

CARTWRIGHT, J., *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, (Traducción: Juan Pablo Murga Fernández. Edición: Francisco Capilla Roncero, T.O.: *Contract law: An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3.^a edición, Hart Publishing, 2016), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla

El libro constituye una exposición del Derecho de contratos inglés realizada de un modo profundo, pero concebida para su perfecta comprensión por juristas formados en una tradición jurídica continental, muy diversa a la inglesa, como expresa el título original del mismo, que no ha conservado la versión española. Su autor reúne las condiciones idóneas para realizar este propósito con toda la competencia, precisión y claridad con que lo ha llevado a cabo, pues conoce de primera mano tanto el derecho inglés como la mentalidad jurídica continental; no en vano ha desempeñado durante muchos años sus tareas docentes como Profesor de Derecho de los contratos en la Universidad de Oxford, y también ha sido profesor en las Universidades de Leiden y Panthéon-Assas de París (en la que sigue impartiendo docencia actualmente), y ha investigado con gran rigor sobre el Derecho comparado.

A lo largo de toda la obra se advierte un manejo muy seguro y bien informado de esta doble perspectiva, tan conveniente a la hora de analizar los casos y supuestos concretos y de explicar la solución que merecen en los diversos sistemas jurídicos. También ha resultado muy oportuno este solvente manejo del Código civil francés para los extremos en que se advierte la influencia continental en alguna solución del Derecho inglés: es el caso, por ejemplo, de la necesidad de que los daños derivados del incumplimiento fueran previsibles para que sean indemnizables, tema al que se refiere el autor en las páginas 397 y sigs.

Contando con este mismo doble punto de vista, el autor puede moverse con seguridad para proporcionar las claves que informan al lector sobre las características básicas del Derecho inglés. A esta tarea se dedica la primera parte del trabajo, en la que se hace una utilísima presentación de casi sesenta páginas acerca de algunos rasgos generales del *common law*; en palabras de John CARTWRIGHT se trata de explicar «cómo piensan, razonan y encuentran las fuentes del Derecho sus juristas». Para desentrañar esta imprescindible gramática del Derecho se describen sucinta y claramente diversas cuestiones tales como: el origen histórico y el significado del término *common law*, la relación que presenta con la *equity*, el sistema de fuentes del Derecho, y el trascendental papel

que desempeña la jurisprudencia en todos los ordenamientos que siguen esta tradición, así como los usos empleados en la redacción de las normas jurídicas y los criterios acerca de su interpretación. Aunque no constituyan el objeto principal del libro, son páginas muy sugerentes y luminosas que no se deben pasar por alto e incluso pueden ser útiles al lector como una introducción general a las particularidades del *common law*.

Un punto de partida más concreto que hay que tomar en consideración para el estudio del Derecho de contratos inglés es que en Inglaterra no existe un código civil que establezca las reglas fundamentales de este sector del ordenamiento, por lo que estas reglas se han formado en la jurisprudencia, es decir, en los casos resueltos por los Jueces y Tribunales. No obstante, este *common law o case law* está situado en un orden jerárquico inferior a la Ley escrita: es decir, la legislación puede desplazarlo, y de hecho muchos textos normativos así lo hacen. En este sentido, el autor, en su presentación de la edición española, afirma expresamente que el libro está actualizado desde el punto de vista legislativo, pues se ha tomado como base de la traducción la tercera edición inglesa del año 2016, última publicada por ahora. Así, por ejemplo, a lo largo de todas sus páginas se analiza con especial esmero cuando ello resulta pertinente la influencia en cada materia de la *Consumer Rights Act 2015*, que refunde en un solo texto las normas relativas a los contratos de consumo, aunque no llega a constituir un verdadero código que contenga todas las reglas relativas a los mismos, que se tienen que buscar, todavía, en el *common law*.

En la segunda parte del trabajo realiza, de un modo detallado y completo una exposición general del Derecho de los contratos en el ordenamiento jurídico inglés, de acuerdo con una sistematización que también está pensada para que resulte familiar a los juristas continentales: las negociaciones para contratar, la perfección del contrato, la forma, la *consideration* y la voluntad, los vicios del contrato (y la consecuente ineficacia de los mismos), la determinación de las cláusulas del contrato, el control del contenido, los derechos derivados del contrato para las partes y los terceros, el cambio de las circunstancias y, finalmente, los remedios frente al incumplimiento. Se hace en cada capítulo un tratamiento de los principios generales que fundamentan la materia objeto de explicación, y se subrayan particularmente aquellos aspectos en los que existen mayores diferencias, teóricas y/o prácticas, entre el Derecho inglés y los sistemas jurídicos de Derecho continental. Previamente a todo ello, dentro de un capítulo general introductorio, donde se tratan otros interesantes temas como el contexto europeo y las características fundamentales del contrato en el Derecho inglés, se dedican unas páginas muy sugerentes y precisas a la delimitación temática del contrato con instituciones que resultan fronterizas con el mismo también en la tradición continental: la relación de los daños contractuales y los extracontractuales (*torts*) y la transmisión de la propiedad como consecuencia del contrato.

Otro mérito general de la obra es que, aunque se centra en el Derecho inglés, también contiene interesantes referencias a otros sistemas de *common law*, particularmente cuando la evolución en una determinada materia ha llevado a soluciones divergentes entre ellos: valga como ejemplo, la exigibilidad de una promesa en el derecho estadounidense, cuya solución se basa en la idea de que «el receptor la ha tenido en cuenta o ha confiado» en dicha promesa; aproximación al problema que, para el autor, constituye «una visión mucho más amplia que la que se tiene en Derecho inglés»; y lleva consigo que «los tribunales estadounidenses no tienen tanta necesidad de “encontrar” la *consideration* para hacer que una promesa sea exigible» (p. 224). Asimismo, puedo citar un caso más de

este buen manejo de las soluciones a las que se llega en otras naciones de *common law* diferentes de Inglaterra: la exposición de la solución que ha merecido en Australia la retirada de las negociaciones de modo inadecuado (lo que, entre nosotros, llamaríamos responsabilidad precontractual: cfr. pp. 137-138).

El enfoque del trabajo subraya de una forma muy perceptible cómo influyen los principios fundamentales de cada ordenamiento en los razonamientos jurídicos que, a partir de ellos, pretenden dar soluciones prácticas a los problemas que los contratos suscitan; es verdad que los resultados finales a los que se llega en los diferentes ordenamientos serán a veces parecidos, porque hay una suerte de exigencia intrínseca de la realidad misma, pero la manera de razonar será distinta y, a veces, determinados principios presentan obstáculos formidables para reconocer la eficacia de determinadas cláusulas contractuales, o, finalmente, también, las soluciones concretas terminan por ser diversas. Se puede apreciar, por ejemplo, la absoluta simetría de los problemas y las soluciones relativamente similares en las páginas dedicadas a la oferta y a la aceptación en las que aparecen cuestiones tan familiares para cualquier ordenamiento como son la formación de un contrato en un supermercado, o como respuesta a un anuncio público; o, también, en aquellos casos en que las partes se comunican por correo u otros métodos similares; o el debate acerca de si la oferta es o no revocable; o el tratamiento de si el silencio puede constituir o no aceptación, o las dudas en relación a si la muerte del oferente extingue o no la oferta. En cambio, en cuanto a los deberes de información de los contratantes, pueden advertirse mayores diferencias de criterio entre las dos tradiciones, precisamente por partirse de principios básicos muy diferentes.

El autor nos explica que el origen de la mayor parte de los principios generales que rigen en materia de Derecho de contratos se encuentra en la segunda mitad del siglo XIX, y el tono que los inspira es claramente comercial, pues parten de que el contrato es un negocio jurídico llamado a facilitar el tráfico entre los sujetos que pueden hacer valer por sí mismos sus respectivos intereses. A partir de esta constatación otro de los valores que encuentro en esta obra es la acertada explicación de la evolución del sistema, a lo largo del siglo XX, para poner mayor énfasis en la protección de los intereses legítimos de los consumidores, lo que se ha traducido en una influencia que atraviesa todos los momentos de la vida del contrato.

Los ordenamientos de Derecho continental (y así el español) suelen distinguir una serie de principios generales, esto es unas reglas aplicables a todos los contratos, y un conjunto de principios y reglas especiales aplicables a las particulares modalidades contractuales. Esta tipificación de los contratos resulta muy significativa para el jurista continental a la hora de negociar un contrato o de analizarlo cuando ya se ha perfeccionado. En cambio, en el Derecho inglés, casi todos los contratos se rigen por los mismos principios generales: sea para su formación o perfección, sea en cuanto a su contenido o sea en relación con los remedios del incumplimiento contractual. Por esta razón, el jurista de *common law* no identifica al contrato por su tipo, ni tiene que buscar después en una norma el contenido típico de esa modalidad contractual; en cambio lo que hace fundamentalmente es estudiar el pacto al que han llegado las partes. Es verdad que si estas no acuerdan expresamente los términos, condiciones y cláusulas que resulten necesarios el *common law* suple esas carencias con los llamados *implied terms* (los términos, condiciones o cláusulas implícitas); y qué duda cabe que esto supone una cierta aproximación del sistema inglés al Derecho continental, pero en Inglaterra las partes tienden a no quedar sujetas a cláusulas o términos

implícitos, y los evitan estableciendo clausulados muy detallados; al contrario de lo que sucede más frecuentemente en la tradición continental en la que el contrato puede ser más breve, porque las partes confían más en el contenido contractual que las normas le deparan.

Hay casos excepcionales, no obstante, en que existe en el Derecho inglés una regulación legal para algún tipo contractual, como sería el caso de la compraventa o de los contratos de consumo. En los supuestos en que así sucede, el libro aborda el contenido de esas normas dando cuenta circunstanciada de las consecuencias que tienen en cada una de las materias tratadas a lo largo del libro, pero no se les da un tratamiento unitario en un epígrafe que describa pormenorizadamente cada uno de esos contratos.

Resulta especialmente interesante el tratamiento de la doctrina de la *consideration*, que significa que el contrato debe ser oneroso, e implicar un intercambio de prestaciones entre las partes. De modo que el contrato es, en Derecho inglés, 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; no existen, pues, contratos de naturaleza gratuita, si bien las partes pueden otorgar fuerza contractual a lo que sustancialmente sería un negocio gratuito, mediante el empleo de un *deed* (un documento escrito, que reúne una forma particular), o proporcionándole *consideration* aunque sea en una medida reducida y simbólica.

Asimismo, la exigencia de *consideration*, junto con la ausencia de un principio general de buena fe en las negociaciones contractuales también constituye una dificultad para el jurista de Derecho continental en cuanto a la solución que puede dar a la promesa de mantener vigente una concreta oferta en un determinado período de tiempo, o el derecho de adquirir con preferencia un determinado objeto; estas promesas solo tendrán fuerza obligatoria en Derecho inglés cuando queden amparados por la *consideration*, o cuando se contengan en un válido *deed*.

En Derecho inglés los Tribunales aplican un test objetivo para determinar si ha existido o no un verdadero acuerdo: se entiende que una parte queda obligada no porque tenga la simple intención de obligarse, sino porque ha actuado de un modo tal que una persona razonable entendería, desde la posición de la contraparte, que aquella ha asumido la obligación. Desde esta perspectiva, el error, muy rara vez sirve como motivo de anulación del contrato en Derecho inglés, y también los principios de la interpretación del contrato presentan diferencias considerables con los que nos resultan más familiares. Así, la interpretación contractual se ocupa de analizar el sentido objetivo de las palabras empleadas en el documento que recoge el acuerdo, y tradicionalmente existía incluso reticencia a otorgar relevancia hermenéutica a todo aquello que estuviera fuera del documento escrito, como las propias negociaciones precontractuales. No obstante, en algunos casos de los últimos veinte años se ha ido admitiendo una «interpretación contextual» del contrato, tomándose en consideración el contexto comercial y la finalidad perseguida por el mismo.

Está también muy brillantemente tratada la cuestión relativa a los derechos que los terceros puedan derivar del contrato, dando cuenta de todos los esfuerzos conducentes a hacer posible la exigibilidad de los mismos. Es cierto que, hasta el año 1999, el Derecho inglés seguía la doctrina del *privity of contract*: un tercero no podía instar la ejecución del contrato, ni siquiera cuando las partes lo hubieran celebrado en su beneficio. Era la falta de *consideration* la que dificultaba a los Tribunales afirmar la existencia de derechos de terceros, de modo que tuvo que ser el legislador quien interviniere: con la *Contracts (Rights of Third Parties)*

Act de 1999 (que se transcribe como apéndice del libro) si el contrato atribuye derechos a terceras personas, estas pueden instar su ejecución.

Ya hemos mencionado que no existe en derecho inglés una doctrina general de la buena fe que sea aplicable a la negociación y a la ejecución del contrato. En este punto existen diferencias dentro del *common law*, pues en el Derecho estadounidense o el Derecho australiano sí se acepta un deber general de actuación de buena fe, al menos en la fase de ejecución del contrato. Ciertamente hay materias cubiertas por la doctrina de la buena fe en los sistemas de Derecho continental que en la práctica están igualmente contempladas en Derecho inglés bajo el ropaje de doctrinas distintas, pero no siempre sucede de ese modo.

En el Derecho inglés el remedio primario frente al incumplimiento contractual es la indemnización por daños y perjuicios y no la ejecución forzosa de la prestación, que es un remedio excepcional al que solo se puede acudir cuando la indemnización no compense adecuadamente las pérdidas sufridas por la parte demandante. La indemnización se dirige a compensar las legítimas expectativas que haya perdido el demandante, o, dicho de otro modo, a situarle en la misma situación en la que estaría si el contrato hubiera sido cumplido. No existen, en cambio, indemnizaciones punitivas, ni tampoco se indemnizan las pérdidas no dinerarias, salvo cuando el propósito perseguido con el contrato sea el de causar un determinado placer o evitar la decepción, tal como ocurre en los contratos de viaje vacacionales. No existe necesidad de notificar el retraso en el cumplimiento tardío, sino que la indemnización procede desde el preciso momento en que la prestación no se cumpla en sus justos términos.

Las partes pueden incluir en el contrato cláusulas para la cuantificación de la indemnización ante la eventualidad de un concreto incumplimiento contractual, si bien los Tribunales analizan con rigor si tales cláusulas constituyen solamente la cuantificación anticipada de los posibles daños derivados del incumplimiento o si, por el contrario, se trata de una cláusula penal. Si se tratara de una cláusula penal, esta cláusula quedaría excluida y la cuantía de la indemnización se calculará de acuerdo con las normas ordinarias.

Por su parte, la resolución extrajudicial del contrato realizada por la parte lesionada solo es posible cuando haya sido prevista por las partes, para cuando acaezca un determinado evento, o también, cuando el incumplimiento sea esencial o fundamental. Se trata de un remedio que produce sus efectos desde el momento en que el perjudicado notifica su ejercicio al incumplidor, sin que sea precisa orden judicial alguna, ni tampoco un requerimiento previo para que el incumplidor cumpla. Finalmente, esta resolución no produce efectos con carácter retroactivo.

En la edición española se ha optado acertadamente por conservar la lengua original inglesa de algunos términos que, o bien son suficientemente conocidos, como *common law*, *civil law*, o *equity*; o bien carecen de un equivalente suficientemente preciso en el Derecho español; en este último caso, se ha sugerido, mediante el uso de paréntesis, una traducción aproximada. En cualquier caso, el significado exacto de cada una de esas instituciones queda explicado en el libro. Por eso, y por la existencia de un índice analítico final que se ofrece en versión inglesa y española, esta publicación constituye también un autorizado y extenso glosario de términos jurídicos, que pueden ser útiles en el manejo directo del lenguaje técnico de otras obras doctrinales, de la jurisprudencia o de los contratos redactados en lengua inglesa.

La versión española ha sido redactada por Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, joven profesor de la Universidad de Sevilla, y *Visiting Research Fellow* del Instituto

de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Oxford, que ha dedicado muchas horas a contrastar la traducción con el propio autor, y ha sido también revisada de modo exhaustivo por Francisco CAPILLA RONCERO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, que lleva muchos años profundizando y explicando el Derecho comparado. Pienso que el magnífico resultado final de la traducción debe mucho a la intensidad y al rigor en el trabajo de los tres, y también a la generosidad con que han dedicado su tiempo a una tarea tan compleja y delicada. El resultado bien puedo afirmar que ha valido la pena, por poner a disposición de muchos lectores de habla hispana este libro señero que tanto nos puede enseñar.

SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones*. Editorial ARANZADI. 2019. 236 págs.

por

ALBERTO LÓPEZ SOTO
Presidente de Fundación Kumen.
Abogado en Lex Negotia, SLP.

He tenido el honor de prologar esta obra de gran importancia en la biblioteca jurídica de asesoramiento específico en materia fundacional.

Son muchas las personas que de manera directa o indirecta se unen a las fundaciones. En mi caso formo parte del patronato de una fundación «Kumen», pero hay muchas personas que colaboran de forma desinteresada en la misma.

La sociedad debe saber el gran papel que cumplen las fundaciones en un sentido muy amplio, por eso el estado debe facilitar su creación, su funcionamiento y su supervivencia. Fiscalmente deben recibir un trato favorable dada la gran labor social que realizan.

Las fundaciones han ido adquiriendo más reconocimiento social. Han existido desde muy antiguo, pero con unos fines muy limitados, benéficos sobre todo y con gran limitación en su actuar. Su auge se debe principalmente al reconocimiento constitucional, a su regulación jurídica más permisiva y al interés social que desempeñan.

La sociedad es sensible a las necesidades de sus integrantes, se desea un bien común y general para el país, y eso hace que las personas generosas dispongan de unos bienes para alcanzar intereses generales, la preocupación de esas personas hace que el estado deba reconocerlas y darlas un trato de favor, es lógico que si se trata de conseguir un interés público sin lucro se faciliten los trámites para su creación y mantenimiento. A nivel estatal se reconoce en la CE en su artículo 34, dentro de los derechos y libertades el derecho de fundación para fines de interés general. Este reconocimiento constitucional implica una actualización de las fundaciones. Se trata de ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional.

La obra que se presenta demuestra el gran manejo que presenta la autora en esta materia. Al tener el honor de prologar este libro puse de relieve la colaboración de la autora con nuestra fundación. El libro que se publica tiene una gran preocupación práctica, ha querido reflejar el gran papel que realizan todas las