

I. ARTÍCULOS

UNA INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS*

AN INTRODUCTION TO THE ENGLISH LAW OF CONTRACTS

JOHN CARTWRIGHT

University of Oxford, University of Leiden

Crónica Jurídica Hispalense 13 • Págs. 15 a 36

SUMARIO

1. ALGUNAS OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS ACERCA DEL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS. 1.1. *Las reglas y directrices en materia de contratos se encuentran generalmente en el denominado «common law» y no en un texto normativo.* 1.2. *Los casos clave (key cases) se remontan a la mitad del siglo XIX.* 1.3. *Un derecho de contratos general, más que la existencia de «contratos especiales».* 2. ALGUNAS FIGURAS GENERALES DEL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS. 2.1. 2.1.1. *La redacción del contrato tiene a ser mucho más detallada que en el Derecho continental.* 2.1.2. *Los contratos son siempre onerosos: la doctrina de la «consideration».* 2.1.3. *El test objetivo para la formación e interpretación del contrato.* 2.1.4. *Derechos de las terceras partes.* 2.1.5. *Inexistencia de una doctrina general de buena fe, ni en la negociación del contrato ni durante su vigencia.* 2.1.6. *Control acerca del contenido sustantivo (justicia) de los contratos.* 2.1.7. *El cambio de circunstancias durante la vigencia del contrato.* 2.1.8. *Los remedios frente al incumplimiento contractual.* 3. CONCLUSIÓN: UN RESUMEN DE LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO INGLÉS.

Resumen: El presente estudio tendrá por objeto dar una perspectiva general del Dere

Abstract: This study aims to give an overview of the English Law of Contracts.

* Traducción y notas aclaratorias realizada por JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

cho de contratos en el Ordenamiento Jurídico inglés. Se hará especial énfasis en los principios generales del Derecho de contratos inglés, particularmente en lo que respecta a aquellos aspectos en los que existan mayores diferencias (teóricas y/o prácticas) entre el Derecho inglés y los sistemas jurídicos de Derecho continental tales como el español¹.

Palabras clave: Derecho de contratos inglés, Derecho comparado.

Special emphasis is placed on the general principles which inspire the English Law of Contracts, particularly with respect to those aspects which differentiate the latter (in theory and/or in practice) from the Civil Law legal systems (such as the Spanish legal system).

Keywords: English law of contracts, comparative law.

1. ALGUNAS OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS ACERCA DEL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS

1.1. LAS REGLAS Y DIRECTRICES EN MATERIA DE CONTRATOS SE ENCUENTRAN GENERALMENTE EN EL DENOMINADO «COMMON LAW» Y NO EN UN TEXTO NORMATIVO

El punto de partida básico y más obvio en esta materia debe comenzar por la afirmación de que en Inglaterra no existe un código civil, de forma que las reglas fundamentales en materia de Derecho de contratos no se hallan en ningún texto normativo, sino en el denominado *Common Law* (esto es, el Derecho de cuño jurisprudencial encontrado en los casos resueltos por Jueces y Tribunales). El *Common Law* también conocido como *Case Law*, es fuente del Derecho en Inglaterra², que se sitúa no obstante en un orden jerárquico inferior a la Ley escrita (en el sentido de que la legislación puede desplazar el *Common Law*, si bien el *Common Law* no puede contraponerse a la legislación escrita). Existen numerosos textos normativos que tienen por objeto materias muy diversas, y determinados sectores del Ordenamiento inglés están regulados primordialmente por lo que se conoce en Inglaterra como «Statutes», esto es, por Leyes escritas³. Si bien, no existe una legislación general ni una serie ordenada y sistematizada de principios generales relativos al Derecho de contratos: ninguna Ley define lo que se entiende por contrato, ni cómo se perfecciona, ni cuáles son los remedios generales que se derivan del incumplimiento contractual. Las normas escritas que se ocupan del

1. Para una aproximación más detallada de los distintos temas que se van a abordar en el presente estudio puede verse J CARTWRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* (3.ª edición, Hart Publishing, 2016). Para información general acerca de las diferencias entre el Civil y Common Law una obra de referencia y gran interés es K ZWEIGERT and H KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (3.ª edición, traducido por Tony WEIR, Oxford: Clarendon Press, 1998). Un tratamiento más detallado sobre el Derecho de contratos inglés puede verse en J BEATSON, A BURROWS y J CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract* (30.ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2016); H BEALE (ed), *Chitty on Contracts* (32.ª edición, London: Sweet & Maxwell, 2015).

2. *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349 at 377 (LORD GOFF: «It is universally recognised that judicial development of the common law is inevitable. If it had never taken place, the common law would be the same now as it was in the reign of King Henry II» [1154-1189]).

3. Así sucede por ejemplo con el Derecho societario, el Derecho tributario, los mercados financieros o el Derecho penal.

Derecho de contratos dan por presupuesta la teoría general del contrato tal y como ha sido desarrollada por el *Common Law*, de modo que no se ocupan de definir ni restablecer los principios generales en materia de contratos⁴. En efecto, los Tribunales continúan desarrollando y redefiniendo la teoría general (*Common Law*) del contrato y al hacerlo, al igual que sucede en cualquier caso en que no existe ningún texto normativo relevante que resulte de aplicación, los Tribunales toman en consideración las particulares soluciones adoptadas en la resolución de previos casos concretos de cara a dar una respuesta a la controversia a la que se enfrenten.

1.2. LOS CASOS CLAVE (KEY CASES) SE REMONTAN A LA MITAD DEL SIGLO XIX

Fue durante la segunda mitad del Siglo XIX cuando los Tribunales ingleses desarrollaron la mayor parte de los principios generales en materia de Derecho contratos que rigen en la actualidad⁵. Este dato resulta muy significativo, ya que los Jueces ingleses produjeron un Derecho de contratos de un claro carácter comercial, donde se concibe al contrato como un negocio jurídico diseñado para facilitar el tráfico entre sujetos/partes que pueden generalmente hacer valer por sí mismos sus propios intereses. El Derecho de contratos, como puede imaginarse, ha continuado desarrollándose, existiendo importantes cambios introducidos tanto por Leyes escritas cuanto por el *Case Law* con los que se ha puesto énfasis en otros intereses merecedores de tutela (señaladamente a lo largo del Siglo XX con la novedosa legislación en materia de protección de consumidores). La reforma reciente más significativa en materia de consumidores viene constituida por el *Consumer Rights Act 2015*, una nueva norma diseñada para reformar algunos aspectos del Derecho de protección de consumidores, con el objeto de refundir en un solo texto legislativo las normas relativas a los contratos de consumo. Aunque este hito legislativo no llega a constituir una suerte de código donde se encuentren contenidas todas y cada una de las reglas relativas a los contratos de consumo, será no obstante de gran ayuda en la medida en que facilitará un conjunto detallado de reglas con las que podrán adaptarse aquellas generales en materia de contratos a las exigencias específicas de protección de los consumidores. En el presente estudio nos centraremos en cualquier caso en el Derecho de contratos común entendido en sentido general, si bien debe tenerse siempre presente que muchas de estas reglas generales son objeto de variaciones por parte de disposiciones normativas especiales.

1.3. UN DERECHO DE CONTRATOS GENERAL, MÁS QUE LA EXISTENCIA DE «CONTRATOS ESPECIALES»

Los Ordenamientos de Derecho continental suelen reglamentar su Derecho de contratos distinguiendo de un lado, una serie de principios generales o reglas aplicables a todos los contratos, y de otro, recogiendo un conjunto de principios y reglas

4. Como ejemplo de ello puede verse la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, s 1(1)* («Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract... »); el *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, s 1(1)* («... a person who is not a party to a contract (a "third party") may in his own right enforce a term of the contract if... »). Estas normas no definen ni lo que es un contrato, ni una parte contractual, etc.

5. D IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 2001), ch 12.

especiales aplicables a particulares modalidades contractuales. Esto puede apreciarse en el Código Civil español, en cuyo Libro IV existen Títulos que tienen por objeto la regulación de contratos específicos (compraventa, permuta, arrendamiento, contrato de sociedad, etc.), de forma separada respecto de la Parte General del Derecho de contratos. Esta categorización de contratos por tipos resulta muy significativa desde la perspectiva de la forma en que el jurista de Derecho continental (el *Civil Lawyer*) se aproxima a la negociación de un contrato, o al análisis que haga de un contrato ya perfeccionado. Esta ordenación de las diferentes modalidades contractuales guarda mayor importancia para los juristas de Derecho continental, tales como los españoles, que para aquellos de *Common Law*, tales como los ingleses. Ciertamente los resultados finales a los que se llegue serán muy parecidos en ambos casos, si bien la manera de razonar será sustancialmente distinta.

1.3.1. En Derecho inglés, todos los contratos (excepto en el caso en que exista una regulación expresa, lo cual es bastante infrecuente salvo en el caso de los contratos de consumo respecto de los cuales ha existido una importante intervención legislativa⁶) se rigen por los mismos principios generales: existe una regla general para la formación o perfección de todos los contratos⁷; y una regla general para el contenido de los contratos, así como para los remedios derivados del incumplimiento contractual.

1.3.2. Para conocer los términos de un contrato, el jurista de *Common Law* pregunta a las partes lo que hayan acordado. No identifica al contrato por tipo, buscando después en el código civil (u otros textos normativos) las características de la concreta modalidad contractual a la que se enfrente. No obstante, las partes no siempre incluyen con carácter expreso en el contrato todos los detalles necesarios, de manera que el *Common Law* suple dichas carencias (los términos o condiciones/cláusulas expresas y acordadas del contrato) con los referidos *implied terms* (los términos o condiciones/cláusulas implícitas del contrato). Estas condiciones o cláusulas implícitas del contrato pueden resultar aparentemente similares a las reglas legales propias del Derecho continental relativas a una concreta modalidad especial de contrato, en la medida en que los Tribunales han establecido que determinadas cláusulas o términos contractuales deben resultar integradas con carácter general y de modo implícito en determinados tipos de contrato; y algunas de estas cláusulas típicas o estándar han llegado a ser acogidas por el legislador inglés y establecidas como normas escritas. Por ejemplo:

- En un contrato de compraventa de bienes muebles, el vendedor promete con carácter implícito que los bienes son de una calidad satisfactoria: así se dispone en la Sección 14 del *Sale of Goods Act* de 1979⁸.

6. Recientemente, el *Consumer Rights Act 2015* (mencionado en el texto), aunque hay una larga historia de Leyes y reglamentos que han tenido por objeto la protección de los consumidores, las cuales se remontan a los años setenta.

7. Las únicas excepciones destacables son la exigencia de forma escrita en relación con los contratos para la transmisión de derechos reales inmobiliarios: *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*, s:2; así como para la ejecución de contratos de garantía: *Statute of Frauds 1677*, s 4.

8. *Sale of Goods Act 1979*, s 14, que desde octubre de 2015 se aplica sólo a las compraventas entre los que no son consumidores: *vid.* en el texto apartado 1.3.3.

- En un contrato para el suministro de servicios, el suministrador promete implícitamente que llevará a cabo el servicio en cuestión con un cuidado y diligencia razonables: así se establece en la Sección 13, del *Supply of Goods and Services Act* de 1982⁹.

En cualquier caso, de acuerdo con el *Common Law*, incluso en el caso de términos o cláusulas implícitas integradas en los contratos por mandamiento legal, se entiende que se actúa completando la intención perseguida por las partes¹⁰, y las partes tienen plena libertad para variar los términos implícitos mediante términos expresos, o por el curso de las negociaciones o el uso (dentro de ciertos límites establecidos generalmente para la exigibilidad de las cláusulas de exención)¹¹.

1.3.3. Debe destacarse que el nuevo *Consumer Rights Act 2015* hace que el Derecho inglés se acerque a las técnicas del Derecho continental en el caso de ciertos tipos de contratos generales: contratos entre un empresario y consumidor que tengan por objeto proporcionar bienes, contenidos digitales y servicios. Aunque se trata en gran medida de una reformulación de la Ley existente en materia de contratos de consumo, reúne muchas de las reglas de esos contratos de consumo, y deroga tales reglas de textos normativos que hasta ahora venían siendo aplicados a todos los contratos, por ejemplo, de venta de bienes o suministro de servicios. El efecto que ello trae consigo es el de crear una nueva categoría general de contratos de consumo de bienes, contenidos digitales y servicios, en las que determinados términos o cláusulas se establecen normativamente y no pueden ser excluidas¹²; y para cuyo incumplimiento se prevé un régimen especial de remedios contractuales¹³. En cualquier caso, incluso en los referidos contratos el régimen normativo no llega a ser del todo completo, de modo que se complementa con el *Common Law* general, por ejemplo, en materia de remedios frente al incumplimiento de los contratos de consumo¹⁴.

1.3.4. ¿Esta diferente aproximación al análisis del contrato guarda alguna relevancia?

- En el caso de los contratos mercantiles, que se negocian con enorme detalle (con clausulado muy exhaustivo), estas diferencias expresadas a nivel teórico no deben sacarse de contexto. En efecto, en tales casos la aproximación que se haga al contrato tanto desde la perspectiva del Derecho continental cuanto des-

9. *Supply of Goods and Services Act* 1982, s 13, que desde octubre de 2015 sólo se aplica a los contratos de servicio entre partes que no sean consumidores: *vid.* en el texto, apartado 1.3.3.

10. *Hardwick Game Farm v Suffolk Agricultural Poultry Producers Association* [1966] 1 WLR 287 at 339.

11. *Sale of Goods Act* 1979, s 55 y *Supply of Goods and Services Act* 1982, s 16, ambas expresamente sujetas al control de cláusulas de exención establecidas en el *Unfair Contract Terms Act* 1977.

12. *Vid.* por ejemplo, *Consumer Rights Act* 2015 s 9 («Every contract to supply goods is to be treated as including a term that the quality of the goods is satisfactory»: el empleo del término «implied terms» ya no se emplea); s 31 (exclusión o restricción no afectante al consumidor).

13. *Vid.* por ejemplo, *Consumer Rights Act* 2015 ss 19-24 (remedios para hacer exigible los términos contractuales en materia de bienes), incluyendo los remedios establecidos por la Directiva 1999/44/EC.

14. *Consumer Rights Act* 2015, s 19(9)-(12), s 42(6)-(8) (remedios generales del *Common Law* en materia de contratos sobre bienes y contenidos digitales, excepto para la terminación del contrato o su incumplimiento), s 54(6)-(7) (remedios generales del *Common Law* para contratos en materia de servicios).

de aquella del *Common Law* será muy similar. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa el vendedor garantiza la calidad de los bienes que vende: en Derecho inglés ello es así por la existencia de una condición implícita dispuesta por la Sección 14^a del *Sale of Goods Act* de 1979, o, en el caso de contratos de compraventa entre un empresario y un consumidor, en virtud de un término del contrato que se entiende incluido por el *Consumer Rights Act* 2015¹⁵; mientras que en Derecho español ello se deriva del hecho de que el Código Civil, en el Título correspondiente al contrato de compraventa, establece las obligaciones a cargo del vendedor de garantía de saneamiento por vicios ocultos y por cargas ocultas de los bienes objeto de venta. Aunque hay muchas más disposiciones contenidas en los códigos del Derecho continental para completar los detalles de diferentes tipos de contrato. El Juez de *Common Law* concibe las cláusulas implícitas de origen legal como ejemplos de integración de las intenciones no expresadas por las partes, lo cual puede llevarse a cabo por los propios Jueces de no existir previsión legal al respecto. Los Jueces en Derecho continental también pueden tratar de integrar o completar la intención perseguida por las partes ante la ausencia de disposiciones legales sobre el particular (o, por ejemplo, cuando se trate de un contrato atípico), aunque se trata de una situación menos frecuente que en el *Common Law*. El Juez de Derecho continental se hace las preguntas en orden diverso: primero, se pregunta por el tipo de contrato ante el que se encuentra, y en base a ello determina las obligaciones nacidas de dicha modalidad contractual. En Derecho inglés, por el contrario, las partes tienden de eludir el quedar sujetos a cláusulas o términos implícitos en la medida en que se pueda, tratando pues de anticiparse a los posibles problemas que puedan surgir de la relación contractual mediante el establecimiento de un clausulado muy detallado. De este modo, el Juez inglés sólo irá más allá de lo acordado expresamente (de los *express terms*) si tales condiciones expresas no resultan claras o si es necesario rellenar un determinado vacío¹⁶.

- En la medida en que existan obligaciones que los respectivos Ordenamientos permitan que sean objeto de variaciones por las partes del contrato, los resultados a los que se llegará tanto en los sistemas de Derecho continental cuanto en aquellos de *Common Law* serán similares; al menos en los casos de contratos mercantiles negociados y muy detallados, ya que en éstos resulta muy claro aquellas obligaciones que han querido ser asumidas por las partes y aquellas otras que no. Cada Ordenamiento tendrá sus propias reglas acerca del margen con que las partes cuenten de cara a la posibilidad de excluir o modificar las obligaciones nacidas de un determinado contrato: la mayor parte de los Ordenamientos, incluido el inglés, cuentan con las mismas limitaciones en lo que respecta a la capacidad de las partes para excluir o modificar los derechos de los consumidores¹⁷, y también cuentan generalmente

15. En el texto, apartados 1.3.2, 1.3.3.

16. *Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* [2015] UKSC 72, [2015] 3 WLR 1843.

17. En Inglaterra, *vid. Consumer Rights Act* 2015, Parte 2 (volviendo a transponer la Directiva 93/13/EEC), y también controles específicos respecto de las cláusulas que excluyan disposiciones normativas en materia de contratos de consumo sobre bienes, contenidos digitales y servicios; *cf.* nota n. 13.

con algún tipo de control (si bien de modo más limitado) sobre los contratos comerciales¹⁸. Si bien, la particularidad de los sistemas jurídicos de Derecho continental es la previsión de determinadas características o condiciones inderogables asociadas a concretas modalidades contractuales (incluso en el caso de los contratos mercantiles), lo cual resulta sorprendente desde la óptica del jurista de *Common Law*. Es en estos casos en los que la categorización o tipificación de los contratos asume relevancia desde la perspectiva de las diferencias existentes entre el Derecho continental y el *Common Law*.

- La diferente aproximación que el Derecho continental y el *Common Law* llevan a cabo de la estandarización de los tipos de contratos, así como la existencia de una regulación detallada de las diferentes modalidades contractuales es lo que explica que incluso los contratos mercantiles se lleven a cabo de una forma muy diversa en ambos sistemas. Si los juristas de tradición continental son conocedores de que el contrato que negocien es un contrato típico y ampliamente regulado, trayendo consigo, pues, automáticamente un conjunto de obligaciones predeterminadas legalmente, no tendrán necesidad de hacer expresa alusión a las mismas en el clausulado del contrato. Por el contrario, el jurista inglés no ve con buenos ojos el hecho de dejar la concreción de las condiciones de un contrato a la actuación del Juez mediante su integración con las referidas cláusulas implícitas (*implied terms*); y ello, con independencia de que existan condiciones implícitas estandarizadas para determinadas modalidades contractuales. El instinto del jurista de *Common Law* le lleva a hacer expresa y con gran lujo de detalles la intención perseguida por las partes: con ello se anticipan y proporcionan soluciones para los eventuales conflictos que puedan darse en el futuro¹⁹.

2. ALGUNAS FIGURAS GENERALES DEL DERECHO DE CONTRATOS INGLÉS

En los siguientes apartados se subrayarán los aspectos del Derecho de contratos cuyo entendimiento desde la óptica del jurista inglés difiere de aquél del jurista de Derecho continental. La noción básica de contrato puede parecer similar en la mayor parte de los sistemas jurídicos (obligaciones creadas por acuerdo entre las partes), pero pueden existir diferencias significativas que hagan que la noción de contrato, las obligaciones nacidas del mismo, así como el papel de los Tribunales en relación con el contrato, sean muy diferentes.

2.1.1. La redacción del contrato tiene a ser mucho más detallada que en el Derecho continental

Se trata de un aspecto que ha sido ya mencionado previamente. Las partes del contrato (o, ¡más bien, sus abogados!) prefieren que la redacción del contrato sea

18. En Inglaterra, *vid. Unfair Contract Terms Act 1977* (que solía contener los controles sobre los contratos de consumo al igual que los contratos que fueran de consumo, si bien desde octubre de 2015 las reglas en materia de contratos de consumo pasan a quedar reguladas por el *Consumer Rights Act 2015*).

19. Un caso paralelo con el estilo enormemente detallado de redacción legislativa en Inglaterra, que se ha dicho que ha sido diseñado para hacer la norma «a prueba judicial» (*judge-proof*) en: *Tuck v National Freight Corporation* [1979] 1 WLR 37 at 55 (Lord Scarman).

muy detallada y explícita, para asegurar así la efectividad de la intención que persiguen, en la medida en que no existen condiciones predeterminadas legalmente y asociadas a respectivas modalidades contractuales que sirvan para completar el detalle del contrato. Este estilo detallado y más largo de redacción de los contratos trae causa igualmente de otras reglas y características propias del Derecho de contratos en *Common Law* a las que se hará referencia seguidamente (particularmente en lo que hace a la inexistencia de una obligación general de cooperación o buena fe en las negociaciones, de forma que cada parte actúa en el marco de las negociaciones en exclusiva atención y protección de sus propios intereses).

2.1.2. Los contratos son siempre onerosos: la doctrina de la «consideration».

La doctrina de la *consideration* constituye una figura clave de la noción que el jurista de *Common Law* tiene de contrato. La *consideration*, en esencia, requiere que el contrato sea necesariamente oneroso, que implique un intercambio de prestaciones: un negocio jurídico bilateral y oneroso en el que cada parte lleva a cabo una prestación o promete algo a cambio de la promesa o prestación de la parte contraria. Una parte puede exigir la promesa asumida por la otra porque ha sufrido un «detrimento» a cambio la misma, y/o la contraparte ha obtenido un respectivo beneficio²⁰. La consecuencia que se deriva de ello es que en *Common Law* (a diferencia de cuanto sucede en los sistemas de Derecho continental) la donación (o la promesa de donación) y restantes negocios gratuitos no tienen cabida bajo la noción de «contrato»; no son considerados como «contratos».

Las consecuencias prácticas que se derivan de esta cuestión no son tan importantes como a primera vista pudieran parecer. En efecto, en Derecho inglés es perfectamente posible otorgar fuerza contractual a lo que sustancialmente es un negocio gratuito, mediante el empleo de un *deed* (ahora veremos en qué consiste), o proporcionando una mínima medida de *consideration* (por ejemplo «en *consideration* de una libra»: el contrato debe ser oneroso, pero sólo formalmente; esto es, el intercambio de prestaciones no tiene que ser ni «justo» ni «equitativo»)²¹. Un *deed* es un documento escrito, que reúne una forma particular, que en el caso de los particulares debe ser firmada por la persona o personas que asuman las obligaciones, debiendo sus firmas ser atestiguadas; y en el caso de las personas jurídicas (señaladamente las sociedades), el *deed* debe, o sellarse con su sello corporativo, o firmarse por los representantes legales de la misma cuya firma esté a su vez atestiguada²², o firmada por dos personas autorizadas al efecto (el director y secretario de la entidad, o dos directores de la misma)²³. En el ámbito mercantil y comercial resulta muy frecuente que los abogados ingleses empleen *deeds* para evitar así toda duda acerca de la coercibilidad de las obligaciones asumidas, si bien la mayor parte de

20. *Currie v Misa* (1875) 10 Exch 153 at 162.

21. *Thomas v Thomas* (1842) 2 QB 851. No tiene que ser necesariamente dinero: *Chappell & Co Ltd v Nestlé Co Ltd* [1960] AC 87 (chocolate packet wrappers).

22. *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989, s 1.

23. *Companies Act* 2006, s 44.

contratos mercantiles suelen en cualquier caso ser de naturaleza onerosa y bilateral (de ahí que sea muy infrecuente que un contrato mercantil carezca de validez por falta de *consideration*).

No obstante, la exigencia de *consideration* puede constituir una trampa para el jurista de Derecho continental en lo que respecta a la fase precontractual de las negociaciones. Una promesa de mantener vigente una concreta oferta de un determinado período de tiempo (una opción), o el derecho de adquirir con preferencia el objeto vendido –derecho de adquisición preferente– (conocido como *right of pre-emption*) sólo tendrán fuerza obligatoria en Derecho inglés cuando queden amparados por la *consideration* (por ejemplo, pagando un determinado precio para garantizar el derecho de adquisición preferente en cuestión), o cuando se contengan en un válido *deed*. La ausencia de un principio general de buena fe en las negociaciones contractuales²⁴, junto con la exigencia de *consideration* (o un *deed*) hace que muchos acuerdos pre-contractuales carezcan de fuerza obligatoria, cuando sí gozarían de ella bajo la óptica del jurista de Derecho continental.

2.1.3. El test objetivo para la formación e interpretación del contrato

En Derecho inglés los Tribunales aplican generalmente una suerte de test objetivo para determinar si existe un verdadero acuerdo: una parte queda obligada no porque subjetivamente tenga intención de obligarse, sino porque ha actuado de forma tal que una persona razonable objetivamente entendería desde la posición de la contraparte que aquella ha asumido claramente la obligación²⁵. Consecuentemente partiendo de esta perspectiva el «error» (inevitablemente una noción de corte subjetivo) muy rara vez sirve como motivo de anulación del contrato en Derecho inglés²⁶. El Derecho inglés se centra mucho más en los términos del contrato (*warranties*) y en la responsabilidad derivada de una falsa declaración llevada a cabo en la negociación del contrato (*misrepresentations*).

La interpretación de un contrato escrito también comienza por un análisis del sentido objetivo que tengan las palabras empleadas en el contrato y tradicionalmente no se iba más allá de dicho sentido objetivo: existía una clara reticencia a otorgar relevancia a todo aquello que estuviera fuera del documento escrito de cara a su interpretación; si bien sí se admite ir más allá de las palabras en supuestos de ambigüedad, o cuando una palabra sea empleada en sentido técnico, o cuando el sentido ordinario o literal de lugar a un resultado absurdo. No obstante, existen una serie de casos en los últimos veinte años en los que el *House of Lords* (ahora conocido como *Supreme Court* desde 2009 en que asumió la antigua jurisdicción del *House of Lords*) ha ido incluso más allá admitiendo una suerte de «interpretación contextual»²⁷ de los

24. Será analizado en el apartado 2.1.5.

25. *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597 at 607, 609; *Paal Wilson & Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854 at 915, 924.

26. *Vid.*, por ejemplo, *Tamplin v James* (1880) 15 Ch D 215 at 221; *Bell v Lever Bros Ltd* [1932] AC 161 at 224.

27. Lo que nosotros conoceríamos técnicamente como «criterio sistemático» de interpretación de las normas ex art. 3. 1 del Código Civil español. Nota del traductor.

contratos y otros documentos²⁸. Sigue tratándose de un test objetivo, si bien toma en consideración el contexto comercial y la finalidad perseguida por el contrato celebrado de cara a otorgarle significado; si bien el *House of Lords* ha dejado también claro que las negociaciones precontractuales no pueden ser usadas como prueba de la intención perseguida por las partes que hayan reflejado el acuerdo en un solo documento²⁹. En tales casos el documento (interpretado de forma objetiva) no es una simple prueba del acuerdo, sino que es el contrato mismo.

2.1.4. Derechos de las terceras partes

Hasta 1999, el Derecho inglés seguía estrictamente la denominada doctrina del *privity of contract*, de acuerdo con la cual una tercera parte ajena al contrato no podía instar la ejecución del mismo, incluso en aquellos casos en los que las partes hubieran celebrado el contrato expresamente en su beneficio. Era precisamente la doctrina de la *consideration* la que dificultaba a los Tribunales afirmar la existencia de derechos de terceros (la tercera parte no tenía derecho a instar la ejecución de un contrato en la medida en que no había proporcionado *consideration*)³⁰, de modo que tuvo que ser el legislador quien interviniera a estos efectos. Con la entrada en vigor del *Contracts (Rights of Third Parties) Act de 1999* ya sí es posible que las partes del contrato garanticen derechos a favor de terceras personas con los que puedan instar la ejecución del contrato.

2.1.5. Inexistencia de una doctrina general de buena fe, ni en la negociación del contrato ni durante su vigencia

Una de los aspectos más característicos del Derecho de contratos inglés, que claramente lo separa de los sistemas de Derecho continental, es la ausencia de la obligación general de observancia de la buena fe. En este punto las diferencias son incluso apreciables respecto de otros sistemas propios del *Common Law*, tales como el Derecho estadounidense o el Derecho australiano en los que sí se acepta un deber general de actuación de buena fe, al menos en la fase de ejecución del contrato.

Esta ausencia de un deber de actuación conforme a la buena fe guarda especial relevancia en la fase de negociación del contrato³¹. El Derecho inglés confiere remedios para los casos de *misrepresentation* entre las partes que negocian el contrato³² (recordamos, falsas declaraciones llevadas a cabo en la negociación del contrato), y

28. Vid. especialmente, *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 at 912-913.

29. *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38, [2009] 1 AC 1101.

30. *Tweddle v Atkinson* (1861) 1 B & S 393.

31. J. CARTWRIGHT y M. HESSELINK, *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

32. Sobre la rescisión (sic anulación) del contrato: *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch D 1; daños y perjuicios en el *tort* por fraude: *Derry v Peek* (1889) 14 App Cas 337, o por negligencia: *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] QB 80, o mediante norma escrita: Misrepresentation Act 1967 s 2(1) (para contratos entre no-consumidores) y Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Parte 4A (para contratos de consumo).

en determinados casos concede remedios restitutorios para evitar que una parte obtenga un beneficio de las negociaciones contractuales llevadas a cabo y sin embargo concluidas sin celebración definitiva del contrato³³. Aunque ello no implica un deber general de revelación por las partes de toda la información que pueda ser atinente al contrato³⁴, ni supone limitar la libertad que tienen las partes de romper las negociaciones contractuales en cualquier momento, incluso llegado a un estado muy avanzado de las mismas y con independencia de que dicha ruptura haga decaer las legítimas expectativas de la otra parte llegando incluso a causarle una pérdida o daño. Una manifestación extrema de cuanto se ha afirmado en el ámbito jurisprudencial inglés (puede pensarse incluso que es excesiva) puede verse en lo afirmado por Lord Ackner en el caso *Walford v Miles*³⁵:

«La noción del deber de llevar a cabo las negociaciones de acuerdo con la buena fe resulta inherentemente repugnante a las posiciones encontradas que caracterizan las partes implicadas en una negociación contractual. Cada parte de la negociación puede hacer valer sus propios intereses siempre que no lleguen a incurrir en misrepresentation. En atención a la protección de sus propios intereses cada parte está legitimada para amenazar con romper las negociaciones, o incluso puede llegar a romperlas con la esperanza de que éstas se reabran bajo mejores condiciones. Mr Naughton (defensor de una de las partes) debe aceptar, por supuesto, que el acuerdo celebrado no conlleva el deber de completar las negociaciones. Si bien queda abierta una cuestión vital: ¿cómo puede un vendedor saber que está legitimado para romper la posibilidad de continuar negociando? ¿Cómo puede un Tribunal enjuiciar un tal acuerdo? El deber de negociar de buena fe es tan inoperativo en la práctica como inherentemente inconsistente en atención a la posición asumida para cada parte contratante. Es aquí donde la incerteza reside»³⁶.

Recientemente pueden observarse algunos casos en sede del *Court of Appeal* (una suerte de Tribunal de Apelación en Inglaterra), donde se admite con ciertas reservas cláusulas expresas en contratos mercantiles en las que se establece una obligación de renegociar de acuerdo con las exigencias de la buena fe en todos aquellos casos de circunstancias sobrevenidas acaecidas durante la vigencia del contrato: *Walford v Miles*³⁷. No obstante, hasta que esta cuestión no llegue al *Supreme Court* resulta más

33. *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* [1957] 1 WLR 932.

34. *Smith v Hughes*, en nota n. 25, at 603-604, 607.

35. [1992] 2 AC 128 at 138.

36. Cita literal traducida por el traductor del presente estudio. El texto original es el que sigue: «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. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [counsel for one of the parties in the case], of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an "agreement"? 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».

37. *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd's Rep 121.

seguro evitar todo término contractual en el que se haga referencia a la necesidad de negociar conforme a la buena fe para asegurar que no surja dificultad alguna, incluso frente a un Juez de Derecho mercantil.

La reticencia a imponer deberes generales de buena fe durante las negociaciones contractuales tiene importantes repercusiones en la forma de los contratos redactados por juristas de *Common Law*. Dado que en Derecho inglés se parte de la apreciación muy acentuada (mucho más que en Derecho continental) de que las pérdidas potenciales que se deriven para cada una de las partes en sede de negociación del contrato forman parte del riesgo asumido por cada una de ellas, no pudiendo pues esperar que la otra parte resulte responsable ante la eventualidad de que el contrato no llegue a celebrarse; los abogados suelen llevar a cabo sus propias investigaciones detalladas (por motivos de actuación diligente). Es por ello por lo que los abogados ingleses tratan de que la contraparte detalle con carácter expreso todos los extremos posibles, tanto con anterioridad al contrato como en el propio contrato: esto es, en la medida en que la única responsabilidad admitida en sede de contratos en el Derecho inglés es por la existencia de *misrepresentation* o por incumplimiento del contrato, los abogados ingleses consideran que los contratos deben detallarse enormemente (con inclusión de todos los términos y declaraciones posibles). Los juristas de Derecho continental, por el contrario, confían mayormente en la buena fe en la formación del contrato sin necesidad de acudir a cláusulas tan sumamente detalladas.

Para el jurista de Derecho continental el deber de actuación conforme a las exigencias de la buena fe no es algo que acabe con la perfección del contrato: los sistemas de Derecho continental reconocen con carácter general que la relación jurídica nacida del contrato también debe regirse por un deber de observancia de la buena fe. Algunos Ordenamientos del *Common Law* han aceptado un deber implícito de buena fe en la ejecución y cumplimiento del contrato³⁸. En Derecho inglés, por el contrario, no existe tampoco un deber de actuación de buena fe durante la fase de ejecución del contrato³⁹. Esto quiere decir, por ejemplo, que las partes no pueden ser compelidas a renegociar los términos del contrato en el caso de modificación significativa y sobrevenida de las circunstancias en que éste se hubiera celebrado, en la medida en que el Derecho inglés no reconoce un deber de negociar conforme a las exigencias de la buena fe, tampoco puede aceptar el deber de renegociar en base a la buena fe (ni siquiera cuando exista una cláusula expresa en el contrato en que dicho deber de renegociación haya sido incorporado al contrato⁴⁰). Como consecuencia de todo ello en Derecho inglés el incumplimiento deliberado del contrato no da lugar a mayores ni más duros remedios para aquél que ve lesionado su derecho de crédito⁴¹.

38. Vid. por ejemplo, en el *United States the Uniform Commercial Code*, para 1-304.

39. Cfr. *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) at [131], donde *Leggatt J* dudaba acerca de si el Derecho inglés estaba preparado para reconocer un deber implícito de buena fe en todos los contratos mercantiles, aunque entendió que no existía dificultad alguna en extender tal deber a los hechos del caso enjuiciado. En cualquier caso, se trata de un caso controvertido.

40. Cfr. no obstante el caso *Petromec* mencionado anteriormente en la nota n. 37.

41. Por ejemplo, el demandado sólo es responsable por las pérdidas que hubieran sido razonablemente esperables en el momento de celebración del contrato: *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341; ninguna distinción se hace para el incumplimiento deliberado en el art. 1107 del Código Civil español.

Aunque no hay un principio general de buena fe en *Common Law*, ello no quiere decir que el término «conforme a la buena fe» resulte desconocido, o que determinados aspectos que en Derecho continental se adscriban al ámbito de la buena fe no encuentren respuesta en *Common Law* (pues sí la tendrán, si bien de acuerdo con otras doctrinas). Esto fue puesto de manifiesto por Bingham LJ en el caso *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*⁴²:

«En muchos sistemas de Derecho continental, así como en la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos fuera del mundo del Common Law, el Derecho de obligaciones reconocen un principio fundamental en virtud del cual en la formación y ejecución de los contratos las partes deben actuar conforme a la buena fe. Esto no sólo quiere decir que las partes no deben engañarse, principio que rigen en todo Ordenamiento que se precie en base a máximas metafóricas tales como “jugar limpio”, “poner las cartas existentes encima de la mesa”, etc. Se trata esencialmente de un principio de negociación justa y abierta...»

*El Derecho inglés, si bien característicamente no ha acogido tal principio general, sí ha desarrollado soluciones diversas y fragmentarias en respuesta a los demostrados problemas de la injusticia. Muchos ejemplos podrían ofrecerse. La doctrina del Equity ha actuado para impedir acuerdos inadmisibles. El Parlamento ha intervenido para regular la imposición de cláusulas de exención y la forma de determinados acuerdos de compra-alquiler. El Common Law también ha contribuido en este sentido estableciendo que determinadas clases de contrato requieren un grado máximo de buena fe, estimando como irrecuperables lo que ha pretendido incluirse como indemnización mas en realidad constituyen penas disimuladas para el caso de incumplimiento del contrato, así como de otras muchas formas»*⁴³.

En cualquier caso, lo anterior no debe entenderse como sinónimo de que todas aquellas materias cubiertas por la doctrina de la buena fe en los sistemas de Derecho continental en la práctica están igualmente contempladas en Derecho inglés bajo el ropaje de doctrinas distintas. Algunas sí lo están, aunque otras no.

Por otra parte, en determinados contratos, tales como el de sociedad, donde la relación entre las partes debe estar basada en la cooperación más que en la oposición,

42. [1989] QB 433 at 439.

43. Cita literal traducida por el traductor del presente estudio. El texto original es el que sigue: «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. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways».

los Tribunales han aceptado deberes (tanto expresos como implícitos) de observancia de la buena fe entre las partes⁴⁴. Asimismo, el *Consumer Rights Act, 2015*, siguiendo la terminología *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, transponiendo la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece un test de «buena fe»⁴⁵:

«Una cláusula contractual es abusiva, si siendo contraria a las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos obligaciones de las partes que se derivan del contrato, yendo en detrimento del consumidor»⁴⁶.

2.1.6. Control acerca del contenido sustantivo (justicia) de los contratos

Los Tribunales de todos los sistemas jurídicos ejercitan un control de la «justicia» (o, mejor, de la abusividad) de las cláusulas contractuales. La mayor parte de los sistemas jurídicos no se adentran a tales efectos en el equilibrio económico de la transacción (de ahí que con carácter general los Ordenamientos de Derecho continental admitan la donación como contrato; y en lo que respecta al Derecho inglés, aunque como ya sabemos todo contrato debe ser necesariamente oneroso –por tanto, con alguna *consideration*– no exige sin embargo que la *consideration* sea adecuada o equilibrada –por ejemplo, un contrato por el que se venda un coche por una libra será perfectamente válido⁴⁷).

Existen controles indirectos acerca de la justicia del contrato en Derecho inglés, al igual que ocurre en otros Ordenamientos. La mayor parte de los Ordenamientos, incluyendo el inglés, toman en consideración los desequilibrios significativos que vayan en detrimento de la parte más débil del contrato, considerándolo como elemento de prueba de cara a la determinación de una conducta como negligente en el momento de formación del contrato (para la determinación de la existencia de «coacción» o «violencia», u otra figura equivalente tal y como la denominada «influencia indebida» en Derecho inglés⁴⁸). Y hay evidencia en la mayor parte de los Ordenamientos de que los Tribunales niegan que las cláusulas abusivas, especialmente las cláusulas de exclusión y otras cláusulas insertadas para proteger a una de las partes, hayan sido incorporadas al contrato. El Derecho inglés actúa de este mismo modo afirmando que la parte que pretende apoyarse en el contrato falló en adoptar los pasos necesarios

44. Vid. por ejemplo, *Conlon v Simms* [2006] EWCA Civ 1749, [2008] 1 WLR 484.

45. *Consumer Rights Act 2015*, s 62(4), volviendo a transponer la Directiva 93/13/EEC con entrada en vigor en Octubre de 2015. La Directiva fue transpuesta por primera vez con la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* (SI 1994/3159), y posteriormente volvió a transponerse con la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (SI 1999/2083).

46. Cita literal traducida por el traductor del presente estudio. El texto original es el que sigue: «A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer».

47. Vid. en el texto, apartado 2.1.2. Una promesa gratuita es también exigible si se contiene en un *deed*: *ibid*.

48. *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* [2001] UKHL 44, [2002] 2 AC 773 at [14]. La influencia indebida puede ser probada demostrando que «the complainant placed trust and confidence in the other party in relation to the management of the complainant's financial affairs, coupled with a transaction which calls for explanation» (Lord Nicholls).

para atraer la pretendida cláusula a la atención de la contraparte en el momento de celebración del contrato⁴⁹.

Al igual que otros Ordenamientos, el Derecho inglés regula normativamente las denominadas cláusulas de exclusión de responsabilidad y las cláusulas abusivas. Todos los Estados Miembros de la UE han unificado sus respectivas reglas, al menos en materia de contratos con consumidores, como consecuencia de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La Directiva ha sido transpuesta en Reino Unido de forma tal que la protección proporcionada por la misma sólo va referida a los consumidores en el sentido definido en la propia Directiva⁵⁰. En cualquier caso existen otras normas adicionales que resultan también aplicables a las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad en los contratos celebrados entre empresarios: señaladamente el *Unfair Contract Terms Act* de 1977, en el que se prevé que toda cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad incluida en contratos estandarizados entre empresarios sólo resultará ejecutable si es razonable⁵¹.

2.1.7. El cambio de circunstancias durante la vigencia del contrato

Las reglas que rigen el cambio sobrevenido de circunstancias durante la vigencia del contrato en algunos aspectos resultan más limitadas en Derecho inglés que aquellas existentes en muchos de los Ordenamientos de Derecho continental. Consecuentemente, a las partes suele advertírseles de incluir cláusulas específicas en los contratos (cuidadosa y detalladamente redactadas en atención a circunstancias de fuerza mayor o *hardship*⁵²) para evitar las consecuencias que se derivan de las reglas generales imperantes en esta materia.

En Derecho inglés, un contrato puede frustrarse por un cambio de circunstancias⁵³:

«La frustración tiene lugar siempre que el Derecho reconozca que, sin mediar incumplimiento por ninguna de las partes, una obligación contractual ha devenido de imposible cumplimiento como consecuencia de que las circunstancias en que el cumplimiento ha de realizarse lo convertirían en algo radicalmente diferente de lo acordado en el momento de perfección del contrato».

Como puede apreciarse, se trata de una noción más amplia que la recogida en determinados Ordenamientos de Derecho continental (donde se requiere una imposibilidad literal), y más restringida que en la acogida en Ordenamientos distintos (donde se permite la imposibilidad económica). No obstante, debe destacarse (a

49. *Parker v South Eastern Railway* (1877) 2 CPD 416; la firma de una parte, no obstante, es demostrativa de que ha tenido noticia de los términos del documento firmado en ausencia de fraude o *misrepresentation*: *L'Estrange v Graucob* [1934] 2 KB 394 at 403.

50. Su última transposición ha sido llevada a cabo por el *Consumer Rights Act* 2015, Parte 2.

51. *Vid.* nota n. 18.

52. Similar a la excesiva onerosidad en terminología legal española. Nota del traductor.

53. *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* [1956] AC 696 at 729 (Lord Radcliffe).

diferencia de lo que ocurre con principios equivalentes propios del Derecho continental) lo siguiente:

- Cuando la «frustración» del contrato (en los términos analizados) tiene lugar, las obligaciones de imposible cumplimiento desaparecen automáticamente (por tanto, el obligado queda liberado de la obligación sin necesidad de mediar decisión jurisdiccional, y con independencia de lo que decidan al respecto cualquiera de las partes).
- La «frustración» del contrato suele decirse que es «todo» o «nada»: no existe la «frustración temporal», en aquellos casos en los que el cambio sobrevenido de circunstancias se prevea que tenga un efecto puramente temporal respecto del cumplimiento de la obligación contractual asumida por alguna de las partes.
- Los remedios que siguen a la frustración del contrato no son perfectos; los Tribunales tienen la prerrogativa legal en el caso de frustración del contrato de ordenar la devolución de una cantidad dineraria pegada, o de pago por los beneficios obtenidos⁵⁴, pero la frustración del contrato puede dar lugar a que una de las partes acabe asumiendo ciertas pérdidas acaecido el evento constitutivo de la frustración.

Todo esto es lo que explica que rara vez las partes contractuales decidan someter la «frustración» a las reglas generales propias del Derecho inglés, de manera que en la práctica el propio contrato preverá expresamente las eventualidades que justifiquen la suspensión o modificación del contrato (en el sentido de excluir determinadas obligaciones asumidas) y cuáles sean las consecuencias que se deriven de tal suspensión o modificación.

2.1.8. Los remedios frente al incumplimiento contractual

La aproximación que carácter general lleva a cabo el Derecho inglés a los remedios frente al incumplimiento contractual (conocido como *breach of contract* en *Common Law*) difiere significativamente de la que se hace en Derecho continental.

- *El remedio primario frente al incumplimiento contractual es la indemnización por daños y perjuicios y no la ejecución forzosa de la prestación.* Mientras que el jurista de Derecho continental lo primero que piensa es en una orden judicial para la ejecución forzosa del contrato (ya sea por parte del deudor o por otra persona que lo sustituya) como remedio primario y natural frente al incumplimiento contractual, el jurista inglés concibe la orden judicial de ejecución forzosa del contrato («cumplimiento en forma específica») como un remedio excepcional, al que sólo debe acudir cuando la indemnización no pueda compensar adecuadamente las pérdidas sufridas por la parte demandante. Esta postura ha sido reforzada por el *House of Lords* en el caso *Co-operative*

54. *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.*

*Insurance v Argyll Stores Ltd*⁵⁵, en el que se rechaza ordenar la ejecución forzosa al arrendatario de la carga de mantener el supermercado abierto durante el horario habitual de negocio propio del centro comercial propiedad del propietario arrendador. El *House of Lords* reafirmó en esta ocasión la aproximación tradicional apuntada: el cumplimiento en forma específica sólo será ordenado cuando así lo considere oportuno el Tribunal y únicamente en aquellos casos en los que la indemnización por daños y perjuicios (*damages*) constituyan un remedio inadecuado; el Tribunal nunca ordenará al demandado que continúe ejerciendo un determinado negocio porque el demandante (y por tanto la orden para exigirlo) no haya sido lo suficientemente preciso para evitar el riesgo de litigar para exigir su cumplimiento; y ordenando al arrendatario a mantener el negocio abierto cuando ello ya no traería consecuencia económica alguna, supondría una pérdida para el arrendatario y un consecuente beneficio para el arrendador, mayor que la pérdida que para este último traería consigo el cierre del negocio (en las horas exigidas).

Debe destacarse, en cualquier caso, que en aquellos supuestos en los que el incumplimiento contractual consista en el impago de una cantidad dineraria, tal y como sucede en el caso del precio que debe pagar el comprador en un contrato de compraventa, el Tribunal ordenará el pago de la suma debida. Ello no es una manifestación del cumplimiento en forma específica de la obligación, sino de la naturaleza de la deuda, que es precisamente la suma acordada⁵⁶.

Existen por otra parte remedios específicos para las compraventas de bienes, contenidos digitales y servicios bajo el *Consumer Rights Act 2015*,⁵⁷ entre los que destaca la posibilidad del consumidor instar el reemplazo o reparación de aquellos bienes y contenidos digitales que no sean conformes con lo dispuesto en el contrato, así como la posibilidad de instar una nueva ejecución del servicio contratado que tampoco sea conforme con el contrato. En cualquier caso, tales remedios no han sido extendidos como remedios generales frente a los casos de incumplimiento contractual, de modo que se conciben como una parte integrante de la regulación especial de la que se dota a la protección de los consumidores (que se aparta de las reglas generales proporcionadas por el *Common Law* en esta materia).

- *La terminación/resolución del contrato* es un remedio previsto en la mayor parte de los Ordenamientos para determinados incumplimientos contractuales. Las particularidades que a este respecto deben observarse son las que siguen⁵⁸:

55. [1998] AC 1.

56. *Vid.* por ejemplo, *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413 (House of Lords en un recurso de Escocia, si bien discutiendo acerca de principios igualmente aplicables al Derecho inglés: donde el demandante que haya obtenido la suma acordada puede interponer demanda por ella como deuda, sin ningún deber de mitigar su pérdida).

57. Volviendo a transponer pero también extendiendo el derecho del consumidor de acuerdo con la Directiva 1999/44/EC.

58. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 at 849. En el caso de los contratos de consumo de bienes o contenidos digitales, el derecho de *Common Law* de resolver el contrato es reemplazado por

- a) La terminación/resolución del contrato sólo es posible bien cuando haya sido prevista como condición frente al acaecimiento de un determinado evento (condición resolutoria⁵⁹) que tiene lugar (evento al que las partes atribuyen la posibilidad de terminación del contrato, con independencia de la gravedad del incumplimiento); o bien cuando el incumplimiento sea esencial o fundamental, en el sentido de que acarree para la parte lesionada la práctica pérdida del beneficio que perseguía con el contrato.
- b) Se trata de un remedio que queda en manos de la parte lesionada, la cual decidirá si hace uso del mismo, produciendo efectos desde el momento en que notifica al incumplidor que decide resolver el contrato. No es necesaria orden judicial alguna, ni tampoco la notificación previa por parte de la parte que resuelve, ni siquiera es preceptivo el conceder al incumplidor la oportunidad de remediar su incumplimiento.
- c) La terminación del contrato produce efectos de futuro, respecto de aquellas obligaciones que aún no hayan sido llevadas a cabo. No produce efectos con carácter retroactivo.
- d) Bajo la doctrina del «incumplimiento anticipatorio», es posible resolver un contrato con anterioridad al tiempo de su cumplimiento si la parte obligada hace saber que no tiene intención de cumplir con su prestación⁶⁰.

Debe destacarse igualmente que es posible que las partes contemplen la posibilidad de resolver el contrato como un remedio general frente a todo incumplimiento (lo cual suele ser habitual en los contratos mercantiles). No obstante, tales cláusulas asumen una significación diversa en *Common Law* y el Derecho continental. En Derecho continental el deber general de ejecutar el contrato conforme a las exigencias de la buena fe hace que en determinados casos los Tribunales denieguen a las partes hacer uso de un derecho expreso a la resolución/terminación del contrato si lo hacen de mala fe (en algunos casos considerando que la terminación no puede tener lugar; en otros casos tratando la cláusula como un ejercicio abusivo de un derecho de crédito, dando lugar así a la correspondiente indemnización por los daños ocasionados). El Derecho inglés no prevé regla alguna concerniente a la necesidad de ejercitar los derechos de crédito de manera razonable o en atención a la buena fe, aunque puede llegarse a resultados similares interpretando que la cláusula en cuestión sólo permite a la parte contractual terminar/resolver el contrato en determinadas circunstancias⁶¹. Si bien, reiteramos, los Tribunales nunca han admitido que el fundamento de la inaplicación de la cláusula por la que

el derecho legal a rechazar los bienes, y el derecho a recibir el dinero pagado por el contenido digital: *Consumer Rights Act 2015*, ss 19(12), 20 (bienes), 42(8), 45 (contenidos digitales).

59. Nota del traductor.

60. *Hochster v De La Tour* (1852) 2 El & Bl 678.

61. *Vid.*, por ejemplo *Rice v Great Yarmouth BC* [2000] All ER (D) 902 (un derecho expreso a resolver el contrato por «incumplimiento de cualquier obligación propia del contrato», interpretada como atinente únicamente a incumplimientos fundamentales, no permitiendo así la resolución por incumplimientos de menor entidad que en su conjunto sí constituirían un incumplimiento fundamental).

se reconoce el derecho a resolver el contrato sea la posibilidad que tiene el propio Tribunal de desaplicar el clausulado del contrato, ni tampoco que ello esté basado en un ejercicio injusto o irrazonable del derecho en cuestión. En el caso *In Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd*, Lord Hoffmann afirmó⁶²:

«El principio de acuerdo con el cual el *Equity* impedirá la ejecución de determinados derechos legales cuando ello resulte desmesurado o desmedido puede resultar atractivo. Aunque los motivos que han llevado a los Tribunales a rechazar la generalización de este planteamiento se fundan en razones dogmáticas... sino también en consideraciones de tipo práctico. En efecto, en determinados negocios jurídicos resulta de vital importancia que si tiene lugar una eventualidad respecto a la que se haya anudado una expresa consecuencia en el contrato, las partes tengan la certeza de que los términos del contrato se cumplirán. La existencia de una indefinida discreción a la posibilidad de rechazar la ejecución de un contrato sobre la base de que ello resultaría "desmesurado" es suficiente para generar incerteza o inseguridad jurídica. Incluso aunque sea más improbable que la discreción de conceder la liberación vaya a ser ejercitada, su mera existencia permite que litigar se convierta en una táctica negociadora. La realidad comercial demuestra que ello podría causar situaciones injustas que no pueden verse plenamente compensadas mediante una decisión judicial en tales casos»⁶³.

- Como se ha anticipado, *la indemnización por daños y perjuicios* constituye el principal remedio para el incumplimiento contractual. Existen numerosos pronunciamientos de cuño jurisprudencial (*case law*) acerca de los principios que ha de seguirse para el cálculo de la referida indemnización; básicamente vienen a ser los que siguen:
 - a) La indemnización es de naturaleza compensatoria, diseñada por tanto para compensar las legítimas expectativas perdidas por el demandante: en la medida en que el dinero pueda cumplir con el propósito de situar al demandante en la misma situación en la que estaría si el contrato fuera cumplido⁶⁴.

62. [1997] AC 514 at 519. Este caso tuvo por objeto la resolución de un contrato de compraventa de un piso por parte del vendedor, y la pérdida del depósito abonado por el comprador, al haber efectuado el comprador el pago a las 5.10 pm cuando lo acordado era efectuar el pago a las 5.00 pm. La resolución se retuvo como efectiva.

63. Cita literal traducida por el traductor del presente estudio. El texto original es el que sigue: «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 practical considerations of business. These are, in summary, that in many forms of transaction it is of great importance that if something happens 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. Even if it is most unlikely that a discretion to grant relief will be exercised, its mere existence enables litigation to be employed as a negotiating tactic. The realities of commercial life are that this may cause injustice which cannot be fully compensated by the ultimate decision in the case».

64. *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850.

- b) Las indemnizaciones punitivas o ejemplares no se atribuyen frente al mero incumplimiento contractual, y no suele distinguirse entre el incumplimiento deliberado o no deliberado del contrato (con culpa o sin ella). En casos muy excepcionales el *House of Lords* ha decidido que la indemnización sea calculada para evitar que el demandado obtenga una ganancia, más que para compensar la pérdida del demandante⁶⁵.
- c) En cualquier caso, el Derecho inglés no suele compensar pérdidas no dinerarias (tales como la decepción causada), salvo cuando el propósito perseguido con el contrato sea el de causar un determinado placer o evitar la decepción, tal u como ocurre en los contratos de viaje-vacaciones⁶⁶. En el caso de los contratos mercantiles las únicas pérdidas recuperables son aquellas que sean susceptibles de cuantificarse económicamente como consecuencia del incumplimiento contractual.
- d) No existe obligación por parte del demandante de notificar el retraso en el cumplimiento antes de solicitar la correspondiente indemnización frente al cumplimiento tardío. La indemnización (*damages*) constituye un remedio con el que cuentan las partes desde el preciso momento en que la prestación no se cumpla en sus justos términos.
- e) El Derecho inglés contiene reglas para lo que viene a denominarse como «indemnización por daños remotos» (limitando las pérdidas recuperables al importe que correspondiera en el momento de celebración del contrato⁶⁷) así como de mitigación de la pérdida⁶⁸.
- f) Las partes son libres para incluir en el contrato cláusulas para la cuantificación de la indemnización ante la eventualidad de un concreto incumplimiento contractual. Si bien los Tribunales suelen ser muy cuidadosos a la hora de analizar si tales cláusulas constituyen un intento de cuantificación anticipada frente a los posibles daños que puedan traer consigo el incumplimiento del contrato (una cláusula de liquidación de la indemnización correspondiente que sustituirá a las reglas ordinarias para la determinación de la indemnización correspondiente) o si por el contrario se trata de una cláusula penal. Si se trata de una cláusula penal, diseñada para alentar el cumplimiento (y para desmotivar el incumplimiento), la cláusula en cuestión se excluye y la cuantía de la indemnización se calcula de acuerdo con las normas ordinarias que resulten de aplicación⁶⁹. En el caso de los contratos mercantiles los Tribunales tienden a ser reacios a caracterizar tales cláusulas como penales, aunque la anularán en el caso en que «impongan un perjuicio a la parte incumplidora del contrato de

65. *Attorney-General v Blake* [2001] 1 AC 268.

66. *Jarvis v Swans Tours Ltd* [1973] QB 233; *Farley v Skinner* [2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732.

67. *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341.

68. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co v Underground Electric Railways Co of London* [1912] AC 673.

69. *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co Ltd* [1915] AC 79.

todo punto desproporcionado respecto del legítimo interés de la parte inocente (la que sufre la lesión contractual) en la exigencia de la obligación primaria»⁷⁰.

3. CONCLUSIÓN: UN RESUMEN DE LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO INGLÉS

Desde esta panorámica general apenas realizada, puede verse que el Derecho inglés toma como modelo de referencia en la configuración de la teoría general de los contratos un negocio propio del Derecho mercantil más que del Derecho de consumidores. Existen determinadas reglas especiales añadidas por la legislación con el objeto de conceder protección a las partes, ya sea por razón del tipo de contrato en el que participen, ya sea por la condición especial que reúnan (por ejemplo, los consumidores). Si bien esta es la excepción que confirma la regla general del *Common Law* en el que se concibe el contrato como un instrumento comercial empleado por las partes de cara al intercambio que deseen y de acuerdo con sus propios intereses. Las partes celebran contratos de redacción muy detallada tratando que el contrato escrito sea todo lo completo y susceptible de prueba en juicio posible, de modo que no pueden apoyarse en principios generales (tales como la buena fe) que sirven para completar o integrar el contrato escrito: ello traería consigo inseguridad jurídica y permitiría a los Tribunales verse envueltos en la operación contractual en un modo que no se concibe como apropiado. Los remedios frente el incumplimiento contractual también responden a una visión o configuración económica del contrato: las reglas que rigen dichos remedios no persiguen el cumplimiento en forma específica, sino por equivalente económico. El cumplimiento en forma específica rara vez se garantiza y ni siquiera es el remedio primario con carácter general. El remedio por antonomasia es el pago de dinero hecho por el deudor con el propósito de permitir al demandante (que lo desee) obtener el cumplimiento por equivalente por sí mismo de alguna otra forma. El incumplimiento y el cumplimiento defectuoso no se conciben como *wrongs*, de la misma forma en que un *tort* es un *wrong*⁷¹. La culpabilidad en el incumplimiento (intencionalidad o falta de intencionalidad del incumplimiento) suele ser generalmente irrelevante. La cuantía de la indemnización por los daños provocados se determina en función de la distribución del riesgo económico asumido por las partes: en eso consiste el contrato y de ahí que los remedios estén diseñados con carácter general para reflejar ese aspecto del contrato.

70. *Cavendish Square Holdings BV v El Makdessi*, [2015] UKSC 67, [2015] 3 WLR 1373 at [32].

71. El *tort law* es aquella disciplina propia del Derecho anglosajón que, salvando importantes diferencias y matices, tiene por objeto las cuestiones relativas a la responsabilidad civil. Nota del traductor.