

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

CARTWRIGHT, John (trad. Juan Pablo Murga Fernández; ed. Francisco Capilla Roncero): *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 446 pp.

Casi por casualidad me encontré con la monografía que ahora se reseña mientras trabajaba sobre una materia de Derecho inglés. Por el interés que me suscitó comencé a leerla... ¡y no la pude dejar hasta el final! Esa es, me parece, una de las principales virtudes de esta obra: se trata de un «fantástico libro» (p. 23) cuya lectura no es fácil de abandonar una vez se empieza. Su autor, John Cartwright (Profesor Emérito de la Universidad de Oxford) es reconocido como uno de los grandes expertos en Derecho privado comparado; en especial en las relaciones entre el *Common law* y el *Civil Law*. La obra es traducción al castellano del original «*An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*», que ya va por la tercera edición. El texto que ahora se recensiona ha sido publicado por Thomson Reuters Aranzadi en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en una cuidada edición realizada por el profesor Capilla Roncero.

Antes de efectuar algunos comentarios sobre el contenido de la monografía, es de justicia hacer una referencia a la tarea del traductor, el profesor Murga Fernández, pues es una labor no siempre reconocida. En este caso concreto resulta un trabajo muy necesario porque, en ocasiones, uno puede dejarse llevar por el convencimiento de que «todos poseemos conocimiento de la lengua inglesa» (p. 27) y abordar directamente el estudio de textos jurídicos en dicho idioma. Y la realidad es que si no se goza del dominio necesario, fácilmente se pueden confundir significados de palabras, en contra de la necesaria precisión del lenguaje jurídico; en especial si se trata de «*false friends*» –p. ej. «*battle of forms*», «*consideration*», «*interest*», etc.–. Por ello, es de destacar la meritoria labor de traducción pues, si por sí misma es una operación ardua y necesariamente paciente en cualquier texto, lo es de manera especialmente significativa cuando se trata de términos jurídicos; el propio Cartwright señala en la Presentación que se trata de una «enorme tarea» (p. 29). Además, tras consultar en algunas partes la edición inglesa he

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

observado que la traducción es atinada y esmerada. Asimismo, considero un acierto que en algunos casos se haya mantenido el término original al no existir otro totalmente equivalente en castellano; hacerlo supondría desnaturalizar la figura de que en cada caso se trate. Vayan pues los méritos debidos al profesor Murga por el trabajo desempeñado.

Por lo que se refiere al libro que se ha traducido, cabe señalar que su objetivo es explicar el *common law* a los juristas del ámbito continental; labor compleja que, además, se realiza de manera clara, tanto en la propia exposición como en la sistemática, facilitada además por los oportunos y elaborados avances de lo que se va a tratar que se realizan en las introducciones de cada capítulo (pp. 37, 55, 97, 99, 127, 153, 190, 231, 283, 303, 326, 355 y 370) o en la explicación general de las partes del libro (p. 29). En tal sentido, sorprende positivamente el dominio del autor, no solo del propio *common law* —lo que puede considerarse lógico— sino también del *civil law* pues es capaz de «meterse en la cabeza del jurista continental» y, desde ahí, explicar el *common law*. Este profundo conocimiento se muestra en las frecuentes advertencias para evitar que se malinterprete o no se entiendan bien algunas instituciones o figuras que, aun con un nombre similar, tienen contenido parcialmente distinto en ambos sistemas por responder a un origen diverso.

Los dos primeros capítulos de la obra constituyen una introducción general al *common law*. A mi juicio son brillantes, pues con un lenguaje sencillo: a) se resumen los orígenes históricos (se explica el *common law* y la *equity* y sus consecuencias respecto de los remedios en el ámbito contractual (pp. 42-46), a la vez que se presentan las características principales del *common law* y las diferencias existentes entre los diversos países (pp. 48 ss donde, por ejemplo, se expone por qué no hay unas únicas reglas de *common law* en materia de contratos para todos los países de dicho sistema); b) se alude a conceptos generalmente conocidos del indicado sistema jurídico pero expuestos con una inusual claridad (la diversa perspectiva en la búsqueda del Derecho aplicable al margen de que existan más o menos leyes (pp. 51 y 56), o la mayor importancia de la jurisprudencia a pesar de la preferencia jerárquica de la ley (pp. 58-59); c) se desarrollan con profundidad aspectos esenciales del *common law*, no siempre bien comprendidos en todo su alcance por el jurista continental (el precedente y en qué sentido y respecto de quién están vinculados los tribunales ingleses (pp. 64 ss; en especial, 66-70), la mayor libertad de los jueces para desarrollar el *common law* que las normas legislativas (p. 61 y pp. 78 ss), o cómo los tribunales dan pleno efecto a la legislación claramente detallada pero «no razonan más allá de ella» ni pretenden llenar los huecos que tenga buscando el espíritu que late detrás del texto mismo cuando no ofrece una solución concreta (p. 77); y, finalmente, d) «desmonta» mitos que por error puedan existir sobre el *common law* (p. ej. sobre la «buena fe» [p. 48] o el porqué de lo detallado de las leyes (pp. 90-92).

De notable interés me parece el capítulo tercero, con el que se inicia la segunda parte de la obra. En él se ofrece una visión general de los principios que rigen el Derecho contractual inglés que resulta útil para entender sus particularidades; pero, sobre todo, para evitar las preconcepciones que un lector continental pudiera tener sobre el *common law*. A fin de ayudar al jurista del *civil law*, el autor incluye expresamente un capítulo —el cuarto, dedicado a las «negociaciones para contratar»— que ordinariamente no se suele tratar de manera separada en los manuales de Derecho inglés. Pero actúa así pues al jurista continental le resulta familiar y, además, sirve para mostrar las diferencias existentes entre ambos sistemas.

Junto con la clara delimitación del contrato en relación con los «*torts*» y la «propiedad» (pp. 101-106), en el referido capítulo hay tres cuestiones particularmente relevantes. La primera: la necesidad de la *consideration* para la existencia de un contrato; materia que el autor enuncia en la página 103 y que luego desarrollará en el capítulo sexto. De acuerdo con esta genuina institución del *common law*, el contrato es una negociación de carácter oneroso entre las partes. Si falta tal carácter, a pesar de haber «acuerdo» no habrá contrato ni será aplicable el Derecho de contratos –por ejemplo, en una donación gratuita–. Y es que lo que hace que las promesas incluidas en aquel resulten exigibles es que la otra parte haya prestado *consideration* por ella –contraprestación onerosa–; motivo por el que, en muchas ocasiones, se introduce una *consideration* formal –p. ej., una cantidad simbólica de dinero– para garantizar el carácter vinculante de las obligaciones contenidas en el acuerdo, eludiendo así la formalización de una promesa sustancialmente gratuita que quedaría al margen del Derecho contractual –salvo que esté incluida en una *deed*–. Ahora bien, que se trate de una transacción gratuita no impide que pueda tener efectos patrimoniales ni que sirva para transmitir la propiedad; pero será al margen del Derecho contractual. En este contexto, de entre las diversas características de la *consideration* (pp. 198-212), basta con señalar una de ellas: no es preciso que sea «proporcional» o «adecuada» –ha de repararse que en el Derecho inglés no existe un impuesto general sobre las donaciones *inter vivos*, de manera que se dificulta la, para nosotros, donación simulada bajo la forma de una compraventa–. Por tanto, los tribunales no examinarán la «proporcionalidad» de la *consideration* –las partes son quienes han de hacerlo al negociar– de modo que, diríamos, se admiten «negocios perjudiciales» en términos de economía de mercado. Cuando ello sucede quizá pueda acudir a diversas vías para remediarlo –p. ej. al fraude de ley– pero no a un defecto de la *consideration*.

Un segundo elemento relevante es que, a la vista de que en el Derecho inglés no existe una regulación particular y específica sobre los denominados «contratos especiales», corresponde al jurista la tarea de detallar y prever expresamente todos los contenidos y efectos que se han de derivar del acuerdo que pretende suscribir. Así, con una prolija redacción del clausulado se procura elaborar un «contrato a prueba de jueces» a fin de anticipar y resolver de manera adelantada los potenciales conflictos (p. 114). Por ello, y a diferencia de las tradicionales clasificaciones del *civil law* donde existen contratos especiales tipificados, en el Derecho inglés, el contrato siempre «es lo que las partes han convenido que sea» (p. 114); o de manera más precisa, lo que han volcado en el clausulado, importando sobre todo la objetividad de lo expresado antes que las intenciones puramente subjetivas de las partes al suscribirlo (pp. 119-120).

Y la última cuestión a destacar de este capítulo tercero es la inexistencia en el Derecho inglés de un principio general de buena fe. En palabras de Cartwright: «no existe un deber general de negociar un contrato de buena fe; ni un deber general de ejecutar o cumplir el contrato de buena fe, ni un deber general de renegociar de buena fe en caso de que se produzca un cambio significativo de circunstancias que afecte al equilibrio del contrato; ni un deber general de las partes contratantes de ejercer de buena fe los derechos que se deriven del contrato» (p. 115). Las razones fundamentales que justifican la inexistencia del referido principio son la incertidumbre que generaría a los jueces la definición de qué sea «buena fe», así como su reticencia a «generalizar principios abstractos» (pp. 115-116). De todas maneras, es pre-

ciso notar que se advierte cierta apertura en el Derecho inglés hacia tal principio (p. 118) a la vez que, en algunos contextos particulares, se utilizan otros conceptos en cierta medida parecidos, como puede ser la «equidad y razonabilidad». De todos modos, de su uso no se puede derivar «un deber general de imparcialidad o de actuar razonablemente en la formación y ejecución de contratos» (p. 115).

Explicados los principios generales del Derecho de contratos inglés, la obra dedica los capítulos restantes a diversos aspectos relativos a ellos. En concreto, se analizan las negociaciones para contratar (capítulo 4), la perfección del contrato (capítulo 5), la forma, la *consideration* y la voluntad (capítulo 6), los vicios (capítulo 7), la determinación del clausulado contractual (capítulo 8), el control del contenido (capítulo 9), la potencial afectación del contrato a un tercero (capítulo 10), el cambio de circunstancias (capítulo 11) y los remedios ante el incumplimiento (capítulo 12). Esta enumeración muestra claramente que el autor trata de manera sistemática y ordenada todo lo relativo al surgimiento, vida y terminación de los contratos. A fin de no hacer demasiado extensa esta reseña, y en atención a que algunos de los temas ya han sido parcialmente apuntados –la inexistencia de un deber de actuar con buena fe del que se deriva la reticencia a admitir de modo general la responsabilidad precontractual aun cuando puedan surgir ciertas responsabilidades particulares, fundamentalmente por *misrepresentation* (pp. 128-140); la adopción de un «test objetivo» para determinar el contenido del acuerdo y la figura del «observador razonable» que interprete las comunicaciones existentes entre las partes, aunque sin excluir totalmente los entendimientos subjetivos de aquellas (pp. 159-163); o, en fin, la específica inclusión de diversas cláusulas para anticiparse a los cambios de circunstancias, a pesar de reconocerse, y en parte para evitar, la doctrina de la «*frustration*» (pp. 356-368)– a continuación únicamente se hará una mención a las cuatro cuestiones que, a mi juicio, resultan de mayor interés en comparación con el Derecho español.

La primera cuestión que cabe destacar ahora es la diferente perspectiva que se adopta en el Derecho inglés sobre el «consentimiento» contractual. Mientras que en España los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa (cfr. art. 1261 CC), en el Derecho inglés son la oferta y la aceptación, la *consideration* y la intención de crear relaciones jurídicas. Se le concede menor importancia al consentimiento a efectos de sus posibles vicios, y, en consecuencia, no se elabora una única teoría general sobre ellos; existen reglas específicas para cada uno de los que puedan surgir en la formación del contrato. El contrato «puede estar viciado («*void*» –nulo de pleno derecho–, o «*voidable*» –anulable–)», pero «los tribunales no suelen utilizar terminología alusiva al «consentimiento» viciado» (p. 232). Si a este planteamiento se le une que los tribunales ingleses tienen una visión bastante estricta de la responsabilidad de cada parte respecto de la comprensión de los hechos y las normas que han de resultar aplicables, se entiende que en el Derecho inglés el error rara vez sea de entidad suficiente como para anular un contrato. Además, los únicos supuestos en que tal «vicio» puede producir la consecuencia señalada es cuando se haya producido una *misrepresentation* de la otra parte: esto es, cuando la falsa manifestación de la contraparte –con palabras o acciones– ha sido la causa directa del error –extremo que habrá de ser probado–. De no concurrir tal *misrepresentation*, un simple error de parte –por determinante que haya sido para decidir la celebración del contrato– no dará lugar a la anulación del acuerdo. A modo de ejemplo, por lo que hace a

la compraventa, del principio del *common law* del «*caveat emptor*» se sigue que cada parte asume el riesgo de que el objeto del contrato sea el que considera que es. Así las cosas, si una parte «desea disponer de remedios en caso de error, deberá pedir a la otra parte un compromiso contractual al respecto (es decir, hacer de la cualidad del objeto una cláusula contractual) o, al menos, formular preguntas a la otra parte de manera que, si recibe respuestas inexactas, disponga de los remedios oportunos frente a la *misrepresentation*. Esto sucede, incluso si la otra parte conoce la existencia del error, ya que esta última no tiene la obligación de advertirle a la otra parte que efectivamente ha incurrido en un error» (p. 248).

La segunda cuestión a mencionar atiende a las «cláusulas implícitas». La menor importancia de los «contratos especiales» legalmente tipificados es a la vez, causa y efecto del interés de las partes en ser ellas mismas las que determinen totalmente el contenido del acuerdo. En efecto, el jurista inglés no cuenta ni desea que el Derecho objetivo «rellene» el clausulado de su contrato. Ahora bien, como en ocasiones no se prevén de manera acabada o exhaustiva todas las cuestiones, los tribunales han acudido a las denominadas «cláusulas implícitas», que teóricamente se derivan de la intención de las partes a pesar de que éstas no las hayan recogido de manera expresa en el acuerdo. De todos modos, si no se consigue probar su existencia ordinariamente el contrato resultará, al menos, parcialmente ineficaz por cuanto habrá lagunas no integrables con las referidas cláusulas.

En este contexto, en los contratos verbales resulta de significativa importancia el *Consumer Rights Act 2015* pues incluye criterios para resolver algunas cuestiones propias de dicho ámbito –p. ej. la integración en el contrato de elementos de la publicidad–. En los redactados por escrito, y dada la reticencia del jurista inglés a que algo o alguien distinto de él determine el contenido del contrato así como la preferencia por lo objetivamente expresado en él, usualmente se acude a la técnica del «acuerdo íntegro» (*entire agreement*) a fin de evitar la aplicación de las «cláusulas implícitas». Con dicho convenio se estipula de manera expresa en el propio contrato que lo en él recogido por escrito constituye todo su contenido y a lo que las partes acuerdan obligarse. En consecuencia, la interpretación se realizará entonces de manera objetiva y de acuerdo con el significado ordinario de las palabras empleadas, aunque teniendo en cuenta el contexto (resulta de notable interés a este respecto la declaración de Lord Hoffman en el caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society*, incluido en las pp. 292 y ss). Existiendo tal previsión, no cabe demandar en ningún caso a la contraparte por la vía del *collateral contract* –acuerdo que complementa el texto redactado permitiendo incluso que la prueba oral contradiga o varíe las cláusulas escritas– ni tampoco cabe admitir una «cláusula implícita» que contravenga el texto escrito –mucho menos si contradice un pacto expreso (p. 301)–. De lo expuesto se deduce que las «cláusulas implícitas» tienen mayor juego en los casos en que no existe un acuerdo de tal tipo, así como cuando se utilizan «*standard forms*». Su importancia también es notable respecto de algunos contratos determinados pues en ellos ciertas cláusulas contractuales se consideran como «legalmente implícitas»: la ley establece de manera específica algunas formulaciones para proteger a una de las partes contratantes, la mayoría de las cuales ya formaban parte del *common law* –p. ej. en un contrato para el suministro de un servicio, cuando el proveedor actúa en el curso de una actividad profesional existe la cláusula implícita de que lo llevará a cabo con razonable cuidado y competencia–. Según se

advierde de lo señalado, en lo que a la interpretación de los contratos se refiere, «el contraste entre el *common law* y el *civil law* no es tan severo como podría parecer», lo que no impide que tiene «un significativo impacto en relación con la manera en que los juristas de *common law* redactan los contratos» (p. 284).

Un tercer apunte es que en las últimas décadas se ha ido superando la doctrina inglesa de la «*privity of contract*» de acuerdo con la que solo las partes de un contrato pueden adquirir derechos u obligaciones exigibles en virtud de aquél, no pudiendo encontrarse nunca en tal situación un tercero; tesis que guarda directa relación con la mencionada doctrina de la *consideration*. De todos modos, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 en este punto, ya se habían encontrado algunas fórmulas para que los terceros obtuvieran derechos directamente exigibles sobre la base de las obligaciones contenidas en un contrato –estructurando las transacciones para que estipulasen derechos a su favor convirtiéndolos así en parte, por medio de ciertos remedios «encontrados» por los tribunales, acudiendo a la figura del *trust*, etc.–.

La cuarta materia a mencionar atiende a los remedios contractuales en caso de incumplimiento. De entrada, y en coherencia con la concepción del contrato en el Derecho inglés, ha de señalarse que cuando se pretendan de manera general especiales medidas de protección para una parte han de ser establecidas legislativamente, pues el *common law* considera que las partes negociadoras de un contrato están en igualdad de condiciones –tal es lo que ha sucedido en materia de consumidores por medio del *Consumer Rights Act* de 2015–. Por otra parte, en lo que ahora interesa y dejando de lado otros remedios contemplados en el Derecho inglés –p. ej. las *injunctions* o los particulares remedios en contratos de suministros de servicios digitales o de consumo–, cabe resaltar que: a) no existe un derecho general a la resolución en caso de incumplimiento; b) ordinariamente no se impone el cumplimiento *in natura*, siendo el remedio normal la indemnización por daños y perjuicios, y c) las partes son libres de incluir en los contratos las previsiones que estimen convenientes para reparar un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso.

En efecto, de acuerdo con el papel de las partes en el contrato, el remedio de la resolución en caso de incumplimiento, aun cuando sea más frecuente que el del cumplimiento específico, carece de alcance general y solo se aplica en supuestos limitados. Lo habitual es que sean aquellas las que introduzcan específicas cláusulas donde prevean la resolución del contrato ante determinadas circunstancias, aun cuando su funcionamiento sea un tanto diverso del existente en Derecho continental –p. ej. al no existir una regla general de actuar conforme a la buena fe, en este caso, en la resolución–. De todas maneras, hay algunos supuestos donde la parte que sufre el incumplimiento «está obligada a resolver» y reclamar una indemnización en lugar de optar por mantener vivo el contrato –p. ej. cuando se demuestre que no tiene ningún interés legítimo en seguir exigiendo el cumplimiento y que, de hacerlo, estaría perjudicando injustamente a la parte incumplidora, o «cuando la elección de mantener vivo el contrato resulte totalmente irrazonable y la indemnización sea en ese caso un remedio adecuado»– (p. 384). En cualquier caso, la resolución no tendrá efecto retroactivo: las prestaciones ya satisfechas no se ven afectadas, pero las futuras dejarán de ser exigibles para ambas partes; no aquellas cuyo plazo de cumplimiento ya ha vencido y no se han ejecutado.

Por lo que se refiere al cumplimiento *in natura*, suele ceder en favor del por equivalente. En efecto, es común entender que una indemnización de daños y perjuicios es el remedio adecuado para el incumplimiento pues al cubrir la expectativa fallida del demandante le permitirá, por ejemplo, conseguir un servicio equivalente de un tercero. En este ámbito, la regla es que tal indemnización debe colocar al demandante, con respecto a los daños y perjuicios, como si el contrato se hubiera cumplido (p. 389), no incluyéndose generalmente en ella «pérdidas no económicas» –p. ej. daños morales– (pp. 404-405). Además, al no considerarse el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso como un ilícito, no se suelen contemplar «cláusulas penales» ni se conceden «indemnizaciones punitivas» (p. 405). Mantener el principio contrario dando primacía al cumplimiento *in natura* conllevaría no pocas dificultades: el tribunal debería comprobar de manera constante si la prestación se ha realizado en los términos impuestos por la resolución judicial; hay supuestos donde no se da una «reciprocidad» en la posibilidad de imponer de manera específica el cumplimiento para ambas partes –p. ej. cuando el demandado sea un menor–, etc. Ahora bien, cuando se demuestre que la citada indemnización constituye un remedio «inadecuado» ante el incumplimiento –p. ej. porque haya de entregarse una cosa para la que no hay un mercado disponible– cabrá establecer el cumplimiento específico –aunque existe una corriente actual que, invirtiendo los términos, propugna su establecimiento cuando «sea el remedio más apropiado» (p. 377)–. De todas maneras, en los inusuales supuestos donde se establezca el remedio específico, existen reglas para que la «discrecionalidad» que permite al tribunal ordenarlo esté fundamentada o justificada (pp. 374 y 380).

Y, finalmente, la libertad de las partes para pactar lo conveniente para los casos de cumplimiento defectuoso o incumplimiento ha de sujetarse –y suele sujetarse– a las siguientes reglas. La primera: «ninguna disposición contractual puede garantizar que el cumplimiento específico sea operativo, ya que esa es una cuestión que compete a la discreción del tribunal» (p. 402). En segundo lugar, lo habitual es que los contratos comerciales prevean de manera concreta las circunstancias que permitan la resolución. Y en tercer lugar, las partes pueden incluir en su contrato «una disposición que cuantifique los daños y perjuicios recuperables en caso de un determinado incumplimiento» (p. 403).

Junto con lo someramente mencionado, son muchos otros los temas que se tratan en la presente monografía –las especialidades de los contratos con consumidores, la doctrina del «*estoppel*», la capacidad de las partes, etc.– y que no cabe desarrollar ahora. En cualquier caso, se advierte que se está ante una obra muy completa y que cumple el fin propuesto de introducir al *common law* a los juristas formados en el sistema continental. Además, tal tarea se realiza con un lenguaje sencillo y de manera ordenada, de modo que el lector en todo momento está perfectamente ubicado y en contexto. Si a ello se le añade lo cuidado de la traducción –aspecto ciertamente complicado– se puede afirmar que se trata de un trabajo de imprescindible lectura para iniciar cualquier estudio o resolución de problemas en que esté involucrado el Derecho inglés de los contratos.

Antonio LEGERÉN-MOLINA
Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil
Universidad de A Coruña