

CLÁUSULAS *COMMON LAW* EN LOS CONTRATOS SOMETIDOS A LA LEY ESPAÑOLA

Jesús Simón Marco

Abogado de la Asesoría Jurídica Internacional de Mapfre.
Colegiado ICAM 82.827

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier CARVAJAL GARCÍA-VALDECASAS, don David GARCÍA-OCHOA MAYOR, don Alberto MANZANARES SECADES, don Juan José MARÍN LÓPEZ y don Antonio ZÁRATE CONDE.

EXTRACTO

En la profesión jurídica, tras la aparición de los modernos programas de procesamiento de textos, prácticamente ha desaparecido la técnica antigua de creación de contratos desde cero. Las operaciones jurídicas más comunes en la práctica (*i. e.* contrato de compraventa, arrendamiento, etc.) se realizan partiendo de modelos contractuales preestablecidos de una extensión considerable que se adaptan a cada operación concreta.

Al movimiento favorable a la creación de modelos, se le une el fuerte fenómeno de inversión extranjera que vivió España entre los años 1996-2006, fenómeno que ahora parece volver a cobrar fuerza. El hecho de realizar operaciones jurídicas con clientes extranjeros dentro y fuera de España conlleva el que los contratos que se firman con partes extranjeras adopten formas, expresiones y cláusulas propios de sistemas jurídicos del *common law*^{*}, sistema jurídico cuya práctica se encuentra consolidada en el derecho de los negocios internacionales. La incorporación, por el cauce de la estandarización, de cláusulas y expresiones de origen anglosajón plantea el problema del conocimiento del alcance de los mismos y sus efectos en el derecho español, toda vez que su práctica se va extendiendo a los contratos sujetos a la ley española, y un mero uso «normalizado» de los mismos, no garantiza que se estén realizando adecuadamente.

Palabras claves: *common law*, cláusulas estandarizadas e interpretación bajo la ley española.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

* Entendemos por *common law* (término que emplearemos a lo largo de todo este trabajo), como señalaba el profesor Castán, el sistema adoptado por Inglaterra-Gales y Estados Unidos (excluida Luisiana), esto es, uno de los tres grandes sistemas jurídicos del mundo occidental (junto con el civil-romano y el escandinavo), tal y como señala en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed., Madrid, 1957, pág. 18.

COMMON LAW CLAUSES IN AGREEMENTS SUBJECT TO SPANISH LAW

Jesús Simón Marco

ABSTRACT

Regarding the legal profession practice, the creation of contract from scratch has almost died out due to the triumph of modern computer word processor programs. The most common legal transactions (*i. e.* share purchase agreement, leasing, etc.) are carried out based on pre-established and extense templates which are fitted and adapted to each specific transaction.

In addition to the mentioned trend favourable to the creation of legal templates, we have to highlight the phenomenon of the strong foreign investment that took place in Spain between the years 1996-2006, which might be on the verge of starting again. Closing legal transactions with foreign clients, inside and outside Spain, involves that this kind of international contracts adopt forms, expressions and clauses from the Common Law, legal system which dominates the international business market.

The incorporation in an agreement subject to Spanish Law, of clauses and expressions that come from Anglo-Saxon Law, calls into question the meaning and extend of said clauses and, at the same time, a mere standard use of said clauses does not guarantee that said use is done in the proper form in order to create the envisaged legal effects.

Keywords: Common Law, standarised clauses and interpretation under Spanish Law.

Sumario

- I. Introducción
 - II. La extensión del contrato
 - III. Los expositivos del contrato
 - IV. Las manifestaciones y garantías
 - V. El contrato sometido a condición
 - VI. El estándar de diligencia
 - VII. El principio de conservación del contrato
 - VIII. La no creación de derechos en favor de terceros
 - IX. La fuerza mayor
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La idea de este breve estudio surgió uno de los primeros días de trabajo de su autor en una firma de abogados anglosajona con sede en Madrid. A última hora de la tarde, un colega con más experiencia en la firma le realizó el siguiente encargo:

«Que le facilitara una relación de las "**representations&warranties**" redactadas de tal manera que se pusieran de manifiesto ciertos riesgos que podían afectar al "**SPA**" debidos a la celebración de una serie de contratos con "**suppliers**" por parte de la sociedad "**target**" en el marco de una operación de "**M&A**" de dicha empresa por parte de un cliente de la firma».

La sorpresa ante el empleo de aquellos términos anglosajones se debía a dos razones: por un lado, a que a todo principiante siempre le sorprende la primera vez que oye la «jerga» del sector, especialmente cuando la misma está en otro idioma. Por otro, a que el significado que mi colega pretendía dar a aquellos términos anglosajones distaba de su mera traducción literal al castellano.

En efecto, tras una petición de aclaración, este autor pudo enterarse de que lo que se le pedía era:

«Que le facilitara una relación de las **manifestaciones y garantías** que estuviesen redactadas de tal forma que se pusieran de manifiesto ciertos riesgos que podían afectar al **contrato de compraventa** de acciones la celebración de una serie de contratos con **proveedores** por parte de la **sociedad objetivo** en el marco de una **operación de adquisición** de dicha empresa por parte de un cliente de nuestra firma».

En los días posteriores, pudo constatar que parte de esta «jerga anglosajona» se trasladó y vertió en el contrato final de compraventa de acciones que tuvo lugar entre nuestro cliente y los accionistas de la sociedad objetivo. En el mismo se volcaron expresiones y verdaderos rótulos de secciones con los nombres de *whereas, representations and warranties, termination, non-solicitation, escrow account, condition precedent, non-solicitation, entire agreement* y *no third-party beneficiaries*... a la par que se establecía que la ley aplicable al contrato era la española.

Las dudas que suscitó tal redacción no se hicieron esperar: ¿Siendo la ley española la ley aplicable al contrato, estos términos, o su correspondiente traducción, creaban algún tipo de efecto especial en el contrato? ¿A que obligaban exactamente bajo derecho español y con qué extensión?

No es el propósito de este trabajo el abordar todas y cada una de las posibles cláusulas que un contrato español puede importar del derecho anglosajón. Nos centraremos aquí en analizar

algunas de las más relevantes tomando en consideración especialmente las que pueden no resultar exactamente equivalentes a lo que su traducción literal podría sugerir bajo derecho español, o que simplemente no resultan necesarias teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los regímenes legales español y del *common law*.

II. LA EXTENSIÓN DEL CONTRATO

A) PERSPECTIVA DEL *COMMON LAW*

El primer elemento que llama la atención del nuevo modelo que se ha venido abriendo paso es la mayor extensión que tienen ahora los contratos en nuestro país, en relación con la práctica anterior, como consecuencia de la paulatina adopción del modelo anglosajón.

El origen de dicha extensión en el *common law* puede encontrarse, a primera vista, en un motivo de orden puramente costumbrista: la tendencia reiterada de los abogados que operan en este sistema a seguir, a la hora de redactar contratos, la técnica de adopción de modelos, como los que podían encontrarse en la obra *Every man his own lawyer* («Cada hombre su propio abogado»). Así lo destacaba el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de California (UCLA) David MELLINKOFF:

«Aquellos libros garantizaban el continuismo con el inglés arcaico y con una gramática incorrecta y deficiente uso de los signos de puntuación, en el uso de formas propias de todo amanuense o aficionado al derecho, con independencia de si el que los utilizaba tenía la más ligera idea de lo que significaba lo que escribía. Le dieron mayor crédito al lenguaje cuanto más barroco y prolijo era, así como a las más viejas formas consagradas en el Blackstone¹... Todavía no parece haber llegado el momento en el que se realice una profunda autocrítica; ha habido demasiada transformación legislativa como para intentar buscar más allá de la apariencia de seguridad. La apariencia de seguridad que daban y dan esas formas y expresiones jurídicas arcaicas, al menos en el imaginario colectivo de los abogados»².

Esta tendencia a seguir libros de modelos extensos está también estrechamente relacionada con los, en nuestra opinión, motivos que en mayor medida conducen a que los abogados del *com-*

¹ Blackstone hace referencia a William Blackstone, famoso comentarista de las leyes inglesas del siglo XVIII, cuyos libros y artículos han sido objeto de estudio durante varios siglos en las facultades de derecho de Inglaterra y Estados Unidos. Actualmente en Inglaterra tienen un gran seguimiento las colecciones de modelos «Atkin's Court Forms» y «Butterworths' Encyclopaedia of Forms and Precedents».

² MELLINKOFF, D.: *The Language of the Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Co., 1963, pág. 199.

mon law se inclinen por una redacción muy extensa de sus contratos: los principios de la **Parol Rule** y del **Stare Decisis** o del precedente.

Conforme a la *Parol Rule* (con sus correspondientes matizaciones, dado que su aplicación es más o menos rígida en los diferentes estados que componen los Estados Unidos, o en Inglaterra y Gales), en los contratos celebrados entre partes con parecida fuerza negociadora³ no es posible utilizar para la interpretación del contrato, incluso para los términos ambiguos, ninguna prueba «extrínseca» al mismo. Se excluyen por lo tanto los antecedentes escritos y/u orales que hayan podido intercambiarse las partes en cualquiera de las fases de la negociación pero que no hayan quedado plasmados en el cuerpo del contrato.

Naturalmente la consecuencia directa es que los abogados procurarán redactar el contrato de manera muy detallada, intentando precisar al máximo e incluir extensísimas enumeraciones de situaciones que cubran todos los casos posibles bajo la cláusula que en cada momento se considere.

La regla del *Stare Decisis* es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el sistema del *common law*. En efecto, frente a los sistemas jurídicos europeos continentales, marcados desde la época de Napoleón por la existencia de códigos civiles y mercantiles en los que se establecen los principios y principales normas civiles, el modelo del *common law* ha venido marcado históricamente por la existencia de algunas normas escritas denominadas *Statutes* frente a una serie de principios que se deducen de un repertorio de decisiones judiciales sobre casos planteados ante los tribunales, conocidos como *Case-Law*. Estas decisiones judiciales adquieren una notable importancia en la práctica, toda vez que el precedente judicial es **directamente vinculante y obligatorio**.

Según esta regla, aquel caso sometido y resuelto por un tribunal inglés (léase tribunal de país sujeto a la regla del *common law*) es obligatorio, para este y para los tribunales de rango inferior, en todos los demás casos semejantes que en el futuro puedan presentarse, por la fuerza vinculante del precedente⁴.

El *Stare Decisis* supone por lo tanto una aplicación analógica de un principio elaborado judicialmente para resolver un caso concreto (*ratio decidendi*) a otros casos en los que se aprecia, en lenguaje de nuestro Código Civil, «identidad de razón».

La regla del precedente y la multiplicidad de los mismos obliga al redactor de un contrato *common law* a producir largas cláusulas que perfilen y detallen al máximo lo que se quiere decir

³ En lo que los anglosajones denominan *arms length basis* o «igualdad de fuerzas». Se excluye por lo tanto de la aplicación de la *Parol Rule* el contrato de adhesión o con consumidores donde se aplica la regla interpretativa del *contra proferentem*, esto es, la ambigüedad de un término nunca beneficiará al emisor.

⁴ Así lo entendía, entre otros, Edward B. WHITNEY en su trabajo «The Doctrine of Stare Decisis» publicado en el vol. XIV de la Col. *International Congress of Arts and Science*, por la University Alliance, London y New York, 1908, 0.638.

en cada caso, con ánimo de evitar que algún término pueda ser interpretado de acuerdo con algún precedente judicial inconveniente para su cliente.

Tal es la tendencia a respetar y tratar de ajustarse y cubrir los riesgos derivados de la aplicación de un precedente judicial, que el propio juez británico Lord Evershed MR comentaba lo siguiente en el caso *Penn v. Gatenex Co.*, a propósito de un contrato de arrendamiento de un piso⁵:

«La cláusula segunda contiene no menos de 18 obligaciones para los inquilinos entre las que se incluye el mantenimiento de conejos y reptiles o la siega y siembra de césped, obligaciones que parecen haber sido incluidas más por la transcripción de un contrato modelo que porque guarde alguna relación con el contrato de arrendamiento que las partes firmaron».

Sin embargo, por absurdo que la reprimenda de dicho juez pueda parecer, la tendencia no ha disminuido, debido, entre otras razones, a los fortísimos estándares de diligencia profesional a los que los abogados ingleses y norteamericanos se enfrentan en el desempeño de su profesión.

En este sentido, en Inglaterra merece la pena destacar el caso de *Edward Wong Finance Co. Ltd. v. Johnson Stokes & Master*⁶ (1984). Se trataba de un caso en el que los abogados habían completado un contrato para la constitución de una hipoteca de acuerdo con el estilo de Hong Kong, algo absolutamente estándar en el mercado en el que operaban sus clientes. Sin embargo los abogados fueron declarados responsables por negligencia profesional porque el contrato no contenía específicamente provisiones para evitar el concreto riesgo de fraude.

Negligencia profesional que en cambio los tribunales ingleses no han extendido con tanta facilidad en el caso de los profesionales médicos cuando existe una actuación competente del mismo. Así, en el caso *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*⁷, se declaró que para un juez era difícil pensar que las opiniones de un profesional médico no eran razonables.

Lo anterior lleva a concluir que los abogados del *common law* se encuentran sometidos a un mayor riesgo de negligencia, incluso que otras profesiones, factor al que además ayuda la mayor propensión actual de los clientes a demandar a sus abogados, favorecida por la prontitud con la que otros abogados, ávidos de honorarios, aceptan sus servicios para demandar a otro colega por negligencia profesional.

Otro factor que contribuye sobremanera a la creciente extensión de los contratos es la inclusión de listados de definiciones. En efecto, es muy común encontrarnos con contratos que, ya

⁵ Parte del repertorio de casos [1958] 2 QB 210 218.

⁶ (1984) 1 AC 296.

⁷ (1997) 4 AER 771

sea en las primeras páginas o en las últimas, o a modo de anexo, incluyan un listado de palabras en mayúscula con el significado preciso que se le va a dar después a lo largo del texto contractual. A modo de ejemplo de definiciones que suelen encontrarse en los contratos podemos citar:

- «**Autorización**» significa la aprobación formal de la compraventa por parte de la Comisión Nacional de la Competencia.
- «**Principios contables**» significa principios contables generalmente aceptados en España.
- «**Cierre**» significa el quinto día a contar desde la comunicación por parte del comprador del cumplimiento de las condiciones suspensivas establecidas en el contrato.

Esta técnica, en principio beneficiosa para suprimir largas explicaciones acerca de lo que un término significa cuando se va a repetir a lo largo del clausulado de un contrato, sin embargo se torna en pernicioso cuando el redactor del contrato se dedica a definir una serie cuasi infinita de términos incluyendo incluso aquellos que tienen un significado claro e inconfundible y/o solo aparecen una vez en el contrato.

A mayor abundamiento, el redactor puede perder en claridad y ganar en complejidad cuando una definición contiene además otros términos definidos, técnica que podría compararse a una muñeca rusa «matriuska», más grande cuantos más términos definidos contiene.

La complicación se torna además en peligrosa bajo el derecho inglés cuando el ánimo de exhaustividad lleva al redactor a intentar realizar una extensísima definición que incluya todos los pormenores y se deja en el tintero uno importante. En tales casos los jueces, bajo la máxima latina de *expressio unius est exclusio alterius* pueden interpretar que la omisión no se debió a un error del redactor, sino precisamente a una exclusión deliberada. Así lo señalaba Lord Wilberforce en el caso *Seay v. Eastwood* con motivo de la aplicación de la legislación de control sobre el juego señalando que:

«tratar de definir el término "corredor de apuestas" de manera que incluya todo tipo de actividades de juego en los que puede intervenir puede ser contra productivo, toda vez que lo que se pueda ganar en precisión con un tipo de corredor de apuestas puede llevar a entender más superficialmente otras variantes del mismo»⁸.

Finalmente, el fenómeno contribuye a una redundante extensión cuando se incluyen definiciones que ya están incluidas en los denominados *Statutes* (normas escritas), por ejemplo, definir el término «mes» «persona» «masculino que incluye a femenino» «singulares que incluyen plurales» es redundante en Inglaterra toda vez que son expresiones incluidas en la Law of Property Act 1925.

⁸ [1976] 1 WLR 1117 (HL) 1121

B) PERSPECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La mayor extensión de un contrato, cuando conlleva una superlativa claridad en el mismo, no es un fenómeno indeseable, más allá de que el lector del mismo tendrá que emplear más tiempo en la tarea de leerlo y comprenderlo.

Sin embargo entendemos aquí que no es justificable el que se importe de los contratos del *common law* una serie de cláusulas extensísimas con el objeto de evitar los inconvenientes de una determinada interpretación jurisprudencial de un término o una serie de ellos.

Y no lo es porque en el derecho español, el precedente judicial no tiene **fuerza legal vinculante** más allá de para las partes del litigio donde el mismo tuvo su origen. En efecto, el artículo 1 del Código Civil español señala que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

El lugar de la jurisprudencia en nuestro derecho es el que señala el artículo 1.6 del referido Código al decir que «la jurisprudencia **complementará** el ordenamiento con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Tiene por lo tanto la jurisprudencia un valor complementario pero no suplementario, en el sentido de que, si bien puede ayudar a aclarar cuál es la interpretación que el Tribunal Supremo da a un determinado precepto o principio legal, no puede sustituir a los mismos ni colmar lagunas jurídicas allí donde se produzcan. En este sentido se pronuncia claramente la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988⁹:

«La jurisprudencia, si bien no es fuente directa, creadora de normas, sí cumple una muy interesante función en lo que a la aplicación del derecho se refiere, la de **complementadora del ordenamiento jurídico**, función que se cumple, fundamentalmente, no colmando lagunas normativas en cuanto las mismas no pueden existir, sino en base de realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente, a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando esta existiese, o de la costumbre y de los principios generales del derecho en defecto de aquella».

A esto debe añadirse que no cualquier sentencia de cualquier tribunal español puede alcanzar el grado de verdadera jurisprudencia. Tanto la doctrina como nuestro Tribunal Supremo han ido perfilando, a raíz de las exigencias de nuestro Código Civil, los siguientes requisitos para que una sentencia de un tribunal español tenga ese valor «complementario» del ordenamiento.

El primero de ellos es que, para que sobre una determinada cuestión jurídica (de naturaleza civil, administrativa, penal, etc.) pueda crearse jurisprudencia, la sentencia de la que esta emana

⁹ STS de 15 julio de 1988 [RJ 1988, 5722].

ha de estar dictada por la sala correspondiente (de lo civil, administrativo, penal, etc.) del Tribunal Supremo¹⁰. De esta manera, no será verdadera jurisprudencia la que emana de Tribunales de orden menor, como puedan ser las Audiencias Provinciales o los de Primera Instancia, denominada a veces por la doctrina como «jurisprudencia menor»¹¹ o meros «precedentes».

El segundo requisito es que, en aras de cumplir con la «reiteración» de la que habla el artículo 1.6 del Código Civil, se exige que al menos existan dos sentencias del Tribunal Supremo que resuelvan casos similares, en los que exista una coincidencia o armonía sustancial entre los casos resueltos¹².

El último requisito necesario para que podamos hablar de la existencia de jurisprudencia sobre una determinada cuestión es el de que en las al menos dos sentencias del Tribunal Supremo la argumentación del mismo coincida en la *ratio decidendi*, esto es, en la regla por la cual el tribunal resuelve sobre una cuestión en un sentido u en otro. En este punto podemos decir que en nuestro sistema (como en otros continentales) la sentencia recurre a la forma de silogismo: existirá una premisa mayor, que será el ordenamiento aplicable, una menor, constituida por los hechos del caso, y una solución al mismo que pasa por la aplicación del juez de ciertas reglas de ese ordenamiento de una determinada manera, esto es, de acuerdo con una *ratio decidendi* a unos hechos para llegar a una solución en derecho.

No pueden formar parte de la jurisprudencia aquellas cuestiones que no decidan el asunto y que hayan podido ser citadas o mencionadas por el tribunal sin que supongan ninguna decisión sobre la cuestión, lo que tradicionalmente se conoce por declaraciones *obiter dicta*.

En cuanto al valor que tiene la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, esa función complementadora es crucial, pero carece de fuerza vinculante toda vez de que (y aunque existen discusiones sobre este pormenor en las que ahora no vamos a entrar) en el caso de que un juez o tribunal se apartase de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, **no se invalida automáticamente su sentencia**, sino que, en todo caso, este apartamiento puede servir como motivo de casación. No obstante, el Tribunal Supremo puede apartarse en cualquier momento de su jurisprudencia consolidada, por lo que esta producción normativa es esencialmente mutable, adecuándose a los tiempos con cada fallo.

C) CONCLUSIÓN

Hemos visto el papel vital de la jurisprudencia en el *common law*, que obliga al abogado a intentar evitar redacciones que puedan incluirse en jurisprudencia contraria a los intereses de su

¹⁰ En este sentido *vid.* la STS de 17 de julio de 2007 [RJ 2007, 4894] entre otras muchas.

¹¹ Conviene hacer la precisión, de escasa relevancia a efectos de este trabajo, de que constituye jurisprudencia en materia de derecho foral la emanada de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos.

¹² STS de 17 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8811].

representado. Frente al mismo, en el caso español, el valor que para un abogado pueda tener la jurisprudencia española a la hora de redactar un contrato será el de que podrá hacerse una idea aproximada de cómo pueden interpretar los tribunales en un momento dado alguna cuestión legal en particular. Sin embargo, siempre tendrá la posibilidad de decantarse por una interpretación distinta si la misma tiene una clara justificación legal que pueda –llegado el caso– ser defendida delante de un tribunal, por mucho que se aparte de una jurisprudencia concreta.

III. LOS EXPOSITIVOS DEL CONTRATO

Casi todos los contratos del *common law* incluyen, bajo el título del contrato e inmediatamente después de enunciar la identidad de las partes, una sección que antecede a las cláusulas propiamente dichas, encabezada por títulos semejantes a *Whereas* (Mientras que) o *Considering* (Teniendo en cuenta que) *Recitals*. A continuación tienden a enumerarse una serie de situaciones relativas a las partes, al momento en el que las mismas se encuentran, a las necesidades con las que las mismas acuden a contratar y a la confluencia entre la necesidad de una de ellas y el servicio que la otra ha de prestarle. Un ejemplo de la misma podría ser el que sigue:

«I. Que [Compañía 1] es una compañía que se dedica, de forma habitual y para diferentes clientes, a la prestación de servicios de [...], declarando ser titular de cuantas autorizaciones, permisos y licencias de toda índole son precisas para el ejercicio de su actividad, así como de los medios materiales y de personal suficientes para llevar a efecto sus servicios.

II. Que [Compañía 2] es una compañía cuya actividad principal es [...].

III. Que [Compañía 2] está interesada en contratar la prestación de los servicios de [...] (en lo sucesivo, los "Servicios").

IV. Que [Compañía 1] conoce las necesidades y requerimientos de [Compañía 2] en orden a la prestación de los Servicios, manifestando su interés por atenderlos a cambio del precio que se establece a continuación, dentro del más escrupuloso y estricto marco legal.

VI. Que las Partes, de común acuerdo, otorgan por medio del presente documento, un contrato de prestación de servicios para el desarrollo de la actividad antes citada (en lo sucesivo, el "Contrato") que se regirá por las siguientes»

A continuación veremos el interés que tiene la redacción de expositivos en ambos sistemas jurídicos.

A) PERSPECTIVA DEL COMMON LAW

Los expositivos del contrato tienen una gran importancia porque ayudan a interpretar cuál es la finalidad que persiguen las partes al contratar. Dejando a un lado la polémica, sobre todo generada en

contratos sucesorios, acerca de si el contenido de los expositivos tiene fuerza vinculante, en nuestra opinión lo más relevante de los mismos es que permiten entender sucintamente cuál es el motivo por el que las partes acuden a la contratación y cuáles serán las prestaciones que deberán dar a cambio.

En este sentido, los elementos fundamentales de todo contrato *common law* son:

- Consentimiento de las partes, manifestado en la expresión de ambas voluntades.
- *Consideration*, esto es, que las promesas contractuales tienen que tener una contraprestación legalmente admisible.
- Capacidad de los contratantes para contratar.
- Un objeto legalmente lícito.

Prácticamente la totalidad de estos elementos suelen incluirse de una manera más o menos clara en los expositivos del contrato. En relación con el *Consideration*, se define como la contraprestación de valor suficiente que se hace correlativamente con la promesa realizada. Es un elemento imprescindible para la existencia del contrato, similar en el derecho español a la estructura de los contratos con obligaciones recíprocas¹³: la prestación de una parte requiere correlativamente la contraprestación de la otra para que el contrato sea válido. De esta manera, los expositivos tienen una gran utilidad porque ayudan a entender cuál es la finalidad del contrato, a la par que justifican en gran medida y ya desde un primer momento la concurrencia de sus elementos fundamentales, sin necesidad de escudriñar su presencia en el clausulado del mismo¹⁴.

B) PERSPECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Al igual que sucede en el caso del *common law*, la presencia de unos expositivos como antecedente del clausulado contractual resulta muy conveniente para poder observar, en su propio comienzo, la concurrencia de varios de los elementos fundamentales del contrato.

Elementos que, como señala el Código Civil, son el consentimiento, el objeto y la causa (además de la forma escrita cuando la ley requiera esa forma especial).

El consentimiento, como concurso de aceptaciones, aparece manifestado normalmente en los expositivos, sin perjuicio de que resulte muy conveniente a efectos probatorios dar un signo más formal (*i. e.* firma o sello).

¹³ A la que se refiere la primera parte del artículo 1.274 del Código Civil cuando señala que «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, **la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera...**».

¹⁴ Cuestión a parte será cuando se produzcan contradicciones entre lo señalado en los expositivos y el cuerpo del contrato, momento en el que habrá que acudir a las reglas de interpretación para intentar salvar la validez del contrato.

En cuanto al objeto del contrato, igualmente suele aparecer anunciado en los expositivos al referirse a las, como señalaba el profesor CASTÁN¹⁵, cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer, o, como decía DE CASTRO, la materia social sobre la que recae el vínculo creado¹⁶.

Y refiriéndonos a la causa, sin que podamos extendernos aquí en las enormes disquisiciones doctrinales que sobre el mismo concepto se han formulado¹⁷, podemos decir que también aparece enunciada en los expositivos, toda vez que en los mismos se suele dar una descripción del negocio o contrato que las partes buscan realizar, a la par que es frecuente encontrar también lo que las partes pretenden conseguir como resultado, al amparo jurídico de una forma contractual¹⁸.

C) CONCLUSIÓN

Tanto en el derecho del *common law* como en el derecho español, resulta muy aconsejable la redacción de unos expositivos claros en los que se revelen las necesidades e intenciones de las partes, el objeto del contrato así como, *grosso modo*, las prestaciones a las que se verán obligadas las partes bajo el clausulado del mismo. Su presencia favorece normalmente la tarea interpretativa.

IV. LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

Las *representations and warranties*, comúnmente traducidas al castellano como «manifestaciones y garantías», son una serie de afirmaciones que realizan las partes [*i. e.* comprador y vendedor en relación con hechos o situaciones relevantes a la hora de contratar (presentes o in-

¹⁵ En CASTAN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Madrid: editorial Reus. 1.925, págs. 113-114.

¹⁶ *El Negocio Jurídico*, Civitas, 2002, pág. 192.

¹⁷ Y así lo enuncia DE CASTRO al decir que «La causa de los contratos, de las obligaciones o de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto cobre fama de incomprensible y hasta de misterioso» (en *El Negocio Jurídico*, Civitas, 2002 pág. 164).

¹⁸ Concepción moderna de la causa, que supera y de algún modo aúna la vieja rivalidad entre las teorías subjetivista y objetivista de la causa. La subjetivista, que configura la causa como el propósito o finalidad con el que cada una de las partes acude a contratar. El problema que plantea desde el primer momento es precisamente dentro de los motivos cuáles son válidos y cuáles tienen relevancia jurídica porque hasta un loco actúa siempre llevado por un motivo, por desafortunado que pueda ser. Por su lado, la concepción objetivista parte de lo dispuesto en la ley, pero cae en la simpleza de dejar en un segundo plano la voluntad y las motivaciones de la actuación de las partes, no siendo compatibles con lo dispuesto en los códigos ni con las resoluciones de los tribunales, porque para que haya causa no basta con que se produzca la causa objetiva o tipificada (una venta o una donación), sino que hace falta que no sea opuesta a la ley o las buenas costumbres y, claro está, para calificarlo será preciso acudir a la conducta de cada una de las partes.

cluso acciones futuras)] de cuya veracidad responden ante la otra parte. Un ejemplo de las mismas podría ser el siguiente:

a) *Each Party hereby represents and warrants to the other Party that, as of the date hereof and as of the Effective Date:*/ Cada una de las partes manifiesta y garantiza que, desde la fecha hasta el día de Fecha Efectiva:

1. *such Party is duly organized, validly existing and in good standing under the laws of the place of his resident or its establishment or incorporation;*/ cada Parte está válidamente constituida según las leyes de su país de incorporación;

2. *such Party has carried out all procedures and obtained all approvals required under the laws and regulations to which it is subject, and has the requisite power under such laws and regulations, to sign this Contract and to perform all of its obligations hereunder;*/ cada Parte ha realizado los procesos y ha obtenido las aprobaciones requeridas por las leyes y demás normativa, y tiene poder suficiente para firmar el presente Contrato y cumplir con las obligaciones a las que se compromete bajo el mismo;

A) PERSPECTIVA DEL COMMON LAW

La redacción de un listado de manifestaciones y garantías es muy frecuente en los contratos de *common law*, con excepción de aquellos en los que se venden productos usados y la cosa se entrega *as is* o tal como está.

Por «manifestaciones» normalmente se hace referencia a una serie de *statements of fact* o hechos previos a la contratación, como la capacidad de las partes y los representantes autorizados. Por su lado las «garantías»¹⁹ son promesas, normalmente de realizar o no una serie de actos en el marco de un contrato (*i. e.* el vendedor garantiza que esta cuenta con un equipo suficiente para la prestación de los servicios de mantenimiento de las instalaciones...).

Adquieren especialmente relevancia en un contexto jurídico en el que las partes no están obligadas a contratar de buena fe y, por lo tanto, rige el principio según el cual el comprador compra a su suerte (*caveat emptor*), sin que pueda reclamar después al vendedor.

¹⁹ Que en nada tienen que ver por lo tanto con el concepto de garantía personal, cuyo arquetipo es la fianza. En la fianza, un tercero denominado fiador se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este. En las «*warranties*» o «garantías» no existe ese tercero fiador; la garantía está respaldada no con el patrimonio de un tercero sino con el propio patrimonio del que emite la declaración.

Para paliar las consecuencias del sistema del *caveat emptor*, el comprador buscará en la negociación obtener el mayor número de manifestaciones y garantías por parte del vendedor, y la mayor amplitud y extensión posible en las mismas.

Y ello, porque las afirmaciones de las partes formuladas en las manifestaciones y garantías pueden servir de base a reclamaciones sobre la base del *misrepresentation* (manifestación fallida) y que pueden dar lugar a la resolución del contrato con devolución de aportaciones (*restitutio in integrum*) o incluso a la compensación de daños si el *misrepresentation* tuviera un carácter fraudulento. En el caso de que se diera una garantía falsa, que no tenga carácter de término esencial del contrato (*condition*), la parte perjudicada podía reclamar tan solo los daños producidos.

Las partes buscarán en la negociación obtener el mayor número de manifestaciones y garantías por parte de la otra, y la mayor amplitud y extensión posible en las mismas.

Para evitar asumir riesgos innecesarios, las partes pueden evitar realizar extensos listados de manifestaciones y garantías permitiendo el examen, con mayor o menor intensidad, de la situación jurídica del objeto del contrato (*i. e.* el estado jurídico de una compañía en venta) a través de los denominados procesos de *due diligence*.

A partir de allí se pueden detectar defectos en la cosa, que pueden quedar de manifiesto entre las partes a través de un documento denominado *disclosure letter* en el que una de las partes (*i. e.* el vendedor) matiza o limita el contenido de las manifestaciones y garantías que da. Puesto que las pone en conocimiento de la otra parte, evita así una posible reclamación futura por *misrepresentation*.

Es frecuente establecer límites cuantitativos a ciertas manifestaciones y garantías [*i. e.* el vendedor no responderá por reclamaciones que surjan como consecuencia de litigios en sumas inferiores o superiores a (...)]. También establecer, ligadas a las manifestaciones y garantías, circunstancias que conllevan un *minor* o *material* incumplimiento del contrato. En el caso de incumplimiento menor, la solución podrá ser la de que la parte afectada por el incumplimiento:

- Exija el cumplimiento de la parte de su prestación insuficiente o incompleta.
- Deduzca del precio final el coste de sanar el defecto de la prestación insuficiente.
- Lo arregle a su costa y exija a la otra parte el reintegro del coste de sanar el defecto de la prestación insuficiente.

En el caso de incumplimiento relevante podrá:

- Resolver el contrato, recibiendo de la parte incumplidora la correspondiente compensación de daños y liberándose de realizar la prestación a la que por su parte está obligada.
- Intentar simplemente recuperar daños y perjuicios, dando el resto del contrato por cumplido.

Y el sistema queda cerrado con la existencia, en cada país del *common law*, de una serie de plazos durante los cuales las partes responden, denominados *estatuates of limitation*.

B) PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

Las «manifestaciones y garantías» son cláusulas de importación relativamente recientes en la práctica contractual española, procedentes de los modelos contractuales del *common law*. No hay normas en el Código Civil ni en otros textos normativos que se ocupen de ellas, pero ya hay nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las mismas²⁰.

Se las podría caracterizar, de modo general, como proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o predicciones de eventos futuros, y que un contratante (típicamente, el vendedor) hace y dirige a la otra parte, con la intención de que tengan efecto jurídico, en principio favorable a esta segunda.

La doctrina se ha hecho eco de estas cláusulas, y así CARRASCO²¹ señala la presencia de cuatro grandes tipos en los contenidos habituales de tales manifestaciones y garantías:

- a) Promesas de conducta futura del vendedor o garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras.
- b) Declaraciones del vendedor acerca de la existencia o subsistencia de ciertos hechos, pasados o presentes.
- c) Declaraciones del vendedor por las que manifiesta su creencia en ciertos eventos o estados del mundo en el futuro.
- d) Declaraciones acerca del valor y trascendencia de las propias manifestaciones y garantías o de algunas de ellas (que se podrían denominar «meta-manifestaciones»).

Resulta fundamental entender cuáles son los diferentes efectos de dichas cláusulas, viendo lo que sucederá en caso de incumplimiento de las mismas.

En las promesas y garantías a las que nos referimos en el apartado a), la no realización de las mismas o el acaecimiento de una contingencia lleva al incumplimiento contractual imputable al emisor (salvo caso fortuito o fuerza mayor, a la que nos referiremos en otro apartado), que quedará sujeto a la responsabilidad contractual correspondiente al incumplimiento.

²⁰ SSTs, Sala 1.ª, de 30 de junio de 2000, de 19 de enero de 2001, de 18 de diciembre de 1999, de 11 de julio de 2000, de 12 de marzo de 1999, de 16 de noviembre de 2001, de 3 de diciembre de 2003, de 19 de julio de 2004 y de 1 de septiembre 2006.

²¹ En «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», en José María ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA (ed.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 257 y ss., 2004.

En este caso los remedios de los que gozaría la parte frente a la que se ha incumplido pueden ser exigir el cumplimiento, si este resultare aún posible, con la indemnización por los daños producidos, o la resolución del contrato con la indemnización de daños correspondiente.

El remedio de la resolución, muy conveniente en un primer momento, puede resultar farragoso e incluso imposible si se pretende obtener meses o incluso años después de la celebración del contrato.

En el caso b) habría que verificar si se ha producido falsedad en los hechos o cualidades declaradas como existentes y ciertas. En tal caso el vendedor se deberá hacer cargo de los daños y perjuicios derivados de la falsedad de su declaración. Sin embargo tampoco se puede descartar que los tribunales consideren que la falsedad de estas manifestaciones supone un verdadero incumplimiento contractual que habilita la resolución de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil.

En el caso de las manifestaciones y garantías del apartado c), se configura como un grado más remoto que lleva a que solo una descarada mala fe por parte del emisor, unida a que la contraparte haya podido razonablemente creer en la declaración, lleve al emisor a responder por daños y perjuicios y, cuando pudiese probarse que eran circunstancias esenciales para la contratación, llevar a la resolución del contrato.

Las manifestaciones y garantías bajo el apartado d) llevan a cualificar el grado de severidad con el que otras manifestaciones y garantías han sido emitidas. Como en todas las anteriores, el carácter esencial o no que pueda tener la declaración dentro del contexto del contrato será la que pueda llevar en su caso a la resolución.

Merece la pena destacar, en lo que se refiere a la resolución, que en el derecho español conviene establecer el carácter esencial o accesorio de cada una de las distintas aseveraciones que se puedan formular bajo las «manifestaciones y garantías», a la hora de poder dilucidar si su quebranto supone un incumplimiento esencial o no del contrato que pueda dar lugar a su resolución.

Y ello porque como es bien sabido, el Tribunal Supremo se ha mostrado reacio a conceder la resolución de un contrato en situaciones en las que no se aprecia un verdadero incumplimiento esencial del contrato²².

Pero es que, además, el sistema de «manifestaciones y garantías» resulta interesante para el comprador porque, a la hora de reclamar el incumplimiento de una obligación contractual expresada en tal forma, podrá invocar la doctrina del *aliud pro alio* (en el sentido de aducir que se trata de una venta inadecuada o inhábil para el destino pretendido) y acudir al plazo general de

²² Según el Tribunal Supremo [STS de 21 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1275)], se precisan cinco requisitos para que proceda la resolución: 1) existencia de un vínculo contractual; 2) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo; 3) que exista un **incumplimiento grave** de una de las partes; 4) que no haya existido voluntad de cumplir; 5) que quien pretenda la resolución no haya incumplido, por su parte, sus obligaciones.

prescripción de la acción de 15 años²³ en lugar de los plazos de caducidad mucho más cortos establecidos en el Código Civil (art. 1.490, de 6 meses) y de Comercio (art. 342, de 30 días) establecidos para la responsabilidad por vicios en el contrato.

En este sentido se pronunció la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6747) en relación con la venta por parte del Estado de las acciones de una compañía en la que manifestaba al comprador que la empresa contaba con las licencias y autorizaciones gubernativas necesarias, resultando no ser verdadera dicha declaración. El Tribunal Supremo declaró que la reclamación del vendedor no había caducado porque el fallo en la declaración no suponía un defecto oculto amparado bajo el 1.490 del Código Civil (cuya acción había caducado porque ya habían pasado más de 6 meses), sino un verdadero incumplimiento de un deber precontractual sometido al plazo de prescripción de 15 años del artículo 1.964.

C) CONCLUSIÓN

El análisis de los dos sistemas nos lleva a pensar que en el sistema del *common law* las «manifestaciones y garantías» son imprescindibles en un entorno en el que se produce una negociación en la que no es obligatorio proceder de buena fe. Frente al mismo, el régimen español cuenta con específicas previsiones legales para el caso de existencia de vicios o incumplimiento contractual. Sin embargo esto no es óbice para que las partes, aprovechando esta técnica contractual, configuren las «manifestaciones y garantías» de manera que se aseguren, por un lado, el poder reclamar por incumplimiento contractual, y, por otro, evitar los plazos breves del régimen de vicios establecido en los Códigos Civil y de Comercio, acogiéndose al plazo general de prescripción de 15 años del artículo 1.965 del Código Civil.

V. EL CONTRATO SOMETIDO A CONDICIÓN

En ocasiones las partes ven conveniente sujetar el cumplimiento de ciertas obligaciones al acaecimiento o no de un determinado evento, conocido como condición.

Es particularmente importante en los contratos de compraventa, cuando se somete la transmisión de la propiedad a la previa autorización de alguna autoridad competente, sobre todo en el contexto de mercados regulados.

A) PERSPECTIVA DEL COMMON LAW

Las promesas contractuales puras (no sometidas a condición) reciben la denominación de *covenant*. El *covenant* es una promesa directamente exigible por la otra parte.

²³ Artículo 1.964 del Código Civil.

Frente al *covenant* se presenta la promesa condicionada, supeditada precisamente a que la condición de la que dependa tenga lugar o no.

Dentro de las promesas condicionadas, la más usual es la denominada *condition precedent* (condición que precede), en virtud de la cual, la obligación de una de las partes no es exigible hasta la fecha en la que se produzca el evento que constituye la condición. Menos frecuente aunque no por ello menos importante es la *condition subsequent* (condición resolutoria) que opera justo al revés que la *condition precedent*: la obligación es exigible para una de las partes desde que nace el contrato, pero puede verse liberada de su ejecución (*performance*) si en un momento ulterior tiene lugar el evento condicional.

A estos tipos de condiciones se añade la *condition concurrent*, en virtud de la cual, el cumplimiento de la obligación de una de las partes viene precisamente ligado al cumplimiento concurrente de la obligación por la otra parte.

Merece la pena destacar, por lo que diremos a renglón seguido al hablar de la condición en el derecho español, que el concepto de condición del *common law* se acerca al de condición en sentido general, sin que precise que sea un hecho absolutamente ajeno a la esfera de decisión de las partes.

B) PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

En el derecho español los tipos de condiciones admitidos son parecidos a los del *common law*. Frente a las obligaciones puras existen las sometidas a condición, pudiendo distinguirse entre las que lo están bajo condición suspensiva y aquellas sometidas a condición resolutoria, tal y como señala el artículo 1.114 del Código Civil:

«En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición».

Mientras que la condición resolutoria es aquella de cuyo acaecimiento depende la extinción de la obligación, la condición suspensiva sujeta la adquisición de los derechos precisamente a que efectivamente tenga lugar el acontecimiento que constituye la condición.

A diferencia del *common law*, en el derecho español el «acontecimiento que constituye la condición» no es cualquier acontecimiento sino que ha de ser aquel acontecimiento constituido por un **hecho futuro o incierto o pasado que los interesados ignoren**. En este punto el Tribunal Supremo ha aclarado en reiteradas ocasiones que la esencia de la condición no reside en la futuridad del evento sino en su incertidumbre²⁴, incertidumbre que constituye además la principal diferencia entre la condición y otras formas limitativas o restrictivas de la eficacia del contrato (como el plazo).

²⁴ STS de 26 de julio de 1996.

Será por ello de suma importancia establecer en el contrato un evento condicional que reúna las características de ser futuro o incierto (o pasado si los interesados lo ignoran) que no dependa de la voluntad de ninguna de las partes. Y ello porque nuestro derecho prohíbe la condición «completamente potestativa» en el artículo 1.115 del Código Civil²⁵ al decir que:

«Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula».

Derivado de lo anterior resultará que no será verdadera condición la que establece que una operación de compraventa de una compañía se sujeta a lo que decidan los accionistas del comprador, porque lo mismo es dejar el cumplimiento de la condición en manos de una de las partes.

Adicionalmente, cuando una de las partes impida el cumplimiento de la condición, dicha conducta se sancionará teniendo por cumplida la condición y desplegándose todos sus efectos, según señala el artículo 1.119²⁶ del Código Civil:

«Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento».

Finalmente, en lo que se refiere a la *condition concurrent*, tal condición no aparece reconocida como tal en el Código Civil. La doctrina ha entendido que el hecho de que el cumplimiento de la obligación de una de las partes se supedita al cumplimiento de las obligaciones de la otra parte no constituye una verdadera condición en sentido técnico jurídico, sino la denominada condición resolutoria legal tácita o *conditio iuris* a la que se refiere el artículo 1.124 del Código Civil a propósito de los contratos sinalagmáticos y que permite resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra parte:

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe».

²⁵ Regla que no deja de ser una manifestación del principio general de prohibición de la arbitrariedad enunciado en el artículo 1.256 del Código Civil: «La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes».

²⁶ En este sentido ha dicho la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012\181014): «A) Lo que en el artículo 1.119 del Código Civil (LEG 1889, 27) se establece es una sanción al obligado que actúa de mala fe (*dolus pro impleta condicione*), que exige que el interesado en que la condición no se cumpla observe voluntariamente una conducta contraria a la buena fe, conducta que sea la causa del incumplimiento de la condición. No basta, por consiguiente, la simple inactividad del obligado, para que la condición pueda considerarse cumplida, sino que es preciso que la inactividad constituya un acto de mala fe. Por otra parte, la carga de la acreditación de la mala fe pesa sobre el acreedor, la parte actora, al ser un hecho constitutivo de su pretensión».

VI. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA

Cuando dos partes se obligan en un contrato, lo hacen asumiendo un determinado grado de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, que no es otra cosa sino el nivel de compromiso con el que actuarán en orden a cumplir con aquello a lo que se obligan.

Cada sistema jurídico admite unos determinados estándares de diligencia. En los sistemas continentales, aparecen menciones en los distintos códigos legales al grado de diligencia que el obligado deberá asumir a la hora de cumplir con sus obligaciones²⁷. Este grado de diligencia admite normalmente toda aquella extensión y límites por encima del estándar legal que en principio las partes quieran asumir, de acuerdo con el principio de Autonomía de la Voluntad.

La cuestión se complica de modo radical cuando nos encontramos ante el derecho del *common law*, como veremos a continuación.

A) PERSPECTIVA DEL *COMMON LAW*

Ante la ausencia de normas (*Statutes*) que impongan estándares de diligencia²⁸ en el derecho de contratos, se han ido construyendo una serie de términos a lo largo de décadas que, más allá del significado literal aparente, despiertan una serie de consecuencias verdaderamente relevantes cuando son interpretadas por los tribunales.

Esta realidad ha provocado el desarrollo de un fenómeno casi «psicótico» mediante el cual los abogados buscan precisar muy detenidamente la manera en la que matizan la diligencia exigible para cada obligación, preocupándose mucho de qué sustantivos y adjetivos emplean e, incluso, la colocación que los mismos tienen en la formulación final.

Existe un estándar mínimo de diligencia observable en el cumplimiento de las obligaciones marcado por la denominada «*good faith* (buena fe)» que supone, según se decía en la obra *Farnsworth on Contrats*, «un estándar de honestidad mínimo exigible a cualquier parte en un contrato».

Frente a la mera buena fe, la expresión más estandarizada en el derecho de *common law* para exigir a una de las partes un determinado nivel de diligencia en el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales viene marcada por la expresión *best efforts* (traducción literal, «mejores esfuerzos») en el caso de los Estados Unidos, y por *best endeavours* en el caso del Reino Unido.

²⁷ Por ejemplo en Italia rige lo dispuesto en el artículo 1.176 de su Código Civil de 1942, que señala: «En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia». Similar acercamiento plantea el BGB alemán, en el que sin embargo la expresión, no obstante con parecidos efectos, se ha cambiado por la de «vida de relación».

²⁸ La diligencia en *common law* es definida en el *Black's Law Dictionary* (pág. 468) como «la atención y cuidado que se requiere de una persona en una situación concreta».

Nos centraremos en el caso del *best efforts* norteamericano por ser de mayor interés a los efectos de nuestro estudio, dado que su traducción literal, «mejores esfuerzos», es la que con más frecuencia es «importada» a los contratos sujetos a ley española.

Esto supuesto, es muy frecuente encontrarse con construcciones que señalan que «las partes realizarán sus *best efforts* para cumplir con determinada obligación, obtener una determinada licencia o autorización o, incluso, a llevar a buen término la operación/contrato entera/o. En caso de incumplimiento de la citada obligación, la otra parte podrá tener base para reclamar daños o, en su caso, exigir el cumplimiento de la obligación a la otra parte.

A partir de aquí surge toda una retahíla de expresiones similares para precisar el grado de diligencia asumido, entre las que podemos encontrar las de «*commercially reasonable efforts* (los esfuerzos comercialmente razonables)» «*reasonable best efforts* (razonables mejores esfuerzos)» «*reasonable efforts* (esfuerzos razonables)».

A las expresiones anteriores, más comunes en la práctica, se han añadido en los últimos tiempos otras como las de «*Good-faith efforts* (esfuerzos de buena fe)» «*commercially reasonable best efforts* (comercialmente razonables mejores esfuerzos)» «*diligent efforts* (esfuerzos diligentes)» y expresiones más enrevesadas como la de «*commercially reasonable and diligent efforts* (comercialmente razonables y diligentes esfuerzos)».

La preocupación por la utilización de una expresión u otra se encuentra directamente relacionada con el alcance que la jurisprudencia más reciente le haya dado o no a una determinada expresión a la hora de exigir el cumplimiento de una obligación contractual.

Aunque en la práctica los tribunales no dan especial importancia a la colocación anterior o posterior de un adjetivo sobre la palabra *efforts*, sí que **entienden casi con unanimidad que la expresión *best efforts*, en cualquiera de sus formulaciones anteriores, supone un grado de diligencia notablemente mayor al que se adquiere bajo la expresión *good faith* (buena fe):**

«Un deber como este requiere que la parte obligada realice aquellos esfuerzos que sean razonables habida cuenta de su capacidad y medios a su disposición teniendo en cuenta las expectativas de su contraparte. Aunque el alcance de este deber no está delimitado mejor que el alcance del deber de «buena fe», parece claro que el deber de procurar los "*best efforts* (mejores esfuerzos)" es más oneroso que el que deriva del deber de actuar con buena fe»²⁹.

Por su lado, los abogados del *common law* a la hora de negociar los contratos entienden que el *best efforts* es el más oneroso de los estándares de diligencia posibles, que ha de llevar al

²⁹ Bloor v. Falstaff Brewing Corp., 454 F. Supp. 258, 266 (S.D.N.Y. 1978) (citation omitted), aff'd, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979). En este caso una de las partes se comprometía a realizar sus *best efforts* para promover y mantener elevado el volumen de ventas del producto. Sin embargo ante dificultades financieras, dejó de promocionar el producto, apreciándose incumplimiento de su obligación bajo el estándar *best efforts*.

obligado bajo el mismo a cumplir con sus obligaciones contractuales incluso si eso le lleva a la situación de concurso de acreedores³⁰.

Desde luego se exige con más extensión que otros deberes como el de la mera buena fe. En este sentido es citado el caso de *Satellite Broad. Cable, Incv. Telefónica de España* 807 F. Supp. 210, 217 (D.P.R. 1992) en el que el tribunal afirmaba que el efecto de la expresión *best efforts* era el de que se «extendían por su causa los daños extracontractuales más allá de lo que lo harían bajo un mero requisito de actuar con buena fe».

Sin embargo no parece que deba admitirse el que la fórmula del *best efforts* tenga un alcance ilimitado. La jurisprudencia más reciente, si bien reconoce esta fórmula como un estándar de diligencia muy exigente, no lo extiende hasta el punto de que el obligado deba cumplir hasta el extremo de que su cumplimiento le lleve a la más absoluta bancarrota. En este sentido, podemos citar la línea seguida en el caso de *Coady Corp. V. Toyota Motor Distrib.*, 361 F.3d 50, 59 (1st Cir. 2004) caso en el que el tribunal señala que «*best efforts* no puede significar (tener que realizar) todo lo posible bajo el sol...»

Adicionalmente parece que, lejos de ser una fórmula cerrada, resulta crucial tener en cuenta circunstancias que afectan a la parte que se obliga bajo un estándar *best efforts*. Se ha señalado que para que un tribunal pueda discernir en el contexto de un litigio si una parte empleó o no sus *best efforts* en el cumplimiento de una obligación, ha de tener en cuenta que es un hecho de apreciación subjetiva, en el que hay que valorar la experiencia, estados financieros y otras características relativas a la parte a la que le es exigido este estándar³¹.

Si tenemos en cuenta lo anterior, no resulta apropiado intentar matizar o atemperar la fórmula (en un sentido de que obligue más o menos en función del obligado al que el abogado representa) simplemente recurriendo a la técnica de añadir o suprimir palabras. La jurisprudencia norteamericana no ha reconocido especiales efectos a la fórmula «*reasonable best efforts* (razonables mejores esfuerzos)». Y no lo ha hecho cuando ha tenido oportunidad de hacerlo³². La misma suerte han seguido expresiones semejantes.

Y es que existe una incipiente tendencia jurisprudencial que va por otros derroteros: la de no acogerse a una simple fórmula ni reconocerle efectos vinculantes salvo que de alguna ma-

³⁰ Y así Charles M. Fox en su libro *Working with Contracts: What Law School Doesn't Teach You* (PLI 2002) señala que «el *best efforts* es el estándar más riguroso».

³¹ Entre otros, en el caso *Triple-A Baseball Club Assoc. V. Northeastern Baseball Inc*, 655 F. Supp. 513, 540 (D. Me. 1987)

³² Aunque no se ha pronunciado en particular sobre esta fórmula, no le atribuyó diferentes efectos a esta nueva fórmula en los casos *Herrmann Holdings Ltd. v. Lucent Techs., Inc.*, 302 F.3d 552 (5th Cir. 2002) o en el de *In re ValueVision Int'l Sec. Litig.*, 896 F. Supp.434 (E.D. Pa. 1995). Si existe algún caso más dudoso como el de *Stamicarbon, N.V. v. American Cyanamid Co.*, 506 F.2d 532, 538 (2d Cir. 1974), pero en el mismo el tribunal no se pronuncia acerca de si hubiese llegado al mismo veredicto en el caso de que la expresión *reasonable best efforts* no contase con la palabra *reasonable*.

nera las partes plasmen en el contrato elementos que permitan discernir cuál era el estándar de cumplimiento que se exige en cada caso concreto. Sin embargo, hasta que esta corriente, seguida fundamentalmente por los tribunales de Illinois y Nueva York, se consolide, seguirá siendo muy frecuente recurrir a la utilización de estas fórmulas.

B) PERSPECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El breve análisis del caso de las cláusulas que establecen estándares de cumplimiento contractuales en el *common law* (*best efforts...*) cobra todo su sentido cuando en los contratos sometidos a ley española se importan estas expresiones.

El principal problema radica en que no tiene sentido su uso más allá del significado gramatical de la propia expresión «mejores esfuerzos». La parte contractual que pretenda aumentar o disminuir el estándar de actuación del obligado mediante la mera utilización de esta fórmula (o sus derivadas anteriormente mencionadas) estará realizando un esfuerzo estéril.

La anterior afirmación se basa en que el estándar de diligencia aplicable bajo nuestro derecho de obligaciones tiene su propia configuración legal y parte del principio de buena fe. En efecto, nuestro derecho de obligaciones señala en su fundamental artículo 1.258:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

De la aplicación de este precepto se deriva que nuestro derecho de contratos, lejos de seguir una teoría del cumplimiento exclusivo de lo expresamente pactado en el contrato, acompaña a la extensión y modo de este cumplimiento una serie de «obligaciones» de corte «metacontractual»: la buena fe, el uso y la ley.

Esto quiere decir, entre otras cosas, que el estándar de diligencia asumido en el cumplimiento de la obligación, fuere cual fuere, va a tener que incluir los elementos anteriores.

El uso y la ley no arrojan mayor problemática³³. Si un determinado uso comercial o ley establecen un estándar de diligencia concreta para un sector, carecerá de relevancia el que las partes lo plasmen o no en el contrato: cualquier tribunal podrá exigir al obligado que cumpla dicho estándar so pena de incurrir en incumplimiento parcial o total de sus obligaciones.

Mayor enjundia jurídica plantea la buena fe. Se trata de uno de los denominados «principios jurídicos indeterminados». A nuestro parecer, más que concepto jurídico indeterminado, se

³³ El término uso se refiere aquí a usos comerciales, es decir, aquellas prácticas comunes seguidas por los participantes en el sector comercial en el que el contrato que firman las partes tiene su lugar.

trata de un «principio jurídico» y los principios, por definición, carecen de definición: Solo podemos identificarlos cuando los mismos se proyectan sobre la realidad jurídica a la que inspiran.

En nuestro derecho la buena fe se ha venido acogiendo tradicionalmente por nuestra doctrina y jurisprudencia como principio general inspirador del ordenamiento. Su incorporación al Código Civil como principio se produce en la reforma de 1973. La buena fe ha de guiar la actuación de los sujetos tanto en el ejercicio de sus derechos (de ahí la doctrina derivada sobre la prohibición de abuso del derecho) como en el desempeño de sus obligaciones.

Nuestra jurisprudencia la ha definido como un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal³⁴. También se ha dicho que ha de informar todo contrato y obliga (estándar) a un comportamiento objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no solo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales.

La buena fe se consagra como un mandato jurídico con eficacia social organizadora, que se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos.

Además de este estándar general de cumplimiento exigible de buena fe, el propio Código Civil precisa este estándar aún más en el artículo 1.104, que entronca directamente sus raíces en el Código Civil francés napoleónico y en el Derecho romano:

«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Quando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

De la citada norma se desprende que existe un estándar de diligencia que ha de referenciarse en cada caso concreto a la naturaleza de la obligación contraída, a las circunstancias de las personas que contratan, así como a los elementos accidentales del tiempo y el lugar.

La conclusión inmediata será la de que, salvo que de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad³⁵, las partes quieran estandarizar unos niveles de diligencia superiores, el juzgador, para dilucidar si el obligado bajo un contrato fue diligente, apreciará si su conducta se adecuó a los parámetros legales indicados.

³⁴ STS de 26 octubre de 1995 [RJ 1995, 8349].

³⁵ Principio establecido en el artículo 1.255 del CC al decir que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Son notables los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo a este respecto:

«La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1.104 del Código Civil, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (...)

(...) Es pues, una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto. Exigible según las circunstancias es la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a **persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificada por la clase de actividad a enjuiciar**. Según este criterio objetivo, ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos. Al respecto no es pues decisivo la individualidad del agente, sino las circunstancias que determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela»³⁶.

Que se concretan, de acuerdo con los principios enunciados, como no podía ser de otra manera atendiendo a las circunstancias de las personas, en función del «sector profesional» en el que la misma opere:

«La actividad que debía el médico, contratado por poseer determinados conocimientos técnicos (*ut artifex... conduxit* Digesto 19.2.9.5), era la de un experto profesional. Quedó obligado, no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.104 del Código Civil), sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin...».

De manera residual, para el caso de que el contrato no lo establezca expresamente³⁷, la diligencia exigible es la de «un buen padre de familia».

El modelo del buen padre de familia se corresponde con la diligencia que se exige del hombre medio, que no es experto, ni se le puede exigir conocimientos de una determinada profesión. Un claro ejemplo del mismo podría ser la compra o el arrendamiento de una vivienda para alguien que no se dedique ni tenga relación especial con el sector inmobiliario.

Así, señala V. BADOSA³⁸ que el padre de familia debe poseer ciertos conocimientos: los no inherentes a ninguna profesión, aquellos que pueden definirse los que están al alcance de cualquiera o conocimiento del funcionamiento habitual de los fenómenos corrientes.

³⁶ STS de 10 julio de 2003 [RJ 2003, 4622]. Otras en el mismo sentido citadas en la STS de 25 de enero de 1985 [RJ 1985, 199].

³⁷ Aunque existe una polémica doctrinal acerca del carácter subsidiario o no, no vamos a hacer referencia a la misma aquí.

³⁸ BADOSA, V.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pág. 124. En la misma idea DIEZ-PICAZO en sus *Fundamentos de derecho Civil, II*, 1993, págs. 96-97 y 502-503.

C) CONCLUSIÓN: ¿BEST EFFORTS?

Las reflexiones anteriores sobre las diferencias entre los estándares de diligencia exigidos en el derecho del *common law* y en el derecho español arrojan una conclusión importante para el redactor de contratos sometidos a la ley española.

En primer lugar, ha quedado claro que la fórmula *best efforts* tiene a día de hoy, a pesar de corrientes jurisprudenciales menos formalistas, un significado claro de estándar muy riguroso de diligencia en el *common law*, frente al derecho español, en el que no se encuentra recogido en ninguna norma y al que la jurisprudencia no le ha dado ningún significado especial, por lo tanto no tiene mayor significado que otras expresiones que pudieran ser utilizadas para establecer el estándar de diligencia exigible en un determinado contrato.

Por su lado, el sistema español de diligencia exigible viene presidido por unas normas aplicables a todo obligado bajo un contrato: la general del deber de buena fe, la que se corresponda a la naturaleza de la obligación, atemperada por las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y en todo caso la diligencia de un buen padre de familia. Todo esto sin perjuicio de que un uso negocial o una determinada norma exijan un deber de diligencia especial para un caso concreto. Adicionalmente las partes podrán aumentar el nivel de diligencia exigible de acuerdo con el principio de libertad de pactos.

Lo anterior nos debe llevar a aconsejar al redactor de contrato sometido a la ley española, a que, lejos de usar las fórmulas anglosajonas que aquí poco añaden, especifique en el contrato, **en caso de que el régimen legal general no sea suficiente**, que estándar de diligencia adicional quiere implantar para el cumplimiento de algunas o todas las obligaciones contractuales.

VII. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

Es muy común encontrarse en los contratos una cláusula en la que se especifique que en el caso de que alguna de las cláusulas devenga inválida, o no se pueda ejecutar, el contrato seguirá teniendo validez en lo que respecta a las cláusulas que no queden afectadas por este defecto.

Un ejemplo de la misma podría ser el siguiente:

«En el caso de que alguna de los términos o cláusulas de este Contrato sea o devenga inválido, ilegal o no ejecutable por alguna razón, la validez, legalidad o capacidad de ejecución del resto de términos y cláusulas no se verá afectada. En cualquier caso las Partes deberán negociar de buena fe con el propósito de acordar términos y cláusulas que les sean satisfactorios, intentado lograr con ellos en tanto sea posible un efecto semejante para poder sustituir a los términos y cláusulas inválidas, ilegales o no susceptibles de ejecución».

Y en inglés:

«If any of the provisions of this Agreement is or becomes invalid, illegal or unenforceable for any reason, the validity, legality or enforceability of the remaining provisions shall not in any way be affected or impaired. The Parties shall nevertheless negotiate in good faith in order to agree the terms of mutually satisfactory provisions, achieving as closely as possible the same commercial effect, to be substituted for the provisions so found to be void or unenforceable».

A) PERSPECTIVA DEL *COMMON LAW*

En el derecho del *common law* es muy frecuente en la práctica contractual encontrar una cláusula denominada «*severability* (divisibilidad)»³⁹ con expresiones similares a las utilizadas en el apartado anterior, en virtud de la cual, mediante la utilización de unos vocablos más o menos estandarizados, las partes acuerdan que el acuerdo no será nulo en el caso de que existan cláusulas o términos que no se puedan ejecutar o que sean defectuosas bien por la vaguedad con la que fueron redactadas, o como consecuencia de ser contrarias a las normas vigentes.

Esta cláusula encuentra su sentido en el caso de que la propia naturaleza de la materia sobre la que versa el contrato (contratos de exportación, sometidos a cambios regulatorios constantes), o incluso cuando la ejecución del mismo pueda verse sometida a varias legislaciones distintas, haga aconsejable garantizar la pervivencia del contrato.

Aunque en la práctica un tribunal tenderá a entender que un contrato sobrevive si las cláusulas fundamentales del mismo no han sido afectadas por la nulidad⁴⁰, en la práctica y teniendo en cuenta los efectos a los que nos puede llevar la doctrina de la *Parol Rule* (en el sentido de que no se pueda utilizar ningún elemento de prueba extrínseco al contrato para interpretar cuál fue la voluntad de las partes sobre la pervivencia del resto del contrato), es común que estas cláusulas se incluyan en casi todos los contratos.

B) PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

Las cláusulas «*severability* (divisibilidad)» han sido importadas a nuestros contratos utilizando las mismas expresiones que las existentes en el derecho anglosajón.

³⁹ Conviene destacar aquí que esta cláusula presenta diferencias con las denominadas «*survival* (supervivencia)», de escaso interés aquí, mediante las cuales lo que las partes establecen es que exista una serie de disposiciones y cláusulas que sobreviven como acuerdo o pacto vigente a la propia vida del contrato. El ejemplo más claro son las cláusulas de confidencialidad, de uso de marca, de no competencia, etc.

⁴⁰ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de British Columbia, al señalar que aunque la presencia de esta cláusula no es determinante para que sus efectos se apliquen o no, sí es un claro reflejo de la intención de las partes y por ello ha de ser tenida en cuenta. *Vid.* 29.356226 *British Columbia Ltd. v. Vancouver (City)* [1993] B.C.J. No. 749.

Hemos visto que la doctrina por la cual, siempre que sea posible, la ineficacia de una disposición contractual no ha de llevar a la del contrato en el que se ve inmersa es aceptada por la jurisprudencia del *common law*.

Sin embargo, frente a los recelos que la aplicación jurisprudencial de esta regla pueda ocasionar al redactor del contrato sujeto a las reglas del *common law*, en el derecho español es principio general del derecho por todos admitido el de la «conservación del contrato o, más ampliamente considerado, del negocio jurídico».

La doctrina del Tribunal Supremo español es clara y reiterada en el reconocimiento de este principio. Así ha señalado en la Sentencia de 15 de enero de 2012 (RJ 2013\2276):

«La cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, **particularmente del principio de conservación de los contratos o favor contractus**. Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena (RCL 1980, 1295), los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio (RJ 2012, 8603) y 10 septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica».

Por otro lado merece la pena destacar toda una ristra de artículos en el Código Civil que lo reconocen: el artículo 1.155, a la hora de señalar el que que la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal; el artículo 1.260, en virtud del cual el juramento en los contratos se tendrá por no puesto (y por lo tanto, no acarrea la nulidad del contrato); el artículo 1.476, que en sede de compraventa señala que será nulo el pacto de exoneración de responsabilidad de evicción al vendedor de mala fe; el artículo 1.608, que considera irrelevante el pacto que limite la posibilidad de redimir el censo; el artículo 1.691 que a propósito de los pactos de la sociedad civil destaca el que se tendrá por no puesto el pacto que excluya a un socio de las ganancias.

Mención aparte merece la regla interpretativa conocida como «canon de la totalidad» a la que se refiere el artículo 1.285 del Código Civil cuando dice:

«Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

Y la del 1.289, cláusula de cierre de las normas de interpretación, que marca las pautas para interpretar aquellos contratos en los que no es posible encontrar una interpretación de acuerdo con las reglas que le preceden:

«Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, **si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato**, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

Como vemos, en las reglas interpretativas está presente la idea de que el contrato perviva intentando llegar a esa interpretación que salva su vigencia con independencia de lo que establezca una cláusula en particular.

Si tenemos en cuenta la importancia de este principio general, acto seguido tendremos que hacernos la siguiente pregunta: ¿tiene sentido el establecer en los contratos una cláusula específica en la que las partes pacten la pervivencia del contrato a pesar de la ineficacia de alguna de sus cláusulas?

En nuestra opinión la respuesta es afirmativa, siempre que el redactor de la cláusula «*severability* (divisibilidad)» sea cauteloso a la hora de señalar qué aspecto o cláusula contractual inválida quiere, o más bien puede, salvar de acuerdo con el derecho español.

Y ello porque, como han señalado DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN⁴¹:

«a poco complejo que sea el contenido de un contrato, puede ocurrir que solo una parte del mismo, o una de sus cláusulas, sea contraria a norma imperativa o exceda los límites de la autonomía privada o recaiga exclusivamente sobre ella el vicio del consentimiento, etc. Ciertamente, el contrato constituye una unidad, a pesar de lo cual la ineficacia puede afectar solo a una parte o cláusula del mismo, manteniéndose el resto en vigor en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial».

De manera que nos podemos encontrar con cláusulas que sean: nulas o anulables. La solución será distinta en el caso de una y otra.

⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.ª Á.: *Las nulidades de los contratos*, Madrid: Dykinson, 2005, pág. 215.

Cláusulas nulas

La nulidad en sentido estricto se produce cuando una cláusula es contraria a lo dispuesto en una norma imperativa o cuando la misma adolece de la falta de uno o varios elementos esenciales del contrato.

a) *Por contravenir una norma imperativa*

En el caso de que la cláusula sea contraria a una norma imperativa, habrá que estar, lo primero, a lo que establezca la propia norma (en su caso) tal y como prescribe el artículo 4.3 del Código Civil:

«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, **salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención**».

De esta manera, un ejemplo de un efecto distinto para el caso de contravención lo tenemos en la nulidad del juramento en un contrato. El Código Civil señala que «no se admitirá el juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto». En este caso la propia disposición legal establece que la consecuencia de que exista un juramento en un contrato no es directamente la nulidad de todo el contrato, simplemente, el pacto sobrevive y no se le da mayor relevancia jurídica al juramento.

Un ejemplo más cercano todavía surge cuando las partes pactan como causa de terminación del contrato el que cualquiera de las dos se encuentre en situación concursal (de nuevo una derivación del derecho del *common law*), casos expresamente corregidos en la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de Julio), cuyo artículo 61.3 señala que:

«**Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución** o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes».

Pero, ¿qué sucede si la norma imperativa no establece un efecto distinto para el caso de su contravención? **Sucedirá que la cláusula en cuestión será nula y podrá acarrear en su caso la nulidad de la totalidad del contrato. Esta nulidad es difícilmente salvable porque no se admiten los pactos contrarios a normas imperativas.**

b) *Por ausencia de un elemento esencial*

Sucedirá en los casos en los que la cláusula en cuestión se pactó sin la concurrencia de todos los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto, causa y, en algunos casos, forma⁴².

⁴² En el derecho español, desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 se consagra el principio de libertad de forma formulado bajo la máxima «De cualquier forma y manera que el hombre se obliga, queda obligado». Esto significa que el

Consecuencias de la nulidad

La consecuencia principal de toda nulidad contractual es la de la ausencia total de efectos *quod nullum est, nullum producit effectum*. La nulidad opera con una suerte de efecto retroactivo, desde el momento inicial de la misma (*ex tunc*), de tal manera que la misma lleva a la reposición del estado de cosas como si ningún contrato se hubiese celebrado entre las partes. En el caso de que el contrato hubiese creado una apariencia de validez, la misma podrá ser destruida mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad.

Una vez ejercitada, las partes contratantes deberán (art. 1.303 Código Civil) restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen podido intercambiarse como consecuencia del contrato, así como los posibles frutos y el precio con sus intereses.

Frente a la anulabilidad, la nulidad no puede ser sanada por ninguna de las partes. **De esta manera, nos encontramos con que un contrato que adoleciera de nulidad no podría ser salvado en el derecho español mediante el empleo de una cláusula «severability (divisibilidad)».**

No obstante lo anterior, podemos señalar que existen una serie de casos en los que, a pesar de encontrarnos frente a un contrato nulo, las partes tienen una suerte de remedios con las que pueden salvar la situación:

- a) La primera de ellas, la posible conversión de ese contrato nulo en otro diferente. La conversión puede ser formal, si el contrato no recoge los requisitos legales de la forma en la que se ha constituido, pero sí los de otra. Este sería el caso de un contrato en el que el requisito de la escritura pública fuese elemento esencial del mismo y sucediera que la escritura otorgada fuese defectuosa por un defecto formal (incompetencia del notario). En este caso el contrato tendría validez entre las partes como documento privado.

La conversión material, como su nombre indica, se produce cuando el contenido del contrato no afecto a la nulidad puede ser configurado como un negocio distinto por reunir todos los elementos de su tipo.

A pesar de que en ninguno de los casos sería jurídicamente necesario hacerlo para provocar el efecto de la conversión, resultaría muy aconsejable en ambos casos el que

principio general contenido en los artículos 1.261 y 1.279 de nuestro Código Civil es el de que la forma de un contrato o negocio tiene un efecto *ad probationem* o de prueba de su existencia y no *ad solemnitatem* o de elemento esencial indispensable para su validez.

No obstante lo anterior, existen algunos actos jurídicos y contratos, como señala Federico DE CASTRO (en el *Negocio Jurídico*, Civitas, 2002, págs 285 y ss.) en los que el requisito de forma es *ad solemnitatem*. Lo mismo cobra cierto carácter de generalidad respecto de los negocios *inter vivos* de naturaleza gratuita ya que, al ser hechos sin ninguna contraprestación, se impone como necesaria la existencia de algún tipo de forma dada la peligrosidad de tales negocios para quien los hace (al empobrecer su patrimonio sin correlativa compensación económica).

las partes, aprovechando la cláusula «*severability* (divisibilidad)», aprovechen para admitir la conversión (formal y/o material) y eviten así los conflictos que pudieran surgir a la hora de interpretar si quisieron salvar el contrato nulo por ese conducto.

- b) La segunda, acudiendo a la figura de la nulidad parcial. Se trata de una figura⁴³ ampliamente reconocida en el derecho español⁴⁴. No obstante, para que los tribunales acudan a la misma, **resulta aconsejable que en alguna cláusula del contrato las partes establezcan qué elementos constituyen el objeto y causa del mismo**, de tal manera que el juzgador pueda apreciar dicha nulidad parcial y el contrato mantenerse vivo a pesar del fallo de una cláusula determinada, por no afectar a un elemento esencial del mismo.

Cláusulas anulables

Señala CASTÁN TOBEÑAS que la anulabilidad o nulidad relativa (de una cláusula o de un contrato) conlleva la existencia de un contrato en el que concurren consentimiento, objeto y causa, que no es contrario a la ley, ni a la moral, ni a las buenas costumbres pero que adolece de algún vicio y, por consiguiente, es susceptible de anulación por parte de los tribunales⁴⁵.

El Código Civil se refiere a la misma en el artículo 1.300 al señalar que «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 (recordemos, consentimiento, objeto y causa) pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley».

Estamos por lo tanto en presencia de casos en los que, si bien concurren los elementos esenciales para su validez, estos están presentes de una manera insuficiente, de tal manera que la parte que no causa dicho vicio puede, si quiere, ejercitar la acción de nulidad durante un plazo de prescripción de cuatro años.

⁴³ Lo cierto es que algunos códigos extranjeros regulan expresamente la nulidad parcial y parte de la doctrina tiende a tratarla como una tipología de invalidez diferente de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad.

Sin embargo, el derecho español no contiene una norma general en este sentido. Ahora bien, no es menos cierto que en nuestro amplio ordenamiento jurídico podemos encontrar disposiciones que para casos concretos establecen que la nulidad de una cláusula no afecta a la validez del resto del contrato.

⁴⁴ En este sentido señalaba ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1983 [RJ 1983/6499] «la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, nulidad que por otra parte, y en punto a la causada por error en el consentimiento, ha de ser apreciada teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y la buena fe y, en todo caso, como cuestión atinente a la soberanía de la Sala e integrada por situaciones de hecho de su libre, razonada y razonable apreciación –SS. de 10 octubre 1962 (RJ 1962\3792), 20 de enero de 1964 (RJ 1964\355), 23 marzo 1966 (RJ 1966\1540)–, impugnables, eso sí, por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, impugnación, como se ha visto, carente de éxito».

⁴⁵ En «Derecho Civil Español, Común y Foral», tomo I, volumen II, Madrid: Editorial Reus, 1971, pág 814.

Las consecuencias en el caso de declaración de anulabilidad tienen lugar a contar desde el momento en el que la misma se declare (*ex nunc*) y pasan porque las partes se reintegren las prestaciones recibidas, con frutos e intereses.

Frente al contrato/cláusula nulo de pleno derecho, el contrato/cláusula anulable puede verse sanado por medio de la denominada figura de la confirmación, que, como dice DE CASTRO, «manifiesta una de las características del mecanismo peculiar de la anulabilidad»⁴⁶. En efecto, en poder del protegido bajo un contrato anulable, además de la posibilidad de que el contrato siga su curso (si la parte legitimada no lo impugna) o sea anulado, la confirmación permite que el contrato o cualquiera de sus cláusulas sean sanados, haciendo desaparecer el vicio o vicios de que adoleciera.

Para que la confirmación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas pueda tener lugar se precisa:

1. Que el negocio adolezca de un vicio que sea sanable (y por lo tanto se excluyen los que adolecen de falta de un elemento esencial a los que se refiere el artículo 1.261 del Código, así como los que son nulos por contravenir lo dispuesto en una ley).
2. Que la causa de la nulidad haya cesado.
3. Que la causa de nulidad sea conocida por la parte que confirma el contrato o cualquiera de sus cláusulas.
4. Que la parte que confirma el contrato o cualquiera de sus cláusulas tenga la capacidad necesaria para celebrar el negocio que confirma.
5. Que la parte que confirma el contrato sea la parte que podría ejercitar la acción de nulidad.

C) CONCLUSIÓN

Hemos visto que en el *common law* la presencia de cláusulas «*severability* (divisibilidad)» tiene sentido desde el momento en que la inseguridad jurisprudencial y las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la *Parol Rule* aconsejan que las partes redacten una cláusula que garantice que la invalidez de una disposición no arrastrará la de la totalidad del contrato.

Sin embargo en el derecho español, la presencia pacífica (doctrinal y jurisprudencial) del principio de conservación del negocio, unido a los especiales efectos que la nulidad y anulabilidad llevan consigo, aconsejan que, en el caso de que se pacte una cláusula en tal sentido, el redactor conozca que:

1. Por mucho que las partes así lo acuerden, ningún acuerdo podrá subsanar el que una cláusula del contrato sea nula de pleno derecho, ya sea por contravenir una disposición

⁴⁶ En *El Negocio Jurídico*, Civitas 2002, págs 512 y ss.

legal⁴⁷ o por carencia de uno de sus elementos esenciales. En el segundo caso, nuestro consejo es que en todo caso se aproveche la cláusula «*severability* (divisibilidad)» para delimitar qué cláusulas constituyen objeto y causa esencial del contrato, para facilitar en su caso la interpretación posterior de un juez que pueda inclinarse por conceder la nulidad parcial a raíz del conocimiento expreso de la voluntad de las partes.

2. Que en el caso de las cláusulas anulables, las partes podrán de buena fe acordar que la parte legitimada para impugnar el contrato se comprometa en su caso a confirmarlo.

VIII. LA NO CREACIÓN DE DERECHOS EN FAVOR DE TERCEROS

Otra cláusula muy frecuente en los contratos *common law*, esta vez más particular del Reino Unido, y que viene repitiéndose en los sometidos a ley española, es la denominada «*no third party rights* (no derechos de tercero)». Su formulación suele tener un enunciado parecido al siguiente:

«Except as otherwise expressly provided in section [...], nothing in this Agreement is intended to benefit any party other than the Parties hereto or to give any such third party any legal or equitable right, remedy or claim. No one other than a Party to this Agreement, their successors and permitted assignees, shall have any right to enforce any of its terms».

Cuya traducción aproximada al castellano podría ser la siguiente:

«Salvo cuando así se prevea expresamente en la sección [...], ninguna disposición de este Acuerdo está encaminada a beneficiar a ninguna parte que no sean las propias Partes que lo suscriben, así como tampoco a conceder a terceros derechos, remedios o posibilidad de reclamar. Salvo las Partes de este Acuerdo, sus sucesores o cesiones permitidas, ningún tercero estará legitimado para ejecutar ninguna de las disposiciones de este Acuerdo».

A continuación veremos su significado y utilidad en ambos sistemas jurídicos.

A) PERSPECTIVA DEL COMMON LAW

En el derecho del *common law*, especialmente en Inglaterra, tradicionalmente venía rigiendo la regla jurisprudencial conocida como «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)», que se desdoblaba en un doble principio: por un lado, el contrato suscrito entre dos partes no era un vín-

⁴⁷ En cuyo caso se estará al efecto que la norma imperativa establezca.

culo generador de obligaciones para terceros. Por el otro, suponía el que ningún tercero podía presentar acción alguna para beneficiarse de ninguna disposición de ese contrato que le favoreciera.

El problema de este principio es que generaba situaciones de tremenda injusticia, frente a las cuales la jurisprudencia fue creando una serie de argumentos a veces elaborados con una cierta artificiosidad para evitar las consecuencias injustas de la aplicación estricta de la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)».

Un ejemplo muchas veces citado es el de *Beswick v. Beswick*⁴⁸ en el que el Sr. Beswick se comprometía a donar un negocio a su sobrino a cambio de una renta semanal, que incluía el pago de una cantidad similar a su tía para el caso de que el donante falleciera. Producido el fallecimiento del señor Beswick, su sobrino se negó a satisfacer la cantidad semanal a su tía sobre la base de que no era parte del acuerdo originario celebrado entre él y su tío, con lo cual, bajo la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)», no podía beneficiarse del pago contemplado en dicho contrato.

La Casa de los Lores (House of Lords) rechazó el argumento de la Corte de Apelación (Court of Appeal) que pretendía dar por abolida la doctrina de la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)». Sin embargo, entendió que la viuda podía reclamar no bajo su condición de tercera parte en un contrato, sino como «*executrix*» o representante-albacea del patrimonio de su marido.

Más recientemente, en el caso *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.* (1975)⁴⁹, el Sr. Jackson había reservado unas vacaciones familiares con la compañía Horizon Holidays. Sin embargo, el paquete vacacional resultó ser diferente al originalmente pactado, por lo que el Sr. Jackson demandó a la compañía, exigiendo daños personales y causados a sus familiares. La compañía aceptó compensar los daños causados al Sr. Jackson pero no al resto de familiares en aplicación de la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)». La Corte de Apelación (Court of Appeal) buscó un subterfugio para evitar la regla, señalando que los daños causados a la familia eran también daños causados al Sr. Jackson y, por lo tanto, debían compensarsele.

En el siglo XX existen movimientos legislativos en Inglaterra orientados a la abolición de la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)»⁵⁰. Sin embargo no será hasta 1999 cuando tendrá lugar la entrada en vigor de una norma específica, la Contract (Rights of Third Parties) Act 1999.

De acuerdo con la Sección 1 de la misma, los terceros pueden ejecutar los términos de un contrato al que son ajenos en cualquiera de estas dos situaciones: 1) si el contrato menciona expresamente el derecho que tiene ese tercero a ejecutarlo; y, o 2) en el caso de que el contrato pretenda crear un beneficio para ese tercero.

⁴⁸ Comentado en MULCAHY, Linda. *Contract Law In Perspective*, 5.ª ed., Routledge, 2008.

⁴⁹ *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.* [1975] 1 WLR 1468.

⁵⁰ En este sentido, el Comité para la Revisión de Leyes (*Law Revision Committee*) propuso al Parlamento en el año 1937 la creación de una norma expresa que aboliera la regla.

Una excepción a la segunda regla, a la de la creación de un beneficio, es precisamente la de que **el contrato expresamente prevea que no se crea ningún beneficio para terceros ajenos al mismo.**

En la Sección 2 de dicha norma se contienen además previsiones mediante las cuales los terceros pueden evitar modificaciones en el contrato cuando han comunicado su deseo de ejecutar su derecho bajo el contrato.

Todo lo anterior parece justificar el que, bajo el nuevo régimen legal, las partes expresamente reconozcan en el contrato que no se está creando ningún derecho en favor de terceros.

B) PERSPECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Nuestro derecho sigue la vieja regla del principio de relatividad de los contratos (*res inter alios nec nocet nec prodest*)⁵¹, enunciada por la primera parte del artículo 1.257 del Código Civil cuando señala que:

«Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...».

Dicha regla naturalmente no excluye la denominada eficacia indirecta que todo contrato puede conllevar en la esfera jurídica de un tercero, puesto que siempre podrá causar en él un cierto efecto la situación creada por el propio contrato⁵².

Cuestión diferente es la denominada eficacia directa, esto es, el que una disposición contractual pactada entre dos personas pueda crear derechos u obligaciones para un tercero ajeno al mismo. Es esta eficacia la que pretende evitar el artículo 1.257 como regla general.

En nuestro derecho existen algunas disposiciones que suponen una excepción a este principio, como la establecida en el artículo 1.597 del Código Civil:

«Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación».

Se trata como vemos de una verdadera acción directa que legitima a los que ponen trabajo y materiales frente al dueño de una obra con el que no tienen por qué mantener una relación con-

⁵¹ Codex 7.60.1

⁵² En este sentido señala la STS de 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6665] que «El artículo 1.257 del Código Civil, cuando limita los efectos del contrato a los que los otorgan y sus herederos, **no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar las situaciones jurídicas creadas...**».

tractual. Se produce aquí una verdadera excepción al principio de la relatividad de los contratos. Sin embargo, a nuestros efectos, no se trata de una acción que las partes del contrato principal puedan neutralizar mediante un pacto o cláusula en tal sentido: se trata de una acción que guarda su fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto y sobre la que las partes de un contrato no tienen ningún poder, por derivarse de un derecho inherente a un tercero.

Pero ¿qué sucedería en el caso de que el contrato contuviese una estipulación a favor de un tercero? El derecho español parte de que todo contrato ha de tener una causa, esto es, un propósito práctico negocial como señalaba DE CASTRO. Sin embargo este propósito, que excede de los meros motivos subjetivos (causa en sentido subjetivo), pero que no se anquilosa en las frías esquemas de un tipo contractual legalmente establecido (causa en sentido objetivo), facilita que en nuestro derecho sea posible la creación contractual de un derecho ejercitable por un tercero ajeno, frente al sistema del *common law* en el que, la doctrina del *consideration* dificulta el reconocer el derecho a un tercero que no realiza ninguna prestación a cambio bajo el contrato.

Salvada la dificultad en nuestro derecho⁵³, la estipulación en favor de tercero está expresamente contemplada en la segunda parte del artículo 1.257 del Código Civil cuando señala que:

«Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, **este podrá exigir su cumplimiento**, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

Vemos que no existe obstáculo alguno para que dicho tercero pudiese exigir el cumplimiento de cualquier estipulación hecha por las partes a su favor, sin que estas se pudiesen negar sobre la base del principio de relatividad de los contratos⁵⁴.

Sin embargo, la promesa en favor de tercero no es automáticamente ejercitable sino que exige que dicho tercero la acepte y haga saber dicha aceptación antes de que las partes decidan revocar la promesa realizada en el contrato.

C) CONCLUSIÓN

Hemos visto que en caso del *common law*, la reproducción de la cláusula «*no third party rights* (sin derecho para terceros)» tiene una menor importancia en la actualidad desde la promul-

⁵³ Y en otros continentales, véase artículo 328 del BGB alemán, artículo 1.121 del Código Civil francés o el 1.411 del Código Civil italiano.

⁵⁴ En este sentido la STS de 27 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8781]: «El principio de la relatividad de los contratos que contiene el referido precepto 1.257 se excepciona cuando la relación negocial que crean dos partes se dirige a atribuir, total o parcialmente, un derecho a quien no ha tenido parte en la conclusión del contrato –propio tercero–, que de esta manera se incorpora a la relación creada entre promitente y promisario obligados».

gación de la Contract (Rights of Third Parties) Act 1999. Esta norma ha venido a regular expresamente los derechos de terceros en materia contractual, frente a un régimen anterior en el que la jurisprudencia tenía que enfrentarse a interpretaciones para evitar los muchas veces efectos perniciosos de la «*Privity Rule* (Regla del vínculo o privativa)».

Sin embargo, sigue teniendo aún cierta importancia, puesto que su presencia en un contrato garantiza (bajo la Sección 1 de la norma) que se deba entender que no se creó ningún beneficio contractual en favor de un tercero.

En el derecho español el enfoque es distinto. A nuestro entender, el redactor ha de tener en cuenta una serie de factores antes de entender que el adoptar una cláusula así le cubre por completo.

En primer lugar, si se trata de un contrato de obra, deberá ser consciente de que un pacto entre el dueño y el contratista principal no puede excluir el ejercicio por parte de un tercero (*i. e.* subcontratante) de la acción del artículo 1.597 del Código Civil.

En este caso nuestra sugerencia es que dueño y contratista principal establezcan contractualmente la obligación de que la parte que contrate con dicho tercero o subcontratado se obligue a pactar con el tercero/subcontratante su renuncia al ejercicio de esta acción en el contrato⁵⁵.

En segundo lugar, será aconsejable el que las partes, en el caso de que pretendan excluir la creación de un derecho en beneficio de tercero, pacten expresamente su compromiso de revocar la posible estipulación antes de que dicho tercero pueda hacer conocer su aceptación.

Por último entendemos que la cláusula en sí, si ya en nuestro sistema carece de la misma importancia práctica que en el *common law*, puede ver menguada la misma desde el momento en el que en otra disposición contractual se esté creando un derecho a favor de tercero. Dado que entonces la contradicción no se decidirá automáticamente en favor habrá de solventarse acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y ss. del Código Civil.

IX. LA FUERZA MAYOR

Normalmente la causa mayor ocupa uno de los últimos puestos en el orden cronológico de las cláusulas contractuales. No por ello deja de tener importancia, toda vez que supone una excepción a la obligación de las partes de cumplir con lo pactado debido a circunstancias que escapan a sus posibilidades.

⁵⁵ Renuncia que deberá ejercitarse de acuerdo con las exigencias de toda renuncia de derechos, tal y como dispone el artículo 6.2 del Código Civil cuando señala: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

En ningún caso tendrá cabida la renuncia si media dolo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.102 del Código Civil.

«The following events are considered force majeure: riot, war, invasion, civil war, terrorism, earthquakes, flood or strikes at national level. Neither party is responsible for any failure to perform its obligations under this contract, if it is prevented or delayed in performing those obligations by an event of force majeure».

«Los siguientes sucesos tendrán la consideración de fuerza mayor: motín, guerra, invasión, guerra civil, terrorismo, terremotos, inundaciones o huelgas a nivel nacional. Ninguna de las partes será responsable del cumplimiento de sus obligaciones contractuales si media fuerza mayor que le impida o le retrase en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales».

A continuación veremos su significado y utilidad en ambos sistemas jurídicos.

A) PERSPECTIVA DEL *COMMON LAW*

En el derecho del *common law* la redacción de la cláusula de fuerza mayor adquiere una gran relevancia (aunque en la práctica no es una cláusula en la que el redactor se detenga demasiado), debido a que no existe una definición pacífica de los sucesos que permitan hablar de fuerza mayor a la par que la doctrina de la frustración del contrato no tiene un desarrollo definitivo. Estas dos circunstancias obligan a las partes a señalar aquellos supuestos en los que quedan liberadas de realizar la prestación contractual sin que quepa reclamarse mutuamente daños.

De esta forma resultará aconsejable que el redactor de un contrato *common law* añada tantos eventos de fuerza mayor como considere necesario cubrir, así como la manera en la que se notificará la ocurrencia de la misma a la otra parte.

B) PERSPECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La fuerza mayor en el derecho español tiene cabida por expresa admisión legal, por lo que no resulta necesario en principio el que las partes pacten una cláusula específica para regular estos supuestos.

La fuerza mayor se configura legalmente bajo la regla establecida en el artículo 1.105⁵⁶ del Código Civil:

«Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y en los en que así lo declare la obligación, **nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables**».

⁵⁶ También aparece en los artículos 1.905 y 1.908.

De manera que se reconoce expresamente que el acaecimiento de sucesos que no hubieran podido preverse en el momento de la contratación, o que tengan un calado tal que no puedan ser evitados por las partes a pesar de contemplarse su posibilidad, permite a las partes liberarse de sus compromisos contractuales sin más consecuencias.

El Tribunal Supremo ha señalado como requisitos indispensables el que se trate de un hecho externo o ajeno a las personas intervinientes y, en caso de que fuese previsible, que fuera inevitable⁵⁷.

De esta manera, no resulta necesario el que las partes configuren o definan supuestos de fuerza mayor si no parten de que necesariamente han de ser hechos que se den reuniendo las características antes mencionadas.

Resulta interesante destacar aquí ciertos eventos que no han sido considerados como supuestos de fuerza mayor por parte del Supremo⁵⁸:

- Incendios: no todos los incendios suponen un evento de fuerza mayor. En particular, aquel incendio que se genera dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa se presume que le no le libera de cumplir con sus obligaciones salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción de un evento dañoso⁵⁹.
- Huelga: será fuerza mayor cuando se trate de una huelga imprevisible e inevitable. No es fuerza mayor si se produce en el entorno de un contratante⁶⁰. En este sentido, desde 1978 es un derecho reconocido en España, por lo que ninguna de las partes podrá alegar que se produjo una huelga de sus trabajadores para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones. Estaremos en un verdadero caso de incumplimiento contractual. Ni siquiera en aquellos casos en los que los empleados no cumplieron con los servicios mínimos como ha señalado el Consejo de Estado en los casos de contratación con la Administración (dictamen 55.853 de 19 de febrero de 1991), al señalar que el cumplimiento o correcta prestación de los servicios mínimos es una carga que recae sobre la contratista y no es repercutible o imputable a la Administración, dado que los concesionarios de servicios públicos tienen el deber jurídico de soportar las cargas que impone la determinación del servicio mínimo.
- Cambio normativo: entra dentro del denominado «riesgo empresarial»⁶¹. Se trata más bien de un suceso en el que pueda tener en su caso aplicación la doctrina del *rebus sic stantibus*.

⁵⁷ En este sentido la STS de 23 de abril de 1999 [RJ 1999 2825].

⁵⁸ Frente a otros claros como la asonada, motín, rebeldía, actuación violenta, fuertes temporales de viento y lluvia, etc.

⁵⁹ STS de 27 de abril de 2011 [RJ 2001, 3365].

⁶⁰ STS 14 de marzo de 2001 [RJ 2001, 5977].

⁶¹ STS 13 de julio de 1999 [RJ 1999, 5049].

C) CONCLUSIÓN

El modelo *common law* exige perfilar en el contrato todos los eventos de fuerza mayor de los que las partes quieran protegerse, so pena de que no puedan excusarse a posteriori de un cumplimiento que deviene imposible por el acaecimiento de un evento no pactado.

Por su lado, bajo el derecho español no resulta necesario regular las cláusulas de fuerza mayor toda vez que el Código Civil y el Tribunal Supremo la han configurado como el acaecimiento de eventos no previsibles y ajenos a las partes en el momento de contratación, o que, previstos, resultasen inevitables.

Teóricamente cabría el que las partes regulasen ciertos eventos que constituyan una suerte de «fuerza mayor inter partes», bajo los cuales quedarían liberadas del cumplimiento de las prestaciones.

No obstante, entendemos que más que de supuestos de fuerza mayor, estaríamos en presencia de pactos admisibles al amparo del artículo 1.255 del Código Civil (autonomía de la voluntad) o incluso que podrían constituir verdaderas condiciones resolutorias, eventos de acaecimiento incierto a los que las partes ligan la consecuencia de resolver el contrato.

Bibliografía

- ÁLVAREZ ARJONA, J. M. y CARRASCO PERERA, Á.: «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», (ed.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Cizur Menor: Aranzadi.
- BADOSA, V. [1987]: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 124.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. [1971]: «Derecho Civil Español Común y Foral», tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Madrid: Editorial Reus.
- DE CASTRO, F. [2002]: *El Negocio Jurídico*, Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.ª Á. [2005]: *Las nulidades de los contratos*, Madrid: Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L. [1993]: *Fundamentos de derecho Civil*, II.
- FOX, C. M. [2002]: *Working with contracts: What law school doesn't teach you* (PLI).
- MELLINKOFF D. [1963]: *The Language of the Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Co.
- MULCAHY, L. [2008]: *Contract Law In Perspective*, 5.ª ed., Routledge.
- PRIETO: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho*.
- WHITNEY, EDWARD B.: «The Doctrine of Stare Decisis», vol. XIV de la Col. *International Congress of Arts and Science*, London y New York: University Alliance.