a través de cláusulas expresas. Por su parte, describir el deber como de *good faith and fair dealing* tiene para él como ventaja dejar claro que se trata de un estándar objetivo. Por último, el reconocimiento de un deber de buena fe no genera más incertidumbre que la propia intrínseca al proceso de interpretación del contrato. Por todo ello, el juez –*respectfully*- sugiere que la hostilidad tradicional inglesa hacia la doctrina de la buena fe en el cumplimiento del contrato está fuera de lugar.

En los siguientes epígrafes analizaremos la jurisprudencia hasta la actualidad para determinar cuál es el grado de presencia real de la buena fe en el Derecho contractual inglés y, en el caso de tuviera algún reconocimiento, en qué supuestos, con qué intensidad se ha dado éste y si existe algún tipo de evolución aperturista. Sin embargo y con carácter previo, nos parece pertinente detenernos a dar sentido a las distintas afirmaciones en *Yam Seng* aquí anticipadas, explicando los diversos conceptos que aparecen a lo largo de sus razonamientos (entre otros y principalmente, *implied terms by law*, *implied terms in fact* o *relational contracts*).

4. Incidencia de la buena fe en los derechos y obligaciones de las partes en el Derecho contractual inglés

4.1. El contenido del contrato

Para determinar cuáles son las obligaciones de las partes en un contrato debemos estar, en primer lugar, a lo que las partes han pactado de forma expresa. Estos serán los llamados *express terms*, que estarán sujetos a las correspondientes reglas de interpretación (*construction of terms*) en caso

²⁷ *Yam Seng* ha sido clasificada como próxima a una postura contextualista –por oposición a la formalista- respecto de cómo el Derecho de contratos debería dar efecto a normas o ideas implícitas. Así, la postura contextualista le da primacía a estándares como el de la buena fe, tiene en cuenta los usos y costumbres para interpretar los contratos y completar las lagunas y requiere una visión dinámica del Derecho de contratos, receptivo a normas, expectativas y comportamientos cambiantes (XING TAN, 2016, págs. 426 – 427).

de dudas o ambigüedades. Sin embargo, el contenido del contrato se compone también de otros derechos y obligaciones no mencionadas explícitamente por las partes pero que, bien por atribución de la ley, bien por atribución a la intención de los contratantes, se incorporan al negocio jurídico y vinculan a los mismos (*implied terms*). A primera vista se observa el conflicto que parece existir entre esta idea de añadir nuevas obligaciones a lo pactado expresamente por las partes y el concepto de sacralidad y libertad del contrato, como hemos señalado ya, valores fundamentales para los ordenamientos jurídicos del *Common Law*²⁸). No será de extrañar, por tanto, que la tarea judicial de incluir *implied terms* en un contrato sea, según el tipo de *implied term*, relativamente restringida y una cuestión sensible.

Existen diversas clasificaciones de los *implied terms* pero en este caso nos referiremos a los *implied terms at common law* (los llamaremos también *implied terms by law*²⁹), los *implied terms by statute*, así como los *implied terms in fact*³⁰, centrándonos especialmente en estos últimos, que son los más relevantes en relación con el principio general de buena fe.

En el caso de las cláusulas *implied at common law*, estamos ante obligaciones introducidas por el juez en todos los contratos de un tipo particular por entender que son necesarias o inherentes a él (salvo que lo pactado expresamente por las partes contradiga el *implied term*). En realidad, también estos *implied terms* están basados en la voluntad de las partes pues los tribunales los incorporan en el contrato por entender que en esas situaciones típicas las partes pretendían incluirlos aunque no lo hubieran expresado.

Por ejemplo, entre otros, en los contratos de construcción de viviendas existe una obligación implícita de que la construcción se complete de acuerdo con el estándar de un buen profesional y usando los materiales adecuados, dado que la finalidad del contrato es la ocupación inmediata (*Miller v Cannon Hill Estates Ltd* ([1931] 2 KB 113; [1931] All ER Rep 93 (Div Ct))). En los contratos de arrendamiento existe un deber implícito del arrendador de asegurar al arrendatario un uso pacífico de la propiedad (*Markham v Paget* ([1908] 1 Ch 697 (Ch))) y si el arrendamiento recae sobre una casa amueblada, que ésta sea razonablemente adecuada para vivir desde el inicio del contrato (*Collins v Hopkins* ([1923] 2 KB 617 (KB)))³¹.

Pero también los jueces pueden (y, en algunos casos, deben) incluir cláusulas más allá de lo pactado expresamente por los contratantes y que tienen su origen en normativa codificada: serán los llamados *implied terms by statute*. Algunas de estas reglas provienen de cláusulas que los

²⁸ AUSTEN-BAKER (2017, págs. 1 - 2). Aunque, como señala el autor, se trata de un conflicto más bien aparente, pues la idea es que estas nuevas obligaciones provendrían, al final, de la ley o de la voluntad de las partes (págs. 2 y 3).

²⁹ Según las clasificaciones, a veces se denominan *implied by law* a ambos, *at common law* y *by statute* (ANDREWS, 2016, págs. 186 - 187).

³⁰ También existen los denominados *implied terms by custom, usage* o *by course of prior dealing*. Seguimos principalmente la clasificación de AUSTEN-BAKER (2017, págs. 5 - 6) aunque con alguna aclaración tomada de CARTWRIGHT (2016, págs. 210 y ss.).

³¹ Acerca de los *implied terms at common law*, véase AUSTEN-BAKER (2017, págs. 49 y ss.) y CARTWRIGHT (2016, págs. 213 - 214).

jueces habían decidido previamente entender implícitas *at common law* y que, finalmente, con el paso del tiempo, se han acabado codificando. En otros supuestos, se trata de provisiones específicamente creadas para proteger a una parte contractual. En cualquier caso, los *terms implied by statute* tienen un distinto tratamiento en el sentido de que no en todos los casos pueden excluirse por un pacto expreso de las partes³². Estaríamos aquí ante normas dispositivas o imperativas, según puedan o no ser excluidas convencionalmente por las partes.

Los ejemplos más relevantes los encontramos en la *Sale of Goods Act 1979*, relativos al deber del vendedor de estar facultado para vender los bienes; de que éstos estén libres de cargas o gravámenes; al deber de que los bienes se correspondan con la descripción o muestra o que, en una compraventa mercantil de mercaderías, dichos bienes sirvan para el propósito que el comprador había hecho saber al vendedor. También en determinados contratos de arrendamiento encontramos otros deberes implícitos, como sería el deber del propietario de una casa, en un contrato de arrendamiento de menos de siete años, de reparar la estructura y exterior de la propiedad así como ciertas instalaciones de la misma (*Landlord and Tenant Act 1985*)³³.

Por último, los *implied terms in fact* son aquellos que los tribunales pueden incluir en el contrato si consideran que, a pesar de que las partes no los han incorporado expresamente, a la vista de los hechos y las circunstancias concretas, están dentro de su intención y son necesarios para completar el contrato. Es decir, son obligaciones que tienen su punto de partida en la voluntad presunta de las partes y para cuya inclusión, a diferencia de los *implied terms at common law*, no se tiene en cuenta la tipología contractual sino solo el particular contrato analizado. En *Attorney-General of Belize v Belize Telecom Ltd* ([2009] UKPC 10; [2009] WLR 1988), respecto del proceso a desarrollar por el juez, se dijo:

“There is only one question: is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably be understood to mean?” (par. 21).

Esta tarea de identificar e incluir cláusulas *in fact*, sin embargo, se había venido concretando tradicionalmente en dos tests, el *officious bystander test* y el *test of necessity*, tests que siguen siendo utilizados en la práctica por los tribunales ya que, en detrimento de lo dicho en *Belize*, fueron posteriormente ratificados por la *Supreme Court* en su sentencia *Marks & Spencer Plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* ([2015] UKSC 72; [2016] A.C. 742). En ella, se niega que mediante la reformulación de los dos requisitos en una pregunta más general (la anteriormente citada), *Belize* hubiera modificado y relajado el criterio tradicional y restrictivo para incluir cláusulas implícitas en los contratos.

El pronunciamiento contenido en *Belize* generó un intenso debate acerca de su impacto en las reglas sobre los *implied terms in fact*, tarea que la sentencia había incluido como parte del proceso de

³² En general, sobre los *implied terms by statute*, ver AUSTEN-BAKER (2017, págs. 96 y ss.) y CARTWRIGHT (2016, págs. 214 - 215).

³³ Más ejemplos y en mayor profundidad en AUSTEN-BAKER (2017, págs. 97 y ss.); GUEST (2012b, págs. 1005 y ss.); CARTWRIGHT (2016, págs. 214 - 215).

interpretación contractual pues, consideraba, no suponía una adición al contrato sino simplemente una clarificación de lo que éste significaba. Sin embargo, como señalábamos, en *Marks & Spencer* se rebajó la trascendencia del nuevo criterio utilizado en *Belize*, apuntando *Lord Neuberger* que estas observaciones debían ser consideradas como una “*inspired discussion*” y no como pronunciamientos con autoridad que pudieran afectar a los dos tradicionales tests aplicados hasta el momento. En este sentido, *Lord Neuberger* dejó clara la necesidad de diferenciar la labor de interpretación de la de incorporación de nuevos términos al contrato y, como consecuencia, de las reglas que las rigen:

“I accept that both (i) construing the words which the parties have used in their contract and (ii) implying terms into the contract, involve determining the scope and meaning of the contract. However, Lord Hoffmann's analysis in *Belize Telecom* could obscure the fact that construing the words used and implying additional words are different processes governed by different rules” (par. 26)³⁴.

Por lo tanto, los citados *officious bystander test* y *test of necessity* forman parte del razonamiento obligado por parte del juez para incluir un *implied term in fact* en un contrato aunque, como expresamente se señala en *Marks & Spencer*, podrían ser alternativos en el sentido de que por el cumplimiento de uno solo de ellos se justifique la existencia de una obligación implícita³⁵.

El *officious bystander test* pone el acento en la obviedad de la cláusula que se valora incluir. Es decir, que, a pesar de no haber sido expresamente enunciada por los contratantes resulta obvio que las partes querían que formara parte del acuerdo:

“Prima facie that which in any contract is left to be implied and need not be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if while the parties were making their bargain, and officious bystander were to suggest some express provision for it in the agreement, they would testily suppress him with a common, ‘oh, of course!’”³⁶.

Por su parte, el *test of necessity* se verá cumplido cuando la cláusula sea necesaria para dar eficacia al contrato desde el punto de vista del negocio (*business efficacy*). Es decir, cuando sea necesaria para que el contrato funcione. El *leading case* en este punto es el famoso *The Moorcock* ((1889) LR 14 PD 64), que versa sobre un contrato por el que los demandantes (propietarios de la embarcación *Moorcock*) y los demandados (propietarios de un muelle en el río Támesis) acuerdan el uso del embarcadero para la descarga de la nave. Sin embargo, debido a la marea baja y a

³⁴ Comentario acerca de las dos sentencias desarrollado en AUSTEN-BAKER (2017, págs. 160 y ss.), autor que concluye la permanencia inalterada de la “*law of implication of terms in fact*” a pesar de *Belize* (en concreto, p. 167).

³⁵ AUSTEN-BAKER (2017, p. 169) señala que el test más importante para la inferencia de cláusulas en el contrato es el *business efficacy test*, siendo el *officious bystander test* un “*descriptive gloss*” respecto del primero. La formulación que considera mejor el autor para regular la *implication of terms in fact* sería la siguiente: en primer lugar, sería posible incorporar un *implied term in fact* cuando no hacerlo conllevara una “*failure of consideration*” que las partes no habían podido prever; pero, en este caso, solo se permitiría incluir tal término si es necesario para que el contrato tenga sentido “*in a business sense*” (págs. 168 y 170).

³⁶ *Shirlaw v Southern Foundries Ltd* ([1939] 2 KB 206 (CA) par. 227). También, anterior a esta sentencia, *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom) Ltd* ([1918] 1 KB 592, 605).

irregularidades en el lecho del río, la embarcación sufre graves daños, daños que tienen que ser resarcidos por los propietarios del muelle pues se entendió que, aun no expresado en el contrato, para que éste tuviera sentido era necesario incluir la obligación de comprobar que era seguro para el barco atracar en el embarcadero:

“In business transactions such as this, what the law desires to effect by the implication is to give such business efficacy to the transaction as must have been intended at all events by both parties who are business men; not to impose on one side all the perils of the transaction, or to emancipate one side from all the chances of failure, but to make each party promise in law as much, at all events, as it must have been in the contemplation of both parties that he should be responsible for in respect of those perils or chances” (par. 68)

En otras palabras, solamente puede entenderse incluida una cláusula en un contrato por ser necesaria si, sin ella, el contrato careciera de coherencia mercantil o práctica (*Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd* ([1995] EMLR, 472, CA (Civ Div))). Volveremos sobre ello más adelante al analizar las posibilidades de la buena fe como *implied term in fact*, pero esta exigencia de *necessity* no se entiende cumplida simplemente por el hecho de que la obligación implícita sea razonable, mejore el contrato o lo haga más justo. Esta no es la función del tribunal, como se señaló en *Belize*. Los tribunales tienen que tener la cautela de no distorsionar la oferta contractual de las partes introduciendo principios de equidad no apropiados (*Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd* ([2014] EWHC 752 (TCC), 153 Con LR 203)), aunque sea tentador para ellos hacerlo:

“The question of whether a term should be implied, and if so what, almost inevitably arises after a crisis has been reached in the performance of the contract. So the court comes to the task of implication with the benefit of hindsight, and it is tempting for the court then to fashion a term which will reflect the merits of the situation as they then appear. Tempting, but wrong” (*Philips Electronique*).

Volviendo al tema que nos ocupa y una vez sentadas las bases teóricas sobre el contenido del contrato, la cuestión es ahora determinar el papel que se le reconoce a la buena fe –si así se hace– en los contratos sujetos a Derecho inglés. Metodológicamente, nos ocuparemos en primer lugar de aquellos supuestos en los que las partes hayan expresamente incluido una referencia a la buena fe en el contrato. Después nos detendremos de forma especial en las obligaciones de buena fe incorporadas por los tribunales al contrato ante la ausencia de mención de los contratantes. No en vano, como señaló STEYN (1991, p. 133), en ausencia de la buena fe de los países de *civil law*, el Derecho inglés “has to resort to the implication of terms”.

Si nos fijamos, los tests que debe superar un deber de buena fe para entenderlo como implícitamente incorporado al contrato no están muy alejados de las implicaciones de la buena fe que señalaba el Tribunal Supremo español en la sentencia citada al inicio. Si el *duty of good faith* debe ser obvio y necesario para dar al contrato eficacia siguiendo el propósito pretendido por ambas partes, la buena fe del art. 1258 CC consiste en dar al contrato “cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto” entendiendo incorporadas aquellas obligaciones “que constituyen su lógico y necesario cumplimiento”. En ambos casos se trata de integración contractual, aunque la diferencia reside en que en

el nuestro la buena fe está expresamente reconocida y su presencia en el contrato es la regla general mientras que en el Derecho inglés, como elemento en principio extraño al mismo, supone, en el mejor de los casos, la excepción y es muy alto el nivel de exigencia para entender que el deber de buena fe es obvio y necesario.

Es cierto, sin embargo, que la jurisprudencia inglesa hace hincapié en que el origen de los *implied terms in fact* está en la voluntad de las partes. Esto llevaría a plantearse si este tipo de operación quizás estaría situada más bien en el ámbito de nuestra llamada “interpretación integrativa”, es decir, la deducción de una solución no prevista expresamente por los contratantes pero que puede ser inferida de su voluntad. En nuestro sistema, en el caso de la buena fe como criterio integrativo, y aunque se entiende que todos los deberes de ella deducidos serían los razonablemente queridos por las partes, se trata de una fuente objetiva de integración del contrato, que no necesita para ser aplicada tener un punto de apoyo directo en la voluntad de las partes³⁷.

4.2. El deber de buena fe como *express term*

A pesar de la reducida presencia de la buena fe en el ordenamiento jurídico inglés, existen casos en los que los contratantes, de forma expresa, han sujetado alguno de sus comportamientos u obligaciones a la buena fe. ¿En qué contexto ha ocurrido y cuál ha sido la respuesta de los tribunales?

Ya hemos dejado anotado el sentido del fallo en *Walford*³⁸. En esta resolución la *House of Lords* se pronunció respecto de un acuerdo expreso de *lock-out*, es decir, de un acuerdo de no negociar con terceros en relación con la venta de un negocio y mientras que duraran las negociaciones entre ambas partes. Tras la venta de la empresa a un tercero, los demandantes –quienes iban a ser en principio los compradores- alegaron el incumplimiento de este acuerdo expresamente incluido por las partes y, además, de un *implied term* complementario de negociar el contrato de venta de buena fe, según ellos también existente. En el fallo se dijo que no podía darse validez al pacto incluido en el contrato por las partes, pues se trataba de un acuerdo durante un período de tiempo no definido y que, por tanto, por su indeterminación, no podía ser vinculante. Y, en todo caso, como sabemos, tampoco se consideró la existencia de un deber de buena fe en las negociaciones: este concepto, se afirmó, es contrario a la posición de adversarios de las partes cuando están negociando.

Con una postura evolucionada respecto de esta restrictiva contenida en *Walford*, en *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras* (nº 2) ([2005] EWCA Civ 891; [2006] 1 Lloyd’s LR 121) se acepta la exigibilidad de una cláusula de negociar de buena fe los extracostes que pudieran surgir en la

³⁷ Respecto a la buena fe como criterio integrativo, DÍEZ-PICAZO (1979, p. 388). Por su parte, CARRASCO (2010, págs. 482 - 483) le quita importancia práctica a la distinción entre “interpretación ordinaria” e “interpretación integradora” del contrato, siendo lo relevante que el resultado al que se llegue no colisione con lo que sería la intención conjetural de los contratantes ni ponga en peligro los fines perseguidos con el contrato.

³⁸ Nos remitimos a la página 7.

ejecución de un contrato para la renovación de una plataforma petrolífera. Aunque *obiter dicta*, el tribunal allana las tradicionales objeciones para hacer cumplir un deber de negociar de buena fe: la obligación no es demasiado incierta pues en este caso, a diferencia de en *Walford*, la cláusula está referida a algo más concreto, los costes adicionales, que podían ser calculados por el juez; por el mismo motivo se puede llegar a saber cuál hubiera sido el resultado de una negociación de buena fe y así poder calcular las pérdidas causadas por el incumplimiento del deber; por último, la dificultad para saber si una parte está actuando o no de buena fe no puede ser una excusa para negar validez a una obligación. Además, se señala, nos encontramos con una cláusula expresa introducida intencionadamente por abogados especializados de las partes y a la que se estaría privando de validez si no se aceptara³⁹:

“Clause 12.3 of the Supervision Agreement is not a bare agreement to negotiate. It is not irrelevant that it is an express obligation which is part of a complex agreement drafted by City of London solicitors and issued under the imprint of Linklater & Paines (as Linklaters were then known). It would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered” (par. 121).

Y ya como *ratio decidendi*, esta misma postura favorable a los acuerdos para negociar se encuentra en *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* ([2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 W.L.R. 1145). En un contrato de suministro de mineral de hierro se había incorporado una cláusula por la que, en caso de disputa o reclamación como resultado o en conexión con el contrato, las partes deberían primero intentar resolver dicha disputa o reclamación mediante una *friendly discussion*. En el caso de que no se llegara a una solución tras un periodo continuado de cuatro semanas, entonces la parte no incumplidora podría invocar la cláusula de arbitraje y remitir allí la disputa. El tribunal entiende que se trata de un acuerdo completo y cierto en la medida en que, a pesar de ser de difícil prueba, la obligación de buscar resolver la disputa mediante discusiones amigables de buena fe reconduce a un estándar identificable como es el de “*fair, honest and genuine discussions*”. Además, añade, no solo hay razones de interés público (los profesionales esperan que los tribunales ejecuten las obligaciones que libremente han asumido y con la cláusula se pretende evitar lo que podría ser un costoso proceso de arbitraje) sino que las partes habían aceptado voluntariamente una restricción a su libertad de “no negociar” e ir directamente a los tribunales (es decir, se habían obligado voluntariamente a intentar llegar de buena fe a una solución):

“In the context of a dispute resolution clause pursuant to which the parties have voluntarily accepted a restriction upon their freedom not to negotiate it is not appropriate to suggest that the obligation is inconsistent with the position of a negotiating party”.

En todo caso, parece que ha habido tradicionalmente menos problemas en la jurisprudencia para reconocer validez a obligaciones expresas de actuar –y no solo de negociar– de buena fe. Aunque volveremos sobre ello después, así ocurre en *Berkeley Community Villages Ltd v Fred Daniel Pullen* ([2007] EWHC 1330 (Ch)). En un acuerdo entre un constructor y los propietarios de un terreno

³⁹ Comentan la sentencia, considerando acertada la argumentación del Tribunal ANDREWS (2016, p. 17) y PUGH (2015, p. 15).

agrícola para el desarrollo de este último, se incluye una cláusula según la cual las partes “*will act with the utmost good faith*” y de forma razonable y prudente. Dadas las condiciones del contrato -el constructor recibiría como remuneración un porcentaje del precio de venta del terreno, una vez que se hubiera conseguido la licencia para un uso residencial o mixto- y de la inversión y esfuerzos realizados por constructor para aumentar en este sentido el valor del bien inmueble, se entiende que la venta del terreno por los propietarios de forma previa a conseguir la licencia y vigente el acuerdo, iría contra la obligación creada expresamente en dicha cláusula.

Otro ejemplo de obligación expresa de actuar de buena fe se encuentra en *CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Co* ([2010] EWHC 1535 (Ch); [2010] CILL 2908). En una *joint venture* para la adquisición de unos cuarteles en la Ciudad de Westminster con vistas a su remodelación, se incluye un deber expreso para ambas partes -C y Q- “*to act in utmost good faith*” (y para una ellas, Q, además, un deber de “*use all reasonable but commercially prudent endeavours*” para conseguir la adquisición). Por problemas políticos (fuerte oposición pública del Príncipe de Gales y del Alcalde), Q finalmente retira la solicitud para hacerse con la planificación del área, lo que C entiende como una ruptura de sus obligaciones. Entre otros, el tribunal debe pronunciarse en la sentencia sobre la validez y, en su caso, incumplimiento de este deber de actuar de buena fe. Aunque se considera no incumplida por Q en el supuesto de hecho (hizo lo que pudo ante una situación política muy difícil), lo relevante para nosotros es que se acepta la existencia de esta obligación de actuar de buena fe y se le da contenido, entendiendo que, en el caso concreto, consistía en “adherirse al espíritu del contrato”, es decir, en “tratar de conseguir consentimiento a la planificación para la máxima área a desarrollar en el menor tiempo posible, observando los estándares comerciales razonables de *fair dealing*, siendo fiel al propósito común acordado y actuando de forma coherente con las expectativas legítimas de las partes” y pudiendo tener en cuenta Q sus propios intereses comerciales además de los de C.

Del mismo modo es reconocida como válida una obligación de las partes de cooperar entre sí de buena fe en *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest)* ([2013] EWCA Civ 200; [2013] BLR 265)⁴⁰. Ahora bien, esta cláusula incluida en un contrato de servicios de catering y limpieza en dos hospitales, no debe entenderse como un deber general que limite todas las obligaciones de las partes en todos los supuestos posibles. El contenido de la buena fe está fuertemente condicionado por el contexto y, por tanto, en este caso, se ciñe a los dos supuestos específicos a los que se refieren las partes en el *express term* incluido en el contrato y solo a esos: en el supuesto de hecho, trabajar conjuntamente de forma honesta y esforzándose para conseguir los propósitos acordados, la transmisión eficiente de información e instrucciones y la posibilidad de que el Trust o cualquier beneficiario pueda obtener un beneficio completo del contrato. En este sentido, nos parecen muy expresivas las palabras de *L J Beatson*:

“The contract in the present case is a detailed one which makes specific provision for a number of particular eventualities [...]. In a situation where a contract makes such specific provision, in my judgment care must be taken not to construe a general and potentially open-ended obligation such as an obligation to “co-operate” or “to act in good faith” as covering the same ground as other, more specific, provisions, lest it cut across those more specific provisions and any limitations in them” (par. 154).

⁴⁰ Se ocupa de esta sentencia con cierto detalle VAN DUNNÉ (2015, págs. 8 y ss.).

Y esta misma postura de exigir un deber de buena fe solo respecto de las concretas obligaciones previstas y no de forma general está presente en *Portsmouth City Council v Ensign Highways Limited* ([2015] EWHC 1969 (TCC)). En un contrato para el mantenimiento de carreteras se habían incluido varias menciones a la buena fe al hilo de distintas cláusulas (por ejemplo, en una cláusula referida al deber de las autoridades locales de tratar de obtener el mayor rendimiento de las infraestructuras, se especifica que las partes “*shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation with one another and with Interested Parties*”). El conflicto se plantea ante el uso por parte del Ayuntamiento de su facultad para penalizar a *Ensign* según su grado de cumplimiento de las obligaciones, uso que esta última califica de indiscriminado y contrario a la buena fe por entender que persigue realmente desligarse del contrato. El tribunal vuelve a señalar que el deber de buena fe contenido en cláusulas a lo largo del contrato no se aplica de forma general al mismo sino solo en las específicas situaciones contempladas, entre las que no se encuentra la cláusula de penalizaciones [92, 93].

Por último, esta idea es asimismo la defendida en *BP Gas Marketing Ltd v LA Societe Sonatrach* ([2016] EWHC 2461 (Comm)). En este caso se trata de un contrato en virtud del cual dos empresas gasísticas acuerdan importar de forma conjunta cargamentos de gas natural líquido. El contrato obliga a ambas partes a actuar de buena fe en el cumplimiento del mismo, lo que es entendido por el tribunal de forma restrictiva: las partes solo están obligadas a actuar de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones dentro del ámbito concreto del contrato pero no respecto de obligaciones independientes a él (en referencia a la aprobación de acuerdos en una comisión creada de forma paralela al contrato principal).

Por lo tanto, respecto de la actitud inicial contraria a reconocer un deber de buena fe por no encajar en la naturaleza esencialmente antagónica de los contratantes, la tendencia en los tribunales parece haber sido la de aceptar su validez cuando se incluye expresamente en el contrato, aunque siempre desde una interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación a un aspecto concreto. De ahí que, en el caso de que se pretenda un deber de buena fe en la ejecución del contrato en general, se haya advertido sobre la conveniencia de que este deber de actuar de buena fe se incluya en la práctica en una cláusula separada del resto, de tal forma que haya menos dudas sobre el deseo de su aplicación general a todo el contrato y no solo a un aspecto del mismo⁴¹.

4.3. El deber de buena fe como *implied term*

Pero posiblemente se pueda afirmar que las mayores dificultades respecto de la incorporación en el contrato de obligaciones de buena fe se producen en aquellos casos en los que las partes no se han pronunciado explícitamente al respecto y la inclusión de este principio se plantea por vía deductiva de la voluntad de las partes en el supuesto de hecho concreto. Esto es, se plantea mediate el recurso a la doctrina de los *implied terms*, en concreto, los *implied terms in fact*.

⁴¹ NILSEN (2016, p.13).

Como ya señalamos, en *Yam Seng*, el Juez *Leggatt J* admitía que el Derecho inglés probablemente no está todavía preparado para reconocer la buena fe como un deber *implied by law*, ni siquiera como una *default rule* (como una regla de Derecho dispositivo), en todos los contratos mercantiles. Recordemos que los términos inferidos *by law* eran aquellos que los tribunales consideraban inherentes a determinadas categorías de contratos. En este sentido, no puede hablarse de un deber contractual general de buena fe. Ahora bien, en la sentencia *Leggatt J* no ve inconveniente en incorporar ese deber *in fact, ad hoc*, en contratos mercantiles concretos tomando como referencia la intención presunta de las partes. Es decir, no existe un deber general de comportarse de buena fe en el Derecho contractual inglés pero eso no obsta para que, caso por caso, pueda entenderse en algunos supuestos que las partes sí tenían la obligación de sujetarse a este principio general y que por lo tanto se vean vinculadas por él en algún extremo.

En cualquier caso, debe anotarse que la tarea de inferir un deber de buena fe por parte de los tribunales ingleses allá donde las partes no lo han pactado expresamente será una labor delicada y que siempre se va a desarrollar desde una óptica restrictiva. Así se desprende de lo dicho en *Marks & Spencer* ratificando los tests tradicionalmente requeridos para poder incorporar un *implied term in fact* al contrato y negando que en *Belize* se hubiera relajado el “*enfoque tradicional y altamente restrictivo para la inferencia de condiciones*”. En este sentido, cuanto menos exigente sea un deber más probable será que satisfaga los tests⁴².

Pues bien, ¿en qué casos se ha producido el reconocimiento de un deber de buena fe como *implied term in fact*? ¿Qué implica la buena fe en el ámbito contractual? Pasaremos a enumerar diversos supuestos de hecho intentando deslindar aquellos ámbitos en los que tenga relevancia la buena fe así como los criterios a los que se recurre para esa valoración.

a) Prohibición del ejercicio arbitrario de una facultad atribuida unilateralmente

En primer lugar, de la buena fe se ha derivado un deber implícito de no actuar de forma arbitraria o discrecional en el ejercicio de facultades unilaterales contractuales que afectan a las dos partes (*contractual discretion*)⁴³. De hecho, el uso de *implied terms in fact* ha sido el mecanismo preferido por los tribunales ingleses para buscar el control en este ámbito, bajo la idea de que un comportamiento discrecional ilimitado posiblemente no sea un reflejo adecuado de la intención de las partes en el momento de contratar⁴⁴. Esto ha generado un cuerpo de jurisprudencia homogéneo aunque, como veremos, no toda facultad se va a ver sujeta a esta limitación⁴⁵.

⁴² MCKENDRICK (2015, p. 203).

⁴³ Hay que tener en cuenta que el Derecho de contratos inglés no reconoce una doctrina del abuso de derechos ni una doctrina en cuya virtud los derechos tengan que ser ejercitados de manera razonable (MCKENDRICK (2006, p. 197), WHITTAKER; ZIMMERMANN (2000a, p. 41 y 2000b, p. 696)).

⁴⁴ HOOLEY (2013, págs. 67 - 68).

⁴⁵ Para empezar, será difícil que un tribunal incorpore una cláusula implícita si ésta no es coherente con alguna cláusula expresa recogida en el contrato. MCKENDRICK (2006, p. 206) indica en este sentido que expresiones como “*sole discretion*”, “*absolute discretion*” o “*without cause*”, harán que cualquier *implied term* suponga una limitación a una facultad concebida aparentemente sin restricciones.

En cualquier caso, debemos comenzar definiendo qué se entiende por *discretion* en el Derecho inglés de contratos. Para ello recurrimos a *Brogden & Anor v Investec Bank plc* ([2014] EWHC 2785 (Comm)) donde se identifica con

“where one party has the responsibility in the contract to make an assessment on a matter that materially affects the other, there is plenty of scope for reasonable differences of view, and the decision is final and binding on the parties”.

Por lo tanto, la *discretion* sería, resumidamente, la facultad que le atribuye a una de las partes la capacidad para decidir de forma vinculante sobre una cuestión que afecte a los dos contratantes. Pero esta facultad puede estar concebida como una *binary discretion* o como una *complex discretion*⁴⁶. En el primer caso, se trataría de una facultad de elegir entre ejercitar o no un derecho contractual con base en presupuestos también determinados en el contrato. En la *complex discretion*, por su parte, la facultad se configura de forma más amplia pues se trata de una facultad de elección entre distintas opciones tomando en consideración los intereses de ambas partes. Esta diferencia, como veremos, tendrá relevancia en lo que se refiere a las limitaciones a las que se deberá sujetar su ejercicio. De ahí que a continuación procedamos a agrupar los supuestos de hecho conocidos por los tribunales en dos categorías: aquellos que otorgan a uno de los contratantes una *complex discretion*, por un lado, y aquellos que recogen una *binary discretion*, por otro. Dentro de esta última categoría, a su vez, cabría identificar tres ejemplos de supuestos de cláusulas respecto de las que se han pronunciado los tribunales: cláusulas de penalización, cláusulas que facultan a dar por terminado un contrato y cláusulas que recogen un derecho a prorrogar el mismo.

Pasaremos a exponer la incidencia, en su caso, de la buena fe en el ejercicio de cada tipo de facultad.

- Ejercicio de la *complex discretion*

Un ejemplo de este tipo de facultad unilateral lo encontramos en *Abu Dhabi National Tanker Co v Product Star Shipping; The Product Star (Nº 2)* ([1993] 1 Lloyd’s LR 397, CA (Civ Div)), donde se analiza una póliza de fletamento que recogía a favor de los propietarios del barco la facultad de rechazar la entrada en un puerto peligroso. En el Golfo Pérsico y durante la Guerra de Iraq, los propietarios de la embarcación se oponen, con un breve preaviso, a una orden de cargar en los Emiratos Árabes. La contraparte alega que no había habido ataques recientemente y que, de hecho, los mismos propietarios sí que comerciaban con otra nave en el área. El tribunal sostuvo que, a pesar de no especificarse nada en el contrato, la facultad unilateral dada a los propietarios de la nave de poder negarse a entrar en algún puerto tenía que ser ejercida “*honestly and in good faith and not arbitrarily, capriciously or unreasonably*”, lo que no había sucedido en este acto concreto.

⁴⁶ SHEPPARD (2015, p.4).

Las mismas implicaciones encuentra la Corte de Apelación en *Gan Insurance Co Ltd v Tai Ping Insurance Co Ltd* (Nº. 2) ([2001] EWCA Civ 1047; [2001] 2 All ER 299), respecto de un contrato de reaseguro y la facultad concedida a la compañía reaseguradora (G) de no hacer ningún pago ni admitir ninguna responsabilidad frente a la compañía asegurada (T, aseguradora, a su vez) que no hubiese sido previamente aprobado por G. Es decir, la previa aceptación por parte de G es condición necesaria para que surja su deber de responder. Se niega en este caso la existencia de un *implied term* con la obligación de que el pago no sea negado *unreasonably*, pero sí se admite como límite al derecho que éste sea ejercido de buena fe⁴⁷.

Un caso referente en cuanto a restricciones en el ejercicio de facultades contractuales es *Socimer International Bank Limited (in liquidation) v Standard Bank London Ltd* ([2008] EWCA Civ 116; [2008] 1 Lloyd's LR 558). En el marco de un contrato entre dos bancos para la compra a futuro de valores se encontraba inserta la obligación del vendedor de valorar la cartera de activos en una fecha determinada. El tribunal rechazó que se pudiera inferir una obligación de que esta valoración tuviera que ser razonable (se trataba de un contrato detallado entre dos partes sofisticadas) pero también reconoce de forma clara y general la existencia de una limitación, que califica de "menor" comparada con la anterior y que está referenciada a la honestidad, buena fe, no arbitrariedad, entre otros:

"It is plain from these authorities that a decision-maker's discretion will be limited, as a matter of necessary implication, by concepts of honesty, good faith, and genuineness, and the need for the absence of arbitrariness, capriciousness, perversity and irrationality. The concern is that the discretion should not be abused" (par. 66)⁴⁸.

- Ejercicio de la *binary discretion*

Esta concepción amplia que vemos en este último párrafo citado en *Socimer*, según la que en todos los casos existen restricciones al ejercicio de una *discretion*, es matizada posteriormente en *Mid Essex*, resolución en la que la controversia se plantea, recordemos, respecto de la facultad por parte de un hospital de valorar el desempeño de la contraparte (empresa que prestaba servicios de limpieza y catering) mediante diversas penalizaciones ante incumplimientos. Se plantea una controversia acerca de la valoración de los incumplimientos por parte del hospital y, como consecuencia, del cálculo de las penalizaciones correspondientes. En este supuesto de hecho el tribunal rechaza que sea necesario incluir un *implied term* de no actuar arbitraria, irracional y caprichosamente. Y lo hace porque, a su juicio, no se trata en este caso de una *discretion* que suponga la elección por parte del hospital entre distintas opciones teniendo en cuenta los intereses de ambos contratantes, a diferencia de los ejemplos anteriores:

"An important feature of the above line of authorities [aludiendo a los pronunciamientos en los que sí se había reconocido el *implied term*] is that in each case the discretion did not involve a simple decision whether or not to exercise an absolute contractual right. The discretion involved making an assessment

⁴⁷ De lo que parece deducirse que se puede actuar de buena fe aún actuando de manera no razonable. Volveremos sobre ello y el contenido del concepto de "buena fe" con posterioridad.

⁴⁸ De nuevo se marca una diferencia entre lo "razonable" y la actuación honesta y de buena fe.

or choosing from a range of options, taking into account the interests of both parties. In any contract under which one party is permitted to exercise such a discretion, there is an implied term" (par. 83).

Es decir, en *Mid Essex* se trata de una facultad que simplemente requiere de una decisión de la parte acerca de si ejercitar o no un derecho. Teniendo en cuenta las detalladas reglas del contrato para el cálculo de las deducciones por incumplimiento, entiende la Corte de Apelación que no hay margen para la actuación discrecional del hospital sino que se trata de una cuestión de mero cálculo al final de cada mes. Y un supuesto similar se juzga en *Portsmouth City Council* –en este caso, un contrato para el mantenimiento de carreteras en el que se incluía de nuevo una cláusula compleja que regulaba las penalizaciones o recompensas en función del servicio prestado-. Tomando como punto de referencia *Mid Essex* y el hecho de que se trata de una decisión de ejercitar o no un derecho, se señala que introducir un deber implícito de actuar *fairly* podría crear incertidumbre. Eso sí, acepta incluir un deber implícito "*to act honestly and on proper grounds and not in a manner that is arbitrary, irrational or capricious*" (par. 112), lo que aquí parece alejar estos deberes respecto del de buena fe. En todo caso, nos ocuparemos después de la diferente terminología y contenido utilizados por los tribunales en torno a la buena fe.

Se introduce en estas últimas resoluciones, como señalábamos al principio del epígrafe, un diferente tratamiento en función del tipo de facultad otorgada a una de las partes: *binary* frente a *complex discretion*. Mientras que la segunda conllevaría una limitación intrínseca en su ejercicio (a través de la honestidad, la buena fe o la no discrecionalidad, según la sentencia) la primera se vería solo constreñida por el cumplimiento de los requisitos objetivos que en el contrato delimiten las circunstancias en las que la elección se puede hacer⁴⁹.

Esta última idea aparece claramente desarrollada también en otro grupo de supuestos. Si los dos ejemplos anteriores estaban referidos a cláusulas detalladas de valoración del cumplimiento contractual de la contraparte, los siguientes en los que nos detendremos serán cláusulas que facultan a dar por terminado el contrato. También aquí se ha planteado recurrentemente la inferencia de un *implied term* limitativo en el ejercicio de un derecho, inferencia que, también recurrentemente, ha sido denegada.

Así ocurre, entre otras, en *Monde Petroleum SA v Westernzagros Limited* ([2016] EWHC 1472 (Comm)). En el supuesto de hecho, un contrato de servicios de consultoría, *Monde* se obliga a dar apoyo y asesoramiento a *Westernzagros* en negociaciones mantenidas con un país para la producción de petróleo, siendo la remuneración del primero, entre otros, la posibilidad de percibir el 3% del beneficio del proyecto si se alcanzan determinados objetivos. Tiempo después y tras el pertinente preaviso, *Westernzagros* da por finalizado el contrato. Los objetivos para que *Monde* pudiera optar a su porcentaje de participación no se habían alcanzado y éste alega que la contraparte ha incumplido un *implied term* de ejercitar el derecho de terminación del contrato de buena fe. El fallo es contrario a la existencia de este *implied term* en el supuesto de hecho concreto puesto que, por un lado, a pesar de ser un contrato duradero en el tiempo no es necesario incluir

⁴⁹ Una posición contraria es la que defiende HOOLEY (2013, págs. 83 – 89), para quien no debería haber diferente trato pues en ambos están haciendo una elección.

un deber así para que pueda funcionar y, por otro, y especialmente, porque se trata de un derecho -el de dar por terminado el contrato- no relacionado con el cumplimiento del mismo sino con su finalización. El contratante no tiene que elegir entre una variedad de opciones sino simplemente decidir si poner fin al contrato o no. Además, cumpliéndose los requisitos pactados para ello, no debe justificar su decisión ni tener especialmente en cuenta, en este momento contractual, los intereses de la contraparte. Así lo argumenta *Mr Salter QC*:

“[...]the right to end a contract is different in kind to the sort of rights which may arise in the course of that contract's performance. The purpose of a contractual right to terminate is to give the party on whom that right is conferred the power to bring the contract to an end. It is a right to bring an end to the parties' shared endeavour. In my judgment, it is unlikely that the hypothetical reasonable commercial man or woman would expect the party exercising that right to be obliged to consult anyone's interests but its own” (par. 272)⁵⁰.

La misma línea contraria a incluir limitaciones en el ejercicio del *right to terminate* un contrato -en contraposición con lo que ocurre en el cumplimiento (*performance*) del mismo- sigue *TSG Building Services Plc v South Anglia Housing Ltd* ([2013] EWHC 1151 (TCC); [2013] BLR 484), donde se conoce de un contrato entre empresas para el suministro de gas y trabajos asociados en el que se incluye una cláusula por la que cada parte puede dar por terminado el contrato en cualquier momento. Se rechaza incluir aquí un deber de ejercitar este derecho de buena fe pues, además de lo expuesto y en este supuesto de hecho concreto, resultaría incoherente con los términos incondicionales expresamente pactados en el contrato. En *Hamsard 3137 Ltd (t/a Mini Mode Childrenswear) v Boots UK Ltd* ([2013] EWHC 3251 (Pat)), por su parte, el tribunal, entre otros pronunciamientos, acepta que en un contrato de suministro a largo plazo existe un deber implícito de no hacer nada que frustre el propósito del contrato pero no una obligación positiva de cada parte de subordinar sus propios intereses comerciales a los de la otra parte. *Boots* no estaba obligado en este sentido por un deber de buena fe y, cumpliendo con un plazo de preaviso razonable, era libre para ejercer el derecho que se le concedía a dar por terminado el contrato⁵¹. Asimismo, en *Ilkerler Otomotive Sanayai ve Ticaret Anonim v Perkins Engines Co Ltd* ([2017] EWCA Civ 183), al hilo de un contrato de distribución, se niega la incorporación de diversos *implied terms* fundados en la obligación de actuar de buena fe en el ejercicio de su derecho contractual a dar por finalizado el negocio jurídico. A pesar de tratarse de un contrato duradero y de distribución (como en *Yam Seng*), se incide de nuevo en la diferencia en este ámbito entre el ejercicio de derechos en el cumplimiento del contrato y para su terminación.

Y a la otra cara de la moneda, el derecho a prorrogar un contrato, se le aplica una idéntica argumentación en *Greenclose Limited v National Westminster Bank plc* ([2014] EWHC 1156 (Ch); [2014] 1 CLC 562). En este caso, ambas partes acuerdan la contratación de un instrumento financiero de cobertura frente a oscilaciones de tipo de interés, con una duración de cinco años y con la posibilidad por parte del banco de poder prorrogarlo. Llegado el momento así lo hace y,

⁵⁰ Comentada por RICHARDSON (2017, págs. 88 y ss.).

⁵¹ Como señala PUGH (2015, p. 12), lo que parece un jarro de agua fría puede no serlo tanto porque concede que existe generalmente un deber implícito de no frustrar el propósito del contrato, que no parece tan alejado del deber de honestidad y fidelidad a lo pactado de *Leggatt J*.

aunque la prórroga no se admite finalmente por no cumplir con los requisitos formales exigidos, el tribunal califica el derecho a prórroga como no limitado y como no sujeto a un *implied term* de buena fe:

“The same reasoning applies in the context of an unqualified option or right given to one party to extend the contract at the end of its initial five-year term. Greenclose took the risk that the Bank would extend the term, and in return for taking that risk, it received the lower floor [...] This was not a case of naked greed or exploitation of a vulnerable customer, even though from the customer's perspective it might have had that appearance. The decision was taken honestly and Mr Goodfellow was under no obligation to put the interests of the customer above those of the Bank” (pars. 151 y 154)⁵².

En alguno de estos supuestos el ejercicio de la facultad atribuida a la parte está más limitado por la propia configuración del derecho (*binary discretion*) y porque existe una cierta regulación contractual, lo que deja menos margen para la aplicación de la figura de la buena fe puesto que prevalecerán frente a ésta los términos del contrato (por ejemplo, cláusula con un sistema detallado de penalizaciones). Además, como argumento en contra de limitaciones añadidas implícitas también se alude a la fase contractual en la que se ejercita la facultad –por ejemplo, la finalización del contrato frente al cumplimiento del mismo- o a la existencia de una contrapartida económica que justifica dicha facultad –en el último caso, un suelo de interés más bajo a cambio de asumir el riesgo de que la contraparte prorrogara el contrato-.

El papel de la buena fe en el sistema español también es menor cuando el ejercicio de un derecho está delimitado contractualmente pues prevalecerá lo dispuesto en el contrato salvo que los presupuestos para la concesión del ejercicio fuesen genéricos o indeterminados. Un ámbito en el que habitualmente entra en juego la buena fe es en el de la facultad de desistimiento en los contratos por tiempo indefinido, donde se permite la facultad de dar por terminado el contrato a las partes sin justificación alguna y, salvo pacto en otro sentido, siempre que la ejerciten de buena fe, lo que suele plasmarse en la exigencia de un plazo de preaviso razonable y proporcionado.

- b) Prohibición de un comportamiento que se aleje de la lealtad a lo acordado y de los estándares del *commercial dealing*

Como habíamos adelantado, la sentencia referente en materia de buena fe contractual es *Yam Seng*. Las argumentaciones del Juez *Leggatt J* en ella son *obiter dicta* pero quizás representen la primera vez que en una resolución inglesa se expone detalladamente de forma tan abierta y general una postura favorable al reconocimiento, en algunos supuestos, de un deber implícito de buena fe. El Juez *Leggatt J* parte de la existencia de unos valores y normas de comportamiento comunes que forman parte del contexto relevante del contrato y que se dan por supuestos por las partes de forma natural. Dentro de estas normas que subyacen en casi todas las relaciones

⁵² SHEPPARD (2015, p. 409), matiza el sentido “contra” *Yam Seng* al que puede llevar la lectura de *Greenclose* y *TSG Building* señalando que, más que estar caminando en distintas direcciones, las resoluciones están en distintas orillas y que la divergencia viene generada por la falta de unanimidad respecto del contenido de la buena fe. Desde nuestro punto de vista, también los supuestos de los que se conoce en estas dos decisiones (terminación/prórroga de un contrato) son muy concretos y sus características justifican posiblemente la no incorporación de un *implied term*.

contractuales identifica, en primer lugar, la expectativa de un comportamiento honesto. La honestidad, apunta, es esencial en el tráfico jurídico mercantil a pesar de que se señale de forma expresa por las partes en contadas ocasiones. Es más, como advierte el juez, puede resultar hasta contraproducente y un indicio de falta de confianza exigir explícitamente que las partes se comporten de forma honesta porque es “*so obvious that it goes without saying*” y es necesario para dar a la relación “*business efficacy*” (par. 137).

Y otro aspecto de la buena fe que se superpone con el anterior es el que *Leggatt J* denomina como “*fidelity to the parties’ bargain*” (algo así como lealtad a lo acordado) y que se centra en tener en cuenta los valores y propósitos que forman parte expresa o implícitamente del contrato para dar solución a los acontecimientos no previstos en él. Esta vertiente explicaría deberes como el de, por ejemplo, cooperación de las partes en el cumplimiento del contrato.

De cualquier modo y como se recalca en *Yam Seng*, para la identificación del contenido de la buena fe hay que estar en cada caso, por una parte, al contexto, y, por otra, a una valoración objetiva. En cuanto a lo primero, se pueden identificar ciertos contratos –sin perjuicio, obviamente, de aquellos que están basados en relaciones fiduciarias– que, por el tipo de compromiso o la duración, requieren objetivamente un mayor grado de comunicación, cooperación o lealtad que otros (por ejemplo, uno que implicara un mero intercambio puntual). Sería el caso de los llamados “*relational contracts*”, como algunos acuerdos de joint venture, franquicia o distribución a largo plazo. Que la valoración de lo que implica la buena fe deba ser objetiva significa, por su parte, que no hay que estar a la percepción de los contratantes sobre si una conducta concreta es adecuada o no sino a

“whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people” (par. 144).

Teniendo en cuenta esto, como habíamos señalado en el epígrafe correspondiente, el Juez *Leggatt J* no ve nada ajeno al Derecho inglés en el reconocimiento de un deber implícito de buena fe en el cumplimiento de los contratos. De hecho, aclara, esta idea ya se ha reflejado en la doctrina en las limitaciones a los poderes concedidos a una de las partes para tomar decisiones que afectan a las dos, en ciertos deberes de cooperación impuestos o en la obligación de llamar la atención adecuadamente a la contraparte sobre la existencia de cláusulas especialmente onerosas o sorprendentes. Nos hemos ocupado ya del primer grupo de casos y nos serviremos de este esquema para dedicar unas líneas al tratamiento de los otros dos supuestos restantes, siendo el relativo a los deberes que podrían entenderse incluidos en la *fidelity to the parties’ bargain* el que nos ocupa en este epígrafe.

A tal efecto, es de observar que las palabras del Juez *Leggatt J* en *Yam Seng* tuvieron una influencia directa en *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd* ([2014] EWHC 2145 (Ch)). En ella el tribunal entiende como implícito un deber de buena fe en un contrato de larga duración relativo al desarrollo conjunto de materiales en versión electrónica para el entrenamiento de pilotos. La descarga posterior y sin permiso de materiales del sistema de *Intelligent Data Capture* por parte de *Bristol Groundschool* para la creación de una versión propia

del producto, es un comportamiento que el tribunal califica como *commercially unacceptable*. En su argumentación para aceptar un *implied term* de buena fe se apoya, entre otros, en un elemento esencial para *Leggatt J* en *Yam Seng*: se trata aquí también de un *relational contract* que, en palabras del propio director de *Bristol Groundschool*, contenía un elemento de confianza (*trust*). Por otra parte, se vuelve a establecer la honestidad como el contenido mínimo del deber de buena fe.

Y también *Yam Seng* tiene un peso importante en *D&G Cars Ltd v Essex Police Authority* ([2015] EWHC 226 (QB)). La Policía de Essex contrata con una empresa especializada en el servicio de grúas el procedimiento para deshacerse de los vehículos policiales, pactando que algunos de ellos tenían que ser destruidos para evitar que ciertas piezas identificables pudieran ser usadas en otros automóviles. Estas instrucciones no fueron seguidas en uno de los vehículos que, por el contrario, pasó a formar parte de la flota de la propia empresa gruística -con la explicación posterior por parte de ésta de que se había hecho para enseñar a su personal en prácticas cómo manejar la carrocería-. Una de las cuestiones que se plantea en este supuesto es si existe un deber implícito de que ambas parte se comporten de buena fe o, como se denomina en este caso, "con honestidad e integridad". El tribunal matiza el uso de "integridad" (*integrity*) en lugar del de "buena fe" de *Leggatt J* por la intención de resaltar los requisitos de *fair dealing* y transparencia inherentes a una relación a largo plazo y con las características que la del supuesto de hecho presenta. Por lo tanto, la existencia de un deber implícito se acepta y, siguiendo a *Yam Seng*, se hace analizando el contexto y el contrato concretos: además de tratarse, a juicio del tribunal, de un *relational contract* "par excellence" y duradero en el tiempo, el origen de los vehículos que tiene por objeto (sirviendo a la función pública) hace todavía más adecuada la existencia de un *implied term* como el señalado.

Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia posterior y como señala el profesor MCKENDRICK (2015, p. 205), *Yam Seng* ha sido más veces citada que aplicada. Ciertamente, las sentencias que encontramos son mayoritariamente contrarias a la aceptación de un deber implícito de buena fe de forma general. No obstante, creemos que las características de los supuestos de hecho concretos ayudan a explicar esta diferente postura de los tribunales.

Una primera sentencia posterior a *Yam Seng* que niega un papel a la buena fe en el contrato es *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd*. IBM presta servicios de IT a una compañía, siendo parte de estos servicios subcontratados, a su vez, a *Fujitsu*. *Fujitsu* demanda a *IBM* por pérdidas de beneficios sufridas como consecuencia de no haberle sido proporcionado el volumen de trabajo tal y como se recogía en el subcontrato. Conjuntamente con alegaciones cuestionando una cláusula a favor de *IBM* que le excluía de responsabilidad por "loss of profit, revenue, business or goodwill", *Fujitsu* solicita que se reconozca la existencia de un deber expreso de buena fe a cargo de *IBM*⁵³. Alega que el acuerdo entre ambas partes se vería sustancialmente vacío de contenido si

⁵³ De la cláusula "19.4 [IBM] warrants and represents that: ... (f) it will discharge any obligations it has regarding the Services (to the extent applicable) and that IBM will supply and render appropriately experienced, qualified and trained personnel to discharge any obligations IBM has to the Services under this Sub-Contract, and that such personnel will discharge such obligations with all due skill, care and diligence in accordance with Good Industry Practice and any applicable Quality Management Systems."

no hay límite en la exoneración de responsabilidad por parte de *IBM*. El tribunal, tras calificar la relación como un contrato muy detallado entre iguales y de naturaleza no fiduciaria, concluye que no puede encontrarse ningún deber expreso de buena fe en el clausulado del contrato (ni implícito, señala -par. 147) porque no hay ninguna previsión al respecto y por las características del acuerdo:

“In a detailed contract like the Sub-Contract, one would expect clear words if there was to be an express duty of good faith. There are no such clear words” (par. 152).

Argumentando ya de forma principal acerca de la inferencia de una obligación implícita de buena fe en un contrato de franquicia destinado a proporcionar cuidados a domicilio, el tribunal se muestra contrario a ello en *Carewatch Care Services Limited v Focus Caring Services Limited, Anthony J Grace, Elaine C Grace* ([2014] EWHC 2313 (Ch)). *Grosso modo*, *Carewatch* (franquiciador) alega el incumplimiento por parte de *Focus* (franquiciado) de una prohibición de no competencia incluida en el contrato por haber prestado los mismos servicios bajo otro nombre y marca. *Focus*, por su parte, sostiene que el franquiciador, abriendo cada vez más sucursales propias y disminuyendo la gestión a través de franquicias y su soporte, ha incumplido numerosos *implied terms*, lo que hace que ellos no se sientan sujetos por las restricciones de competencia. Entre otros, el *implied term* alegado por *Focus* que aquí nos interesa es:

“The parties would conduct themselves as franchisor and franchisee in good faith and/or dealing with each other fairly and in particular not in a manner that would damage each other's business interests in the franchise businesses operated by Focus under licence from [Carewatch].”

El tribunal no encuentra una laguna que tenga que ser integrada para que el acuerdo pueda funcionar pues se trata de un acuerdo comercial entre dos partes que esperan obtener un beneficio, con intereses propios que proteger y que regula de forma muy detallada todos los aspectos del negocio, desde su creación hasta su terminación. Unos *implied terms* así (recordamos que se valora el de actuar de buena fe de forma conjunta con otros) podrían ser inconsistentes con otras cláusulas pactadas en el contrato, no superarían el *test of necessity* y podrían dar lugar a obligaciones muy exigentes que, de haberse querido, habrían sido incluidas expresamente. Por lo tanto,

“[...] in the absence of such stipulation Carewatch is free to have regard to its own commercial interests in deciding how to run its franchise business, provided always that it complies with the express terms of its current franchise agreements” (par. 111)⁵⁴.

Un último ejemplo de un pronunciamiento contrario a reconocer un deber de buena fe lo encontramos en *Acer Investment Management v Mansion Group* ([2014] EWHC 3011 (QB)). En este caso el contrato en el que se alega la existencia de un deber implícito de buena fe es un contrato

⁵⁴ HOBBS (2014, p. 43), apunta como dato a tener en cuenta aquí que *Focus* no llegaba a los tribunales con “*clean hands*” en la medida en que había estado desarrollando su negocio de forma paralela. En todo caso, señala la autora que, aunque los franquiciados podrán tener alguna protección por esta vía, *Carewatch* ha venido a asentar la idea de que no podrán “*cry ‘Yam Seng’*” siempre que el franquiciador tome una decisión que no les satisfaga.

de agencia por el que *Acer* se obligaba a promocionar un fondo inmobiliario de *Mansion*. No existía un acuerdo por escrito aunque sí hubo un borrador del mismo que las partes habían negociado ampliamente y que incluía la comisión a recibir por *Acer* en pago de sus servicios y no aludía a ningún acuerdo de exclusividad. *Acer* también cerró en la misma época un acuerdo para la promoción de otro fondo inmobiliario, competencia del de *Mansion*, al que no le gustó este hecho. Siendo preguntado por este segundo acuerdo, *Acer* aseguró no haber promocionado el fondo competidor, lo que resultó después mentira. *Mansion* alega el incumplimiento –por haber mentido– de un deber de buena fe implícito en el contrato y, como consecuencia, el no devengo de comisiones a su favor. Sin embargo, el tribunal entiende que las comisiones debían ser pagadas puesto que *Acer* no estaba vinculado por ningún deber de buena fe (y, además, de estarlo, aclara, no lo habría incumplido). Y llega a esta conclusión después de negar que se tratara de una relación que implicara deberes fiduciarios relevantes para las partes, que se tratara de un *relational contract*, de un contrato a largo plazo o que incluyera una obligación de no exclusividad. La buena fe, en el sentido planteado en este epígrafe, como prohibición de un comportamiento que se aleje de la lealtad a lo acordado, se utiliza para modelar el tipo de conducta admisible en la ejecución del contrato o en el cumplimiento de las obligaciones en él establecidas. De ahí que haya que atender al marco contractual para analizar el margen para inferir un *implied term*. Pues bien, en realidad, estos tres últimos supuestos en los que se niega la existencia de un deber de buena fe vinculante para las partes tienen algo en común: en todos ellos se alega que el contenido contractual pactado limita el juego de la buena fe. En el caso de *Fujitsu*, por la existencia de una cláusula expresa de exoneración de responsabilidad por pérdida de beneficios, no pudiendo la buena fe operar en contra de lo establecido explícitamente en el contrato. En *Carewatch*, por la ausencia de laguna que integrar en un contrato muy detallado sin, además, contravenir lo pactado. En *Acer*, por su parte, porque la ausencia de una obligación de exclusividad permite a las partes contratar con terceros sin vulnerar un supuesto deber de buena fe.

c) Obligación de llamar la atención sobre cláusulas inusualmente onerosas

Como deja apuntado el Juez *Leggatt J* en *Yam Seng*, hay efectivamente un grupo de supuestos claramente delimitado en el que se plantea la validez de cláusulas inusualmente onerosas y sobre las que no se ha llamado la atención a la otra parte contratante. Dicho esto, y aunque incluimos este apartado dentro de las implicaciones de la buena fe como *implied term*, debemos advertir que en estos casos, a diferencia de los anteriores, la buena fe como tal no ha sido el fundamento jurídico directamente alegado para negar la incorporación de las cláusulas cuestionadas al contrato. Aun así, por una cuestión sistemática, porque los conceptos utilizados no son lejanos a la figura de la buena fe y porque, de hecho, en una de las sentencias se plantea de forma abierta la relación con este principio general, tratamos esta cuestión aquí.

Pues bien, uno de estos supuestos lo encontramos en la famosa sentencia *Interfoto*. Los demandados, una agencia de publicidad, solicitaron diapositivas fotográficas a una empresa especializada, los demandantes, quienes les enviaron el 5 de marzo 47 fotografías, metiendo entre ellas el correspondiente albarán. En él se especificaba que las fotografías debían ser devueltas en 14 días con una penalización de 5 libras por día y transparencia en caso contrario. La agencia de

publicidad no las utilizó, se olvidó de ellas y no las devolvió hasta el 2 de abril, recibiendo después una factura por valor de 3.783,5 libras de penalización, que rechazaron pagar. Esto dio lugar a una demanda por parte de la empresa fotográfica que fundamentaba su pretensión en las condiciones incluidas en el albarán. *Lord Justice Bingham* reflexiona acerca de la advertencia necesaria para que una particular cláusula sea vinculante:

“The tendency of the English authorities has, I think, been to look at the nature of the transaction in question and the character of the parties to it; to consider what notice the party alleged to be bound was given of the particular condition said to bind him; and to resolve whether in all the circumstances it is fair to hold him bound by the condition in question. This may yield a result not very different from the civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned”.

Como se desprende de la última frase, aunque no se alega el principio de buena fe como fundamento jurídico, en el razonamiento se establece expresamente un paralelismo con éste. En el caso concreto, se cuestiona que los demandantes resaltaran suficientemente la existencia de una cláusula penal que era claramente superior a la usual. Así, los demandados no se ven liberados de su responsabilidad por no haber leído la cláusula—aunque, señala el juez, sin duda no la leyeron- sino porque los demandantes no hicieron lo necesario para llamar su atención *fairly* respecto de una cláusula no razonable y abusiva – sin perjuicio de que hubiera sido válida de haberse resaltado adecuadamente-.

Aunque en el siguiente supuesto no se encontró ningún inconveniente con la incorporación de las cláusulas cuestionadas y a pesar de que no se alude expresamente al término “buena fe” - prefiriendo recurrir a expresiones como *fair* o *reasonable*-, la misma argumentación se encuentra en *Carewatch*. La disputa se planteaba aquí en torno a un contrato de franquicia. En concreto, en lo que aquí nos atañe, respecto de una serie de cláusulas que regían la terminación del contrato (deberes de no competencia, entre otros). El juez, basándose en *Interfoto*, señala un principio fundamental de derecho según el cual en ciertas circunstancias puede ser *unfair* o *unreasonable* vincular una persona a una cláusula contractual escrita de una naturaleza inusual, estricta o particularmente onerosa, salvo que se haya llamado la atención sobre ella *fairly*. Aunque este es un problema típico en la contratación de consumo, afirma *Mr Justice Henderson* que también puede plantearse en otros tipos de contratos, siempre teniendo en cuenta el contexto y las posiciones negociadoras de las partes.

En este caso se concluye la validez de las cláusulas impugnadas porque no le parecen especialmente estrictas u onerosas y son las que uno cabría esperar encontrar en la parte final del contrato y bajo el rótulo “Condiciones tras la terminación”. Del mismo modo, presentan igual formato y tipografía que el resto del acuerdo y se encuentran incluidas en el índice al inicio. Además, añade, fueron firmadas por ambos cónyuges (franquiciados), que eran personas formadas y con una experiencia empresarial significativa. Habían venido firmando contratos con un contenido similar desde 1999 y habían ignorado las recomendaciones de buscar asesoramiento legal especializado en franquicias. Por último, el marido admitió haber leído el contrato con cuidado antes de firmarlo y ser consciente de las condiciones tras la terminación del mismo.

El fundamento jurídico para la no incorporación de estas cláusulas no es, como decíamos, la buena fe. Pero el Derecho contractual inglés recurre aquí a una serie de reglas que, aún bajo la denominación de criterios de *unfairness* o *unreasonableness*, reflejan un contenido similar al de la buena fe y que sería perfectamente coherente con él (como así se admite en *Interfoto*). El papel de este concepto jurídico indeterminado estaría aquí en relación con la formación del contrato.

El paralelismo con nuestro ordenamiento jurídico podría residir, por un lado, en el régimen de control de incorporación de las cláusulas predispuestas (de hecho, en los dos supuestos concretos aquí recogidos parece deducirse de los hechos que eran clausulados no negociados). La idea de exigir requisitos de transparencia y accesibilidad para que las cláusulas queden incorporadas al contrato (en el ordenamiento jurídico español, arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y art. 80 TRLCU) se apoya en la buena fe: si una de las partes puede predisponer el contenido del contrato, la buena fe le impone un deber de hablar claro⁵⁵. Sin embargo, consideramos que quizás hay mayor similitud con la idea de control de las cláusulas sorprendentes: cláusulas que, aprovechando la dinámica de formación del contrato predispuesto, puedan ir contra la regulación del contrato que cabría esperar y contras las expectativas legítimas de la contraparte. El fundamento de este control –no positivizado en nuestro ordenamiento jurídico aunque recientemente impulsado por la jurisprudencia respecto de las cláusulas suelo en contratos entre empresarios, a través del art. 1258 CC- también se encuentra, precisamente, en la buena fe⁵⁶.

Y una idea similar está detrás de otra regla admitida por el ordenamiento jurídico inglés: la regla de interpretación *contra proferentem*. Su fundamento no es otro que el principio de la buena fe que se concreta en este caso, a su vez, en el principio de autorresponsabilidad: la parte a la que se le atribuye el clausulado es sobre la que recae la obligación de expresarse con claridad y procurar que no exista ninguna ambigüedad⁵⁷. Aunque, por su parte, la justificación para esta regla en el Derecho de contratos inglés (denominada también como “*construction against grantor*”) tiene otro enfoque:

“[...] a person who puts forward the wording of a proposed agreement may be assumed to have looked after his own interests so that in the words leave room for doubt about whether he is intended to have a particular benefit there is reason to suppose that he is not”⁵⁸.

4.4. Criterios relevantes para determinar (o no) la existencia de un deber de buena fe

El Juez *Leggatt J* recalcó en *Yam Seng* la alta dependencia de la buena fe del contexto. Teniendo en cuenta esta afirmación, de los ejemplos de resoluciones de tribunales ingleses que hemos revisado hasta ahora podemos intentar identificar algunos de los criterios o pautas que han

⁵⁵ PERTIÑEZ (2011, p. 697).

⁵⁶ Véase al respecto el análisis recientemente realizado por PERTIÑEZ (2016, págs. 14 y ss.).

⁵⁷ Por todos, DECASTRO Y BRAVO (1985, p. 88); ALFARO (1987, págs. 50 - 51).

⁵⁸ *Tam Wing Chuen v Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd* ([1996] 2 BCLC 69, par. 77), citada por GUEST (2012A, p. 955).

podido ser determinantes a la hora de reconocer o no la existencia de un deber de buena fe.

- a) Es más difícil aceptar la existencia de un deber de buena fe en un contrato entre empresarios sofisticados y en un contrato detallado

Efectivamente, como hemos podido ver a lo largo de la exposición, son muchas las resoluciones que hacen referencia a la naturaleza de las partes a la hora de valorar la amplitud, la necesidad o el contenido de un deber de buena fe. Así se hace en *Philips*, donde se resalta que se trata de un acuerdo que muestra todos los signos de un “*careful professional drafting*” con el apoyo de la mejor asesoría legal o en *Socimer*, al hilo de un contrato de traspaso de activos entre dos bancos, que son obviamente calificados de *sophisticated parties*. Esto también ocurre en *Fujitsu*, tal y como pone de manifiesto el tribunal al referirse a un contrato negociado entre dos empresas tecnológicas como hecho

“[...] by two highly sophisticated commercial parties of equal bargaining power at arms' length with the benefit of legal advice, including advice from experienced commercial solicitors”.

En contratos así, entre dos contratantes empresarios sofisticados que están negociando en igualdad de posiciones, es improbable que se aprecie una cláusula como la de la buena fe porque sea necesaria su incorporación al contrato implícitamente (según *Greenclose*, al hilo de operaciones financieras entre dos empresarios). También el perfil formado y experimentado en negocios de los franquiciados tiene peso en la decisión final en *Carewatch* y lo mismo se observa en las argumentaciones de *Myers v Kestrel Acquisitions Ltd* ([2015] EWHC 916 (Ch); [2016] 1 B.C.L.C. 719, contrato de venta de préstamos de alto riesgo donde ambas partes ostentan el mismo poder), *Marks & Spencer* (contrato de arrendamiento de locales de negocio entre dos grandes y experimentadas compañías, asesoradas por abogados especialistas) y *Astor Management AC v Atalaya Mining plc* ([2017] EWHC 425 (Comm)) (acerca de un contrato de financiación para continuar con la actividad de extracción en una mina de cobre, de nuevo con la presencia de *sophisticated commercial parties*).

A modo de síntesis de la idea principal que se observa en estas resoluciones (cuanta menos injerencia en contratos mercantiles entre contratantes en posiciones equilibradas, mejor) es muy expresiva la afirmación de *Mrs Justice Carr* en *Fujitsu*:

“The law reports are replete with authorities which make it clear that the courts must be careful not to distort the parties' contractual bargain by the inappropriate introduction of equitable principles. In a commercial context wider duties will not lightly be implied” (par. 126).

En *Yam Seng*, a pesar de estar ante un contrato entre empresarios, sí se consideró la posibilidad de incorporar *implied terms* al mismo. Sin embargo –y además de que evidentemente las circunstancias del caso concreto, aun tratándose de contratos entre empresarios, pueden hacer necesaria o no dicha incorporación-, se hizo referencia también a otro hecho, que es el escaso desarrollo del contrato. En efecto, se señalaba que el acuerdo estaba contenido en un documento breve, que había sido preparado por las propias partes contratantes sin asistencia de abogados, y

que constaba tan solo de ocho cláusulas. Esto, según afirma *Leggatt J*, deja un mayor margen para poder encontrar obligaciones implícitas y no contenidas expresamente en el contrato:

“[...] the Agreement is a skeletal document which does not attempt to specify the parties' obligations in any detail. In relation to such a document it is easier than in the case of a detailed and professionally drafted contract to suppose that a part of the bargain has not been expressly stated” (par. 161).

Y este argumento, a *sensu contrario*, tiene amplia presencia en el rechazo a dar validez o amplitud a un deber de buena fe. Así, las ocho páginas de contrato minuciosamente redactadas por profesionales son un hecho a tener en cuenta en *Philips*, donde se había apuntado ya con anterioridad la misma idea que en *Yam Seng*:

“[...] The need for implication usually arises where the contract terms have not been spelled out in detail or by reference to written conditions. It is much more difficult to infer with confidence what the parties must have intended when they have entered into a lengthy and carefully-drafted contract but have omitted to make provision for the matter in issue. Given the rules which restrict evidence of the parties' intention when negotiating a contract, it may well be doubtful whether the omission was the result of the parties' oversight or of their deliberate decision; if the parties appreciate that they are unlikely to agree on what is to happen in a certain not impossible eventuality, they may well choose to leave the matter uncovered in their contract in the hope that the eventuality will not occur”.

Efectivamente, el tribunal se encuentra ante el interrogante de determinar si la ausencia de regulación de un determinado aspecto contractual es debida al descuido o es deliberada. Cuanto más cuidadoso y detallado sea el contrato más complicado será sostener que ha sido por olvido. Y será especialmente complicado llegar a la conclusión de que es necesario y/u obvio un *implied term* en un contrato redactado en detalle cuando el deber implícito tenga el efecto de contradecir o desplazar una *default rule* (“derecho dispositivo”⁵⁹), porque los tribunales tenderán a concluir que las partes han omitido la regulación de ese determinado aspecto contractual intencionalmente, para que entre juego dicha *default rule*, en el caso de que ésta exista⁶⁰.

Otros ejemplos de este criterio en resoluciones donde se niega la existencia de un *implied term* de buena fe los tenemos en un contrato de 65 páginas que incluyen múltiples calendarios detallados (*Fujitsu*) o en unas cláusulas pactadas muy detalladas que abordan todos los aspectos del contrato (*Myers, Marks & Spencer* y *Carewatch* –donde se especifica que en el contrato se regula “desde su inicio hasta su finalización”-). Como se puede observar, contratos entre profesionales expertos asesorados y acuerdos detallados suelen ir de la mano.

b) Es más fácil encontrar un deber de buena fe en un *relational contract*

En el análisis del contexto para determinar si se requiere buena fe o cuál es su contenido concreto,

⁵⁹ Apunta SÁNCHEZ LORENZO (2013, p. 179) que cada vez el Derecho inglés tiende más a estandarizar el régimen legal de muchos contratos específicos, sin que necesariamente todas sus normas sean imperativas y cumpliendo las que no lo son una función supletoria, en defecto de pacto.

⁶⁰ ANDREWS (2016, p. 195). Señalado, de forma general, que es improbable que un acuerdo detallado entre operadores experimentados se vea limitado por un deber de buena fe, también NILSEN (2016, p. 13).

el tipo de contrato –o el tipo de relaciones que surgen de él- cobra una especial relevancia. El Derecho inglés, se dice en *Yam Seng*, establece una distinción entre contratos en los que existen ciertas obligaciones fiduciarias (sociedad, trust y otros) y el resto, a los que estas obligaciones cualificadas no son inherentes. El Juez *Leggatt J* califica esta dicotomía de demasiado simplista pues en la realidad pueden existir otras relaciones contractuales que, sin entrar dentro de las fiduciarias, también conlleven determinados deberes más gravosos que los que se pueden atribuir a contratos en los que la conducta de las partes consiste en un simple intercambio puntual:

“While it seems unlikely that any duty to disclose information in performance of the contract would be implied where the contract involves a simple exchange, many contracts do not fit this model and involve a longer term relationship between the parties which they make a substantial commitment. Such “relational” contracts, as they are sometimes called, may require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint venture agreements, franchise agreements and long term distributorship agreements” (par. 142).

Por lo tanto, y como ya habíamos dejado apuntado con anterioridad, los que denomina “*relational contracts*” -relaciones normalmente a largo plazo entre las partes (por ejemplo, joint venture, franquicia, distribución a largo plazo)-, debido al mayor grado de confianza que suponen, suelen conllevar asociados deberes especiales de cooperación, de comunicación o de lealtad que, aun no estando expresamente previstos en el contrato, sí que están sobreentendidos por las partes⁶¹.

En *Bristol & West Building Society v Mothew* ([1998] Ch. 1; [1997] 2 WLR 436) se describen los deberes de una obligación fiduciaria, enumerando en primer lugar el de “*act in good faith*”⁶². No obstante, en *Fujitsu* se deja claro que el hecho de que existan deberes de buena fe no quiere decir que se trate de una obligación fiduciaria pues aquéllos pueden surgir en otras relaciones (par. 133).

Como sabemos, estas precisiones son tomadas en cuenta en *Bristol Groundschool* y en *D&G Cars* para derivar obligaciones de buena fe para las partes en la ejecución del contrato. En el primer

⁶¹ Coincide COLLINS (2014, p. 28 – 34), en lo insatisfactorio de una clasificación binaria de los contratos. El autor sitúa la variable que explica que las partes puedan buscar únicamente la maximización de su interés o bien estén obligadas por deberes de buena fe, cooperación o información, no exclusivamente en la duración del contrato sino en su estructura de incentivos. Los que denomina *network contracts* son aquellos que en los que ambas partes estarán mejor si cooperan para maximizar beneficios pero, a la vez, necesitan competir para obtener una porción mayor de los mismos. En ellos surgirán los deberes especiales de lealtad y cooperación. Como se observa, no es una definición tan alejada, en esencia, de los *relational contracts* de Leggatt J.

⁶² “A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal. This is not intended to be an exhaustive list, but it is sufficient to indicate the nature of fiduciary obligations. They are the defining characteristics of the fiduciary.”

caso, se trata de un híbrido entre una joint venture y un contrato de distribución a largo plazo que encajan, se señala, con dos de los contratos a largo plazo que identifica *Leggatt J* como *relational* y en el que se resalta la importancia de un elemento de *trust* entre las partes. El segundo, recordamos, un contrato a largo plazo por el que una de las partes prestaba servicios de retirada y desguace de vehículos de la otra parte, una autoridad policial. Este contrato, a pesar de no encajar exactamente con ninguno de los apuntados en *Yam Seng*, es calificado como un “*relational contract par excellence*” por el tribunal, teniendo en cuenta su duración (y otras características concretas como la naturaleza pública y la peculiar actividad de los automóviles).

Ahora bien, el hecho de estar ante un contrato que pudiéramos calificar como *relational*, aunque facilita el reconocimiento de deberes especiales de buena fe, no lo garantiza. Así ocurre en *Carewatch*, a pesar de que la disputa se plantea en torno a un contrato de franquicia. La posible incoherencia de este deber con las estipulaciones expresamente pactadas por las partes y lo detallado de éstas, son los argumentos tenidos en cuenta por el tribunal para su decisión contraria a la existencia de un deber de buena fe. Y al mismo resultado llegan *Acer* (contrato de agencia) y *Monde* (contrato de servicios de asesoramiento a largo plazo). En el primero se niega que las características del concreto acuerdo hicieran previsible la existencia de un deber de buena fe (no se trataba de un contrato a largo plazo, no se pactaba exclusividad, cualquier parte podía dar por terminado el acuerdo con un plazo de preaviso relativamente corto y a ninguna le fueron requeridas grandes sumas de dinero para que continuara la relación). En *Monde*, por su parte, se insiste en la idea con la que abríamos el párrafo:

“[...] it is clear that the mere fact that a contract is a long-term or relational one is not, of itself, sufficient to justify such an implication” (par. 250).

En el supuesto de hecho, el tribunal no identifica a lo largo del clausulado o del contexto del contrato ninguna de las obligaciones y compromisos que se esperarían en un contrato de tipo *relational*, de lo que concluye que incorporar un deber de buena fe al contrato no es necesario para lograr su coherencia (es decir, no cumpliría los tests para poder introducirlo como *implied term*).

- c) Es más difícil encontrar un deber de negociar de buena fe que de actuar de buena fe (y más todavía si es de negociar de buena fe en la fase precontractual)

Los mayores obstáculos que se han opuesto por parte de los tribunales ingleses para reconocer deberes de negociar de buena fe son, principalmente, su falta de certeza y el hecho de que sean inconsistentes con las posiciones naturalmente contrapuestas de las partes.

En este sentido tuvimos ocasión de traer a colación al hilo de los *express terms* la argumentación de *Walford* que, en esencia y para denegar incluir un deber de buena fe, subrayaba que el concepto de negociar de buena fe es inherentemente contrario a la posición de adversarios de las partes cuando están negociando, pues cada uno persigue sus intereses (no reconoce una cláusula expresa de no negociar con terceros durante las negociaciones ni tampoco inferir un deber de hacerlo de buena fe). En este caso se trataba de negociaciones precontractuales, es decir, para llegar (o no) a formalizar un acuerdo. Similar tipo de cláusula se maneja en *Knatchbull -Hugessen*

& Ors v SISU Capital Ltd ([2014] EWHC 1194 (*Mercantile*)) respecto de unas negociaciones sobre la financiación de un estadio de fútbol. *SISU* (fondo que controla el equipo de fútbol) negocia con *Knatchbull* (*charity* que forma parte de una joint venture que controla el estadio) para adquirir la participación de esta última en la joint venture y resolver las dificultades financieras por las que ésta atraviesa. En el documento para regir las negociaciones se recogía una cláusula por la que las partes acordaban un periodo de exclusividad de seis semanas durante el cual, entre otros, *Knatchbull* debería negociar con *SISU* de buena fe con vistas a concertar y ejecutar los acuerdos legales dentro de este período de exclusividad. Habiendo expirado el plazo sin que se hubiera producido la compra, *Knatchbull* reclama a *SISU* los gastos de las negociaciones mientras que *SISU*, a su vez, reconviene alegando la ruptura del deber de negociar de buena fe por parte de la *charity*, pues había habido modificaciones financieras (posteriores a la fecha en la que expiró el periodo de exclusividad) que hacían imposible la transacción para *SISU*. El tribunal recuerda que no hay un deber general de negociar de buena fe reconocido en el Derecho inglés pero que las partes pueden pactarlo expresamente si así lo desean, como han hecho en este caso. Sin embargo, solo tendrá validez según los términos pactados, es decir, aquí, durante el periodo de seis semanas, pero no después pues “*such term would be inconsistent with the parties’ agreement*” (es decir, acepta la validez del *express term* pero no la existencia de uno *implied* posterior).

Pero esta evolución desde una postura totalmente contraria a un deber de negociar de buena fe en *Walford* hacia una más flexible –al menos respecto de los *express terms*- ya se había producido antes. La sentencia referente en la materia es *Petromec*. En este supuesto, sin embargo, no respecto de negociaciones en la fase de formación, sino respecto de un deber de negociar la modificación o solución de algún aspecto del contrato, durante la vigencia del mismo. La cláusula cuestionada, como sabemos, exigía negociar de buena fe los extracostes que pudieran surgir en la ejecución de un contrato para la renovación de una plataforma petrolífera. Deber que se acepta como *enforceable* pues no peca de incierto y permite saber cuál es el resultado que se hubiera alcanzado de haber negociado de buena fe.

Sin embargo, a pesar de este mayor reconocimiento de los *express terms* de negociar de buena fe (siempre, en su caso, con el enfoque restrictivo que vimos en el epígrafe dedicado a ellos), será obviamente más improbable incorporar un deber de negociar de buena fe por la vía de los *implied terms* (de hecho, en los ejemplos aquí señalados solo se han admitido deberes plasmados expresamente por las partes en un acuerdo). Y más todavía si se trata de negociar en la fase precontractual y no en relación con algún aspecto del contrato durante su vigencia.

Siguiendo a HOSKINS (2014, págs. 131, 140, 157), se podría diferenciar entre los “*good faith negotiation agreements*”, aquellos en los que las partes se obligan a negociar para contratar, de tal forma que si las negociaciones fallan este acuerdo no será vinculante, de las “*good faith negotiation clauses*” que, por su parte, obligarían a los contratantes a negociar para resolver o variar algo del acuerdo, que seguirá siendo vinculante con independencia del resultado de dichas negociaciones. En el segundo caso se dice que hay menos problemas de incertidumbre pues no hay duda respecto de la intención de las partes de crear obligaciones legales. Como se señala en *Petromec*, las objeciones frente a los “*agreements to agree*” no tienen mucha cabida en el supuesto de hecho concreto pues se trata en él de una obligación, la de negociar, incluida en un acuerdo ya legalmente vinculante por sí mismo y que seguirá siéndolo aunque las partes no llegaran a un consenso (pues en ese caso el tribunal tendría que determinar cuáles son los

costes adicionales razonables) (par. 117).

Además, se ha puesto de relieve también que una vez que el contrato se ha concluido los intereses de las partes están a menudo alineados, especialmente en determinados tipos de contratos⁶³. Por el contrario, en las negociaciones dirigidas a la formación del contrato las partes no están limitadas por los términos de un acuerdo ya vigente y son libres de intentar conseguir su mejor resultado, a lo que se suma que el Derecho inglés es reacio a proteger a las partes en la fase de negociaciones pues considera que no existe ningún deber entre ellas y que antes de la formalización del contrato, cada parte soporta sus riesgos⁶⁴.

5. *Difícil aproximación al concepto de buena fe*

En los epígrafes anteriores hemos visto la figura de la buena fe –unas veces aceptada, otras rechazada– en diferentes contextos y entremezclada con otras nociones diversas. A la vista de las argumentaciones contenidas en las sentencias que se han analizado, cabe plantearse si podemos encontrar un concepto homogéneo de buena fe en ellas. Un concepto, por supuesto, en términos abiertos pues la buena fe, como principio general del Derecho, es por naturaleza indeterminada y abstracta y en estas características reside también su virtud como regla general.

Lo cierto es que resulta complicado encontrar una única aproximación a este elemento ajeno al sistema jurídico inglés lo que, por otra parte, no es de extrañar pues ocurre también en cierta medida en los ordenamientos jurídicos continentales –que sí que tienen perfectamente integrado el concepto⁶⁵– y porque los ámbitos en los que se ha pretendido la aplicación de un deber de buena fe son muy variados. Son frecuentes los tribunales ingleses que comienzan poniendo de manifiesto la imposibilidad de dotar de un contenido cierto a esta figura y muy variadas las asimilaciones u oposiciones con otros conceptos menos extraños al ordenamiento jurídico inglés, llegando en algunos casos a existir incluso discrepancias entre ellas⁶⁶.

A pesar de este panorama, creemos que sí pueden hacerse ciertas observaciones comunes sobre la delimitación de los tribunales ingleses del deber de buena fe:

⁶³ PUGH (2015, p. 10). A tal efecto dice PEI YEE (2001, p. 210), que los deberes de buena fe son más difíciles de introducir en la formación y negociación del contrato que en la ejecución del mismo: generalmente las partes, cuando cierran un contrato, lo hacen con la intención de que sea cumplido de forma cooperativa, lo que no puede decirse del tira y afloja de las negociaciones comerciales.

⁶⁴ Acerca de la obligación de negociar de buena fe, ampliamente, nos remitimos a HOSKINS (2014, págs. 131 y ss.) Por el contrario, PEEL (2010, págs. 43, 47, 50, 59) se posiciona contra la exigibilidad de cualquier acuerdo para negociar. El autor entiende que, aunque hubiera un contrato válido donde se contuviera esta obligación de negociar, lo que es vinculante y exigible es el contrato en sí mismo pero no el acuerdo para negociar.

Respecto del régimen de responsabilidad durante el periodo de negociaciones, de forma resumida véase CARTWRIGHT (2016, p. 79) y, en español, SÁNCHEZ LORENZO (2013, págs. 150 – 152).

⁶⁵ WHITTAKER; ZIMMERMANN (2000a, p. 15 y 2000b, p. 690).

⁶⁶ CAMPBELL (2014, p. 490), referido a *Yam Seng* pero posiblemente extensible a otras decisiones, habla de un “pleonasma de sinónimos de buena fe” que al final conlleva la incertidumbre que se quiere evitar. SHEPPARD (2015, p. 408), por su parte, pone de manifiesto la dificultad de incorporar un deber implícito de buena fe cuando “no hay un claro consenso sobre la significado actual de buena fe”.

- En primer lugar, el deber de buena fe y el deber de “*use all/best endeavours*” son deberes diferentes. No hay problemas de incertidumbre con el segundo (Walford) que, por otro lado, es más exigente que el deber de buena fe, quedando éste subsumido en el de “*use all/best endeavours*” (Astor Management).

- Hay un claro vínculo entre la buena fe y la figura de la *honesty*⁶⁷. Aparecen de la mano en una buena parte de las sentencias, aunque la concreta relación entre ambas no es tan nítida. En algunas ocasiones se tratan como conceptos diferentes y al mismo nivel (“*not only must the discretion be exercised honestly and in good faith...*” (Abu Dhabi); “*a decision-maker's discretion will be limited [...] by concepts of honesty, good faith and genuineness...*” (Socimer)) mientras que, en otras, la honestidad forma parte de la definición del deber de buena fe (“*the obligation to co-operate in good faith in my view means [...] the parties will work together honestly...*” (Mid Essex); “*good faith connoted both honesty and...*” (Emirates Trading Agency, citando a Lord Steyn); “*a duty to act in good faith [...] does no more than reflect the expectation that a contracting party will act honestly...*” (D&G Cars)). Estas últimas quizás puedan encajar mejor con la idea de que la honestidad es una pieza central básica de la buena fe (como norma general común a casi todos los contratos, en Yam Seng⁶⁸) y de que la buena fe implica un nivel mayor de exigencia que la honestidad (así parece desprenderse de Portsmouth, donde se acepta un *implied term* de actuar honestamente pero no de actuar de buena fe).

- En D&G Cars se incorpora un deber implícito de honestidad e integridad, puntualizado el tribunal que se recurre a *integrity* y no al concepto de buena fe de Leggatt J porque “*the intention is to capture the requirements of fair dealing and transparency*” requeridos en los contratos a largo plazo.

- Sin embargo, en materia de incorporación de cláusulas que podríamos denominar como sorprendentes, se ha equiparado el deber de buena fe con expresiones como “*playing fair*”, “*coming clean*” o “*putting one's cards face upwards on the table*” (Interfoto), remarcando, por lo tanto el valor de la transparencia como parte de la misma (bien es verdad que aquí el contexto estaba limitado a la incorporación de ciertas cláusulas y no a la totalidad del comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato).

- En los casos de limitaciones al ejercicio de una *discretion*, se ha usado conjuntamente con los conceptos de “no arbitrariamente”, “por capricho”, “irracional” o “irrazonablemente” (“*not only must the discretion be exercised honestly and in good faith, but [...] it must not be exercised arbitrarily, capriciously or unreasonably...*”, en Abu Dhabi, Socimer; “*be exercised in good faith and [...] not arbitrarily or with reference to considerations wholly extraneous to the subject-matter of the particular claim*”, en Gan Insurance), aunque parece que como conceptos diferentes y menos gravosos que el deber de buena fe, en Portsmouth⁶⁹.

⁶⁷ La asociación entre ambas es, en palabras de CARTER Y COURTNEY (2016, p. 608), “*uncontroversial*”.

⁶⁸ Asimismo, COLLINS (2014, p. 18).

⁶⁹ Acerca de estos conceptos, véase HOOLEY (2014, págs. 76 - 79). Según el autor, no hay una línea clara entre ellos pero parece que la noción de “*irrationality*” abarca al resto.

- Parece, aunque indirectamente, vincularse la buena fe con la lealtad en *Monde Petroleum*: “expectations of loyalty which [...] might perhaps (in the absence of any contrary indications) justify the implication of a “good faith” term”.

- El respeto al espíritu o propósito común acordado del contrato tiene un papel relevante en muchas de las argumentaciones sobre el contenido de la buena fe, siendo contraria a ésta la actuación de una parte tal que frustre dicho propósito: “be exercised in good faith and in the common interest” (*Gan Insurance*); “the content of the obligation of utmost good faith in the SPA was to adhere to the spirit of the contract” (*CPC Group*); “the parties will work together honestly endeavouring to achieve the two stated purposes” (*Mid Essex*); “the implied obligation of good faith underwrites the spirit of the contract and supports the integrity of its character” (*Gold Group Properties Limited v BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)* ([2010] EWHC 1632 (TCC)); “a duty to act in good faith [...] does no more than reflect the expectation that a contracting party [...] will not conduct itself in a way which is calculated to frustrate the purpose of the contract” (*Astor Management*); “requiring faithfulness to the agreed common purpose” (*CPC Group y Berkeley*). Este sentido estaría en la misma línea de la “fidelity to the parties’ bargain” en *Yam Seng*.

- Otra fórmula frecuente (y no excluyente del resto) es la relativa al “fair dealing” (*Yam Seng*⁷⁰), los “reasonable commercial standards of fair dealing” (*Emirates y Berkeley*) o, en sentido negativo, lo que sería “commercially unacceptable by reasonable and honest people” (*Astor Management*). Y, asimismo, las legítimas expectativas de las partes (“the good faith obligation required QD [...] to act consistently with the justified expectations of CPC”, en *CPC Group y Berkeley*).

Al respecto, STEYN (1991, p. 191) es claro vinculando la *good faith and fair dealing* con las expectativas razonables de los hombres honestos, que “deben ser protegidas”. Recalcando la misma idea, COLLINS (2014, p. 19) apunta cómo la *good faith and fair dealing* requiere que ambas partes respeten estas expectativas legítimas, que dependerán de los términos expresos contenidos en el contrato y del contexto negocial en el que éste se ha hecho.

- Por último, actuar o no de buena fe se ha asimilado en algunos casos a la toma en consideración de los intereses de ambas partes. En *Gan Insurance* se planteó el vínculo: “How could the charterers in the *Suisse Atlantique* case be said to have performed in good faith, or to have considered the interests of the shipowners as well as their own interests?”. Es decir, actuar de buena fe es reconocer y tener en cuenta los intereses legítimos de ambas partes de percibir los beneficios del contrato (“a duty to recognise and to have due regard to the legitimate interests of both the parties in the enjoyment of the fruits of the contract as delineated by its terms”, en *Gold Group*) sin necesidad de

Por otra parte, PEEL (2010, p. 56) aproxima el significado del estándar de la buena fe en los acuerdos para negociar de buena fe (en el caso de que éstos llegaran a ser exigibles) a éstos que los tribunales imponen a las partes en el ejercicio de una facultad unilateral. En un contexto de negociaciones, argumenta, es improbable que las partes hayan pretendido tener en cuenta los intereses del otro sujeto sino más bien “that they will adhere to a standard of good faith consistent with the negotiating process”, algo de menor intensidad que en otras áreas.

⁷⁰ Como ya hemos señalado, la vinculación de la buena fe con el concepto de “fair dealing” permite poner la atención sobre el hecho de que estamos ante un estándar objetivo (*Leggatt J* en *Yam Seng*; VAN DUNNÉ (2015, p. 7)).

subordinar los intereses propios a los del otro contratante (“*Thus good faith, whilst requiring the parties to act in a way that will allow both parties to enjoy the anticipated benefits of the contract, does not require either party to give up a freely negotiated financial advantage clearly embedded in the contract*”, negando que la buena fe obligue a renegociar en su contra lo ya libremente pactado, asimismo, en *Gold Group*).

En *Hamsard* parece querer asociarse a actuar de buena fe una obligación positiva de subordinar los intereses comerciales propios a los del otro contratante pero entendemos más adecuada la formulación en *Gold Group Properties Limited v BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)* ([2010] EWHC 1632 (TCC)), donde se vincula este deber de subordinar los intereses propios solo a las obligaciones fiduciarias. En *Gold Group* se falla sobre un acuerdo joint venture para la construcción y comercialización de un número determinado de pisos. Ya firmado el contrato pero antes de que se comenzara a construir, el mercado inmobiliario entra en crisis y los precios caen. Una de las partes, viendo que el precio mínimo de venta acordado para los pisos se conseguiría difícilmente, pretende entonces una renegociación de la fórmula acordada para el reparto de beneficios, apoyándose en la existencia de una cláusula expresa de actuar de buena fe, según la cual las partes no intentarían aumentar beneficios ni disminuir pérdidas a costa del otro. Sin embargo, el tribunal señala que una cláusula así no puede obligar a una parte a perder una ventaja libremente negociada en el contrato solo para compensar el mal negocio cerrado por la otra⁷¹.

En esta misma línea y ante una consulta particular sobre las implicaciones de una cláusula expresa de trabajar de forma conjunta bajo el espíritu de la confianza y la mutua cooperación, se aboga en la respuesta en *Construction Newsletter* por no darle un significativo impacto a la obligación de actuar de buena fe. Concretamente, se niega que la cláusula pudiera obligar a las partes contratantes a actuar en contra de sus propios intereses o incurrir en gastos adicionales no recuperables⁷².

Evidentemente, para determinar la intensidad de esta obligación de tomar en consideración el interés de ambas partes será necesaria una valoración que dependerá, entre otros, de la naturaleza de las partes contratantes (tendrá posiblemente menos campo de actuación cuando nos encontremos ante contratos negociados entre comerciantes profesionales con igual poder de negociación) y del tipo de contrato ante el que nos encontremos (las exigencias no serán las mismas en el caso de *relational contracts* que en el caso de otro tipo de contratos donde los intereses de las partes sean totalmente antagónicos).

6. Entonces, ¿se puede hablar de una irrupción de la buena fe en el Derecho de contratos inglés?

MCKENDRICK (2015, págs. 208 - 209) señala que, de los tres posibles caminos que podían tomar los tribunales ingleses respecto del deber de buena fe tras *Yam Seng* (rechazar su propuesta y adherirse a la visión restrictiva tradicional; seguir su senda y reconocer el principio general pero sin que suponga ningún cambio sustantivo del Derecho contractual inglés; abrazar un deber de

⁷¹ Cosa distinta sería, matiza la sentencia, negarse a renegociar el precio mínimo fijado para los pisos si fuera necesario para dar efectividad al contrato (par. 100). No referido a esta sentencia, sino en general a esta implicación de la buena fe, este principio, aclara PEI YEE (2001, p. 196), matiza la idea de la búsqueda del interés propio como totalmente opuesto al de la contraparte, permitiendo a los tribunales dar efecto al espíritu del acuerdo.

⁷² CONSTRUCTION NEWSLETTER (2016, p. 2).

buena fe cuya incorporación conlleve modificaciones en el contenido de algunas de las reglas del sistema inglés), el primero es el que, de momento, parecen haber tomado los tribunales.

A la vista de lo expuesto en páginas anteriores, aunque el número de resoluciones con argumentos en torno a la buena fe ha aumentado en los últimos tiempos en los tribunales ingleses, no puede dejar de advertirse que ciertamente el sentido de las decisiones jurisprudenciales no ha sido favorable a su reconocimiento en todos los ámbitos en los que éste se ha planteado. Sí que se ha suavizado el recelo a las obligaciones de buena fe cuando han sido incluidas expresamente por las partes contratantes en el acuerdo, siendo la regla general su admisión, aunque siguiendo la tendencia de restringir el ámbito de aplicación de ese deber de buena fe a las obligaciones a las que estrictamente se refiera y de no concebirlo como un deber que afecte de forma transversal al cumplimiento de todo el contenido del contrato.

En lo que concierne a la posibilidad de un deber de buena fe incorporado como *implied term*, los supuestos en los que se ha aceptado tienen en común la existencia de una laguna o de un comportamiento no suficientemente determinado en el contrato. Por el contrario, una buena parte de las sentencias que rechazan la existencia de un deber de buena fe que vincule a los contratantes lo hacen señalando que, a la vista de los términos expresos del contrato, no hay lugar para que opere esta figura. Y es que posiblemente ésta sea una de las claves para entender esta postura –calificada siempre como restrictiva– de los tribunales ingleses frente a la buena fe como *implied term in fact*: los contratos en Derecho inglés son tradicionalmente contratos detallados. Dada la escasa regulación positiva, las partes tienden a regular su acuerdo de la forma más pormenorizada posible, buscando certidumbre y buscando reducir el ámbito de interpretación judicial⁷³. El punto de partida es, pues, distinto al del panorama español, en el que los contratos no presentan habitualmente un desarrollo tan definido (dada la existencia de una abundante normativa supletoria positivizada). Y esta diferencia hace que en el sistema inglés la necesidad de integrar sea menor y, por otro lado, mayor la probabilidad de contravenir con un *implied term* algún término del contrato.

Este temor a que el principio de buena fe se utilice para alterar los términos de los contratos queda de hecho patente en las palabras tan negativas utilizadas por la *Court of Appeal* en una sentencia reciente, *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* ([2016] EWCA Civ 789), en referencia a un reconocimiento del principio general de buena fe (calificándolo de peligro real):

“In my view the better course is for the law to develop along established lines rather than to encourage judges to look for what the judge in this case called some “general organising principle” drawn from cases of disparate kinds [...] There is in my view a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement” (par. 45).

Sin embargo, y contra lo que pudiera parecer de esta constante preocupación de los tribunales ingleses por que la buena fe llegue a alterar lo pactado por las partes, en nuestro sistema, en el

⁷³ CARTWRIGHT (2016, p. 71).

que esta figura es un principio general admitido, asentado y ampliamente utilizado, la buena fe opera en defecto de pacto o al margen de él, pero no, como regla general, en contra de lo expresamente pactado por las partes (salvo contratación no negociada sujeta a control de contenido). Aquellas resoluciones anteriormente estudiadas en las que el problema era la inconsistencia de un pretendido *implied term* de buena fe con lo convenido contractualmente, probablemente hubieran tenido una solución similar en este aspecto en aplicación del ordenamiento jurídico español. Desde esta perspectiva, igual no es una postura tan restrictiva la inglesa ni estaría tan justificado este temor a que la buena fe socave el principio *pacta sunt servanda* y sirva para redistribuir lo acordado.

De hecho, volviendo a los tres posibles caminos para la jurisprudencia que señalaba MCKENDRICK, algún autor ha advertido las bondades de un reconocimiento de la buena fe en el sentido de la segunda opción, con efectos meramente organizativos, que no suponga imponer mayores deberes a las partes sino facilitar un marco en el que se pudiera dar cabida unitariamente a distintas reglas y conceptos ya existentes en el Derecho inglés (la propuesta del Juez Leggatt)⁷⁴.

En la práctica, es cierto que el deber de buena fe parece tener cada vez más presencia en clausulados contractuales ingleses (son cada vez más frecuentes, especialmente en algunos sectores, las cláusulas que exigen a las partes un comportamiento de buena fe⁷⁵) y que los abogados recurren al mismo también más en sus alegaciones buscando su inclusión implícita. Esto ha generado y generará un mayor volumen de pronunciamientos judiciales de cara al futuro que posiblemente ayude a definir la figura y a proporcionar una cierta certidumbre o familiaridad respecto de ella. Pues –y consideramos que esta sería la segunda de las claves para explicar la relación entre la buena fe y el Derecho inglés de contratos– un hecho que dificulta

⁷⁴ En palabras de SHEPPARD (2015, p. 409), Leggatt J “proposes a useful system of organisation for what is already often implied into contracts, promoting greater certainty by a regularisation of terms”.

En general, no es difícil encontrar autores con una posición favorable al reconocimiento en alguna medida de la buena fe en el sistema inglés. Por ejemplo, tras afirmar que el objetivo de cualquier sistema de Derecho de contratos maduro debe ser fomentar la observancia de la “*good faith and fair dealing*” en la conclusión y cumplimiento de los contratos, STEYN (1991, págs. 131, 140) negó que este principio fuera una “*hair shirt philosophy*” (una camisa de crin) y señaló que puede ser una técnica que perfectamente funcione para la imposición de deberes en muchos sistemas legales y en partes del inglés. STAPLETON (1999, p. 36), por su lado, defiende que el reconocimiento de una doctrina de la buena fe no requeriría un cambio perturbador de las reglas existentes y ARDEN (2013, p. 213) –reflexionando acerca de los deberes de buena fe que las partes pactan– alude a la responsabilidad de los tribunales de tener una visión de la ley como un conjunto de principios y reglas dinámicos y no estáticos y de estar atentos a lo que viene en el horizonte más que simplemente mirar a lo que les ha servido hasta ese momento.

⁷⁵ Lo señala ARDEN (2013, p. 199). Del mismo modo se hace notar en CONSTRUCTION NEWSLETTER (2016, p.1): previsiones requiriendo “*work together and individually in the spirit of trust and mutual co-operation for the benefit of the term programme*” se están encontrando de manera creciente expresamente en muchos contratos como consecuencia de la reticencia de los tribunales ingleses a admitir la existencia de un *implied term* con un deber de buena fe. En la misma línea se pronuncia VAN DUNNÉ (2015, págs. 4 - 5), quien pone de manifiesto la presencia de este tipo de cláusulas en proyectos no vinculantes del sector de la construcción (y con referencias directas a la buena fe y no a fórmulas similares que intentan evitar la oposición frente a la figura, en versiones anteriores).

saber si un tribunal va a aceptar incorporar implícitamente un deber de buena fe a un contrato o no es la falta de un consenso sobre qué significa ese deber de buena fe. Como hemos visto, el contenido de la buena fe, aunque sea por aproximación a otras figuras tradicionalmente más aplicadas, es confuso. Los tribunales son reticentes a aplicar este concepto tan genérico, cuyas consecuencias para las obligaciones de las partes no son fáciles de concretar. De nuevo está presente el riesgo –desde la perspectiva inglesa– de que los tribunales pudieran desarrollar la figura, cambiando o ampliando reglas particulares o innovando en situaciones no reguladas:

“[...] for common lawyers [...] as to the desirability of recognising a principle of good faith in contract law, the main if not the whole point of such a recognition would be the possibility of changing the positive law by reference to the new principle, as well as influencing the way in which future developments occur. [...] The recognition of a principle of good faith by a legal system does rather more than merely allow a court to decide according to its perception of the proper view of the case; it invites a court to do so. Broad principles are attractive and may act as the justification for a wide range of legal developments [...]”⁷⁶.

Y es que los tribunales ingleses han sido siempre muy precavidos en lo que a desarrollo del Derecho se refiere, especialmente en el ámbito contractual⁷⁷. En este sentido, es obvio que de la buena fe podrían extraerse múltiples consecuencias⁷⁸. Quizás por eso se ha reconocido su existencia más bien de manera puntual y en determinados ámbitos, prefiriendo fuera de ellos, en el caso de tener que dar solución a una situación de *unfairness* a través del mecanismo de los *implied terms in fact*, entender que no estaba justificada ninguna injerencia en la voluntad de los contratantes o que eran otros deberes más concretos –o con los que están más familiarizados– los que las partes pretendían y los que eran necesarios para que el contrato funcionara. En este sentido, y vinculado con una falta de definición de la buena fe, no encontramos en la jurisprudencia una clara delimitación entre las implicaciones de ésta y las de otros criterios como el de *honesty* o el tan utilizado en el Derecho inglés *reasonableness*⁷⁹.

La falta de una delimitación homogénea de la buena fe (sin perder de vista que se trata de un concepto indeterminado cuyas consecuencias concretas hay que precisar caso por caso) puede cambiar de forma progresiva, como decíamos, si la buena fe tiene una presencia relativamente habitual en los pronunciamientos judiciales lo que puede, a su vez, contribuir también a rebajar la oposición del Derecho inglés frente a su abstracción⁸⁰.

⁷⁶ WHITTAKER; ZIMMERMANN (2000b. págs. 687 – 688).

⁷⁷ WHITTAKER; ZIMMERMANN (2000b. p. 689).

⁷⁸ De hecho, en nuestro ordenamiento, DE COSSIO (1955, p. 245) atribuyó a la buena fe ser un mecanismo para hacer posible que se evitaran “*las injusticias a que forzosamente habría de dar lugar el carácter abstracto de las normas en el momento de ponerse en contacto con nuevas relaciones, o con particulares circunstancias, que exigen una solución distinta, en cuanto añaden nuevos elementos que es preciso añadir a la hipótesis legal para modificarla*”.

⁷⁹ Por ejemplo, en *Gan Insurance* y en *Socimer* (págs. 18 – 19) se admite como límite la buena fe pero no la razonabilidad, que tendría, así, un contenido más amplio (¿podría entonces ejercerse un derecho de buena fe si se hace de forma no razonable?).

⁸⁰ Aunque, en este sentido, BURTON (2015, pág. 222), evidencia cómo los juristas ingleses parecen no tener problemas con los conceptos abstractos que les son familiares, por muy abstractos que estos sean, sino solo con

Porque a lo largo del Derecho inglés sí que se encuentran ejemplos de la regla de la buena fe aunque se prefiera decir, en palabras de COLLINS, que más bien “*hay una serie de casos individuales en los que la ley contiene un elemento de buena fe objetiva o subjetiva*”⁸¹ ya que, como se ha reiterado, no existe un deber general predominante de buena fe impuesto a las partes⁸². Pero la buena fe está. Está explícitamente en la actualidad detrás de los supuestos que hemos visto pero también tradicionalmente en la base de otras figuras utilizadas en su lugar por el Derecho inglés de contratos⁸³. Y se ha dicho que la regulación de los contratos especiales (aunque no exista como tal esta categoría en este ordenamiento⁸⁴) es mucho menos hostil a la idea de la buena fe que la parte general, pues se encuentran deberes directamente vinculados con la buena fe en diversos tipos contractuales, como los de seguro, sociedad, fianza, relaciones con deberes fiduciarios –que también afectan, por ejemplo, a abogados o intermediarios de servicios financieros–⁸⁵.

No es quizás ahora el mejor momento para invocar la influencia europea en el ordenamiento jurídico inglés como argumento. Aun así, nos parece pertinente señalar cómo la buena fe ya tiene una presencia legalmente reconocida o es de aplicación directa en algún sector normativo inglés, como el de consumo, a través de la transposición de las correspondientes Directivas (que han dado lugar a la vigente *Consumer Rights Act 2015* donde se contiene la nulidad de las *unfair terms*)⁸⁶. Tampoco podemos obviar que las iniciativas de armonización del Derecho europeo otorgan a la buena fe una posición preeminente. Por ejemplo, el “*good faith and fair dealing*” está presente a lo largo de los PECL y del DCFR en múltiples ocasiones: resaltando que se trata de un principio esencial subyacente a todo el contrato (I: 102; I. I: 103) y a tener en consideración por las partes tanto en la negociación (2: 301; II. – 3:301) como en el ejercicio de derechos de forma imperativa (1: 201; III. – 1:103 –también explícitamente en el de dar por terminado un contrato en este último caso-).

Por otra parte, además de esta cierta presencia manifiesta –y latente– de la figura de la buena fe en el sistema inglés, cabe añadir que el número de contratos de perfil *relational* aumenta cada vez más en el Derecho moderno, respecto de aquellos otros que no involucran a las partes en una relación duradera. En estos acuerdos dinámicos los sujetos no siguen tanto el esquema de contratantes como adversarios o antagonistas (en este sentido, se ha dicho, el principio de la buena fe es más compatible con la realidad⁸⁷) y, además, no han podido prever todas las posibles situaciones futuras, lo que, como señalábamos, es esencial para posibilitar un mayor papel de la labor integrativa.

los nuevos. Del mismo modo, STAPLETON (1999, págs. 10, 36) apunta que el concepto de buena fe no es ni tiene que ser más vago o indeterminado que otros principios generales como el de *reasonableness*.

⁸¹ POWELL (1956, p. 23).

⁸² Nos remitimos de nuevo a POWELL (1956, págs. 23 y 25).

⁸³ Nos remitimos a la página 8, respecto de figuras como *estoppel*, *misrepresentation*, *duress*, *undue influence* o *unconscionable conduct*.

⁸⁴ CARTWRIGHT (2016, págs. 57 – 58).

⁸⁵ WHITTAKER; ZIMMERMANN (2000a. págs. 46 – 47). También se señalan algunas de estas relaciones en el capítulo dedicado a “*Other contracts of the utmost good faith*” en MACDONALD; PICKEN; FOSS (2010, págs. 21 – 33).

⁸⁶ Acerca de la recepción en el Derecho inglés del concepto de buena fe en este ámbito, WHITTAKER (2012, págs. 1156 y ss.) y, en español, QUIÑONES (2013, págs. 954 y ss.).

⁸⁷ PEI YEE (2001, p. 197). De hecho, ARDEN (2013, p. 213) habla del atractivo económico del “*long-termism*”, resaltando las ventajas económicas de proporcionar una estructura más adecuada para los acuerdos cooperativos.

Por todo lo hasta aquí expuesto, sería exagerado hablar de una irrupción de la buena fe en el Derecho de contratos inglés, al menos en cuando a una abierta aceptación por parte de los tribunales como concepto general que subyace, con mayor o menor intensidad de contenido, en todos los contratos. El reconocimiento de la buena fe sería la excepción y no la regla y, por tanto, lo más fiable para las partes para asegurarse en la actualidad un deber de este tipo sería pactarlo expresamente porque -según el ámbito, el supuesto de hecho y lo detallado del contrato- puede ser complicado que se vaya a incorporar como *implied term*. Está por ver si la utilización y alegación de esta figura en la práctica contractual, la consiguiente obligación de los tribunales de tener que reflexionar y pronunciarse acerca de ella en los conflictos que se les planteen y el intenso debate doctrinal existente en los últimos años, supone más avances en la tímida -pero existente- entrada de la buena fe en el sistema jurídico inglés.

7. Tabla de jurisprudencia citada

7.1. Tribunales españoles

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 1ª, 14.10.1991	Ar. 6918	D. José Almagro Nosete
STS,1ª, 3.12.1991	Ar. 8906	D. José Luis Albácar López
STS, 1ª, 17.2.1996	Ar. 1408	D. Pedro González Poveda
STS, 1ª, 22.10.1996	Ar. 7238	D. José Almagro Nosete
STS, 1ª, 25.5.2005	Ar. 4088	D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares
STS, 1ª, 15.11.2006	Ar. 8056	D. Clemente Auger Liñán
STS, 1ª, 3.6.2016	Ar. 2306	D. Pedro José Vela Torres

7.2. Tribunales ingleses

<i>Año</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
1766	(1766) 3 Burr 1905, 97 ER 1162	<i>Carter v Boehm</i>
1875	(1875) LR 19 E 462	<i>Printing and Numerical Registering Co v Sampson</i>
1889	(1889) LR 14 PD 64	<i>The Moorcock</i>
1908	[1908] 1 Ch 697 (Ch)	<i>Markham v Paget</i>
1918	[1918] 1 KB 592 (CA)	<i>Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom) Ltd</i>
1923	[1923] 2 KB 617 (KB)	<i>Collins v Hopkins</i>
1931	[1931] 2 KB 113; [1931] All ER Rep 93 (Div Ct)	<i>Miller v Cannon Hill Estates Ltd</i>
1939	[1939] 2 KB 206 (CA)	<i>Shirlaw v Southern Foundries Ltd</i>
1985	(1875) 19 Eq 462	<i>Printing and Numerical Registering Co v Sampson</i>
1987	[1989] QB 433; [1988] 2 WLR 615, CA (Civ Div)	<i>Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd</i>
1992	[1992] 2 AC 128; [1992] 2 WLR (HL)	<i>Walford v Miles</i>
1992	[1993] 1 Lloyd's LR 397, CA (Civ Div)	<i>Abu Dhabi National Tanker Co v Product Star Shipping; The Product Star (Nº 2)</i>
1994	[1995] EMLR, 472, CA (Civ Div)	<i>Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd</i>
1996	[1996] 2 BCLC 69	<i>Tam Wing Chuen v Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd</i>
1996	[1998] Ch. 1; [1997] 2 WLR 436	<i>Bristol & West Building Society v Mothew</i>
1997	[1997] AC 514; [1997] 2 WLR 341	<i>Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd</i>
2001	[2001] EWCA Civ 1047; [2001] 2 All ER 299	<i>Gan Insurance Co Ltd v Tai Ping Insurance Co Ltd (Nº. 2)</i>
2005	[2005] EWCA Civ 891; [2006] 1 Lloyd's LR 121	<i>Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (Nº 2)</i>
2007	[2007] EWHC 1330 (Ch)	<i>Berkeley Community Villages Ltd v Pullen</i>
2008	[2008] EWCA Civ 116; [2008] 1 Lloyd's LR	<i>Socimer International Bank Ltd (In Liquidation) v Standard Bank London</i>

	558	Ltd (Nº 2)
2009	[2009] UKPC 10; [2009] WLR 1988	<i>Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd</i>
2010	[2010] EWHC 1535 (Ch); [2010] CILL 2908	<i>CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Co</i>
2010	[2010] EWHC 1632 (TCC)	<i>Gold Group Properties Limited v BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)</i>
2011	[2011] EWCA Civ 353; [2012] 1 WLR 472	<i>ING Bank NV v Ros Roca SA</i>
2013	[2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321	<i>Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd</i>
2013	[2013] EWCA Civ 200; [2013] BLR 265	<i>Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest)</i>
2013	[2013] EWHC 1151 (TCC); [2013] BLR 484	<i>TSG Building Services Plc v South Anglia Housing Ltd</i>
2013	[2013] EWHC 3251 (Pat)	<i>Hamsard 3137 Ltd (t/a Mini Mode Childrenswear) v Boots UK Ltd</i>
2014	[2014] EWHC 752 (TCC), 153 Con LR 203	<i>Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd</i>
2014	[2014] EWHC 1194 (Mercantile)	<i>Knatchbull -Hugessen & Ors v SISU Capital Ltd</i>
2014	[2014] EWHC 1156 (Ch); [2014] 1 CLC 562	<i>Greenclose Ltd v National Westminster Bank Plc</i>
2014	[2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 W.L.R. 1145	<i>Emirates Trading Agency LLC v Primer Mineral Exports Private Ltd</i>
2014	[2014] EWHC 2145 (Ch)	<i>Bristol Groundshool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd</i>
2014	[2014] EWHC 2313 (Ch)	<i>Carewatch Care Services Limited v Focus Caring Services Limited, Anthony J Grace, Elaine C Grace</i>
2014	[2014] EWHC 2785 (Comm)	<i>Brogden & Anor v Investec Bank plc</i>
2014	[2014] EWHC 3011 (QB)	<i>Acer Investment Management Ltd v Mansion Group Ltd</i>
2015	[2015] EWHC 226 (QB)	<i>D&G Cars Ltd v Essex Police Authority</i>
2015	[2015] EWHC 916 (Ch); [2016] 1 B.C.L.C. 719	<i>Myers v Kestrel Acquisitions Ltd</i>
2015	[2015] UKSC 72; [2016] A.C. 742	<i>Marks & Spencer Plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd</i>
2015	[2015] EWHC 1969 (TCC)	<i>Portsmouth City Council v Ensign Highways Limited</i>
2016	[2016] EWHC 1472 (Comm)	<i>Monde Petroleum SA v Westernzagros Limited</i>
2016	[2016] EWCA Civ 789	<i>MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt</i>
2016	[2016] EWHC 2461 (Comm)	<i>BP Gas Marketing Ltd v LA Societe Sonatrach</i>
2017	[2017] EWHC 425 (Comm)	<i>Astor Management AC v Atalaya Mining plc</i>

2017	[2017] EWCA Civ 183	<i>Ilkerler Otomotive Sanayai ve Ticaret Anonim v Perkins Engines Co Ltd</i>
------	---------------------	--

8. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2009), *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1987), "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183-184, enero-junio, págs. 7 - 61.

-- (1992), "La función de los usos en el Código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de c.)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio - septiembre, págs. 419 - 444.

Neil ANDREWS (2016), *Contract rules. Decoding English contract law*, Intersentia, Reino Unido.

Mary ARDEN (2013), "Coming to terms with good faith", *Journal of Contract Law*, vol. 30, págs. 199 - 213.

Richard AUSTEN-BAKER (2017), *Implied terms in English contract Law*, 2ª ed., Edward Elgar Publishing, Glos; Massachusetts.

Roger BROWNSWORD (1994), "Two concepts of good faith", *Journal of Contract Law*, vol. 7, págs. 197 - 244.

Andrew BURROWS (2015), *Principles of the English Law of obligations*, Oxford University Press, Oxford.

Steven J. BURTON (2015), "Reply to Ewan MCKENDRICK, Good faith in the performance of a contract in English Law", en Larry DIMATTEO; Martin Hogg (eds.), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, págs. 220 - 222.

David CAMPBELL (2014), "Good faith and the ubiquity of the "relational" contract", *The Modern Law Review*, vol. 77 (3), mayo, págs. 475 - 492.

Ángel CARRASCO (2010), *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra.

J.W. CARTER; Wayne COURTNEY (2016), "Good faith in contracts: is there an implied promise to act honestly?", *Cambridge Law Journal*, vol. 75 (3), págs. 608 - 619.

John CARTWRIGHT (2016), *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3ª ed., Hart, Bloomsbury.

CONSTRUCTION NEWSLETTER (2016), "What does good faith mean?", *Construction Newsletter*, vol. 5, febrero, págs. 1 - 2 (versión electrónica en Westlaw UK).

Hugh COLLINS (2014), "Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing", *Current*

Legal Problems, vol. 67 (1), enero, págs. 1 - 35 (versión electrónica en Westlaw UK).

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

Alfonso DE COSSÍO (1955), *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Luis DíEZ-PICAZO (1979), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol I, Tecnos, Madrid.

--(2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol I, Civitas, Navarra.

E. Allan FARNSWORTH (1995), "Good faith in contract performance", en Jack BEATSON; Daniel FRIEDMANN (Editores), *Good faith and fault in contract law*, Oxford University Press, Oxford, págs. 153 - 170.

Daniel FRIEDMANN (1995), "Good faith and remedies for breach of contract", en Jack BEATSON; Daniel FRIEDMANN (Editores), *Good faith and fault in contract law*, Oxford University Press, Oxford, págs. 399 - 425.

Edward GRANGER (2013), "Sweating over an implied duty of good faith. *Yam Seng v ITC*", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, págs. 428 - 426.

Anthony G. GUEST (2012a), "Chapter 12. Express Terms", en H. G. BEALE (Editor), *Chitty on Contracts*, vol. I, 31^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, págs. 907 - 983.

--(2012b), "Chapter 13. Implied terms", en H. G. BEALE (Editor), *Chitty on Contracts*, vol. I, 31^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, págs. 985 - 1009.

Victoria HOBBS (2014), "The duty of "good faith" in franchise agreements: the latest English court decisions", *International Journal of Franchising Law*, vol. 12 (6), págs. 41 - 44.

Richard HOOLEY (2013), "Controlling contractual discretion", *Cambridge Law Journal*, vol. 72 (1), marzo, págs. 65 - 90.

Henry HOSKINS (2014), "Contractual obligations to negotiate in good faith: faithfulness to the agreed common purpose", *Law Quarterly Review*, vol. 130, enero, págs. 131 - 159.

Peter MACDONALD; Simon, PICKEN; Patrick, FOSS (2010), *Good faith and insurance contracts*, 3^a ed., Lloyd's List, Londres.

Anthony MASON (2000), "Contract, good faith and equitable standards in fair dealing", *The Law Quarterly Review*, vol. 116, enero, págs. 66 - 94.

M. Natalia MATO PACIN (2017), *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Boletín Oficial del Estado,

Madrid.

Ewan MCKENDRICK (2006), "Judicial control of contractual discretion", en Mark FREEDLAND, Jean-Bernard AUBY (Editores), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, Hart, Oxford and Portland; Oregon, págs. 195 - 214.

-- (2015), "Good faith in the performance of a contract in English Law", en Larry DIMATTEO; Martin HOGG (Editores), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, págs. 196 - 209.

José María MIQUEL (2011), "Comentario al artículo 82", en Sergio, CÁMARA LAPUENTE (Director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, págs. 711 - 753.

Chris NILLESEN (2016), "Keeping the faith", *The New Law Journal*, vol. 166, 7698, págs. 12 - 13.

Edwin PEEL (2010), "Agreements to negotiate in good faith", en Andrews BURROWS, Edwin PEEL (Editores), *Contract formation and parties*, Oxford University Press, Oxford, págs. 37 - 60.

Woo PEI YEE (2001), "Protecting parties' reasonable expectations: a general principle of good faith", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. I, nº 2, págs. 195 - 229.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011), "Comentario al artículo 80", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, págs. 696 - 710.

--(2016), "Buena fe ex art. 1258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios", *InDret*, 4/2016 (http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf).

Raphael POWELL (1956), "Good faith in contracts", *Current Legal Problems*, vol. 9, págs. 16 - 38.

Helen PUGH (2015), "Good faith", disponible en *Westlaw UK*.

Ana QUIÑONES (2013), "Buena fe y lealtad contractual", en Sixto SÁNCHEZ LORENZO (Editor), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, págs. 935 - 998.

Lorna RICHARDSON (2017), "Exercising a contractual right to terminate: what's good faith got to do with it?", *Edinburgh Law Review*, 21 (1), págs. 88 - 93.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2013), "El derecho contractual inglés", en Sixto SÁNCHEZ LORENZO (Editor), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, págs. 139 - 216.

Emmanuel SHEPPARD (2015), "Good faith in the aftermath of Yam Seng", *Journal of International Banking & Financial Law*, vol. 30 (7), págs. 407 - 409.

Jane STAPLETON (1999), "Good faith in Private Law", *Current Legal Problems*, vol. 52 (1), January, págs. 1 - 36.

M. J. STEYN (1991), "The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy?", *The Denning Law Journal*, vol. 6, nº 1, págs. 131 - 141.

Jan VAN DUNNÉ (2015), "On a clear day, you can see the continent -the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles", *Construction Law Journal*, 31(1), págs. 3 - 25.

Simon WHITTAKER (2012), "Chapter 1. Introductory"; "Chapter 15. Unfair terms in consumer contracts", en H. G. BEALE (Editor), *Chitty on Contracts*, vol. I, 31ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, págs. 3 - 167; 1101 - 1219.

--(2013), "Good faith, implied terms and commercial contracts", *The Law Quarterly Review*, vol. 129, octubre, págs. 463 - 469.

Simon WHITTAKER; Reinhard, ZIMMERMANN (2000a), "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", en Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 7 - 62.

--(2000b), "Coming to terms with good faith", en Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 653 - 701.

Zhong XING TAN (2016), "Keeping faith with good faith? The evolving trajectory post-Yam Seng and Bashin", *Journal of Business Law*, vol. 5, págs. 420 - 446.