

**LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO INGLÉS. A PROPÓSITO DE SHEIKH TAHNOON BIN SAEED BIN SHAKHBOOT V. IOANNIS KENT (2018)**

*The Reception of the Principle of Contractual Good Faith in the English Law. On Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent (2018)*

CARLOS M.<sup>a</sup> SÁNCHEZ-MORENO ELLART  
Universidad de Valencia

**Resumen:** Aparte de los esfuerzos de Lord Mansfield en el siglo XVIII, la admisión de la buena fe como criterio de regulación de los contratos ha sido tratada por el Derecho inglés con cierto escepticismo, lo cual implica a veces un estatus impredecible. Según el caso *Walford v. Miles* la buena fe es incompatible con los intereses opuestos de las partes contratantes y con la naturaleza casuística del Derecho inglés, que normalmente limita la acción de los principios generales con la finalidad de cerrar el paso a la inseguridad jurídica. Sin embargo, y aparte de otros precedentes, en los últimos años un par de sentencias de Lord Leggatt han vindicado la buena fe como parte de los llamados 'relational contracts', en los que la cooperación entre las partes es necesaria para la pura implementación del objeto contractual.

**Palabras clave:** Buena fe; Sistema contractual inglés; Relational contracts; Lord Mansfield; Lord Leggatt.

**Abstract:** Apart from Lord Mansfield's efforts in the eighteenth century, the admission of good faith as a criterion to regulate contracts has been treated by English law with some scepticism that sometimes implies an unpredictable status. According to the leading case –*Walford v. Miles*– good faith is incompatible with the opposing interests of the contracting parties and with the casuistic nature of English law that normally limits the action of

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

general principles in order to curtail legal uncertainty. Nevertheless, and apart from some precedents, in the last years a couple of sentences by Lord Leggatt have vindicated good faith as a part of the so-called 'relational contracts', in which cooperation between the parties is needed for the very implementation of the contractual object.

**Keywords:** Good faith; English contractual system; Relational contracts; Lord Mansfield. Lord Leggatt.

La reciente sentencia *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* [2018], cuyo ponente es Lord Leggatt, significa un episodio más de la compleja y peculiar recepción histórica del principio de la buena fe por parte del Derecho inglés. Se trata de una resolución del High Court (Queen's Bench) sobre un contrato oral de 'joint-venture' que se inscribe en una ya larga línea de pronunciamientos<sup>1</sup> tendentes a admitir parcialmente la buena fe como un principio que subyace a la relación contractual. Esta admisión, empero, se verifica dentro de un contexto que presupone tanto una recepción de un principio del Civil Law como la continuidad de una jurisprudencia que lo ha matizado y restringido.

De acuerdo con este reacio entorno, la sentencia que comentaremos se decanta de nuevo por una admisión parcial de la buena fe, pues su reconocimiento aparece limitado a los llamados 'relational contracts'. Se afirma que en éstos la habitual confrontación de intereses entre las partes se relaja en la medida en que existe un deber de cooperación entre ellas. Tal pronunciamiento de Lord Leggatt está en la misma línea que otra sentencia suya, ésta de 2013 (*Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321) en la que aceptaba el papel de la buena fe para los 'relational contracts' también dentro de ciertos límites y en el dominio de los

---

\* El autor agradece las facilidades que ha obtenido para la redacción de este trabajo a la biblioteca del IALS (The Institute of Advanced Legal Studies-University of London) y a su personal.

<sup>1</sup> Es significativo, como hemos advertido, que se deba al mismo ponente, Lord Leggatt, la sentencia del caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321) a la que habremos de referirnos. No debe confundirse a este Lord Leggatt, Sir George Andrew Midsomer Leggatt, quien desde 2017 desempeña el cargo de Lord Justice of Appeal con su padre, Sir Andrew Peter Leggatt, que ocupó el mismo cargo y que se hizo célebre, aparte de por ciertos pronunciamientos muy influyentes, por haber llevado a cabo por encargo del Lord Chancellor (en aquél momento, Lord Irvine) un informe sobre el sistema judicial en Inglaterra y Gales en 2000 (generalmente conocido como «The Leggatt Review of Tribunals», titulada *Tribunals for Users: One System, One Service*, Londres 2001) que está en la base de varias reformas posteriores. Sobre esto último, *vid.* SLAPPER, G./KELLY, D., *The English Legal System*, Londres7, 2004 357-368; LORD JUSTICE CARNWARTH ET ALII, «An Overview of the Tribunal Scenes in Canada, Australia, New Zealand and the United Kingdom», en CREYKE, R. (Ed.), *Tribunals in the Common Law World*, Sydney 2008 1-26, esp. 21-23.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

‘implied terms’. Aunque se ha señalado que esta sentencia ha sido más citada que aplicada, tal afirmación no acaba de ser cierta<sup>2</sup>.

Sabido es que esta actitud remisa a la buena fe contractual la marca el caso *Walford v. Miles* (HL 1992), del que fue ponente Lord Ackner, y que en realidad confirma toda una línea jurisprudencial que data del siglo XIX. Considerada en general el ‘leading case’ sobre este problema, se trata de una sentencia pronunciada en 1992 por la Cámara de los Lores.

Tal como veremos, la cuestión que se plantea en *Walford v. Miles* (que afronta un supuesto de precontrato) se expresa del modo más general posible: si el acuerdo para negociar de buena fe es directamente exigible ante los tribunales o, en otras palabras, si se puede invocar la buena fe como criterio general. La respuesta, como veremos, es negativa<sup>3</sup>.

Es obvio que esta actitud reticente a la buena fe contractual contrasta con el papel que ésta desempeña en un ordenamiento encuadrado en el Civil Law<sup>4</sup>. Y no es menos cierto que la cuestión de la buena fe es y ha sido uno de los problemas que más han separado a los sistemas del Common Law de los del Civil Law e incluso cabe afirmar que han comprometido todos los intentos de coordinación entre ambos sistemas que se han llevado a término hasta ahora. Por citar un ejemplo muy revelador, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías (United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods), de 11 de abril de 1980 menciona en diversas ocasiones la buena fe de los contratos, pero su valor y efectividad resultan muy discutibles: mientras en el artículo 7.1 se afirma que en la interpretación de los contratos prevalecerá la buena fe, en ningún momento se exige un verdadero deber de buena fe a las partes<sup>5</sup>. Naturalmente, el redactado final es fruto de un compromiso entre los países del Common Law y los del Civil Law. No se renuncia, pues, a invocar la buena fe dentro de un marco general, pero su operatividad concreta queda muy limitada y –en gran medida– por definir.

<sup>2</sup> Esta sentencia, contra lo que afirma MCKENDRICK, E., (*Contract Law*, Londres<sup>11</sup> 2015 205), ha sido varias veces aplicada como precedente, *vid. e. g. Bristol Groundschool v. IDC* (2014) EWHC 2145.

<sup>3</sup> Por ejemplo, es sintomático que CARTER, J. W./COURTNEY, W. («Good Faith in Contracts: Is there an implied promise to act honestly?», *Cambridge Law Journal* 75.3 2016 608-619) sean especialmente críticos con la primera sentencia de Lord Leggatt en favor del principio de la buena fe (*scil. Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*) porque creen que su fundamentación es contradictoria.

<sup>4</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford-Portland (Or.) 2007 58-59.

<sup>5</sup> El problema de la confrontación entre ambos sistemas tiene especial interés para nosotros porque la exigencia de la buena fe contractual se introdujo en el texto como resultado de la presión de los países de Civil law y concretamente por los buenos oficios de un jurista español, *vid. EORSI, G. «Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods», American Journal of Comparative Law* 27 (1979) 311-323, esp. 313. JANSSEN, W./ZIMMERMANN, R., *Commentaries on European Contract Law*, Oxford 2008 103-106.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Sirvan las anteriores consideraciones como una breve introducción a la cuestión de cómo la buena fe es esencial en los países de Civil Law y cómo es sólo parcialmente operativa en los de Common Law, singularmente en Inglaterra. Hay que mencionar que en Escocia y gracias a su tradición romanística, el estatus de la buena fe contractual ofrece un alcance mayor que el de Inglaterra<sup>6</sup>. En los Estados Unidos, paradójicamente, la recepción de este principio está bastante más avanzada que en Inglaterra y en Escocia, aun partiendo de un marco conceptual similar<sup>7</sup>. Canadá, Australia o Nueva Zelanda también se han abierto al principio de la buena fe en los últimos años<sup>8</sup>.

### LA RECEPCIÓN DE UN CONCEPTO ROMANÍSTICO

Como es de todos conocido, el principio de la buena fe en el Civil Law resulta fruto de una lenta evolución realizada esencialmente por la labor del *ius commune*, es decir, se trata una construcción hecha sobre el Derecho romano pero llevada a cabo por la tradición romanística, en especial, pero no sólo, por la jurisprudencia racionalista francesa<sup>9</sup>. No procede ahora deslindar el contenido que se recibe del Derecho romano y la tarea de generalización y sistematización de esos contenidos tal como eran en su origen, sin duda muy distintos del resultado final<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Cf. *Smith v Bank of Scotland* (1997 SC (HL) 111, 1997. Lord Clyde.

<sup>7</sup> En virtud de l Uniform Commercial Code (I § 203) rige en los EEUU la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato, pero no en la negociación.

<sup>8</sup> Cf. *Bhasin v Hrynew* 2014 SCC 71; [2014] 3 S.C.R. 494, at [33]

<sup>9</sup> Renunciamos a un tratamiento exhaustivo de este problema aquí, pero desde por lo menos la obra de Baldo y la de los canonistas se insiste en el papel de la buena fe en la interpretación de las fuentes romanas, de un modo que estrictamente rebasa su sentido original, *vid.* útil y conciso resumen de la cuestión en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1971 89.

<sup>10</sup> No es éste el lugar de desarrollar estas ideas, conocidas por todo romanista, pero sirva como mención que el papel de la *bona fides* en la teoría contractual romana no se puede compara fácilmente con la que hemos recibido en nuestros sistemas de Civil law. En el Derecho romano la buena fe se centraba en los *bonae fidei iudicia*, categoría bajo la que se integraban no sólo los contratos consensuales, sino también acciones de naturaleza muy distinta de la contractual como la *actio tutelae*. En el fondo y dicho en grandes rasgos, se trataba de un método de decidir sobre qué acciones permitían al juez examinar determinadas circunstancias del caso, todo ello concebido dentro de un sistema basado no tanto en el acuerdo como en el vínculo obligatorio, que a su vez no siempre surgía directamente del acuerdo. El significado de la *bona fides* se reducía originariamente a su aspecto procesal y sólo por efecto de la interpretación posterior (basada, por ejemplo, en textos como D. 16.3.31 pr. Tryph 9 *disp.*) se desarrolló un concepto substantivo de ella que se integra después como un principio general de los contratos. Este proceso culmina en la jurisprudencia racionalista francesa previa a la codificación, que recoge a su vez ideas del iusnaturalismo racionalista y éste a su vez de autores como Suárez y los canonistas. Las dificultades de integrar tal concepto general de buena fe en los esquemas del Derecho contractual romano y su correspondiente sistema de acciones son claras, *vid.* e. g. A. Vinnius *Institutionum Imperialium Commentarius Accademicus et Forensis I*, Lyon 1676 972 quien al comentar la división entre acciones de buena fe y de Derecho estricto (I. 4.6.2.8) se sorprende de que no se diga explícitamente que en todo contrato se requiere la buena fe y cita para integrar el texto dos constituciones imperiales sacadas de su contexto original: C. 3.1.10 (*Impe-*

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

Sí parece indicado, por el contrario, señalar que la lenta y trabajosa labor de construcción del principio de la buena fe en el ámbito del Civil Law cristaliza en torno al siglo XVII en Francia y que en el siglo siguiente fue recibida en Inglaterra por obra de Lord Mansfield. Tal como hemos señalado, la evolución posterior de la jurisprudencia inglesa no sólo fue renuente a aceptar este principio general, sino que cuando lo aceptó fue en términos claramente diversos.

Por otra parte, a nadie se le oculta que el principio de la buena fe es uno de los pilares básicos del Derecho de contratos del Civil Law y que, como tal, está presente en los códigos civiles mas destacados <sup>11</sup>, pero tampoco hemos de caer en el simplismo de considerar que la buena fe es homologable en todos los sistemas de Civil Law, puesto que existen diferencias significativas y evoluciones históricas diferenciadas. Al comparar los sistemas de Civil Law y de Common Law en lo que a la buena fe respecta, vamos a ignorar deliberadamente esas diferencias: partimos de un concepto simplificado en el Civil Law para contraponerlo a su menor relevancia en los sistemas del Common Law <sup>12</sup>.

No olvidemos tampoco que con el principio de la buena fe estamos tratando con un problema más amplio: el del alcance y operatividad de los conceptos jurídicos indeterminados, que tantas discusiones han suscitado desde el punto de vista de la seguridad jurídica o del respeto a la voluntad manifestada por las partes. No son menores en este sentido problemas como la medida en que, partiendo de un concepto indeterminado, se concede al poder pú-

---

*ratores Constantinus, Licinius. Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*) y C. 4.10.4 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Bonam fidem in contractibus considerari aequum est*). El texto de Vinnio es revelador de la diferencia de enfoques entre las fuentes romanas y el *ius commune*: «Quod quaedam actiones dicuntur esse stricti iuris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in l. placuis C. de iud., ubi magis ait placere, in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique et in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur quod generaliter constitutum est in l. 4 Cod. de obli. et act. bonam fidem in contractibus considerari aequum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus certe iis, quae ex contractu profiscuntur, pariter bona fides spectanda».

<sup>11</sup> En general, sobre el Derecho español anterior a la reforma del Título preliminar, *vid.* DE LOS MOZOS, J-L, *El principio de la buena fe*, Valladolid 1965 45-53. Sobre las consecuencias de la reforma del Título Preliminar, *vid.* CADARSO PALAU, J., «Reforma de la Ley y renovación del ordenamiento en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil* 29 (1976) 55-84.

<sup>12</sup> Sólo por dar un ejemplo de esta diversidad, nos centraremos en las relaciones entre la buena fe y el abuso de derecho. La obligatoriedad de la buena fe negocial procede del Código Napoleón (art. 1134-5), con indudable influencia de Domat y de Pothier, pero el abuso de derecho ha sido construido por la jurisprudencia con base en los art. 1382-1383. En el BGB el §242, está claramente basado en precedentes franceses, pero dicho parágrafo no trata específicamente del abuso de derecho, sino que esto se aborda en el §226, lo cual muestra una sistemática diferente. En el Código Italiano de 1942, art. 1175 tiene un contenido parecido al 1134 del Código Napoleón, pero es el artículo 833 el que regula el abuso de derecho, aunque la relación de éste con la buena fe es discutida en la doctrina. Nuestro art. 1258 Cc también se inspira en el 1134 del Código francés, pero todo el desarrollo posterior, que culmina en la reforma del Título Preliminar y que relaciona la buena fe con el abuso de derecho recoge planteamientos que originalmente no estaban en el ánimo del legislador.



## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

blico una mayor o menor posibilidad de actuar en la esfera privada. En la caracterización de la buena fe en el Derecho inglés están, pues, implicadas todas estas cuestiones <sup>13</sup>.

Una vez hechas estas advertencias, nos proponemos dividir nuestra exposición en tres partes. Empezaremos por explicar de modo sucinto la doctrina que informa el caso *Walford v. Miles*, así como su anclaje ideológico. Partiremos de ella para resumir en el siguiente apartado la evolución histórica de este problema, con especial interés en el primer intento de imponer la buena fe en los contratos en virtud de la archifamosa sentencia *Carter v. Boehm*. Dedicaremos la parte final a valorar en su contexto la última sentencia de Lord Leggatt, *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* fijándonos como elemento de comparación en su anterior pronunciamiento (*Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*), donde se manifestaba *obiter dicta* sobre la buena fe <sup>14</sup>.

### EL LEADING CASE: WALFORD v. MILES

Si tomamos como punto de partida un manual clásico del Derecho inglés de contratos <sup>15</sup>, veremos que el autor afronta por primera vez la buena fe en el ámbito de la negociación subsumiéndola dentro de los ‘Contracts made by Courts’ <sup>16</sup>. Se trata, como advertíamos, de un caso de negociaciones previas al contrato y en ese ámbito se plantea ese acuerdo genera ya obligaciones contractuales o si debe ser el tribunal quien se las atribuya, precisamente por mor de la buena fe invocada. Aun reconociendo lo artificioso de la distinción ‘contracts made by the parties’/‘contracts made by courts’, este planteamiento resulta a nuestro entender significativo, pues sitúa el problema en el ámbito de la interpretación o –mejor dicho– en el margen que los tribunales tienen para integrar un contrato o incluso, según la expresión comentada, crear un contrato donde es dudoso que ya exista. Al usar la expresión «made by courts» se da énfasis a la primacía de la voluntad de las partes <sup>17</sup> y se cuestiona hasta qué

<sup>13</sup> Por ejemplo, la cuestión del liberalismo como fundamento del rechazo al principio de la buena fe es muy discutible. Tal como ha mostrado CAMPBELL, D. («Adam Smith and the Social Foundation of Agreement: *Walford v. Miles* as a Relational Contract», *Edinburg Law Review* 376 (2017) 376-404), esta visión, que siempre se esgrime para salir al paso de la buena fe, es fruto de una lectura superficial de Adam Smith.

<sup>14</sup> La *ratio decidendi* era, como veremos, la coerción (‘duress’) ejercida sobre el demandante, aun que ambas esferas no son fácilmente separables en este supuesto.

<sup>15</sup> ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1995 89-90.

<sup>16</sup> Es cierto que esta distinción la hace el autor en esta parte del libro con referencia al precontrato, pero advierte al mismo tiempo que en Derecho inglés no hay previsión diferente para el contrato.

<sup>17</sup> Cf. *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd* (2014) EWHC 752 (TCC) 153: «...it is tempting for the court then to fashion a term which will reflect the merits of the situation as they appear. Tempting, but wrong».

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

punto puede integrarse el contenido del contrato con el recurso a un principio de una naturaleza y alcance tan difíciles de definir. Como veremos, el mismo prejuicio subyace a otros modos de aproximarse al problema de la buena fe, como es el caso de los ‘implied terms’<sup>18</sup>. En *Walford v. Miles* nos hallamos ante una invocación expresa del principio de buena fe, mientras que en otros supuestos vamos a tratar de casos en los que se puede presumir su existencia.

El deber de negociar de buena fe tiene, al parecer, difícil cabida en un sistema en el que las partes negocian «at arm’s length», como dice Atiyah sirviéndose de una frase proverbial inglesa. La carencia de un concepto general de buena fe lleva, inevitablemente, a que los caminos por los que ésta resulte ocasionalmente reconocida sean forzados e incluso tortuosos<sup>19</sup>.

*Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128; [1992] 2 WLR (HL-Lord Ackner) sienta los límites sobre la posibilidad de invocar la buena fe y se pronuncia concretamente sobre un contrato de exclusividad (‘lock out agreement’) para negociar la venta de una empresa. Ambas partes pactan negociar de buena fe y a cerrarse a propuestas de terceros, compromisos que la parte vendedora no cumplirá. Lord Ackner, el ponente, concluye que no es posible un pacto de esta naturaleza por inconcreto, por generar inseguridad jurídica, por no establecer plazo de vigencia y por no adaptarse a la situación de enfrentamiento de las partes<sup>20</sup>.

A nadie se le oculta que con un precedente como *Walford v. Miles* la admisión de un criterio general de buena fe queda –al menos a simple vista– seriamente comprometida y que sólo indirectamente puede, en ciertos casos, aceptarse la mera idea de que las partes queden vinculadas por este principio: la casuística posible es ciertamente compleja, pero resulta relativamente fácil explicar sus líneas de fuerza.

<sup>18</sup> A nuestro juicio, resulta significativo que el afamado romanista británico Barry Nicholas resuma el problema diciendo que muchos conflictos que en Francia (a la que usa para ejemplificar los sistemas de Civil Law) se resuelven apelando a la buena fe se solucionan en Inglaterra por medio de la teoría de los ‘implied terms’, *vid.* NICHOLAS, B. *The French Law of Contract*, Oxford 1992 251-255.

<sup>19</sup> ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, cit. 90: «Because of the absence of any general concept of good faith the technical means by which the courts impose these duties are sometimes strained or even tortuous».

<sup>20</sup> ATIYAH, P. S., «Justice and Predictability in the Common Law», *University of New South Wales Law Journal* 15 (1992) 448-461. La ‘predictability’ es una noción capital en el Common law. El problema está esencialmente ligado a la incertidumbre jurídica de los principios indeterminados, problema que no se reduce al Common law, sino que es una cuestión profundamente debatida en el Civil law también. Por ejemplo, entre los romanistas que han abordado el problema todos conocemos el caso de WIEACKER, F. (*Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*, Tübinga 1956 26-32) y su propuesta (según él basada en las funciones del *ius honorarium*) de delimitar mediante el uso de conjuntos de casos posibles –‘Fallgruppen’– la aplicación del régimen de ‘Treu und Glauben’ de dicho parágrafo.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

*Wadford v. Miles* constituye un caso en cierto modo reciente en el que cristalizan los criterios por los cuales se rechaza la invocación de la buena fe como principio general, al mismo tiempo que se señala que, aunque no se pueda partir de un concepto indeterminado de buena fe, ello no significa que comportamientos como el engaño sean lícitos<sup>21</sup>. El deber de «negociar de buena fe», entiende tradicionalmente el Derecho inglés y así lo confirma esta sentencia, es contradictorio con la posición enfrentada de las partes<sup>22</sup>, que en el mundo real de los negocios hacen afirmaciones que no siempre se ajustan a la verdad, siempre con el fin de lograr un acuerdo ventajoso<sup>23</sup>.

Tales declaraciones, aunque puedan parecer contrarias a la buena fe, son comunes y aceptadas en el ámbito comercial, en el cual el rigor que ejerce el Derecho inglés es de todos conocido<sup>24</sup>. Por todo ello, un acuerdo para negociar de buena fe, como un acuerdo para negociar sin más, queda vacío de contenido, afirma *Wadford v. Miles*. Tal es la línea jurisprudencial que se ha venido siguiendo: dar énfasis a la fuerza vinculante del contrato, a la libertad y a la responsabilidad de las partes, a las cuales se les exige que se formen su propio juicio antes de vincularse por ningún acuerdo<sup>25</sup>. A ello –como ya hemos apuntado– hay que añadir el dato de que tal acuerdo de negociar de buena fe carecía

<sup>21</sup> Un caso anterior muy significativo es *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989) 1 QB 433, donde el ponente, Lord Bingham, afirma: «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 contract parties should act in good faith. This does not simply mean that they should deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialism as ‘playing fair’, ‘coming clean’, ‘putting one’s cards face upwards on the table’».

<sup>22</sup> Lord Ackner es tajante en este sentido: «The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the 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».

<sup>23</sup> ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, cit. 113.

<sup>24</sup> La primacía de lo pactado, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, lleva a que, por ejemplo, el leve incumplimiento de una condición, aun no generando perjuicio alguno, faculte a la otra parte a la resolución del contrato, como por ejemplo en *Bunge Corp. v. Tradax Export Ltd* (1981) WLR 711. El ponente, Lord Roskill, considera que la cláusula sobre el tiempo de entrega es una de las condiciones básicas del contrato independientemente de que en realidad no se hubiera producido consecuencia alguna derivada del leve retraso producido. La sentencia no se atiene a lo literalmente pactado, sino que se pronuncia en favor de que un ‘term’, aunque no hubiera sido explícitamente señalado en el texto del contrato como ‘condition’ puede funcionar como tal en aras de la seguridad jurídica y como una consecuencia más del rigor mercantil, *vid. e. g.* ATIYAH, P. S./ADAMS, J. N./MACQUEEN, H. L. *Sale of Goods*, Harlow<sup>11</sup> 2005 94-95; FURST, S./ROMNEY, V. *Keating on Construction Contracts*, Londres<sup>9</sup> 2012 214-215.

<sup>25</sup> Cf. e.g. *ING Bank NV v. Ros Roca SA* ([2011] EWCA Civ 353; [2012] 1 WLR 472. Aunque el caso menciona la ausencia de un criterio general de buena fe, la *ratio decidendi* no se basa en este problema. El caso se resuelve por medio del ‘estoppel’ (si se trata de ‘estoppel by convention’ o ‘promissory estoppel’ es discutible), aunque mantiene el principio de la interpretación literal de los contratos.



## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

incluso de plazo en el contrato litigioso. Eso lo transforma en algo todavía más indeterminado<sup>26</sup>.

## LOS CASOS DE VINCULACIÓN TÁCITA POR EL PRINCIPIO DE BUENA FE: LOS ‘IMPLIED TERMS’

Cuando el deber no se asume explícitamente (como ocurría en *Walford v. Miles*) nos hallamos ante una alegación de buena fe de modo tácito, como ‘implied term’, siguiendo la terminología que ha quedado fijada en el Derecho inglés. Significativamente, los sistemas de Civil Law no se ven forzados a recurrir con tanta frecuencia a la doctrina de los ‘implied terms’ precisamente porque en ellos funciona el principio general de la buena fe<sup>27</sup>.

La utilidad de los ‘implied terms’, pues, se basa en la posibilidad de intervenir en lo explícitamente acordado (‘express terms’) por medio de las herramientas de la interpretación. Su fundamento plantea la cuestión de en qué medida los tribunales están facultados para realizar o modificar la construcción de un contrato. No olvidemos que en el caso que nos ocupa (*Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*) nos hallamos ante un contrato oral, donde el juego de los ‘implied terms’ es –si cabe– más destacado.

La clasificación de los ‘implied perms’ varía según el jurista que trate de ellos, aunque la *summa divisio* se construye contraponiendo los ‘implied terms in law’ a los ‘implied terms infact’.<sup>28</sup> Naturalmente por imperativo legal un pacto no incluido por las partes debe ser sobreentendido y entonces nos hallamos ante ‘implied terms by statute’. Éstos –según si estamos ante norma imperativa o dispositiva– en unos casos pueden ser derogados por las partes y en otros no<sup>29</sup>. Por otra parte, aquellos pactos que no constan expresamente en el contrato pero que cabe deducir de la voluntad de las partes, como inherentes al acuerdo, se consideran ‘implied terms at common law’. Es importante destacar que, en este supuesto, los ‘implied terms’ se aplican en bloque a cada

<sup>26</sup> Una sentencia reciente (*Sainsbury’s Supermarkets Limited v. Bristol Rovers* 1883 2015 EWHC 2002) en el mismo sentido rechaza que una parte, por haber pactado el obrar de buena fe esté comprometida a obrar contra una cláusula del contrato.

<sup>27</sup> AUSTEN-BAKER, R *Implied Terms in English Contract Law*, Cheltenham/Northampton (Mass.)<sup>2</sup> 2017 3, n. 6. Tal como Austen-Baker precisa, en algunos sistemas de *Civil Law* la doctrina de los ‘implied terms’ puede desempeñar un papel, aunque siempre limitado, como es el caso del Derecho mercantil japonés.

<sup>28</sup> McKENDRICK, E., *Contract Law*, cit. 198-199.

<sup>29</sup> AUSTEN-BAKER, R. *Implied Terms in English Contract Law*, cit. 1: el autor parte del ejemplo de la Sale of Good Acts (1979), donde en algunos casos cabe pacto en contra mientras que en otros se trata de normas de *ius cogens*. Por supuesto, bajo esta categoría caen tanto las leyes promulgadas e Inglaterra como las directivas de la UE y en algunos campos (como por ejemplo en el del Derecho de los consumidores) indiscutiblemente rige la buena fe en virtud de tales normas.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tipo contractual<sup>30</sup>. Por el contrario, cuando esos ‘implied terms’ no se pueden deducir de la voluntad de las partes o impuestos a ella, se llaman ‘implied terms in fact’ y éste es uno de los principales campos de acción de la buena fe negocial.

En principio el problema de si deben reconocerse tales ‘implied terms in fact’ no se plantea, como en los supuestos de los ‘implied terms at common law’, dentro de cada tipo contractual, sino en la esfera del cada contrato en particular, caso por caso. La propia jurisprudencia ha sometido esta posibilidad de intervención a importantes controles, en aras de la seguridad jurídica.

Por simplificar el problema, digamos que en el terreno de los ‘implied terms in fact’ rige el ‘leading case’ *Marks & Spencer Plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* ([2015] UKSC 72; [2016] A.C. 742, cuya sentencia confirma la tesis tradicional de que para vindicar el valor de un ‘implied term’ es necesario afrontar la prueba del ‘officious bystander test’ o bien del ‘test of necessity’, también llamado ‘Moorcock test’<sup>31</sup>. El primero no deja de ser una aplicación del tópico de la obviedad (‘that goes without saying’), aunque en la práctica y dada la complejidad de las transacciones comerciales, la exigencia para su aplicación es rigurosa, pues presupone el parecer de un tercero que contemplara desapasionadamente el caso y dedujera como algo obvio que tal acuerdo existía; el segundo se fundamenta en que una cláusula no expresa sea necesaria para la eficacia del negocio (‘business efficacy’)<sup>32</sup>. Tal como apunta Andrews, el concepto de ‘business efficacy’ ha llegado a ser mezclado con el ‘officious bystander test’ en desde la primera sentencia donde se menciona, *Reigate v. Union Manufacturing Co (Ramsbottom) Ltd*. (1918)<sup>33</sup>. Como es de esperar, el juego de ambos criterios rebaja notablemente la aplicabilidad de cláusulas de buena fe implícitas.

---

<sup>30</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit, 199 y n. 14: «Terms implied in law are’ those terms that are consistently implied into all contracts of a particular type because of the nature of the contract, rather than the supposed intention of the parties’ (la cita es de PEDEN, E. «Policy concerns behind Implication of Terms in Law», *Law Quarterly Review* 117 2001 459). Examples of terms implied in law can be seen in employment contracts, and contracts between landlords and their tenants».

<sup>31</sup> El nombre ‘Moorcock’ se debe al primer caso donde se formuló dicho test, (1889) porque así se llamaba un barco que sufrió desperfectos porque el lecho Támesis en la zona donde fue atracado no estaba en las condiciones exigibles para ello.

<sup>32</sup> STONE, R. *The Modern Law of Contract*, Portland<sup>6</sup> 209-210.

<sup>33</sup> ANDREWS, N. *Contract Law*, Cambridge 2011 365. AUSTEN-BAKER, R. (*Implied Terms in English Contract Law*, cit. 167) habla en general del ‘business efficacy test’, del que considera un caso concreto el ‘officious bystander test’.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

LORD MANSFIELD Y LA ADMISIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE: *CARTER v. BOEHM*: SU INFLUENCIA EN LOS CASOS RECIENTES

Visto lo anterior, no parece sorprendente que, por lo que a la buena fe respecta, la sentencia del caso *Carter v. Boehm* (1766 3 Burr 1905, 97 ER 1162) se haya explicado como una rara excepción en el panorama del Derecho inglés<sup>34</sup>, pues, aunque se pronuncia en un caso de contrato de seguro, afirma que en todo contrato sería exigible tal requisito<sup>35</sup>. Datada en 1766 es obra de un jurista de profunda formación en el Civil Law desde el punto de vista más romanístico, como fue Lord Mansfield<sup>36</sup> y nos permite contemplar el problema de la buena fe en Inglaterra desde un punto de vista histórico<sup>37</sup>. A este jurista, de origen escocés y jacobita, formado en Oxford y bien instruido en la doctrina del Civil Law de su tiempo, fundador del Derecho mercantil inglés<sup>38</sup>, se le atribuye haber clarificado las líneas básicas del contrato de seguro, que moldeó partiendo de los fundamentos tanto del Derecho romano como de la doctrina del Civil Law<sup>39</sup>. El hecho de que el contrato de seguro marítimo implicara diversas jurisdicciones facilitó este punto de partida orientado por el Civil Law<sup>40</sup>.

El caso se dio en la isla de Sumatra, en Fort Malborough, en aquel entonces asentamiento británico dependiente de la British East India Company, posteriormente cedido en 1824 a Holanda en virtud del Tratado de Londres (Anglo-Dutch Treaty). Carter era el gobernador británico de la fortaleza y en

<sup>34</sup> Sobre la historia de esta sentencia y su influencia, *vid.* WATTERSON, S. «The History of a Landmark: *Carter v. Boehm*» en QUIANG HAN, Y./PYNT, G. (Eds.) *Carter v. Boehm and the Pre-Contractual Duties in Insurance Law: A Global Perspective after 250 Years*, Oxford-Londres-Nueva York 2018 23-86.

<sup>35</sup> Para apreciar la influencia de Lord Mansfield en lo que a la buena fe concierne y las diversas valoraciones que se han hecho de sus teorías, *vid.* OLDHAM, J. *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill (NC) 2004 101-130.

<sup>36</sup> Hoy conocemos mucho mejor las fuentes de Civil law utilizadas por Lord Mansfield y su dominio del Derecho romano gracias al trabajo de COQUILLETTE, D. R., «Legal Ideology and Incorporation IV: The Nature of Civilian Influence on Anglo-American Commercial Law», *Boston University Law Review* 67 (1987) 876-970, esp. 948-962. Hoy en día contamos además con la edición de los cuadernos de trabajo de Mansfield realizada por OLDHAM, J., *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century* I, Chapel Hill (NC) 1992; II 2012. NO aparece, sin embargo, el material relativo a *Carter v. Boehm*.

<sup>37</sup> Sobre el papel del Derecho romano y de la tradición romanística en la obra de Lord Mansfield aún es útil la consulta de CAMPBELL, J. *The Lives of the Chief Justices of England* II, Londres 1849 327 y HOLDSWORTH, W., *A History of English Law* XII, Londres 1938 467. Entre la bibliografía reciente *vid.* en general, DYSON, M./IBBETSON, D. *Law and Legal Process. Substantive Law and Procedure in English Legal History*, Cambridge 2003 203 nn. 149-150; SWAIN, W. *The Law of Contract 1760-1860*, Cambridge 2015 75-78; POSER, N. S., *Lord Mansfield. Justice in the Age of Reason*, 2013 40-48.

<sup>38</sup> TODD LOWRY, S., «Lord Mansfield and the Law Merchant. Law and Economics in the Eighteenth Century», *Journal of Economic Issues* 7 (1973) 605-622; SWAIN, W., *The Law of Contract 1760-1860* 76.

<sup>39</sup> DYSON, M./IBBETSON, D., *Law and Legal Process*, cit. 202 y n. 137.

<sup>40</sup> DYSON, M./IBBETSON, D., *Law and Legal Process*, cit. 202.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

calidad de tal contrató una póliza de seguro con la aseguradora Boehm para el caso de que Fort Marlborough fuera tomada por el enemigo. Tal eventualidad, es preciso señalarlo, entraba entonces dentro de lo previsible, ya que en ese momento se estaba librando la Guerra de los Siete Años: Francia finalmente atacó y logró tomar la fortaleza dentro del año del límite de la póliza.

Además de señalarse el evidente peligro de guerra cuando la póliza fue suscrita, se estableció en la fase probatoria que el gobernador era consciente de que la fortaleza podía controlar el territorio que se le había encomendado, pero apenas hacer frente a un ataque del exterior ('concealment of circumstances'). Por esa razón la parte demandada consideró que la conducta del gobernador Carter había incurrido en mala fe<sup>41</sup>.

Pese a estos antecedentes, Lord Marlborough se inclinó por dar la razón al demandante al reconocer que las circunstancias que la parte demandada decía que le había ocultado eran 'universally known' por cualquier comerciante implicado en situaciones comparables<sup>42</sup>. Precisamente en aplicación del principio de la buena fe, el demandado estaba obligado tanto como el demandante a conocer las circunstancias en que se firmó la póliza, es decir, el inminente estallido de la guerra. Respecto al 'duty of disclosure' Lord Mansfield, si bien reconoce que dada la naturaleza '*uberrima fide*' del contrato de seguro se deduce el deber de revelar a la otra parte todos los datos que afectarían al caso, estima asimismo que la pretensión del asegurador no puede basarse en lo que no se ha dicho explícitamente cuando él mismo debería haber conocido esos hechos. El guardar silencio sobre determinados extremos que el asegurador podría haber averiguado no implica, en consecuencia, actuar contra la buena fe<sup>43</sup>.

Una sentencia todavía reciente y relacionada con un seguro marítimo se refiere al intento de Lord Mansfield y le reconoce determinados efectos en el Derecho inglés, pero con las limitaciones que se derivan del tipo de contrato sobre el que pudiera incidir. Se trata de *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Co Ltd and others* ([2001] 1 All ER 743, [2001] 2 WLR 170, [2001] UKHL 1,

<sup>41</sup> BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases Argued and Adjudged in the Court of the King Bench* III, Dublin<sup>5</sup> 1794 1906-1907. Sobre la fiabilidad de los 'reports' de Sir James Burrow en relación con las sentencias de Lord Mansfield, *vid.* COQUILLETTE, D. R., «Legal Ideology and Incorporation IV» 952

<sup>42</sup> BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases* 1907.

<sup>43</sup> BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases* 1910: «either party may be innocently silent, as to grounds open to both, to exercise their judgment upon... An under-writer cannot insist that the policy is void, because the insured did not tell him what he actually knew... The insured need not mention what the under-writer ought to know; what he takes upon himself the knowledge of; or what he waives being informed of. The under-writer needs not be told what lessens the risque agreed and understood to be run by the express terms of the policy. He needs not to be told general topics of speculation».

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

[2003] 1 AC 469) en la que el ponente, Lord Hobhouse, desarrollando otra resolución de la Cámara de los Lores en el mismo sentido (*Pan Atlantic Ins Co v. Pine Top Ins Co*) afirma:

«The history of the concept of good faith in relation to the law of insurance is reviewed in the speech of Lord Mustill in *Pan Atlantic Ins Co v. Pine Top Ins Co* [1995] 1 AC 501 and in a valuable and well researched article (also containing a penetrating discussion of the conceptual difficulties) by Mr. Howard Bennett in 1999 LMCLQ 165. The acknowledged origin is Lord Mansfield's judgment in *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905. As Lord Mustill points out, Lord Mansfield was at the time attempting to introduce into English commercial law a general principle of good faith, an attempt which was ultimately unsuccessful and only survived for limited classes of transactions, one of which was insurance. His judgment in *Carter v Boehm* was an application of his general principle to the making of a contract of insurance. It was based upon the inequality of information as between the proposer and the underwriter and the character of insurance as a contract upon a «speculation». He equated non-disclosure to fraud. He said at p. 1909:

«The keeping back [in] such circumstances is a fraud, and therefore the policy is void. Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention; yet still the underwriter is deceived, and the policy is void.»

En ese contexto, podemos señalar que la definición que en Derecho inglés puede deducirse de la buena fe contractual se halla, por ejemplo, en *Interfoto Picture Library v Stilletto* [1989] QB 433:

«This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as 'playing fair', 'coming clean' or 'putting one's card face upward on the table'. It is in essence a principle of fair and open dealing...».

En esa esfera entran, por ejemplo, los 'duties of disclosure', pues *Carter v. Boehm* es de nuevo una sentencia que se plantea dentro de los términos de la negociación del contrato y, al menos según la mayoría de la doctrina, constituye la fuente última de la consideración del contrato de seguro como *uberrima fide* o de 'utmost good faith'<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Sobre el debate sobre cuándo se usó la expresión *uberrima fide* en un pronunciamiento, y cuál es la primera sentencia que aborda estos problemas *vid.* QUIANG HAN, Y., «Pre-Contractual Duties in the UK Insurance Law after 2015», en QUIANG HAN, Y./PYNT, G. (Eds.) *Carter v. Boehm and the Pre-Contractual Duties in Insurance Law*, cit. 143-169, esp. 145-147.



## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Se ha insistido con razón en la formación de Lord Mansfield como jurista con lecturas de autores de la Escuela Holandesa o de la jurisprudencia racionalista francesa, que está imbricada en el texto del futuro Code Napoleon<sup>45</sup>. Una simple cita de Domat, fuente del art. 1134 es lo bastante elocuente como para explicar a qué concepto general de buena fe recurrió, con mucha probabilidad, Lord Mansfield:

«Dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où il sont entrés».

«Ou encore «[q]u'en toute sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort»<sup>46</sup>.

Tal como ya hemos indicado, *Carter v. Boehm* es un punto de referencia del que los pronunciamientos posteriores se han distanciado, pero al mismo tiempo han tenido que valorar. Una reciente sentencia, *HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank* todavía se debe referir a la labor de Lord Mansfield y a su intento de introducir la buena fe como requisito general de los contratos:

«I am conscious that in *Carter v. Boehm* itself Lord Mansfield does seem to have considered that there was a difference between the concealment which the duty of good faith prohibited and mere silence ('*Aliud est celare; aliud tacere*'). As a result, non-disclosure in the insurance context in the early years was referred to as a 'concealment', and the doctrine has sometimes been viewed and explained as constructive fraud. However, Lord Mansfield was seeking to propound a doctrine of good faith which would extend through the law of contract, and in that respect his view did not bear fruit. Where, however, in the insurance context it put down firm roots, it came to be seen as a doctrine which went much further than the antithesis of fraud, and, as it came to be developed, «non-disclosure will in a substantial proportion of cases be the result of an innocent mistake.»

Hay algo también en la solución de Lord Mansfield del aforismo ciceroniano *aliud est celare, aliud tacere* (Cic *de off.* III.12.52; III.50.7), no sólo de Domat y de la jurisprudencia racionalista y este tipo de citas son comunes al

<sup>45</sup> Vid. *supra* n. 37; FIFOOT, C. H. S. Lord Mansfield, Oxford 1936 (reimp. Aalen 1977) 30-45.

<sup>46</sup> DOMAT, J., *Traité de Lois*, en *Oeuvres de Jean Domat* I París 1822 33. Es sabido que algunas de las innovaciones de Lord Mansfield basadas en tales fuentes fueron rechazadas posteriormente por la Cámara de los Lores, especialmente las que tendían a construir una teoría general del contrato, como *Pilans v. Van Mierop* vid. e. g. SCHWARTZ, B. *The Code Napoleon and the Common Law World*, Nueva Jersey 1998 128; 138, n. 78.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

Civil Law y a determinados pronunciamientos del Common Law. Ya hemos visto, sin embargo, cómo la acreditada tendencia de Lord Mansfield a introducir principios generales como los que son comunes en los sistemas de Civil Law no ha quedado en la irrelevancia, pero sus efectos se han limitado a determinados supuestos concretos. En esto la buena fe no es una excepción. Resulta difícil extraer un concepto lo suficientemente claro y determinado de buena fe si no se recurre al caso concreto como contexto, y ésta es una de las razones que han propiciado que *Carter v. Boehm* haya sido objeto de interpretación restrictiva: no se reconoce una obligación general de actuar de buena fe pero sí se aplica la buena fe en puntos determinados de los contratos, por ejemplo en los sobrecostos. En *Petromec v. Petroleo Brasileiro* [2006] 1 Lloyd's Rep 121 hallamos también en la fase de negociación del contrato el pacto por el cual las partes se someten a la buena fe en lo que concierne a los sobrecostos de reparación de un buque. En este supuesto el High Court acepta la legitimidad de ese acuerdo concreto porque el papel de la buena fe está claramente delimitado. Una decisión parecida, se encuentra en *Barbudev v. Eurocom Cable Management Bulgaria EOOD* [2012] EWCA Civ 548, donde se niega la naturaleza vinculante de negociar de buena fe de modo general (esto es, en los términos de *Wadford v. Miles*) pero también se destaca la claridad del compromiso como requisito para ser amparado por los tribunales.

Esta naturaleza excepcional de la buena fe, nunca aceptable como criterio indefinido y formulado de modo abstracto, pero sí amparable en casos concretos donde el compromiso es claro y terminante, ha sido posteriormente confirmada por Lord Longmore, quien en *Charles Shaker v. Vistajet Group Holdings SA* [2012] EWHC 1329 (Comm) confirma y resume la ratio decidendi de este modo: «where there are no objective criteria the court is unable to enforce the parties' agreement to agree», lo que a sensu contrario significa que los criterios bien definidos sí pueden fundar una reclamación basada en la buena fe. Se trata de que las partes determinen los criterios objetivos en los que debe operar la buena fe.

#### LAS RECIENTES APORTACIONES DE LORD LEGGATT: *YAM SENG PTE LTD v. INTERNATIONAL TRADE CORP Y SHEIKH TAHNOON BIN SAEED BIN SHAKHBOOT v. IOANNIS KENT*

Tras esta referencia general al estatus del principio de la buena fe en el Derecho inglés vamos a examinar el contenido de la reciente sentencia *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* a la luz también del anterior pronunciamiento de Lord Leggatt, *Yam Seng*. Antes de *Yam Seng* se juzgaba dudosa y críptica la solución ofrecida por *Charles Shaker v. Vistajet Group*

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

*Holdings SA* y sus dos precedentes mencionados. No puede afirmarse que ahora el problema, aunque algo mejor planteado, llegue a estar resuelto, pero resulta indudable que la buena fe contractual sí que sale reforzada.

Sin duda, las novedades<sup>47</sup> que suscitó *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* se ven confirmadas y desarrolladas en *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*. Ambas sentencias se incardinan en esa propensión a interpretar el juego del principio de buena fe de modo restrictivo, puesto que Lord Leggatt limita la buena fe a los ‘relational contracts’. Al referirse a la buena fe como un ‘implied term’ ya no está vindicando, como hacía *Petromec v Petroleo Brasileiro* el cumplimiento de una cláusula expresa pactada por las partes, por lo que el grado de intervención de los tribunales en la interpretación del contrato es aún mayor.

Es cierto que en ambos casos la afirmación de la buena fe se hace como un obiter dictum, pero, tal como han señalado con razón Carter y Courtney, el papel que ésta desempeña en la *ratio decidendi* en la *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* (y podemos extender su afirmación a la *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*) no es tan fácil de discernir como se diría a simple vista<sup>48</sup>. Como explicaremos, no compartimos las conclusiones de dichos autores, pero sí su punto de partida.

Recordemos que *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* trata de un contrato de distribución a largo plazo, sometido al Derecho inglés, en el que una empresa de Singapur (Yam Seng) y una empresa británica (ITC) acuerdan la distribución de artículos de perfumería bajo la marca del Manchester United FC. La distribución exclusiva la otorga Yam Seng a ITC por el período de treinta meses.

El conflicto entre las partes surgió porque el acuerdo preveía esencialmente que la distribución se habría de realizar en el mercado ‘duty-free’ (limitado a Singapur y a ciertos lugares de Asia y Australia) pero al parecer ITC también distribuyó productos fuera de ese ámbito, lo cual, como era de esperar, motivó discusiones y desavenencias por el problema de los pre-

---

<sup>47</sup> La contribución de Lord Leggatt tiene algún precedente posterior a *Wadford v. Miles*, como es el caso de *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd* (1993) 2 Lloyd’s Report 194 al que hará alusión, En esta sentencia el ponente, Lord Steyn afirma: «A theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or a principle of law. It is the objective which has been and still is the principle moulding force of our contract law. It affords no licence to a judge to depart from binding precedent. On the other hand, if the prima facie solution to a problem runs counter to the reasonable expectations of honest men, this criterion sometimes requires rigorous re-examination of the problem to ascertain whether the law does indeed compel demonstrable unfairness».

<sup>48</sup> CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 609.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

cios<sup>49</sup>. Con tal fundamento Yam Seng demandó por daños a ITC y resolvió el contrato.

Según Lord Leggatt, la demanda debía ser estimada porque ITC había suministrado información falsa a Yam Seng sobre precios, pues por ejemplo le había mentido sobre la circunstancia de que algunos de ellos bajarían más de lo que estaban valorados en el mercado ‘duty-free’ de Singapur. El ponente declara que tal conducta vulnera el «heart of the trust which is vital to any long-term commercial relationship».

Aunque se refiere a la hostilidad tradicional del Derecho inglés contra la inclusión de un principio general de buena fe, Lord Leggatt asume que resulta esencial en la contratación que «the parties bind themselves in order to cooperate to their mutual benefit».

Obsérvese que la presencia de tal ‘implied term’ lo sustenta en todos los contratos, no sólo para el caso en el que se trataba en el juicio, aunque luego circunscribe su aserto a los ‘relational contracts’ (§142), entre los que se sitúa el contrato de distribución a largo plazo. Naturalmente, Lord Leggatt también afirma que no es posible llevar a término tal ‘implied term’ en todo tipo de contratos, lo que no excluye que pueda extender a otros distintos de los ‘relational contracts’.

En supuestos como los ‘relational contracts’ no cabe duda de que puede inferirse un ‘implied term’ acerca de guardarse ‘mutual trust and confidence’. La sentencia se refiere, de hecho, a un ‘implied term’ que caracteriza como ‘good faith and fair dealing’ y ‘fidelity to the parties’ bargain’ (§ 150), ideas que cuentan con algunos precedentes no muy lejanos<sup>50</sup>. El contexto de los contratos (de cada tipo contractual, pues el Derecho inglés no plantea una teoría general del contrato) es lo que determina la presencia de ese ‘implied term’ por el cual la buena fe desempeña un papel relevante: en un contrato de esta naturaleza se espera que las partes no actúen sólo como partes enfrentadas, sino que establezcan algún modo de cooperación, pues ello redundaría en beneficio de ambas.

Lord Leggatt es sobradamente consciente de la reticencia del Derecho inglés a aceptar el principio de la buena fe de modo absoluto y sobre ello no sólo se remite a Lord Bingham y a *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Vi-*

<sup>49</sup> La información sobre los precios vulnera también *Livock v. Pearson Bros* (1928), *vid.* CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 610.

<sup>50</sup> CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 610 se refiere a *First Energy (UK) v. Hungarian International Bank Ltd* 1993 2 Lloyd’s Re. 194, 96 como precedente en la medida en que habla de dar crédito a las expectativas razonables de la gente honrada, así como *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali* [2001] UKHL 8; [2002] 1 A.C. 251. .

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

*sual Programmes Ltd*, sino que menciona también doctrina, concretamente el tratado *Contract Law* de McKendrick, un texto muy divulgado en Gran Bretaña y del que nosotros también hacemos uso en este trabajo. No en vano ya recordamos al principio que McKendrick habría de ser muy crítico con *Yam Seng*:

«Three main reasons have been given for what Professor McKendrick has called the ‘traditional English hostility’ towards a doctrine of good faith: see McKendrick, *Contract Law* (9th Ed) pp. 221-2. The first is the one referred to by Bingham LJ (...): that the preferred method of English law is to proceed incrementally by fashioning particular solutions in response to particular problems rather than by enforcing broad overarching principles. A second reason is that English law is said to embody an ethos of individualism, whereby the parties are free to pursue their own self-interest not only in negotiating but also in performing contracts provided they do not act in breach of a term of the contract. The third main reason given is a fear that recognising a general requirement of good faith in the performance of contracts would create too much uncertainty. There is concern that the content of the obligation would be vague and subjective and that its adoption would undermine the goal of contractual certainty to which English law has always attached great weight.»

A nuestro juicio, con esta larga cita Lord Leggatt quiere destacar el alcance real de su contribución. Dado que existe en Inglaterra tal reticencia a un principio general de buena fe, el ponente parte de esa realidad y la resume por medio de tres aserciones: 1) que el método casuístico rechaza los conceptos generales (‘broad overarching principles’) en beneficio de soluciones caso por caso; 2) el individualismo, que se atribuye habitualmente a la cultura anglosajona; 3) el temor a la inseguridad jurídica derivada de esos principios generales. Los tres principios, a nuestro entender, están estrechamente implicados, porque, por ejemplo, no cabe separar el temor a la inseguridad jurídica de la desconfianza hacia los conceptos jurídicos indeterminados ni ambas actitudes se circunscriben a la evolución histórica del Derecho en Inglaterra<sup>51</sup>. El ponente afirma a renglón seguido que no se trata de que aceptando tales conceptos se torne vago e inconcreto el sentido de la obligación ni que éste quede a la interpretación subjetiva.

---

<sup>51</sup> El sistema casuístico deriva tanto de una actitud remisa a los conceptos generales como a su vez genera un sistema en el que la intervención de dichos principios se hace más complicada. Sobre el ‘case law’ y el sistema de precedente, *vid.* en general CARTWRIGHT, J. *Contract Law* 19-27; BRADGATE, R./WHITE, F., *Commercial Law*, Oxford 2007 26. Consideramos representativa de esta tendencia contraria a la buena fe por considerar que ataca el núcleo del funcionamiento del Common law la explicación de BROWNSWARD, R., *Contract Law. Themes for the Twenty First Century*, Oxford<sup>2</sup> 2006 114-120.



## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

Coherentemente, Lord Leggatt rechaza una contraposición estricta entre ‘paternalism’ en el Civil Law e ‘individualism’ en el Common Law y menciona como ejemplo la progresiva aceptación del principio de buena fe en los Estados Unidos (*Wigand v. Bachmann-Bechtel Brewing Co.*), en Canadá (*Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.*) en Australia (*Burger King Corporation v. Hungry Jack’s*) y en Nueva Zelanda (*Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd*)<sup>52</sup>. El ponente cierra sus menciones de casos similares con una referencia a Escocia.

En el pronunciamiento siguiente (§131) Lord Leggatt reflexiona sobre la posibilidad de introducir tal principio en Inglaterra y en qué medida podría realizarse<sup>53</sup>.

«Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties».

Tal como destaca McKendrick, Lord Leggatt insiste en que la aceptación del principio de la buena fe no significa de por sí la renuncia a los métodos del Common law<sup>54</sup>. Pero partiendo de este aserto, un problema de la solución de Lord Leggatt a *Yam Seng*, de la que él es claramente conocedor, es la posibilidad de utilizar la doctrina de los ‘implied terms’ con ese alcance. Sabemos que en el caso de los ‘implied terms at Common law’ sólo se puede recurrir a ellos en la esfera de ciertos tipos contractuales, dado que en el Derecho inglés rige la tipicidad antes que una teoría general del contrato. En un contrato de trabajo, por dar un ejemplo esgrimido por la sentencia, se admite como tal ‘implied term at Common law’ el deber de servir con buena fe, pero esto no es extrapolable a todos los tipos<sup>55</sup>. E incluso dentro de los contratos mercantiles es complejo, al decir de Lord Leggatt, presuponer la intervención de un ‘implied term

<sup>52</sup> §§125-129.

<sup>53</sup> Nos resulta obvia la influencia de Lord Hoffman (*Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd* (2009) UKPC 10; [2009] WLR 1988) donde se da relevancia al contexto del contrato, *vid.* MERKIN, R./SANTIER, S., *Poole’s Textbook on Contract Law*, Oxford 2019 26.

<sup>54</sup> MCKENDRICK, E., *Contract Law* 220. Es conveniente precisar que en *Yam Seng* se da justo el caso contrario: las partes redactan un breve texto de contrato que resulta indeterminado y con pocos detalles que conlleven certeza jurídica (cf. *Yam Seng* §161).

<sup>55</sup> CARTWRIGHT, J., *Contract Law* 190-191.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

at Common law’, pero el autor defiende la posibilidad de presuponerlo en tales contratos como ‘implied term in fact’, basándose en la voluntad presunta de las partes. Ya hemos visto que los ‘implied terms in fact’ están sometidos a la comprobación de al menos uno de los tests tradicionales y en la medida en al esgrimirlos se mantengan las exigencias recientemente confirmadas en *Marks & Spencer Plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd*, invocar la buena fe no parecería tan fuera de lugar en Inglaterra.

Aceptando este esquema, la efectividad de un ‘implied term in fact’ sometida a los tests acostumbrados conlleva una aplicación forzosamente restrictiva. *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd*, sentencia ya mencionada y posterior a *Yam Seng* es un buen ejemplo de ello, pues la buena fe no se estima en tal supuesto implícita, precisamente porque la regulación del contrato es lo suficientemente prolija (‘detailed contracts’) como para que se imponga la voluntad expresada por las partes y se excluya recurrir a la voluntad implícita. Lo mismo ocurrirá si las partes han pactado muy detalladamente una cláusula cuya no aplicación por la intervención de la buena fe significara que aquélla perdiera alcance (*Greenclose Ltd. v. Boots UK Ltd*. 2013 EWHC 3251)<sup>56</sup>.

La línea iniciada en *Yam Seng* la ha continuado Lord Leggatt con la siguiente sentencia que hemos de comentar en sus elementos esenciales: *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*. Hemos subrayado ya que estamos ante un contrato verbal y eso condiciona la sentencia, basada en cuestiones de hecho enteramente<sup>57</sup>. Se trata, por establecer un término de comparación, de un supuesto muy diferente a *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd*.

No es irrelevante tampoco que Lord Leggatt profundice en el marco conceptual que construyó para *Yam Seng*, basado en la idea de Lord Bingham, según la cual el Derecho inglés ofrecía, en parangón con los principios generales del Civil law, lo que él denominó con fortuna ‘piecemeal remedies’ que se debían activar caso por caso.

Los fundamentos de hecho del caso son los siguientes: John (Ioannis) Kent es un empresario greco-inglés que inicia con el Jeque (Sheikh) Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan, miembro de la familia real de Abu Dhabi una relación amistosa y comercial. Como consecuencia de dicha relación ambos deciden emprender un negocio hotelero en Grecia por medio de

<sup>56</sup> McKENDRICK, E. *Contract Law* 221.

<sup>57</sup> YALZANOV, O. *Precedent and Statute: Lawmaking in the Courts versus Lawmaking in the Parliament*, Hamburg 2018 92.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

una ‘joint-venture’ a partes iguales que posteriormente se extiende a una agencia de viajes ‘on line’. El contrato era meramente verbal, dada la confianza que se reconocían mutuamente las partes.

No obstante, por causa de la crisis inmobiliaria, especialmente dura en Grecia, en 2012 el negocio experimenta diversas dificultades financieras que agrían la relación entre el jeque y el comerciante griego. Esta decadencia de la amistad y confianza de las partes atraviesa diversas etapas: primero el jeque Tahnoon amplía su parte hasta el 70% como compensación de haber invertido fondos adicionales. Después, en abril de 2012 ambos subscriben dos contratos del siguiente tenor: 1) el primero para dividir la sociedad; 2) el segundo la firma de un pagaré (‘promissory note’) en virtud del cual Kent se compromete a pagar 5,4 millones de libras en plazos anuales entre 2013 hasta 2018. Es precisamente en 2013 cuando el jeque Tahnoon demanda a Kent por un importe de 15 millones de libras. El demandado niega estar vinculado por los contratos que firmó en 2012 debido a haberlos firmado como consecuencia de intimidación y arguye también que la otra parte incumplió sus obligaciones contractuales, entre ellas haber observado la buena fe.

Aunque la ratio decidendi final, tal como adelantamos, es la intimidación (‘duress’) Lord Leggatt se sirve del caso para desarrollar las ideas<sup>58</sup> que expuso en *Yam Seng* acerca de la buena fe. Una de ellas es la de apelar a los ‘relational contracts’, ya que, en realidad, en *Yam Seng* la postura de Lord Leggatt era algo ambigua. Por una parte, se refiere a la buena fe en esta categoría determinada de contratos, a los que caracteriza de este modo:

§142: «(scil, ‘Relational contracts’) 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».

Pero al mismo tiempo apela a la realidad social para introducir un concepto de buena fe que estaría en el núcleo (‘the essence of contracting’) de la contratación. Este núcleo (‘core’) se hallaría en casi todas las relaciones contractuales (‘almost all contractual relationships’) y eso da a la sentencia un

---

<sup>58</sup> Dado que nos hallamos en una explicación general del problema, no es éste el lugar de desarrollar estas cuestiones, pero creemos interesante mencionar que una de las críticas más relevantes que recibe Lord Leggatt por *Yam Seng* es precisamente su uso de los ‘implied terms in fact’ para argumentar en favor de la buena fe. Según CARTER, J. W. /COURTNEY, W.(«Good Faith in Contracts» 614-615) el uso del ‘implied term in fact’ en muchos casos no pasaría los tests exigibles. Lord Leggatt presupone que la buena fe está implícita en la mayoría de los contratos (§139 ‘fidelity to the parties’), pero según estos autores, la práctica comercial no siempre demuestra este aserto.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

alcance aún mayor o, por el contrario, afirman sus críticos, compromete la lógica de su razonamiento.

En *Sheikh Tahnoon* es significativo que esta observación la realice Lord Leggatt para todos los contratos, no sólo para los ‘relational contracts’:

§ 167 «It is a mistake to draw a simple dichotomy between relationships which give rise to fiduciary duties and other contractual relationships and to treat the latter as all alike. In particular, I drew attention to a category of contract in which the parties are committed to collaborating with each other, typically on a long term basis, in ways which respect the spirit and objectives of their venture but which they have not tried to specify, and which it may be impossible to specify, exhaustively in a written contract».

De este modo, aunque en el caso que nos ocupa nos hallemos ante un contrato subsumido en el tipo ‘relational contracts’, no se puede negar que algunas de esas consideraciones sobre la buena fe implícita puedan extenderse, siempre caso por caso y en atención a circunstancias concretas, a otras relaciones contractuales.

La categoría de los ‘relational contracts’, aunque divulgada y desarrollada por Ian Roderick MacNeil en el ámbito del Common law<sup>59</sup>, tiene un origen claramente enraizado en la Civil Law. Dicha teoría reposa en la idea de que existe una suerte de ‘sociedad’ entre las partes del contrato. En Francia, por ejemplo, ya en los años treinta René Demogue había hablado del ‘microcosmos’ de la relación contractual, que requería cooperación entre las partes para trabajar por un interés común<sup>60</sup>. Teniendo en cuenta estas premisas, Lord Leggatt caracteriza el contrato de ‘joint venture’ del modo siguiente:

«(scil. The parties) naturally and legitimately expected of each other greater candour and cooperation and greater regard for each other’s interests than ordinary commercial parties dealing with each other at arm’s length».

Esas expectativas suelen estar basadas en una amistad previa (como es el caso analizado entre el jeque árabe y el comerciante griego) o al menos en una trayectoria de cooperación asentada, y por ello las partes «were content to proceed informally on the basis of their mutual trust and confidence that they would each pursue the common project in good faith».

Ese deber de cooperación en dicho tipo contractual es imprescindible para que el contrato tenga efecto, con lo cual Lord Leggatt sitúa el problema

<sup>59</sup> MACAULAY, S. «Relational Contracts. Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian MacNeil and Lisa Bernstein», *Northwestern University Law Review* 94 (2000) 775-804.

<sup>60</sup> DEMOGUE, R. *Traité des obligations en générale* II.6, París 1931 3

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

en los ‘implied terms in fact’ deduciendo que se cumple el ‘business necessity test’, tal como exige *Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd.*

§174. «In the circumstances the contract made between these parties seems to me to be a classic instance of a relational contract. In my view, the implication of a duty of good faith in the contract is essential to give effect to the parties’ reasonable expectations and satisfies the business necessity test which Lord Neuberger in *Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* [2015] C UKSC 72; [2016] AC 742 at paras 16 to 31 reiterated as the relevant standard for the implication of a term into a contract. I would also reach the same conclusion by applying the test adumbrated by Lord Wilberforce in *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239 at 254 for the implication of a term in law, on the basis that the nature of the contract as a relational contract implicitly requires (in the absence of a contrary indication) treating it as involving an obligation of good faith».

En realidad, aceptando que la categoría de los ‘relational contracts’ implica la colaboración, es decir, que las partes no son simplemente partes enfrentadas. Esto es notablemente más claro en los contratos de ‘joint venture’, donde coherentemente con este punto de partida, no cabe que una parte se beneficie de la relación de manera exclusiva en detrimento de la otra (§176), como sucedió en *Sheikh Tahnoon v. Ioannis Kent*.

Si se observa detenidamente, en el último inciso Lord Leggatt llega a relativizar en tal caso (‘joint-venture’ como tal ‘relational contract’) y, salvo pacto en contra, la posible intervención de los tests tradicionales en la aplicación de los ‘implied terms in fact’. En caso de que éstos no salvaran la exigencia de la buena fe, la propia esencia del contrato la exigiría. De todos modos, precisa el ponente, es casi imposible definir la obligación de buena fe de modo general y aplicable a todos los casos (§175.), por lo que, coherentemente con sus pronunciamientos en *Yam Seng* el problema debe afrontarse de modo casuístico<sup>61</sup>.

Como vemos, *Sheikh Tahnoon* se mueve en los parámetros de *Yam Seng*, pero desarrollando dos aspectos: el sentido de los ‘relational contracts’ como base para utilizar un ‘implied term in fact’ que introduzca el juego de la buena fe y, por otra parte, la reafirmación del método casuístico como medio de adaptar la buena fe que se exige como requisito básico en los contratos de Civil law.

La cuestión de los ‘relational contracts’, que ya había tratado en *Yam Seng* implica, en sus palabras, que las partes «naturally and legitimately expect-

<sup>61</sup> Lord Leggatt parte de su propia sentencia *Yam Seng*, pero también en *Bristol Groundschool Ltd v. Intelligent Data Capture Ltd.* (2014) EWHC 2145, donde –tal él mismo como advierte (§ 168)– se reconoce un ‘relational contract’ y una obligación de buena fe.



## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ted of each other greater candour and cooperation», ya que en este tipo de contratos se relaja lo que *Waldorf v. Miles* señala como posición antagónica de las partes. Respecto al ámbito en el que presenta su solución, el método casuístico propio del Common law, resulta particularmente claro cuando Lord Leggatt admite que es imposible una definición de la buena fe con valor universal (§175) y por lo tanto sólo cabe definirla en cada caso concreto. Al centrarse en los ‘relational contracts’ no descarta, sin embargo, que el problema de la buena fe se pueda abordar, siempre siguiendo el método del Common law, en otros supuestos diferentes a esta categoría.

En este sentido, no creemos que la solución que presentan tanto *Yam Seng* como *Sheikh Tahnoon* sea contradictoria con el modelo en el que se inscribe, que es la crítica que hacen Carter y Courtney de la primera sentencia. Según dichos autores, el hecho de que el fallo se base en el contexto influye más que la presunción de que las partes habrían consentido en obrar con buena fe mutua<sup>62</sup>.

La diferencia nos parece artificiosa, porque todo ‘implied term’, en la medida en que se impone es por la intervención de ciertos valores sociales, no necesariamente –como parecen temer los autores– como una invasión de una teoría extraña, pues aquí no estamos hablando de un uso del principio de la buena fe, sino de una aceptación limitada y contextualizada de la buena fe en un caso o grupo de casos que, por razones de lógica interna (la naturaleza de los contratos que los sustenta), parecen hacerse merecedores de ese tratamiento. Otra crítica, sin embargo, se nos antoja mejor fundamentada. Carter y Courtney interpretan el uso de la buena fe en los ‘relational contracts’ como algo que en sí no es necesario pues el sistema contaba con otros instrumentos más adecuados, por ejemplo, en *Yam Seng*, la resolución forzosa del contrato o, en *Sheikh Tahnoon*, la coerción o violencia ejercida por una de las partes.

Esta objeción, aunque mejor orientada, no se impone necesariamente. Aparte de que no es fácil, como ya advertíamos, deslindar el papel de la buena fe en los motivos que finalmente basan las sentencias comentadas, dentro del Common law se están dando procesos muy parecidos donde se valora la buena fe de un modo similar a estos supuestos. Nos referimos, por ejemplo, a la situación del contrato de seguro marítimo, tradicionalmente paradigma del contrato *uberrima fide* o ‘utmost good faith’. Es cierto que existe una tendencia a rebajar el requisito de la buena fe tan radical como ha sido aplicado, pero

---

<sup>62</sup> CARTER, J. W./COURTNEY, W. «Good Faith in Contracts» 616.

## LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL DERECHO... ■

nunca cuando entre las partes ya existía una relación de confianza mutua previa, caso homólogo a los vistos en *Yam Seng* y en *Sheikh Tahnoon* <sup>63</sup>.

Sobre los presupuestos ideológicos de esta actitud renuente a la buena fe ya hemos advertido sobre el reciente artículo de David Campbell, donde provocativamente se identifica al contrato de *Walford v. Miles* como ‘relational contract’ <sup>64</sup>. Como es ampliamente conocido, y en esto ha insistido Lord Leggatt, se suele vincular la reticencia a la buena fe con el individualismo y con los presupuestos que llevaron a la eclosión de la revolución industrial y a la economía capitalista en los autores clásicos del liberalismo. No obstante, a partir de una lectura más contextualizada de Adam Smith, Campbell lleva a cabo un comentario de *Yam Seng* (no se había pronunciado aún Lord Leggatt sobre *Sheikh Tahnoon*) en el que se plantea si existe un vínculo tan directo entre la exclusión del principio de la buena fe y la persecución legítima de los propios intereses, tal como se atribuye al liberalismo, es decir, si es legítima la persecución del llamado ‘self-interest’ sin más trabas que las del orden público.

Un análisis detenido de la teoría del contrato en Adam Smith no conduce a considerar ajustado a su pensamiento ese lugar común, que es el que indirectamente parece guiar el fallo de *Walford v. Miles*. En realidad, puede admitirse que ‘good faith’ no se contraponen exactamente a ‘self-interest’ ni existe tampoco una coincidencia precisa entre la ‘good faith’ y cooperación de las partes y ‘self-interest’ y la posición enfrentada de éstas <sup>65</sup>. Como hemos advertido, tal parece ser la concepción de Lord Ackner en *Walford v. Miles*, pero esa solución se basa en un concepto de ‘self-interest’ demasiado restringido lo que, como Campbell señala, lleva a entenderlo como una búsqueda del propio beneficio desligado de todo contenido moral. El concepto originario de ‘self-interest’ en el liberalismo tal vez englobe mucho más que lo que se ha acostumbrado a entender y un concepto más amplio y matizado quizá sea más propio de la economía desarrollada <sup>66</sup>.

En los recientes estudios sobre Adam Smith se demuestra que en el ánimo del autor no estaba precisamente la idea de desvincular la persecución del propio interés de todo contenido ético <sup>67</sup>. De estos planteamientos Campbell deduce inconsecuencias o, en otras palabras, proposiciones que concuerdan

<sup>63</sup> SCHOENBAUM, T. J. «The Duty of Utmost Good Faith in Marine Insurance Law», *Journal of Maritime Law and Commerce* (1998) 29 1-39, esp. 1-2.

<sup>64</sup> CAMPBELL, D. «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement. *Walford v. Miles* as a Relational Contract», *The Edinburgh Law Review* 21 (2017) 376-404.

<sup>65</sup> CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 378.

<sup>66</sup> CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 376-377.

<sup>67</sup> CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 381-382.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mal con los presupuestos de Lord Ackner en *Walford v. Miles*. El contrato no está basado sólo en ‘solipsistic self-interest’, sino en un ‘self interest’ matizado por otras obligaciones<sup>68</sup>.

En este marco conceptual, David Campbell desarrolla su explicación de *Wadford v. Miles* como ‘relational contract’ en relación con *Yam Seng* y para ello recurre a un trabajo anterior suyo sobre esta teoría y su creador en el ámbito del Common law, el ya mencionado Ian MacNeil<sup>69</sup>.

Campbell, por resumir, critica el término ‘adversarial’ porque simplifica la teoría del contrato, reinterpretada a la luz de un ‘self interest’ al que no son ajenas las cuestiones éticas, y en ese sentido, tampoco la buena fe como concepto, si bien no como principio general. En ese sentido todo contrato puede interpretarse como un ‘relational contract’.

Esta visión de la categoría de los ‘relational contracts’ ha sido vindicada recientemente por Günther Teubner como uno de los puntales del progreso económico del capitalismo desarrollado en la medida en que las grandes empresas tienden a ser más cooperativas y se fomenta la creación de redes cada vez mayores de colaboración duradera<sup>70</sup>. La posibilidad de extender esta categoría a otros contratos o, si se quiere, que esta concepción impregne todo el sistema contractual inglés es una cuestión a la que deberá responder caso por caso la jurisprudencia futura.

---

<sup>68</sup> CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 406.

<sup>69</sup> CAMPBELL, D., «Ian Macneil and the Relational Theory of Contract», D. Campbell (Ed.), *The Relational Theory of Contracts. Selected Works of Ian Macneil*, Londres 2001 3-58.

<sup>70</sup> TEUBNER, G. «Legal Irritants: Good Faith in British Law, en F. Snyder, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford-Portland (Or.) 200 243-268, esp. 260-261.