

Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la *remoteness rule*

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ *
Investigadora contratada Ramón y Cajal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El objetivo principal del presente artículo consiste en analizar el proceso de revisión al que se encuentra sometida la remoteness rule del Derecho inglés. El trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas nos detendremos en la interpretación tradicional de la remoteness rule, también denominada orthodox approach. En la segunda, nos ocuparemos de la nueva perspectiva adoptada por las corrientes doctrinales más modernas o broader approach. La tercera y última parte se centrará en los hechos y en la fundamentación jurídica de la sentencia Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, conocida como el Achilleas, primer caso en el que llegan a la House of Lords los debates que, hasta ese momento, habían sido meramente teóricos.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad contractual. Indemnización de daños y perjuicios. Previsibilidad del daño. Achilleas.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the review of the remoteness rule in English law. The paper is divided into three parts. First of all, we will study

* Miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008) de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados» (DER 2008-00968-JURI) dirigido por el Profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento al Profesor Hugh Beale por la inestimable ayuda que me proporcionó para la elaboración del presente trabajo durante mi estancia de investigación en la Universidad de Warwick (UK) en junio de 2009.

the orthodox approach; after that, we will deal with the broader approach. The third and final part will focus on the facts and legal basis of Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, also known as The Achilles, as it has been the first case where the House of Lords has faced the debate that, until then, had been purely theoretical.

KEYWORDS

Contractual damages. Remoteness rule. Foreseeability. Achilles.

SUMARIO: *Introducción*. I. Remoteness rule: *interpretación tradicional*; 1.1 Origen jurisprudencial: *Hadley v. Baxendale*, *Victoria Laundry v. Newman* y *The Heron II*. 1.2 Primera cuestión: daño *not unlikely*. El tipo de daño. 1.3 Segunda cuestión: el conocimiento de las circunstancias del caso. 1.3.1 El conocimiento de las circunstancias ordinarias. 1.3.2 El conocimiento de las circunstancias especiales.—II. Remoteness rule: *interpretación moderna*: 2.1 La imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad. 2.2 El contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable: 2.2.1 La interpretación (objetiva) de la voluntad de las partes. 2.2.2 La integración del contrato.—III. *The Achilles: la división doctrinal llega a la House of Lords*: 3.1 Los hechos. 3.2 El iter procesal y el fallo de la House of Lords. 3.3 Las fluctuaciones del mercado y los usos. 3.4 La reacción de la doctrina y de los tribunales. IV. *Conclusiones*.

INTRODUCCIÓN

Conforme al Derecho inglés, ante el incumplimiento contractual de una de las partes, el contratante perjudicado cuenta con una serie de remedios, entre los que se sitúa la indemnización de los daños y perjuicios. Las partes pueden haber pactado la indemnización en el momento de la celebración del contrato: en este caso nos encontramos ante *liquidated damages*; si tal pacto no se ha producido, nos situamos ante *unliquidated damages*¹. En este último supuesto resulta, entonces, necesario determinar cuáles son los daños indemnizables. El contratante incumplidor no está obligado a indemnizar todos los daños causados por el incumplimiento; la compensación, en efecto, se encuentra limitada por los siguientes principios: (1) *remoteness rule*; (2) *intervening cause*; (3) *duty to*

¹ BEALE, H.: *Remedies for breach of contract*, 1980, p. 152.

mitigate; (4) *contributory negligence*. El presente trabajo se centra en el primero de los principios citados²: la *remoteness rule*, conforme a la cual, un daño no debe ser indemnizado si es demasiado remoto³.

La *remoteness rule*, o *contemplation test*, se formula en la 30th edición del *Chitty On Contracts* del siguiente modo:

«A type or kind of loss is not too remote a consequence of a breach of contract if, at the time of contracting (and on the assumption that the parties actually foresaw the breach in question) it was within their reasonable contemplation as a not unlikely result of that breach». ⁴

Burrows, por su parte, se refiere a este principio con las palabras que reproducimos a continuación:

«There is a single contract test of remoteness which lays down that losses are too remote if, at the time the contract was made, the defendant did not contemplate and could not reasonably have contemplated that type of loss as a serious possibility». ⁵

En una primera aproximación, y a partir de las palabras transcritas, se desprende que, en virtud del Derecho inglés, un daño no es *too remote* si las partes, en el momento de la celebración del contrato, lo contemplaron o debían haberlo contemplado como una consecuencia previsible del incumplimiento.

Puede afirmarse que actualmente la *remoteness rule* se encuentra sometida a un proceso de revisión: el análisis de este proceso constituye el objetivo principal de las líneas que siguen. Para ello el trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas nos detendremos en la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, también denominada *orthodox approach*. En la segunda, nos ocuparemos de la nueva perspectiva adoptada por las corrientes doc-

² Al igual que en nuestro Derecho, el *Common Law* diferencia entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica: conforme a la primera de ellas, un evento es causa de un daño cuando se cumple el test de la *conditio sine qua non* (para el Derecho inglés, el *but for test*); la superación de este test no es suficiente para repensabilizar del daño causado a otro: resulta necesario que el evento pueda considerarse *cause in law*. Precisamente en el test de la *legal causation* se sitúa el principio de la *intervening cause*. La culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño, son las categorías correspondientes de nuestro Derecho a los otros dos principios citados (sobre ellos *vid. McGREGOR On Damages*, 2009, pp. 107 y ss.).

³ Si quisiéramos hacer un paralelismo con nuestro Ordenamiento, este principio se correspondería con el art. 1107 CC español cuyo tenor literal es de sobra conocido: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

⁴ CHITTY *On Contracts*, 2009, § 26054.

⁵ BURROWS, A.: *Remedies for Torts and breach of contract*, 3.ª ed., 2004, p. 94.

trinales más modernas o *broader approach*. La tercera y última parte se centrará en los hechos y en la fundamentación jurídica de la sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*⁶, conocida como el *Achilleas*: es éste el primer caso en el que llegan a la *House of Lords* los debates que, hasta ese momento, habían sido meramente teóricos.

I. **RE MOTENESS RULE: INTERPRETACIÓN TRADICIONAL**

La formulación de la *remoteness rule* conforme a la que hemos denominado «interpretación tradicional» tiene su origen en los siguientes tres casos⁷: *Hadley v. Baxendale*⁸, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries*⁹ y *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)*¹⁰. A ellos nos vamos a referir brevemente antes de analizar las cuestiones en las que se centra la interpretación tradicional.

1.1 **Origen jurisprudencial: *Hadley v. Baxendale*, *Victoria Laundry v. Newman* y *The Heron II***

Los hechos de *Hadley v. Baxendale* son bien conocidos, por lo que nos limitaremos a recordarlos brevemente.

En el caso concreto se partía del incumplimiento de un contrato de transporte. El litigio se centraba en el lucro cesante indemnizable.

Los propietarios de un molino contrataron el transporte de una pieza rota, con el fin de que fuera conducida al fabricante y sustituida por una nueva. Así se hizo saber a los transportistas quienes, sin embargo, desconocían que el molino quedaba paralizado hasta la llegada de la nueva pieza¹¹.

Los transportistas entregaron la nueva pieza a los propietarios del molino con varios días de retraso. Los propietarios reclamaban el lucro cesante derivado de la paralización del molino durante los días en que se retrasó la entrega de la pieza. El tribunal desestimó la demanda.

⁶ (2008) UKHL 48.

⁷ Por todos, *vid.* MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 199 a 206.

⁸ (1854) 9 Ex. 341.

⁹ (1949) 2 KB 528.

¹⁰ (1969) 1 AC 350.

¹¹ No es una cuestión pacífica, sin embargo, que dicha comunicación no se produjera. Sobre las dudas que plantean los hechos de *Hadley v. Baxendale* *vid.* D. PUGSLEY: «The facts of *Hadley v. Baxendale*», *New Law Journal*, 1976, pp. 420 y 421.

La razón de la desestimación de la demanda fue que el lucro cesante exigido por los demandantes no se consideró indemnizable por ser demasiado remoto, ya que se produjo como consecuencia de circunstancias excepcionales (el propietario del molino no tenía una pieza de repuesto) que no fueron comunicadas debidamente al transportista.

El Juez Alderson presentó al jurado¹² unas pautas para guiarle a la hora de determinar cuándo un daño es indemnizable por no ser demasiado remoto. Conviene recordar sus palabras, que transcribimos a continuación:

«We think the proper rule in such a case as the present is this: where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonable be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it».

Las líneas anteriores albergan lo que se ha venido a llamar el *first limb* o primera regla de *Hadley*, conforme a la cual un daño es indemnizable si en el momento de la celebración del contrato las partes podían contemplarlo como un daño derivado naturalmente del incumplimiento del contrato conforme al usual devenir de los acontecimientos (*arising naturally, i.e. according to the usual course of things from the breach of contract*).

Continuaba el Juez Alderson del siguiente modo:

«Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the claimants to the defendants and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated».

Las palabras transcritas reflejan el denominado *second limb* o segunda regla de *Hadley*, conforme a la cual un daño derivado del incumplimiento contractual, que no se adecua a los requisitos exigidos por la primera regla, será, no obstante, indemnizable, si las circunstancias especiales que conducen al acaecimiento de ese

¹² El caso fue, en efecto, decidido por un jurado pues, en el momento en que se dicta dicha sentencia, el cuerpo de jueces era demasiado reducido para hacer frente a todos los casos. Vid. DANZIG: «*Hadley v. Baxendale*» (1975) 4 *J. Legal Studies* 249.

daño eran conocidas por ambas partes al haber sido comunicadas por el demandante al demandado en el momento de la celebración del contrato^{13, 14}.

Volviendo al caso resuelto por la sentencia, y aplicando al mismo las pautas a las que nos acabamos de referir, el juez consideró que el lucro cesante reclamado por los propietarios del molino no era un daño que se derivase naturalmente del incumplimiento del contrato: por tanto, no se satisfacían los requisitos de la primera regla. El supuesto tampoco encajaba en la segunda regla, pues el propietario del molino no comunicó las especiales circunstancias del caso a los transportistas.

A pesar de que *Hadley v. Baxendale* siga considerándose el *leading case* en el tema que nos ocupa¹⁵, la doctrina inglesa es consciente de sus defectos. Así, en el año 1980, Beale afirmaba lo siguiente:

*«However there are questions which may be asked about the rule. The first is whether it is sufficiently certain. (...) it is often no easy to advise a party what his potential liability is. The first difficulty is the vagueness of the concept “usual losses”. (...) A second difficulty is over exactly what must be foreseeable, whether as a usual result or on the basis of special circumstances. (...) A third difficulty which causes uncertainty is over the required degree of likelihood of a type of loss occurring (...). The second question about Hadley v. Baxendale is whether the rule is too generous. (...) The third question about Hadley v. Baxendale is whether in some respect is too mean to the victim»*¹⁶.

Más recientemente, McGregor ha puesto de manifiesto que:

*«(...) the abundance of phraseology and the breakdown of the rule into parts, led to confusion (...)»*¹⁷.

Las incertidumbres apuntadas por los autores citados intentaron ser superadas por los dos casos a los que nos referimos a continuación: *Victoria Laundry v. Newman* y *The Heron II*.

¹³ Sobre la eficiencia económica de esta regla *vid.* POSNER: *Economic Analysis of Law*, 3ª ed. 1986, p. 114.

¹⁴ Actualmente se oyen voces que reclaman la unificación de ambas reglas en una. Sobre este tema, *vid.* TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 121; MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 218 a 221.

¹⁵ La influencia del CC francés en la resolución de este caso y en la formulación de la regla de la previsibilidad ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones. Por todos, TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 121.

¹⁶ BEALE, H.: *Remedies for breach of contract*, 1980, pp. 180 a 187.

¹⁷ MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 202.

El caso *Victoria Laundry v. Newman* introdujo en el año 1949 dos nuevas pautas para aplicar las reglas formuladas en *Hadley*.

El litigio tenía su origen en el incumplimiento de un contrato de compraventa de una máquina industrial: en concreto, los vendedores la entregaron con retraso a los compradores, propietarios de una tintorería. Aquéllos conocían el tipo de negocio al que se dedicaban éstos y la prontitud con la que necesitaban la máquina. Los compradores solicitaban el lucro cesante correspondiente a los contratos que habían perdido como consecuencia del retraso. Entre dichos contratos se encontraba uno especialmente lucrativo.

El tribunal estimó la demanda parcialmente: otorgó el lucro cesante correspondiente a los contratos que ordinariamente una tintorería celebra; en relación con el contrato especialmente lucrativo, sólo se indemnizó hasta la cuantía considerada usual.

El tribunal reestructuró las reglas de *Hadley* en el sentido que a continuación se expone.

En primer lugar, para que el daño sea indemnizable, por no ser demasiado remoto, debe ser razonablemente previsible (*reasonable foreseeable*) en el momento de la celebración del contrato. Dijo el tribunal en concreto:

«In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach.»

Conforme a las líneas anteriores, un daño es indemnizable si en el momento de la celebración del contrato era razonablemente previsible que fuera a resultar de su incumplimiento.

¿Cómo se determina que las partes podían prever razonablemente un determinado tipo de daño? Para responder a esta pregunta, el tribunal formuló la siguiente regla, que se centra en el conocimiento de las circunstancias del caso adquirido por el deudor en el momento de la celebración del contrato. Y así, afirmó el tribunal:

«What was at that time reasonably so foreseeable depends on the knowledge then possessed by the parties, or, at all events, by the party who later commits the breach.»

El tribunal distinguió dos tipos de conocimiento, el imputado y el real, a los que se refirió en las líneas que a continuación transcribimos:

«For this purpose, knowledge “possessed” is of two kinds; one imputed, the other actual. Everyone, as a reasonable person, is taken to know the “ordinary course of things” and consequently what loss is liable to result from such a breach of contract in that

ordinary course. This is the subject matter of the “first rule” in Hadley v. Baxendale. But to this knowledge, which a contract breaker is assumed to possess whether he actually possesses it or not, there may have to be added in a particular case knowledge which he actually possesses of special circumstances outside the “ordinary course of things” of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss. Such a case attracts the operation of the “second rule” so as to make additional loss also recoverable.»

Así pues, el denominado *conocimiento imputado* es aquel que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso mencionadas en la primera regla de *Hadley*: se presume *iuris et de iure* que un sujeto conoce las circunstancias que, conforme al curso ordinario de los acontecimientos, implican que un incumplimiento cause un tipo de daño. El denominado *conocimiento real*, sin embargo, no se presume: debe probarse que el deudor efectivamente conocía aquellas circunstancias especiales que justifican que en un caso concreto el incumplimiento cause unos daños que van más allá de lo ordinariamente previsible.

Nótese, entonces, que a partir de *Victoria Laundry v. Newman* los conceptos básicos que deben manejarse para determinar si un daño no es demasiado remoto son dos: (1) la razonable previsibilidad del daño; y (2) el conocimiento de las circunstancias, ordinarias o especiales, por parte del deudor incumplidor.

Es indemnizable lo que es previsible; y lo que es previsible depende del conocimiento existente en el momento de la celebración del contrato. El conocimiento de lo que es previsible conforme a las circunstancias ordinarias se presume siempre: de dichos daños responde el deudor en cualquier caso. El conocimiento del daño previsible conforme a las circunstancias especiales del caso no se presume nunca: se responde de este tipo de daño siempre y cuando el deudor conociera efectivamente dichas circunstancias especiales.

Falta, sin embargo, responder a una pregunta ulterior: ¿cuándo un daño es razonablemente previsible? La respuesta a esta cuestión la encontramos en el pasaje que a continuación transcribimos:

«Nor, finally, to make a particular loss recoverable, need it be proved that upon a given state of knowledge the defendant could, as a reasonable man, foresee that a breach must necessarily result in that loss. It is enough... if he could foresee it was likely so to result. It is indeed enough if the loss (or some factor without which it could have not occurred) is a “serious possibility” or a “real danger”. For short, we have used the word “liable” to result. Possibly the colloquialism “on the cards” indicates the shade of meaning with some approach of accuracy.»

Obsérvense las sutilezas lingüísticas de las que está impregnado el párrafo reproducido: para determinar cuándo un daño es razonablemente previsible se utilizan diversas expresiones cuyo distinto significado y, sobre todo, su diferente alcance práctico, no dejan de ser tarea *cuasi* imposible. Intentaremos, no obstante, desgranar el sentido de las diversas expresiones. Razonablemente previsible no significa prever que el daño se derivará necesariamente del incumplimiento [(it does not mean that) a breach must necessarily result in that loss]. Es suficiente que, conforme al conocimiento imputado o real, según el caso, el daño en concreto se prevea como una seria posibilidad (*serious possibility*), como un peligro real (*real danger*). En definitiva, concluye el tribunal, basta que el acaecimiento del daño como consecuencia del incumplimiento fuera perfectamente posible (*on the cards*)¹⁸.

En el caso *The Heron II*, los Lords criticaron la expresión *reasonable foreseeable*, utilizada en *Victoria Laundry v. Newman*. Para los magistrados, el nivel de previsibilidad exigido en el Derecho contractual¹⁹ no se corresponde con dicha expresión. El test apropiado que debe aplicarse es el siguiente:

«*‘whether the loss in question is’ of a kind which the defendant, when he made the contract, ought to have realised was not unlikely to result from the breach.’ [...] the words “not unlikely” [...] denoting a degree of probability considerably less than an even chance but nevertheless not very unusual and easily foreseeable.*»

Así pues, el daño no es demasiado remoto si, en el momento de la celebración del contrato y conforme al conocimiento, real o imputado, de las circunstancias su acaecimiento no es inverosímil (*not unlikely*).

En el caso concreto se consideró superado el citado test. Los hechos fueron los siguientes: los transportistas entregaron con retraso un cargamento de azúcar a los demandantes. Estos solicitaban la diferencia entre el precio de mercado del azúcar en el momento en que tenía que haber sido entregado y el precio de mercado en el momento en que efectivamente lo recibieron.

Tras este breve repaso a los tres principales casos a partir de los que se ha construido la regla de la *remoteness rule* podemos concluir que el deudor incumplidor responde, a falta de conocimiento

¹⁸ Sobre este caso volveremos más adelante, pues en él se realiza una distinción entre lucros cesantes ordinarios y lucros cesantes extraordinarios, de gran relevancia en *The Achilleas* (vid. infra epígrafe 3.3.).

¹⁹ El tribunal considera que dicho test es aplicable únicamente en caso de *tort*.

de las circunstancias especiales del caso, de todos aquellos daños que ordinariamente se deriven del incumplimiento²⁰.

La construcción de la regla en los términos expuestos ha conducido a la doctrina inglesa tradicional a centrarse en las siguientes dos cuestiones: (1) si el daño es *not unlikely*; (2) cuáles son las circunstancias que el deudor conocía o tenía que conocer en el momento de la celebración del contrato.

Obsérvese que se trata de dos cuestiones puramente fácticas que, como tales, dependerán en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Comprobémoslo en las líneas que siguen.

1.2 Primera cuestión: daño *not unlikely*. El tipo de daño

¿Cuándo cabe calificar un daño de *not unlikely*? Si un daño es previsible pero no lo es su extensión, ¿es indemnizable conforme a la *remoteness rule*?

La calificación de un daño como *not unlikely* es una cuestión que varía conforme a las circunstancias de cada caso²¹. Con este punto de partida, no debe extrañar la ausencia de unas pautas claras que den respuesta a la pregunta planteada. En los casos invocados al efecto por la doctrina inglesa, de los que damos cuenta a continuación, el tribunal se limita a analizar las particularidades del caso concreto resuelto: la solución aportada es, por tanto, difícilmente extrapolable a supuestos distintos.

Y así, en el ya citado caso *Victoria v. Newman* se afirmó que no es razonablemente previsible el daño derivado de la pérdida de un contrato especialmente lucrativo; como se recordará, se indemnizó una cuantía equivalente al lucro cesante derivado de los contratos que, de ordinario, una tintorería suele celebrar²².

En *Monarch S.S. Co v. Karlshmans Oljefabriker*²³ los demandados no entregaron a tiempo un barco al demandante; el retraso provocó que el barco no llegara a su destino, en Suecia, antes de la explosión de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia del inicio del evento bélico las autoridades ordenaron que el barco se trasladara a Glasgow. El tribunal consideró que el deudor estaba obligado a indemnizar el coste del traslado del barco, pues el deudor debía haber previsto que la guerra podría estallar durante la

²⁰ En la resolución del *Achilleas* Lord Rodger afirma, en concreto: «*In any event, amidst a cascade of different expressions, it is important not to lose sight of the basic point that, in the absence of special knowledge, a party entering into a contract can only be supposed to contemplated the losses which are likely to result from the breach in question – in other words, those losses which will generally happen in the ordinary course of things if the breach occurs*» (§52).

²¹ Así lo reconoce el propio MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 210.

²² *Vid. supra*. Epígrafe 1.1.

²³ (1949) AC 196.

travesía y que, por tanto, el retraso en la entrega del barco provocaría los gastos de traslado²⁴.

En *The Heron II* se consideró previsible que la entrega de las mercancías con retraso causara al acreedor un daño consistente en la pérdida de un mercado favorable²⁵.

En *Jackson v. Royal Bank of Scotland*²⁶ el Banco había enviado erróneamente unos documentos pertenecientes a los demandantes, dedicados a la importación, a un cliente de éstos. El cliente, a la vista de la información contenida en dichos documentos, que revelaba el amplio margen de beneficio de los importadores, decidió contratar directamente con el suministrador. La *House of Lords* no consideró imprevisible la terminación del contrato entre el importador y su cliente como consecuencia de la revelación de los datos por parte del Banco.

Probablemente la sensación que queda al lector foráneo tras la lectura de los casos citados es de absoluta incertidumbre: no cabe extraer una conclusión general que se abstraiga de las circunstancias concretas de cada caso. Falta, en definitiva, una regla que quepa extrapolar a la generalidad de supuestos. Ciertamente, no podía ser de otro modo, pues determinar si un daño es *not unlikely* es una cuestión de hecho que, como tal, depende de las circunstancias del caso.

En ocasiones el tipo de daño causado por el incumplimiento es previsible conforme a las circunstancias del caso, pero no puede decirse lo mismo de su extensión. Ante esta clase de supuestos, se plantea la cuestión relativa a si la previsibilidad debe predicarse también de la extensión del daño. Y a este propósito se distingue entre el daño físico y el daño económico.

En relación con el daño físico se afirma que, siendo previsible el tipo de daño, resulta indiferente que su extensión no lo sea²⁷. Los siguientes dos casos ilustran claramente las ideas apuntadas.

En *Vacwell Engineering Co v. B.D.H. Chemicals Ltd*²⁸ los demandados, suministradores de un producto químico, no habían advertido del peligro de explosión al contacto del producto con el agua. El contacto se produjo y una letal explosión causó daños en la propiedad del demandante: se consideró que el daño no era demasiado remoto aunque lo razonablemente previsible era una explosión de menor entidad.

²⁴ Este caso es uno de los más significativos en relación con otro de los principios citados «intervening events», *vid.* MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 197 y 198.

²⁵ Sobre los hechos concretos *vid.* supra epígrafe 1.1.

²⁶ (2005) 1 W.L.R. 377 HL.

²⁷ «It is submitted that, in contract as in tort, it should suffice that, if physical injury or damage is within the contemplation of the parties, recovery is not to be limited because the degree of physical injury or damage could not been anticipated», MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 213.

²⁸ (1971) 1 Q.B. 88.

En *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*²⁹ el suministrador e instalador de un contenedor de comida para cerdos olvidó abrir el ventilador. Como consecuencia de ello, parte de la comida se estropeó. Nadie podía prever que la comida en dicho estado pudiera causar la muerte de los cerdos; de hecho, el granjero, a pesar de haberse percatado del estado de la comida, no dudó en dársela a los animales. Inexplicablemente, la falta de ventilación había infectado la comida con una bacteria mortal para los cerdos y cientos de ellos murieron. El tribunal falló en favor del granjero demandante: el suministrador e instalador del contenedor respondió por la muerte de todos los cerdos. Para el Juez Scarman no era imprevisible que la comida en mal estado afectara de algún modo a los cerdos; el hecho de que el resultado final fuera imprevisible (su muerte) no cambiaba el tipo de daño³⁰.

La regla en virtud de la cual siendo previsible el tipo de daño es indiferente que su extensión no lo sea, no es de aplicación tan clara cuando nos enfrentamos a daños económicos³¹.

En efecto, en ocasiones, la cuantía del daño reclamado es tan inesperadamente amplia que los tribunales lo califican como un tipo de daño distinto.

Piénsese en el tantas veces citado caso *Victoria Laundry v. Newman*: como se recordará, en él se indemnizó el lucro cesante correspondiente a los contratos ordinarios que los demandantes habían celebrado y que perdieron como consecuencia del retraso en la entrega de la máquina. Sin embargo, el contrato especialmente lucrativo que habían celebrado no fue indemnizado en su totalidad. El tribunal consideró que el lucro cesante derivado de un contrato especialmente lucrativo es un tipo de daño distinto al lucro cesante derivado de un contrato ordinario.

Como contrapunto a *Victoria Laundry v. Newman*, cabe traer a colación *Wroth v. Tyler*³² y el ya citado *Jackson v. Royal Bank of Scotland*, en los que, siendo el daño previsible, se consideró indiferente que no lo fuera su extensión.

²⁹ (1978) QB 791. Sobre este caso *vid.* la interpretación de la doctrina moderna (infra epígrafe 2.2.2.).

³⁰ Este razonamiento se critica duramente por TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 122 y 123.

³¹ Como se pone de manifiesto en la última edición de CHITTY *On Contracts*, 2009, § 26-058: «The application of the test for remoteness to a particular set of facts depends largely on the judicial discretion to categorise losses into broad categories, without requiring any contemplation of the precise manner in which the loss was caused, or of the precise details of the loss. However, when a particular loss is likely to be extensive, it seems that the courts may be inclined to pay more attention to the likelihood of the precise combination of circumstances which caused it to occur».

³² (1974) Ch 30.

En *Wroth v. Tyler*³³ el vendedor de una casa no la entregó a los compradores; éstos reclamaban la diferencia entre el precio de mercado de una casa de similares características y el que habían pagado en su momento al vendedor. El precio de las casas en dicho intervalo de tiempo se había incrementado considerablemente: ello no fue óbice para que el tribunal estimara la demanda.

En *Jackson v Royal Bank of Scotland* el importador, cuyos documentos habían sido enviados erróneamente por el Banco al cliente, probó el lucro cesante correspondiente a cuatro años de contrato. La *Court of Appeal* consideró previsible únicamente el lucro cesante correspondiente a un año de contrato entre importador y cliente. La *House of Lords*, sin embargo, afirmó que, siendo previsible la terminación del contrato entre importador y cliente y, por tanto, el lucro cesante a él vinculado, debía indemnizarse la totalidad del mismo.

Tal y como habrá podido observarse, no es una cuestión pacífica el alcance de la indemnización de aquellos daños económicos cuya cuantía supera lo ordinariamente previsible³⁴. Puede afirmarse, sin embargo, que la regla establecida en *Jackson v Royal Bank of Scotland* es la que actualmente prevalece.

1.3 Segunda cuestión: el conocimiento de las circunstancias del caso

Desde la perspectiva tradicional, para determinar si un hombre razonable habría previsto que el daño finalmente producido se derivaría del incumplimiento, hay que partir del conocimiento de las circunstancias del caso del que el deudor disponía en el momento de la celebración del contrato³⁵. Como hemos tenido ocasión de apuntar, el conocimiento de las circunstancias puede ser, siguiendo el caso *Victoria Laundry v. Newman*, imputado o real: se imputa al deudor el que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso; debe ser probado el relativo a las circunstancias especiales.

1.3.1 EL CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ORDINARIAS

No existen reglas claras sobre cuáles son las circunstancias cuyo conocimiento cabe imputar al deudor incumplidor. Parece que los factores que suelen tenerse en cuenta para llegar a una deci-

³³ (1974) Ch 30.

³⁴ Falta en el Derecho inglés una regla similar a nuestro artículo 1103 CC que, como es sabido, permite a los tribunales moderar la cuantía de la indemnización.

³⁵ MCGREGOR considera absolutamente erróneo tener en cuenta el conocimiento adquirido por el deudor con posterioridad a la celebración del contrato (MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 225).

sión son los siguientes: (1) la profesión de las partes; (2) las fluctuaciones y la disponibilidad del mercado.

Por lo que se refiere a la profesión de las partes, en *Monarch S.S. Co v. Karlshmans Oljefabriker*³⁶ se afirmó que todo profesional debe conocer el curso de los negocios en general y el negocio de la otra parte en particular. Sin embargo, parece que no cabe llevar esta afirmación hasta el extremo, como demuestra el caso *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power*³⁷.

En el supuesto concreto, los demandantes estaban construyendo una carretera y un acueducto; los demandados se ocupaban del suministro de la electricidad en la planta en la que se mezclaba el hormigón necesario para la obra. Cuando el acueducto estaba casi finalizado un fallo en el suministro eléctrico provocó, no sólo la paralización de la obra, sino también la necesidad de demolerla y comenzarla de nuevo.

Los demandantes reclamaban el coste de demolición y de reconstrucción de la obra. La *House of Lords* desestimó la demanda argumentando que los demandados podían prever que la falta de suministro de electricidad provocaría la interrupción de la obra pero no, desde luego, su demolición y reconstrucción. Para el tribunal, la clave se situaba en que no podía exigirse a los demandados conocer los detalles del negocio de los demandantes. Lord Jauncey afirmó lo siguiente:

«It must always be a question of circumstances what one contracting party is presumed to know about the business activities of the other. No doubt the simpler the activity of the one, the more readily can it be inferred that the other would have reasonable knowledge thereof. However, when the activity of A involves complicated construction or manufacturing techniques, I see no reason why B who supplies a commodity which A intends to use in the course of those techniques should be assumed, merely because of the order for the commodity, to be aware of the details of all the techniques undertaken by A and the effect thereupon of any failure of or deficiency in that commodity. Even if the Lord Ordinary had made a positive finding that continuous pouring was a required part of industrial practice it would not follow that in the absence of any other evidence suppliers of electricity (...) should have been aware of that practice».

Tal y como habrá podido comprobarse a partir de las palabras de Lord Jauncey, la exigencia de conocer las circunstancias vinculadas a la profesión de las partes se hace depender, de nuevo, de las circunstancias de hecho del caso específico: en concreto, de la mayor o menor sencillez de la actividad profesional desarrollada por el demandante.

³⁶ (1949) AC 196.

³⁷ 1994 S.C. (H.L.) 20.

Las circunstancias del mercado también forman parte del conocimiento imputado al deudor incumplidor. En concreto, éste tiene que conocer que los daños sufridos por el acreedor pueden variar de acuerdo con el estado del mercado³⁸; del mismo modo, el suministrador que no entrega los bienes debe saber que el acreedor puede no contar con un mercado disponible en el que adquirir las mercancías.

1.3.2 EL CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

El conocimiento de las circunstancias especiales del caso concreto, que justifican la previsibilidad de un determinado tipo de daño, debe ser real; esto es, no se presume que el deudor cuenta con ese conocimiento.

La primera regla a este respecto es que la comunicación de las circunstancias especiales del caso debe provenir del acreedor, esto es, que la adquisición casual de un conocimiento por parte del deudor no implica su responsabilidad por los daños derivados de estas circunstancias especiales.

Una vez constatado que el acreedor comunicó al deudor la existencia de las circunstancias especiales del caso, ¿es esto suficiente para entender que el deudor responde de los daños derivados del incumplimiento y previsibles conforme a dichas circunstancias especiales? Los tribunales ingleses se han pronunciado en algunas ocasiones al respecto, sin que exista una línea jurisprudencial clara al respecto³⁹.

Y así, por una parte, en *British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship*⁴⁰ se dijo que el mero conocimiento no basta para incrementar la responsabilidad del deudor: es necesario que éste haya asumido la responsabilidad vinculada a dichas circunstancias.

En concreto, el Juez Willes afirmó:

«The mere fact of knowledge cannot increase liability. The knowledge must be brought home to the party sought to be charged, under such circumstances that he must know that the person he contracts with reasonably believes that he accepts the contract with the special conditions attached to it (...) Knowledge on the part of the carrier is only important if it forms part of the contract.»

³⁸ *Interoffice Telephones v. Freeman* (1958) 1 QB 190 CA.

³⁹ Afirma TETTENBORN que parece existir acuerdo en que se necesita algo más que el mero conocimiento de las circunstancias especiales; el problema estriba en determinar en qué consiste ese requisito adicional (TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 125).

⁴⁰ (1868) LR 3 CP 499.

Sin embargo, en *The Heron II*, Lord UPJOHN se mostró absolutamente contrario a las afirmaciones anteriores: para el Lord, el mero conocimiento de las circunstancias especiales es suficiente para imputar al deudor la responsabilidad por los daños derivados de éstas.

Sus palabras concretas fueron las siguientes: «*If parties enter into the contract with knowledge of special circumstances, and it is reasonable to infer a particular loss as a result of those circumstances that is something which both must contemplate as a result of a breach. It is quite unnecessary that it should be a term of the contract*».

En fin, más recientemente, en *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*⁴¹ el tribunal expresó la necesidad de que el demandado hubiera aceptado el riesgo vinculado a las circunstancias especiales comunicadas por el demandante para considerar asumida la responsabilidad vinculada a los daños derivados de ellas.

II. REMOTENESS RULE: INTERPRETACIÓN MODERNA

La que hemos denominado «interpretación moderna» de la *remoteness rule* se construye sobre la base de una serie de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales recientes.

Entre las primeras, destacan las publicaciones de Adam Kramer⁴², Andrew Tettenborn⁴³ y Andrew Robertson^{44, 45}.

Del mismo modo, cabe encontrar, al menos, dos antecedentes en la jurisprudencia inglesa: *Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co Ltd (sub nom South Australia Asset Management Corpn v. York Montague Ltd)*⁴⁶, *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*⁴⁷.

A todo lo anterior se añade la resolución del caso *Achilleas* por Lord Hoffmann y el artículo publicado por este último en el año 2010

⁴¹ (2003) EWCA Civ 1112.

⁴² KRAMER, A.: «An Agreement-Centred approach to Remoteness and Contract Damages», en *Cohen and Mckendrick (ed.) Comparative Remedies for Breach of Contract* (2004), pp. 249 a 286.

⁴³ TETTENBORN, A.: «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell by Date», en (2007) 23 *Journal of Contract Law*, pp. 120 a 147.

⁴⁴ ROBERTSON, A.: «The basis of remoteness rule in contract», (2008) *Legal Studies*, pp. 172 a 196.

⁴⁵ A los que se añaden D. HARRIS, D. CAMPBELL y R. HALSON: *Remedies in Contract and Tort*, Cambridge, 2005. J. CARTWRIGHT: «Remoteness of damage in contract and tort: a reconsideration» (1996) 55 *CLJ* 488. F. DAWSON: «Reflections on certain aspects of the law of damages for breach of contract» (1995) 9 *Journal of Contract Law* 125.

⁴⁶ (1997) AC 191.

⁴⁷ (2003) EWCA Civ 1112.

como respuesta a la adversa reacción de parte de la doctrina inglesa tras la publicación de la sentencia⁴⁸.

Pues bien, puede afirmarse que la doctrina moderna de la *remoteness rule* se construye sobre dos pilares básicos: (1) la demostración de que la interpretación tradicional, basada en la previsibilidad del daño, no explica adecuadamente por qué en determinados casos un daño es indemnizable y en otros no; en síntesis, se pone de manifiesto la «imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad»; (2) el contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable. Cada uno de estos pilares será analizado en las líneas que siguen.

2.1 La imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad

La regla de la previsibilidad se critica duramente desde su formulación inicial. Y así, en opinión de Lord HOFFMANN, al Juez Alderson no le parecía adecuado que el transportista de *Hadley v. Baxendale*, que había cobrado un precio de 2.4 libras, tuviera que hacerse cargo de las 50 libras correspondientes al lucro cesante sufrido por el propietario del molino como consecuencia del retraso en el transporte de la pieza. Para guiar al jurado hacia esta solución, el Juez Alderson utilizó la idea de la previsibilidad; el problema, apunta Lord Hoffmann, es que Alderson no tuvo en cuenta casos distintos al que se le planteaba: supuestos en que no parece razonable que un daño, aunque previsible, no sea indemnizable o, viceversa, casos en los que el daño, a pesar de ser imprevisible, debería ser indemnizable.

En la doctrina inglesa es ya clásico el ejemplo del pasajero de un taxi que, al reservarlo, indica que no llegar a tiempo a la reunión de negocios a la que se dirige le provocaría una pérdida millonaria⁴⁹. Imaginemos que el taxista configura erróneamente su navegador y, en lugar de llevar al pasajero a Glasgow le conduce a Perth: ¿responde el taxista por la pérdida millonaria del pasajero? El sentido común avanza una respuesta negativa, pero, ¿acaso no era previsible el daño al conocer el taxista incumplidor las circunstancias especiales del caso (segunda regla de *Hadley*)?

En una línea similar, Lord Pearce se refirió al siguiente supuesto imaginario: celebrado un contrato de obra para reparar el tejado de un tribunal, el contratista actúa negligentemente y el techo se desploma sobre los asistentes a la vista celebrada ese día. Cualquier juez consideraría que dicho daño cumple la primera regla de *Hadley*. Sin embargo, si se toman en cuenta las noches, fines de semana y períodos de vacaciones en que el techo podía haber caído, las posibilidades de que se desplomara sobre alguien serían de 10 a 1.

⁴⁸ Lord HOFFMANN: «The Achilles: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, pp. 47 a 61.

⁴⁹ Ejemplo original de HARRIS, CAMPBELL & HALSON: *Remedies in Contract and tort*, 2.^a ed., 2002, p. 97.

En definitiva, para Lord HOFFMANN la regla de la previsibilidad, creada para un caso concreto e incapaz de dar respuesta a todos los posibles casos que pueden darse en la práctica⁵⁰, se ha extendido de manera impropia:

«*In real life—concluye Lord HOFFMANN— the single concept of foreseeability is an inadequate instrument for explaining all the cases*»⁵¹.

Tettenborn y Lord Hoffmann ponen de manifiesto que la propia práctica de los tribunales ingleses constituye una prueba de lo anterior, pues se han separado de las reglas de *Hadley* en aquellos casos en que parecía sensato hacerlo. Y así, (a) se han indemnizado daños imprevisibles; y (b) no se han indemnizado daños previsibles.

De los diversos casos citados⁵², aquí nos referiremos a *H PARSONS (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*⁵³ y a *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*⁵⁴. En el primer caso se indemnizó un daño absolutamente imprevisible; en el segundo, no se indemnizó un daño previsible.

Como se recordará, en *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd* la falta de ventilación de un contenedor de comida para cerdos infectó la comida allí contenida con una bacteria mortal que acabó con la vida de los porcinos propiedad del granjero demandante. A pesar de que la muerte de los animales era imprevisible el tribunal falló en favor del granjero demandante. Tal y como señalamos en su momento⁵⁵, el caso suele explicarse desde la perspectiva de la previsibilidad del tipo de daño sufrido, que engloba la extensión del mismo, sea ésta previsible o no. Esta explicación, sin embargo, no convence a Lord Hoffmann⁵⁶ para quien:

«*The result was that, although it never occurred to anyone that failing to open the ventilator would cause the pigs to die, that was something which should have been contemplated in the ordinary course of things and so fell within the first rule in Hadley v. Baxendale.*»

⁵⁰ Afirma el Lord retirado: «The rule is not capable of meeting all cases [...] *It seems to me the time has come to look for a broader principle which can explain not only the, to speak, run of the mill cases like Hadley v. Baxendale but also the more puzzling cases like the Achilleas*». Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 54.

⁵¹ Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 53.

⁵² Todos ellos pueden verse en TETTENBORN, A.: «*Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?*», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 121 a 126.

⁵³ (1978) QB 791.

⁵⁴ (2003) EWCA Civ. 1112.

⁵⁵ *Vid. supra*. Epígrafe 1.2.

⁵⁶ Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 57.

En *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc* el Banco demandado incumplió su obligación de proveer de fondos a un cliente para que éste los invirtiera en un negocio inmobiliario; el destino del dinero era un dato conocido por el Banco. El daño era, pues, en virtud de la segunda regla de Hadley, previsible⁵⁷. Sin embargo, el demandado no respondió por el lucro cesante sufrido por el cliente. El tribunal afirmó lo siguiente:

«The authorities to which we were referred [...] demonstrate that the concept of reasonable foreseeability is not a complete guide to the circumstances in which damages are recoverable as a matter of Law. Even if the loss was a reasonably foreseeable as a consequence of the breach of the duty in question (or of contract, for the same principles apply), it may nevertheless be regarded as “too remote a consequence” or as not a consequence at all, and the damages claim is disallowed. In effect, the chain of consequences is cut off as a matter of Law, either because is regarded as unreasonable to impose liability for that consequence of the breach [The Pegase (...)], or because the scope of duty is limited as to exclude it [Banque Bruxelles SA v. Eagle Star (...)] or because as a matter of commonsense the breach cannot be said to have caused the loss, although it may have provided the opportunity for it to occur [...].»

El tribunal manifiesta claramente con las palabras transcritas que la previsibilidad del daño no siempre es el factor más adecuado para determinar si dicho daño es indemnizable.

2.2 El contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable

Puede afirmarse que la idea de la previsibilidad del daño, construida en los términos de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, no explica adecuadamente cuándo un daño es demasiado remoto. Y ello por dos razones: por un lado, se trata de una cuestión de hecho cuya determinación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, lo cual impide formular una regla válida para una generalidad de supuestos⁵⁸; por otro lado, el análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto que no siempre es sensato indemnizar el daño previsible o no indemnizar el daño imprevisible.

⁵⁷ Recuérdese, sin embargo, que en el ámbito de la segunda regla de *Hadley* no queda claro que el mero conocimiento de las circunstancias especiales del caso sea suficiente para imputar responsabilidad al deudor incumplidor. *Vid. supra*. Epígrafe 1.3.2.

⁵⁸ TETTENBORN afirma a este respecto que las decisiones fundadas en la mera previsibilidad del daño son «*untidy combination of intuition and makeshift solutions*», «*Hadley v. Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?*», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 147.

¿Existe una alternativa a la regla de la previsibilidad del daño? La doctrina moderna considera que la opción se halla en el propio contrato celebrado por las partes en litigio. A partir de aquí, sin embargo, los caminos divergen: así, para algunos, la *remoteness rule* debe partir de la interpretación objetiva de la voluntad de las partes expresada en el contrato; para otros, sin embargo, en el contrato hay un vacío que el tribunal debe integrar.

2.2.1 LA INTERPRETACIÓN (OBJETIVA) DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Quienes abogan por construir la *remoteness rule* a través de la interpretación del contrato⁵⁹ adoptan una perspectiva objetiva; esto es, no tratan de averiguar las intenciones subjetivas de las partes, sino de extraer su voluntad a partir de un dato objetivo como es el contrato y, en particular, a partir de la finalidad de la obligación asumida (e incumplida) por la parte demandada⁶⁰.

Y así, Lord Hoffmann afirma:

«That seems to me the key to understanding the principles of remoteness of damage in contract. The question is: what obligation to make compensation for breach of contract would a reasonable observer understand the contracting party to have undertaken? In the ordinary way, that will be compensation for any loss which the parties would reasonably have regarded as likely to flow from the breach. But there may be cases in which a reasonable man would consider that a greater or lesser obligation was being accepted. In such cases is necessary to explain why the answer is different.»

En síntesis: (1) un tipo de daño no es demasiado remoto si la parte incumplidora asumió la responsabilidad por dicho daño en el momento en que se celebró el contrato; (2) para determinar si se ha asumido la responsabilidad por un tipo de daño, hay que preguntar-

⁵⁹ A la idea de la interpretación del contrato responden las tesis de la *assumption of responsibility* de Lord HOFFMANN, *instrumental promises theory* de TETTENBORN y el *agreement centred approach* de KRAMER.

⁶⁰ Los críticos con esta corriente doctrinal parecen olvidar este importante detalle, como demuestran las palabras de ROBERTSON: «*It is commonly asserted that contractual agreements often say nothing about the consequences of breach because business people usually contemplate performance of their contractual obligations rather than the breach*», «The basis of remoteness rule in contract», (2008) *Legal Studies*, p. 176.

Lord HOFFMANN ya ha tenido ocasión de responder a dichas críticas en los siguientes términos: «*I think that this argument does not take account of the objective approach to the construction of contracts in English Law. When Lord Diplock in the Heron II said that both primary and secondary contractual obligations were consensual, he made it clear that what matters is not what a party actually intended but what "by his words and conduct at the time of the contract he has reasonably induced the other party to believe" that he was assentig to*», «The Achilles: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 60.

se cuál fue el riesgo del que se hizo cargo la parte incumplidora en el momento de la celebración del contrato; (3) la respuesta a la pregunta anterior debe partir necesariamente de la finalidad del deber incumplido, así como de la interpretación de las cláusulas del contrato, en particular, del precio⁶¹.

El test de la finalidad del deber incumplido fue aplicado por Lord HOFFMANN en el conocido caso *Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co Ltd (sub nom South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd)*⁶², situado en el ámbito del *Law of Torts*. Unos tasadores sobretasaron negligentemente un inmueble a un prestamista hipotecario. El prestatario incumplió su obligación de devolver el dinero prestado, precisamente en un momento en que el mercado inmobiliario se había colapsado; las pérdidas de los prestamistas fueron cuantiosas, pero no imprevisibles. En efecto, en la sentencia se reconoce expresamente que un colapso en el mercado inmobiliario era previsible; también se considera probado que el prestamista no habría sufrido las pérdidas cuantiosas reclamadas en el litigio, si los tasadores hubieran tasado correctamente, pues, los prestamistas, en tal caso, no habrían celebrado el contrato de préstamo. La *House of Lords* condenó a los tasadores demandados a indemnizar únicamente el daño derivado de la sobretasación; no respondieron, sin embargo, del daño derivado del colapso del mercado. La razón es que este daño no se encuentra dentro de la finalidad de la obligación incumplida por los tasadores.

Este mismo test se aplicó claramente en *Darby v. National Trust*⁶³: en dicho caso, también ubicado en el *Law of Torts*, se incumplió el deber de advertir del peligro de nadar en un estanque. Sin embargo, no se respondió por la muerte de una persona que nadó ante la falta de advertencia; la finalidad del deber incumplido no era evitar la muerte por ahogamiento sino prevenir el contagio de una determinada enfermedad (el denominado “Mal de Weil”).

Lord Hoffmann se sitúa en la misma línea que la *instrumental promises theory* de TETTENBORN. Para el autor inglés las obligaciones asumidas en un contrato cumplen dos finalidades respecto de la parte acreedora: (1) por un lado, le otorgan el derecho al cumplimiento de la obligación asumida; (2) pero, por otro lado, también le procuran determinados beneficios asociados al cumplimiento de

⁶¹ En relación con el precio, Lord HOFFMANN afirmó en la resolución del *Achilleas* lo siguiente: «*The view which the parties take of the responsibilities and risks they are undertaking will determine the other terms of the contract and in particular the price to be paid. Anyone asked to assume a large and unpredictable risk will require some premium in exchange. A rule of law which imposes liability upon a party for a risk which he reasonably thought was excluded gives the other party something for nothing*» (§13).

⁶² (1997) AC 191.

⁶³ (2002) P.I.Q.R. P27.

dicha obligación. En consecuencia, serán indemnizables todos los daños asociados a la imposibilidad de obtener dicho beneficio⁶⁴.

Parece conveniente comprobar cuál sería la aplicación práctica de las teorías expuestas: nos referiremos a tres casos que, en nuestra opinión, ilustran claramente las tendencias doctrinales cuyas líneas teóricas acaban de ser presentadas.

Comenzamos por un caso al que ya nos hemos referido en reiteradas ocasiones: *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*.

La nueva perspectiva toma como punto de partida el contenido de la obligación asumida por el suministrador del contenedor de comida para cerdos: se trata de entregar el contenedor en un estado adecuado para contener la comida⁶⁵. Si el contenedor no es adecuado para ello, responde de cualquier daño que se derive de ello, por muy improbable que sea su acaecimiento⁶⁶.

Retomemos ahora el caso hipotético del techo del tribunal que se desploma. La obligación del contratista consiste en construir un tejado seguro: si no lo es, y el desplome es buena prueba de ello, el contratista responde de todos los daños causados⁶⁷.

Finalmente, nos referiremos al caso *Berryman v. Homeslow LBC*⁶⁸, en el que los arrendadores de unos apartamentos incumplieron su obligación de arreglar el ascensor. Uno de los inquilinos se resbaló al subir las escaleras. Pues bien, los arrendadores no responden de los daños derivados de dicha caída porque, afirma Tettenborn, la obligación de mantener los ascensores tiene como

⁶⁴ En palabras del autor: «(...) *the availability of so-called consequential damages reflects, not some abstract open-ended commitment to compensate for losses resulting from the fact of breach of contract, but instead the need to allow the plaintiff to capture the particular instrumental benefit or benefits encapsulated in the promise concerned.*

The effect of this principle on the measure of recovery is not difficult to see. If it is right, damages are justified to the extent that, and only to the extent that, they compensate for the non-receipt of such a benefit», TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 135.

⁶⁵ Afirma TETTENBORN «*The ulterior object of a promise to supply proper pig food container is to preserve the buyer's pigs' well being*», «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 139.

⁶⁶ TETTENBORN: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 140: «*Once it is accepted that the object of contracting for a working feed hopper is to secure the buyer against porcine illness resulting from defects in it, then, if illness results the seller is liable for it and its consequences without the need to argue whether the illness actually suffered was or was not one that could have been foreseen*».

Lord HOFFMANN, «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 57: «*If the hopper was unsuitable, the vendor would be liable to compensate the farmer for any damage which it caused to his pigs*».

⁶⁷ Lord HOFFMANN: «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010 p. 55: «*In other words, in such a case, the obligation to pay compensation for defective work which the contractor would reasonably be regarded as having accepted would be defined simply in terms of a causal relationship with the contractual objective (having a ceiling which did not fall down) and not in terms of probability*».

⁶⁸ (1997) PIQR p. 83.

finalidad proteger a los inquilinos de quedar atrapados en el ascensor o de ser dañados al quedar bloqueados en un ascensor estropeado; la finalidad de dicha obligación no es, sin embargo, protegerles de los posibles daños que puedan sufrir utilizando la escalera.

2.2.2 LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

En opinión de Robertson la *remoteness rule* expresa, no ya una implícita distribución de riesgos, sino una justa distribución de riesgos (*fair allocation of risks*). Es el tribunal quien, a la vista del vacío existente en el contrato, determina los daños indemnizables.

El autor es consciente del peligro y la crítica principal que puede recibir su tesis: la excesiva discrecionalidad del juez. Para evitarla, Robertson elabora una serie de criterios que, a su juicio, el tribunal debería tener en cuenta para establecer qué distribución de riesgos es justa en un determinado caso. Se trata, en concreto, de los siguientes factores: (1) el incumplimiento doloso⁶⁹ del deudor; (2) el grado de desproporción entre el daño y el beneficio que el deudor recibe del contrato⁷⁰; (3) los usos del comercio; (4) la posibilidad de aseguramiento del daño; (5) la posibilidad del deudor de limitar su responsabilidad mediante una cláusula contractual expresa.

Y así, (1) el carácter doloso del incumplimiento del deudor justifica, a juicio del autor, la imputación de los daños causados, hayan sido éstos contemplados por las partes o no. Por el contrario, (2) la existencia de una desproporción entre el beneficio recibido por el deudor y el daño reclamado es un claro indicativo de la injusticia que representaría condenarle a la indemnización de dicho daño, con independencia de su carácter previsible. Si los usos aplicables al caso (3) se pronuncian sobre los daños indemnizables, el tribunal no debería separarse de ellos. La posibilidad del deudor de asegurar el daño (4) es un factor indicativo de la justa colocación del riesgo por el daño a cargo del deudor. En fin, no haber pactado una cláusula de limitación de responsabilidad (5) habiendo podido hacerlo justifica, a juicio de Robertson la responsabilidad del deudor por ese daño.

⁶⁹ A la vista de lo que ROBERTSON entiende por *culpability* parece que se está refiriendo a casos en los que el deudor incumple dolosamente el contrato. Dice en concreto el autor: «*The most significant issue here is whether a defendant who has deliberately breached a contract should be liable for loss that fall outside reasonable contemplation*». Además, el autor invoca el artículo 9:503 de los PECL. «*The basis of remoteness rule in contract*», (2008) *Legal Studies*, p. 192.

⁷⁰ El autor se inspira a este propósito en la s. 351 (3) del *Restatement of Contracts* estadounidense, en virtud del cual el tribunal puede limitar la indemnización «*if it concludes that, in the circumstances, justice so requires in order to avoid disproportionate compensation*».

III. **THE ACHILLEAS: LA DIVISIÓN DOCTRINAL LLEGA A LA HOUSE OF LORDS.**

En la resolución del caso *Achilleas* por la *House of Lords* y por las instancias inferiores cabe encontrar las dos interpretaciones de la *remoteness rule* de las que nos hemos ocupado en las líneas anteriores: la tradicional y la moderna.

Quienes adoptan una perspectiva tradicional hacen girar el caso en torno a si el lucro cesante reclamado por los demandantes era lo suficientemente previsible como para considerarlo *not unlikely* conforme al conocimiento del que disponían los demandados.

Sin embargo, para quienes intentan dar un paso más en la formulación de la *remoteness rule*, la clave es otra: la pregunta que hay que formularse es si la parte demandada asumió la responsabilidad por el lucro cesante reclamado.

Antes de analizar la fundamentación jurídica del caso conviene recordar cuáles fueron los hechos que le dieron origen, así como su íter procesal.

3.1 **Los hechos**

En el *Achilleas* se parte del incumplimiento, constatado y aceptado por ambas partes, de un contrato de flete: en concreto, los fletadores (*Transfield Shipping*) devolvieron el buque (*Achilleas*) a sus propietarios (*Mercator Shipping*) con nueve días de retraso. El litigio se centra en la indemnización debida por los fletadores a los propietarios.

Transfield estaba obligado a devolver el *Achilleas* a sus propietarios el 2 de mayo de 2004. El 21 de abril del mismo año los propietarios celebraron un nuevo contrato de flete sobre el mencionado buque con otros fletadores (*Cargill*). Son tres los datos que interesa destacar del mencionado contrato: (1) su celebración tuvo lugar en un momento en el que las condiciones del mercado eran muy favorables para los propietarios del buque; (2) se pactó expresamente que los propietarios entregarían el buque a *Cargill* el 8 de mayo de 2004, por tanto, seis días después de la fecha máxima de restitución pactada con los primeros fletadores; (3) en caso de que los propietarios no entregasen el buque en la fecha límite pactada, los fletadores podrían cancelar el contrato.

Transfield devolvió el *Achilleas* el 11 de mayo de 2004. Así pues, los propietarios no pudieron entregar el buque a *Cargill* en la fecha máxima pactada.

El 5 de mayo, cuando ya era evidente que el buque no estaría en poder de los propietarios el día 8 del mismo mes, éstos renegociaron el contrato con *Cargill*, con el objeto de evitar la ejecución de la ya mencionada cláusula que permitía a este último la cancelación del contrato. El resultado de la renegociación se tradujo en una considerable rebaja del precio a cambio de la posposición de la fecha de entrega del buque. En concreto, el precio original de 39.500 dólares americanos por día se rebajó a 31.500 dólares americanos por día. Como se habrá observado, las condiciones del mercado habían cambiado considerablemente en detrimento de los propietarios respecto a la fecha en que se había pactado el precio original.

Los propietarios reclamaron a los primeros fletadores una indemnización correspondiente al lucro cesante sufrido como consecuencia del retraso en la devolución del buque: en concreto, solicitaron la diferencia entre el precio originalmente pactado con *Cargill* y el renegociado, multiplicada por toda la vida del contrato; siendo la diferencia de 8.000 dólares por día, el montante total reclamado en la demanda ascendía a 1.364.584,37 dólares.

Los fletadores demandados, sin embargo, aducían que la indemnización debía limitarse a la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato de flete incumplido, multiplicada por los nueve días de retraso. La indemnización ascendería, entonces, a un total de 158.201,17 dólares.

No hará falta subrayar la importante diferencia, de más de un millón de dólares, entre una indemnización y otra.

3.2 El iter procesal y el fallo de la *House of Lords*

El caso se sometió en primer lugar a arbitraje; la decisión de la mayoría de los árbitros, favorable a los propietarios, fue recurrida por los fletadores, primero ante la *Commercial Court* de la *Queen's Bench Division* y después ante la *Court of Appeal*⁷¹. Ambos recursos fueron desestimados, confirmando así el criterio de la mayoría de los árbitros. La *House of Lords*, ante la que los fletadores interpusieron un nuevo recurso, falló, sin embargo, en favor de estos últimos.

⁷¹ Sobre la decisión de la *Court of Appeal* vid. J. SUNDARAM: «Is the Court of Appeal decision in *The Achilleas* good Law?», *The Denning Law Journal*, 2008, pp. 187 a 195; J. WEALE: «Dogs that didn't bark», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2008, pp. 6 a 13; R. HALSON: «Time charters, damages and remoteness», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2008, pp. 119 a 123.

Aunque la conclusión a la que llegaron todos los Lords⁷² es la misma (los fletadores no deben indemnizar el lucro cesante reclamado por los propietarios) el razonamiento jurídico seguido no es el mismo⁷³. En efecto, por un lado, Lord Rodger y Baroness Hale adoptaron una perspectiva tradicional; por otro lado, Lord HOFFMANN, seguido, en mayor o menor medida, por Lord Hope y Lord Walker, introdujo en la *House of Lords* el sentir de las corrientes doctrinales más modernas⁷⁴.

¿En dónde difieren los fundamentos jurídicos de los Lords? La diferencia fundamental radica en la interpretación de la primera regla de *Hadley*.

En opinión de Lord Rodger la pregunta que hay que formularse para determinar si el lucro cesante reclamado por los propietarios es indemnizable es la siguiente: ¿se trata de un tipo de daño *not unlikely*? La cuestión fue respondida negativamente: el lucro cesante reclamado por los propietarios del buque no era previsible; no se cumplía, pues, la primera regla de *Hadley*. Nótese, sin embargo, que, ante la misma pregunta, la mayoría de los árbitros, el Juez de la *Queen's Bench Division* y la *Court of Appeal* respondieron en sentido contrario fallando, como ya hemos señalado, en favor de los propietarios. Pero sobre este tema volveremos en el siguiente epígrafe.

Lord Hoffmann, sin embargo, considera que hay que formular una pregunta adicional: en efecto, no sólo hay que analizar si el tipo de daño es *not unlikely*, sino que, además, resulta imprescindible determinar si existió una *assumption of responsibility* por parte de los fletadores en el momento de la celebración del contrato. Para Lord Hoffmann el lucro cesante reclamado era previsible; ahora bien, no cabe afirmar que los fletadores asumieron la responsabilidad por este tipo de daño en el momento de la celebración del contrato.

3.3 Las fluctuaciones del mercado y los usos

Entre los hechos de la *Achilleas* destacan los siguientes dos factores: (1) las fluctuaciones del mercado; y (2) los usos vigentes en el sector naviero.

⁷² BARONESS HALE no esconde sus incertidumbres y sus dudas acerca de la justicia de esta solución. En concreto, puede leerse lo siguiente: «*Therefore, if this appeal is to be allowed, as to which I continue to have doubts [...]*», § 93.

⁷³ No podemos, sin embargo, compartir la observación de J. O'SULLIVAN para quien, al llegar todos los Lords a la misma solución, carece de trascendencia que sus razonamientos fueran distintos, «*Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?*», *CLJ*, 2009, p. 36.

⁷⁴ Podemos afirmar que LORD RODGER y LORD HOFFMANN son quienes lideran ambas corrientes en la *House of Lords* por lo que, a partir de ahora, y con el objeto de evitar una lectura demasiado engorrosa del texto, nos referiremos exclusivamente a ellos.

Como consecuencia del primero de los factores señalados, la cuantía a la que ascendía el lucro cesante reclamado por los propietarios era considerablemente elevada ya que las condiciones del mercado, inusualmente favorables para los propietarios cuando celebraron el flete con *Cargill*, cambiaron radicalmente cuando tuvieron que renegociar el precio del contrato.

Por otro lado, conforme a los usos y tal y como admitieron los propios árbitros, el daño indemnizable como consecuencia de la devolución de un buque con retraso ascendía a la diferencia entre el flete y el precio de mercado durante los días de demora.

Ambos factores se tuvieron en cuenta por Lord Hoffmann al aplicar las corrientes doctrinales modernas al caso concreto. Sólo el primero de ellos influyó en Lord Rodger, a quien nos referiremos en primer lugar.

Utilizando el lenguaje de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, diríamos que el lucro cesante consistente en la pérdida de un contrato de flete cuyo comienzo estaba previsto unos días después de la finalización de uno anterior, es un daño previsible: nadie, ni siquiera *Transfield*, podría discutir que todo propietario que fleta un buque tiene preparado el siguiente contrato. Lo que no es previsible, sin embargo, es la elevadísima cuantía a la que ascendió el lucro cesante sufrido por *Mercator*; en otras palabras, el tipo de daño era previsible, pero no lo era su extensión. Como se recordará⁷⁵, desde *Jackson v. Royal Bank of Scotland*, se afirma que si el tipo de daño económico reclamado es previsible, se indemniza en su totalidad, con independencia de su extensión. Por esta razón, una aplicación ortodoxa de la interpretación tradicional de la *remoteness rule* debería haber conducido a estimar la demanda⁷⁶, tal y como hicieron los árbitros, la *Queen's Bench Division* y la *Court of Appeal*. Sin embargo, Lord Rodger calificó de imprevisible el lucro cesante reclamado por las condiciones especiales en que había acaecido, como se deriva de las palabras que a continuación transcribimos:

«[...] the extent of the relevant rise and fall in the market within a short time was actually unusual. The owners' loss stemmed from that unusual occurrence»⁷⁷.

⁷⁵ Vid. Supra. Epígrafe 1.2.

⁷⁶ En el mismo sentido, Lord HOFFMANN: «The Achilles: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010 p. 59; Simon CROALL y Yash KULKARNI: «Has promoting commercial certainty made the Law more uncertain?», *Computers and Law*, 2008, p. 38; E. PEEL, «Remoteness re-visited», *LQR* 2009, p. 8; I. GASCOIGNE, «An uncertain art», *New Law Journal*, 14 november 2008, p. 3.

⁷⁷ En opinión de MCGREGOR las distintas conclusiones se debieron a la diferente perspectiva adoptada: «The difference would seem to stem from whether concentration was on the market generally, leading to a finding of the same type of loss, or was on the parti-

Podríamos, pues, afirmar, que el *Achilleas* y, en concreto, su resolución desde la perspectiva tradicional, se añade a la lista de casos que, apelando a la previsibilidad, son el resultado, sin embargo, de una *untidy combination of intuition and makeshift solutions*⁷⁸.

Lord Hoffmann no discute que el lucro cesante sufrido por los propietarios sea un daño previsible en el momento de la celebración del contrato. Ahora bien, lo que no puede afirmarse, en opinión del Lord, es que los primeros fletadores hubieran asumido responsabilidad por dicho lucro cesante. Y precisamente los dos factores señalados al comienzo del presente epígrafe son los que guían al Lord en la interpretación objetiva⁷⁹ del contrato sometido a su consideración⁸⁰.

Así, apunta en primer lugar que carece de sentido desde el punto de vista de los negocios responsabilizar a un fletador por un daño potencialmente extenso que ninguna de las partes podría cuantificar en el momento de la celebración del contrato; en segundo lugar, el caso no puede ser resuelto al margen de los usos imperantes en el sector del tráfico naviero. Lord HOFFMANN explica claramente su decisión en el artículo publicado en el año 2010; merece la pena transcribir literalmente sus palabras⁸¹:

«The reasons I would give for saying that the loss of profit should not be recoverable in the Achilleas are two-fold. One is the reason given by Lord Rodger, that it does not make commercial sense to hold a charterer liable for potentially extensive loss which

cular contract, producing a finding of a different type of loss», On Damages, 2009, p. 217. Recuérdese la discusión existente en la doctrina tradicional sobre si la previsibilidad debe referirse sólo al tipo de daño o también a su extensión. Vid. Supra epígrafe 1.2.

J. O'SULLIVAN pone de manifiesto que vuelve a aparecer en este caso la discusión acerca de si un daño de una extensión mayor que la usual puede llegar a considerarse un tipo de daño distinto, «Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?», *CLJ*, 2009, pp. 36 y 37.

⁷⁸ TETTENBORN en referencia a los casos que analizó en el año 2007 para demostrar la que hemos denominado «imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad», «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell by Date», en (2007) *23 Journal of Contract Law*, p. 147.

⁷⁹ Para J. O'SULLIVAN el caso no debe contemplarse desde una perspectiva de interpretación del contrato sino más bien como una *policy consideration*, «Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?», *CLJ*, 2009, p. 37.

⁸⁰ Probablemente también habrían sido tenidos en cuenta por los autores que defienden una interpretación moderna de la *remoteness rule*. Así, TETTENBORN apunta que los lucros excesivos no se encuadran en la finalidad de la obligación asumida por el deudor, sino que entran en el círculo interno de los negocios del acreedor («Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 142 y 143). En cuanto a los usos del comercio, como se recordará se trata de uno de los factores que ROBERTSON señala para guiar al juez en la determinación de cuál es la distribución de riesgos más justa [«The basis of remoteness rule in contract», (2008) *Legal Studies* pp. 194 y 195].

⁸¹ Lord HOFFMANN: «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 59.

neither party could quantify at the time of contracting. (...) Secondly, I would rely upon what appears to have been the common assumption in the trade. Owners and charterers, or at any rate their legal advisers, would have assumed from previous authorities and textbooks that, in the absence of contrary provision in the agreement, the liability of the charterer for late delivery was limited to the difference between the market rate and the charter rate for the period of the overrun. The purpose of the law of contracts is to fulfil reasonable expectations and such expectations should therefore be self-fulfilling. Businessmen do not like surprises. [...]».

3.4 La reacción de la doctrina y de los tribunales

Quizás sea pronto todavía para evaluar el impacto del *Achilleas* en el Derecho inglés. A la vista de las primeras reacciones de la doctrina puede, sin embargo, afirmarse que no ha dejado indiferente a ningún especialista en el *Law of Contracts* o en el *Law of Damages*.

Una comprensión adecuada de las reacciones doctrinales exige, a nuestro juicio, distinguir, por un lado, la constatación de lo que significa el *Achilleas* y, por otro lado, la valoración que para la doctrina inglesa merece esta constatación.

Y así, se reconoce que, a partir del *Achilleas* la previsibilidad del daño no es el único factor que debe tomarse en consideración para calificarlo como un daño *not too remote* y, por tanto, indemnizable⁸².

Pero, ¿era necesario añadir un nuevo test? ¿Soluciona los problemas existentes el test de la *assumption of responsibility*? Las palabras de McGregor⁸³ que reproducimos a continuación demuestran que el autor respondería negativamente a las preguntas planteadas:

«What Lord Hoffmann and Lord Hope propose is full of difficulty, uncertainty and impracticality. How are we to tell what subjectively the contracting parties were thinking about assumption of responsibility? When contracting, assumption of responsibility was probably not in their minds at all, for it is well known that parties entering a contract are thinking of its performance rather than of its breach. Apart from this uncertainty there is the impracticality of allowing defendants to raise the issue, as they will surely do, in case after case as an extra argument, thereby taking up the time of the courts unnecessarily and making the arriving at settlements more difficult.»

⁸² En palabras de A. KRAMER «[...] although still relevant, foreseeability of a loss as a not unlikely consequence of breach is now neither necessary nor sufficient for a finding that the loss is not too remote and therefore recoverable», «The new test of remoteness in contract», *LQR*, 2009, p. 408.

En un sentido similar R. FARNHILL y J. HUGHES: «Thansfield: a change of approach required?», *Journal of International Banking and financial Law*, 2008, p. 3.

⁸³ MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 208 y 209.

Los temores expresados por McGregor se reproducen en otros autores⁸⁴ como PEEL⁸⁵, quien afirma «*It may well be that the decision does not have a profound effect in practice*».

En la 30th edición de Chitty *On Contracts* no se critica tan duramente la nueva interpretación de la *remoteness rule*; sin embargo, se apunta la conveniencia de que su aplicación se limite únicamente a aquellos casos en los que, como en el *Achilleas*, las circunstancias excepcionales así lo justifiquen⁸⁶.

Precisamente esa fue la pauta seguida por el tribunal en uno de los dos casos⁸⁷ en los que, hasta donde llega nuestro conocimiento, se ha aplicado el *Achilleas* hasta la fecha: en *Shipping Co Ltd v. Progress Bulk Carriers Ltd*⁸⁸ el Juez no utilizó el test de la *assumption of responsibility* porque, a su juicio, las circunstancias excepcionales del *Achilleas* no eran predicables del caso concreto sometido a su consideración⁸⁹. En concreto, ni se habían producido

⁸⁴ Como Simon CROALL y Yash KULKARNI para quienes «*further area of confusion arises from the minority ratio. The legal test for remoteness in relation to contract damages appears less clear after this appeal than it did before. [...] It is now far from clear what question a court or tribunal should be asking itself in the context of remoteness and hence harder than ever to give clear and certain legal advice*», «Has promoting commercial certainty made the Law more uncertain?», *Computers and Law*, 2008, p. 38.

⁸⁵ E. PEEL: «Remoteness re-visited», *LQR* 2009, p. 11.

⁸⁶ «*Contractual liability is of course based on express or implied agreement, and it is argued that the reason a party who has broken the contract should be held liable for losses that were not unusual, or which he had brought home to him might occur, is that (unless it is agreed otherwise) he can be taken to have agreed to compensate them. But it does not follow that liability for likely losses should be limited by a vague criterion such as "assumption of responsibility". Rather it is submitted that it is better to have a simple rule that the party in breach is liable for all losses that are sufficiently likely to occur in the usual case, or whose likelihood has been brought home to him when the contract was made, unless he has validly excluded or restricted his liability. [...] It is thus to be hoped that the approach adopted by the majority in The Achilleas will be applied by the courts only in exceptional circumstances, such as those emphasised by Lord Hoffmann in that case*». CHITTY: *On Contracts*, 2009, § 26-100G.

⁸⁷ El otro caso es *Donogue v. Greater Glasgow Health Board* (2009) CSOH 115. En él trata de determinar si la contratista de una obra debe responder de los daños sufridos por una trabajadora de la empresa dueña de la obra, habida cuenta del mal estado en que se encontraba el pavimento por el que resbaló la trabajadora en cuestión. La demandante es la trabajadora; la demandada la empleadora, dueña de la obra, quien, a su vez, llama al proceso a la empresa contratista para que responda frente a ella de la indemnización debida a la trabajadora como consecuencia de la caída.

Lord Uist considera que dichos daños no cumplen la *remoteness rule* ya que no cabe entender que la empresa contratista estuviera asumiendo responsabilidad por los daños derivados de un accidente como el que tuvo lugar. Por el contrario, su responsabilidad debería alcanzar únicamente a los gastos de sustitución del material del pavimento.

⁸⁸ (2010) EWHC 542 (Comm).

⁸⁹ «*In my judgment, the decision in The Achilleas results in an amalgam of the orthodox and the broader approach. The orthodox approach remains the general test of remoteness applicable in the great majority of cases. However, there may be "unusual" cases, such as the Achilleas itself, in which the context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market make it necessary specifically to consider whether there has been an assumption of responsibility. This is most likely to be in those relatively rare cases where the application of the general test leads or may lead to an unquantifiable, unpredictable, uncontrollable or disproportionate liability or where there*

fluctuaciones del mercado tan acusadas ni existía un uso en el sector que se separara del test de la previsibilidad del daño⁹⁰. Bastaba, pues, a su juicio, con evaluar si el daño reclamado era o no previsible.

En definitiva, y a la vista de todo lo anterior, parece que la interpretación moderna de la *remoteness rule* todavía no se ha llegado a imponer a la interpretación tradicional, a pesar de los encomiables esfuerzos de Lord Hoffmann, ya retirado, por cierto, de la *House of Lords*.

IV. CONCLUSIONES

La doctrina inglesa ha construido tradicionalmente la regla de la *remoteness rule* planteándose dos cuestiones de hecho: (1) ¿qué significa exactamente que un daño es una consecuencia previsible del incumplimiento?; (2) ¿qué circunstancias de hecho conocidas o que debió conocer el deudor en el momento de la celebración del contrato implican que éste contempló o debió contemplar el acaecimiento del daño como previsible?

Desde principios de la década de los 2000 parte de la doctrina inglesa ha puesto de manifiesto su insatisfacción con la construcción de la regla en los términos expuestos y ha llevado la discusión más allá de la mera previsibilidad del daño y del mero conocimiento de datos de hecho. El punto de partida común de esta nueva corriente doctrinal se sitúa en la construcción del *contemplation test* como una regla de distribución de riesgos entre las partes contractuales (*allocation of risks*); sin embargo, los caminos divergen a la hora de configurar dicha distribución de riesgos. Y así, para unos, la regla refleja una implícita distribución de riesgos por las partes (*implicit allocations of risks*); mientras que para otros es el tribunal quien debe integrar un vacío en el contrato mediante una justa distribución de riesgos (*fair allocation of risks*).

is clear evidence that such a liability would be contrary to market understanding and expectations.

In the great majority of cases it will not be necessary specifically to address the issue of assumption of responsibility. Usually the fact that the type of loss arises in the ordinary course of things or out of special known circumstances will carry with it the necessary assumption of responsibility».

⁹⁰ En el caso concreto se trataba del incumplimiento de un contrato de flete: en concreto, los propietarios entregaron con retraso el buque a los fletadores, quienes perdieron la subcontrata celebrada al efecto. Solicitaban los demandantes el lucro cesante. El tribunal estimó la demanda.

Desde 1994 no había llegado hasta la *House of Lords* ningún caso sobre la *remoteness rule*⁹¹. Esta situación cambia en 2008, año en que se dicta la sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*, también conocida como *The Achilles*. En dicho caso, los Magistrados de la *House of Lords* llegan por unanimidad a la misma solución: el daño reclamado es *too remote*. Sin embargo, y aquí es donde radica la trascendencia del caso, los Lords siguen caminos distintos para llegar al fallo: mientras que unos no se separan de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, otros apuestan claramente por introducir en la *House of Lords* el sentir de la doctrina inglesa más moderna.

Tras la publicación del caso *Achilleas* las reacciones de la doctrina inglesa muestran una reticencia más o menos expresa a abandonar el test de la previsibilidad del daño. Pero, sin duda, en la construcción de la *remoteness rule* hay un antes y un después del *Achilleas*.

⁹¹ El último caso en llegar fue *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power* 1994 S.C. (H.L.) 20. Informa de ello MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 223.