

# CONTRATOS IT:

"traducción" de categorías de derecho inglés al sistema legal español.

Revisión de jurisprudencia y experiencia en litigios en España.

*30 noviembre 2022*

# Bird & Bird

01

# Sistema judicial



**Tribunal Supremo**



**Audiencia Provincial**



**Juzgados de primera Instancia**

- > Reclamaciones de cantidad
- > Consumidores
- > Comunidades de propietarios
- > Arrendamientos urbanos
- > Derechos reales, etc



**Supreme Court**



**Court of Appeal**



**High Court of Justice**

Commercial

Business

Technology

IP

02

**Good faith, fairness  
and reasonableness**



**Buena fe, justicia y  
equidad**

# Libertad contractual

Autonomía de la voluntad (art. 1255 CC): los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente

Principio general de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC y art. 57 Ccom)

Rige la ley y su desarrollo por la jurisprudencia

En principio, **pacta sunt servanda** (art. 1091 CC). Sin embargo, con matices: **ley, moral y orden público** (art. 1255 CC) y **principios generales** (buena fe, abuso de derecho, actos propios, etc.)

Código Civil y Código de Comercio

# Freedom of contract

Parties have "**freedom of contract**" and **autonomy** to set out their rights and obligations

There is **no commercial code**

There is **no general good faith principle**

**Binding court precedent**

Strict respect to the **content of the agreement**

# Buena fe, justicia y equidad

## Art. 7.1 CC

"Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe".

## Art. 3.2 CC

"La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

# Good faith, fairness and reasonableness


## Supreme Court in Arnold v Britton case, 2015


*"When interpreting a contract, a judge should avoid re-writing it in an attempt to assist an unwise party or to penalise an astute party".*


## Supreme Court in Wood v Sureterm case, 2017

*"It is not the function of the court to improve the parties' bargain".*


# El papel de los tribunales


 Los tribunales españoles proporcionan las herramientas para que se cumpla lo pactado en los contratos: declaran quién ha incumplido, condenan a indemnizar los daños y perjuicios, adoptan medidas cautelares, llevan a cabo el cumplimiento forzoso de las sentencias, etc.

 Cuando analizan e interpretan un contrato, buscan determinar la finalidad perseguida por los contratantes. El criterio que primero se toma en cuenta es el del tenor literal. Hay otros: sistemático, oscuridad creada por una parte, favor contractus, usos y costumbres, etc. (arts. 1281 a 1289 CC)


 No se considera tallado en piedra lo que el contrato estipula. Con base en los límites legales y los principios generales, se introducen elementos de equidad a la hora de tomar decisiones sobre los contratos celebrados entre las partes en controversia.


# The role of courts

 The goal of the English courts is to ensure certainty by giving effect to the shared intention of the parties as reflected in the words they have used, interpreted objectively and in context.

 Their second goal is to provide rules and mechanisms to ensure that parties can effectively enforce contracts (by efficient remedies such as declarations, damages and injunctions).

 The courts' role is not to ensure that B2B contracts are fair.

 A B2B contract with one-sided provisions is basically valid and enforceable

 This would apply even if it is very expensive, contains one-sided obligations, imposes tough payment terms, lacks any sense of mutuality, involves very onerous change obligations, imposes harsh termination rights, or requires continued performance even when wider circumstances have completely change, etc.

03

## Absolute obligations and endeavours



Obligaciones de  
medios y de  
resultados



# Absolute obligations and endeavours

Where a party says it "shall" or "Will" carry out an activity, this is an absolute obligation. If it does not perform that is a breach of contract.

However, a party will often link its performance to certain conditions which need to be fulfilled by the customer, or by a third party. Such conditions should be express and not implied.

Another way to excuse performance is by a "force majeure" clause

Often a supplier reduces its absolute obligation and makes it into an obligation to use "endeavours" or "efforts". This is a promise to try to perform the activity but it is not a guarantee of success.

*"Supplier shall **deliver the Products...**"*

[this is the strongest obligation, in the sense that non-delivery = breach]



The Supplier is **legally obliged to deliver the Products.**

*"Supplier shall **use best endeavours to deliver ...**"*

*"Supplier shall **use all reasonable endeavours to...**"*

*"Supplier shall **use reasonable endeavours to ...**"*

*"Supplier shall **endeavour to...**"*



Supplier is **obliged to devote effort.** The question in each situation is: "How much effort? The Supplier is not legally obliged actually to deliver the Products.

*NB the Word "efforts" means "endeavors".*

# Obligaciones de medios y de resultados (i)

Art. 1544 CC

"En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto"

STS 08/10/2001

"La decisión cuestionada ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la obligación del arrendador para establecer la distinción entre el **arrendamiento de servicios y el de obra**, según la cual si éste se obliga a la prestación **de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma**, no al **resultado** que aquella prestación produce, el **arrendamiento es de servicios**, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un **resultado**, sin consideración al trabajo que lo crea, el **arrendamiento es de obra**".

STS 09/01/2006

"En efecto, el contrato celebrado por las partes fue el denominado en el Código Civil (arts. 1.542, 1.544 y rúbrica del Cap. III, del Tít. VI, del Libro IV ) arrendamiento de obra. [...] [En él] la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la **realización y perfección de este resultado** -"opus consumatum et perfectum": S. 7 febrero 1.995- depende que el **contratista haya o no cumplido**, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la Sentencia de 30 de enero de 1.997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la **prevista, correcta y adecuada**, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución".

# Obligaciones de medios y de resultados (ii)

Albadalejo\*

“...aunque persiga –como es normal- un resultado determinado, y la actividad se pacte en dirección a éste, **no es arrendamiento de obra, sino de servicios, el que si bien acuerda la realización de los mismos encaminados a obtener la obra, no promete la realización de ella, sino de los trabajos en sí**”.

\*(Derecho Civil, II, "*Derecho de Obligaciones*", Vol. 2º, Bosch, 1987, p. 279)

SAP Orense 02/04/2019

"El contrato suscrito por las partes es de naturaleza compleja, con elementos propios del contrato de arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra. **La calificación del contrato no depende de la denominación** que le hayan dado los contratantes, sino que habrá de estarse al **contenido real, al contenido obligacional convenido** y el protagonismo que las partes adquieren".

# Criterios

- 1 Tenor literal
- 2 Intención de las partes: actos anteriores, coetáneos y posteriores
- 3 Capacidad de control sobre el resultado
- 4 Tracto único / Tracto sucesivo
- 5 Precio por unidad de tiempo / Precio a tanto alzado



¿De qué tipo son los contratos de IT?

STS 12/12/1988

"la prestación de técnicas informáticas **no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al de arrendamiento de servicios o un contrato de resultado**, dentro del concepto genérico del arrendamiento de obra y puede concertarse concesión de la propiedad de los programas (hoy reconocida, como objeto de propiedad intelectual)".

## Ej reciente: SJPI 13 Madrid, 257/2022

### HECHOS

Celebración de acuerdo para la transformación digital y externalización del sistema de información del ICAM. Llave en mano. El proyecto no se lleva a cabo. Demanda ICAM contra proveedores solicitando devolución de cantidades pagadas e indemnización por daños y perjuicios. Reconvienen proveedores.

### DECISIÓN

Condena a proveedores a pagar +5M € y al ICAM + 80.000 €. En interpretación de los acuerdos firmados se considera que se desprende de manera general la intención evidente de contratar, por un precio cerrado, la **ejecución de una obra** bajo el ámbito de dirección del proveedor. A la vista de los informes periciales, avalados por el resto de la prueba, se considera que el proveedor **no hizo entrega del proyecto en los términos pactados**: vulnerabilidades de seguridad en la web, no entrega de aplicación móvil, problemas con multicanalidad prometida, defectos en el CRM y, en general, falta de funcionalidad y retrasos varios en otras aplicaciones.

## ¿Contrato de obra o de prestación servicios?

STS 646/2014, de 24 de noviembre	Contrato de obra
SAP Madrid 245/2022, de 13 de junio	Contrato de obra
SAP Valencia 62/2020, de 24 de febrero	Contrato de obra
SAP Barcelona 166/2015, de 9 de julio	Contrato de obra
SAP Orense 128/2019, de 2 de abril	Contrato de obra
SAP Madrid 349/2013, de 11 de junio	Contrato de servicios
SAP Barcelona 7/2005, de 17 de enero	Contrato de servicios
SAP Barcelona de 7 de febrero de 2003	Contrato de servicios

04

# Limitaciones y exclusiones de responsabilidad

# Claves de la responsabilidad...

UK

1

English law permits parties to B2B contracts to negotiate far-reaching **exclusions and limitations of liability**



2

When English Courts assess exclusion and liability clauses, and disclaimers of liability, they **interpret the language used according to the literal words**



3

Overall, there is a climate of sympathy in the English court towards the **enforceability of typical supplier limitation clauses**



4

Certain restrictions:  
UCTA / **"Illusion of a remedy"**



ESP

1

El derecho español permite a las partes **negociar cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad en los contratos B2B.**



2

Tendencia de los Tribunales Españoles a **alejarse más del tenor literal del clausulado.**



3

En general, los Tribunales Españoles no plantean oposición hacia la **aplicabilidad de las cláusulas de limitación** que habitualmente imponen los proveedores.



4

Limitaciones **arts. 1255 y 1256 del Código Civil.**



4.a

# Limitaciones conceptuales





# Exclusión de daños indirectos o consecuenciales

**INDIRECT / CONSEQUENTIAL LOSS**

Type of loss which is a "serious possibility" and arises as a result of specific circumstances which the "innocent" party actually told the defaulting party about at the pre-contract stage or in the contract itself (referred to as "actual knowledge")

**UK**

- ✓ Equivalent
- ✓ Excluded
- ✗ Compensation

**DAÑO INDIRECTO / CONSECUENCIAL**

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 (**art. 1107 CC**).

**ESP**

- ✓ Equivalente
- ✓ Excluidos\*
- ✗ Indemnización\*

\*SAP Álava de 13 de Septiembre de 2010

\* Solo en caso de **dolo** serán indemnizables

# Exclusión de responsabilidad por lucro cesante

UK

## LOSS OF PROFIT

Most suppliers of licensed software and IT contracts exclude their liability in the contract for business losses which could be suffered by the licensee arising out of supplier breach of contract

'Direct' damage can include ongoing financial loss of the other party, not just the loss which is the immediate result of the breach: therefore 'loss of profit' or revenue can in principle be a 'direct' loss it depends on the facts

ESP

## LUCRO CESANTE

**Art. 1106 CC:** "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

Con arreglo a una reiterada doctrina jurisprudencial, a la hora de valorar el lucro cesante, ha de probarse rigurosamente que dejaron de obtenerse las ventajas, sin que éstas sean dudosas o fundadas en esperanzas

Existe una tendencia de equiparación del lucro cesante al daño indirecto; sin embargo, no siempre será necesariamente así.

La inclusión de cláusulas de exención de responsabilidad por lucro cesante por parte de los proveedores es válida.

# Otros daños "no traducibles"



# Exclusión de responsabilidad por pérdida de datos



La exclusión es **válida**



Sujeta a lo establecido en los **arts. 1255 y 1256 CC**



Clausulado específico



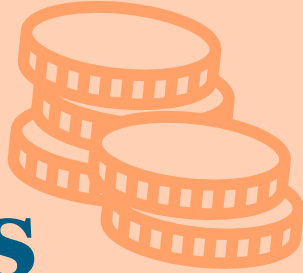
**Confidencialidad de la información**



**Protección de datos personales**

4.b

# Limitaciones cuantitativas



# Límites cuantitativos a la responsabilidad



La limitación es **válida**



Sujeta a lo establecido en los **arts. 1255 y 1256 CC**



Responsabilidad total por **todos los conceptos vs daños y perjuicios**

(Restitución / liquidación)



Vinculada al **precio del contrato o múltiplo**



"Supercaps"

4.C

# Limitaciones temporales



# ¿Puedo acortar los plazos de prescripción legal de la acción de responsabilidad por incumplimiento?

## Válido

"En la medida en que facilita la prescripción, **no es contraria a ninguna disposición de ley, ni tampoco a un orden público que a través de las leyes se pueda encontrar. Ésta es, como vimos, la tesis que, implícitamente, la mayor parte de las veces, y explícitamente en algunas de ellas, sostuvo el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas insertas en contratos de seguro en relación con las acciones del asegurado frente a la compañía aseguradora, para el cobro de las indemnizaciones y la verdad es que, a salvo de lo que haya que decir en materia de condiciones generales de la contratación, si no existe ninguna norma especial de protección de uno de los contratantes, ningún tipo de reparos se puede poner a tales cláusulas**".

- **Sentencias en contra** (SJPI 51 de Madrid de 2 de julio de 2014)
- **Art. 1935 CC** "Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido"

» Sobre la ampliación del plazo de prescripción: "En cualquier caso, está fuera de duda la **inadmisibilidad de una prolongación tan extraordinaria** de los plazos de prescripción que en la práctica constituya una auténtica imprescriptibilidad".

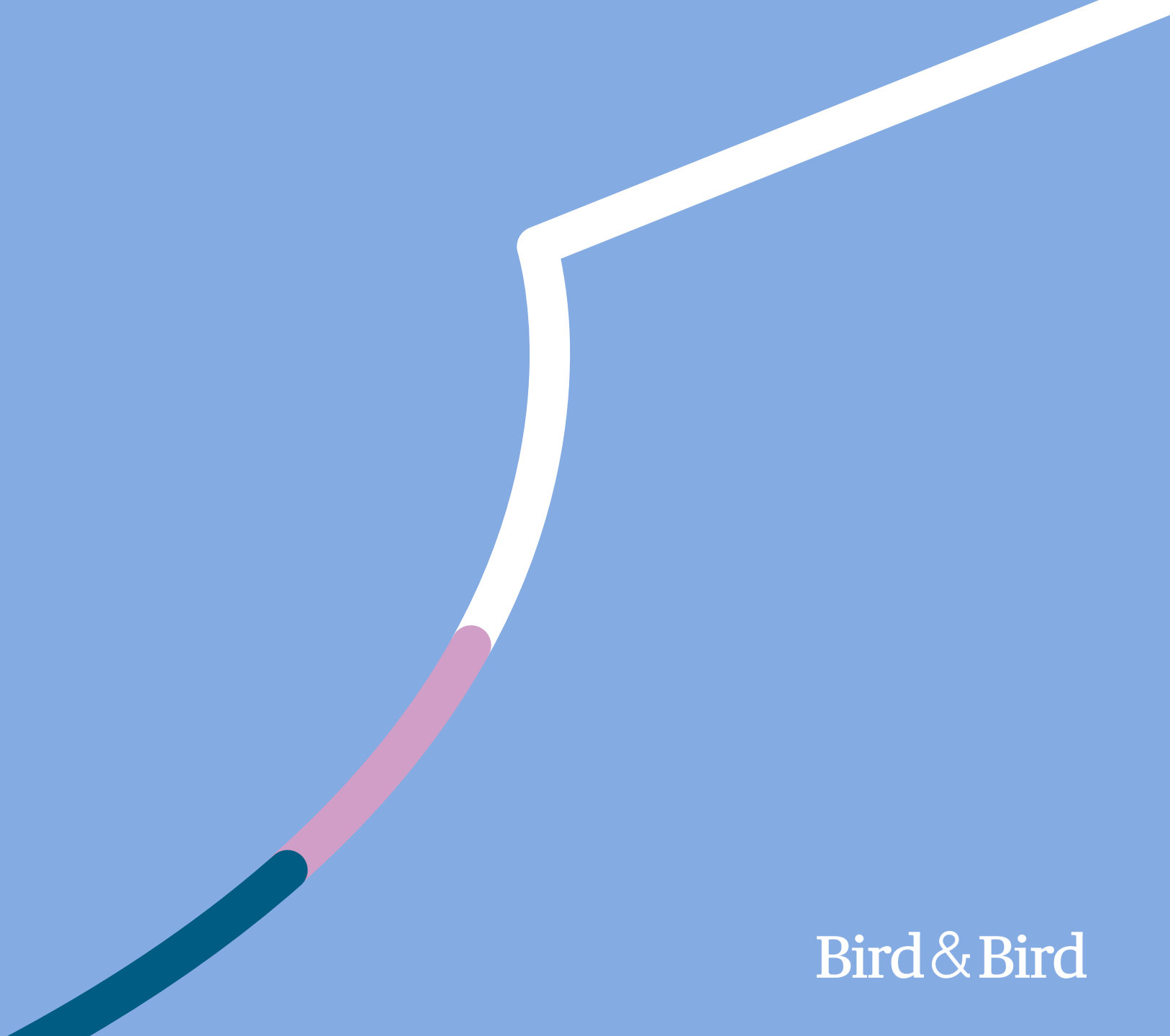
» Sobre la conversión del plazo en imprescriptible: "Los negocios sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los derechos o negocios dirigidos a **convertir un derecho legalmente imprescriptible en un derecho que la ley declara prescriptible, la regla general debe ser la prohibición**".

» Sobre la reducción del plazo de prescripción: "En la doctrina, **se ha sostenido su validez**, partiendo de la idea de que este tipo de cláusula, **en la medida en que facilita la prescripción**, no es contraria a ninguna disposición de ley, ni tampoco a un orden público que a través de las leyes se pueda encontrar".



05

# Indemnities



# Visión real del concepto

## INDEMNITY



### English law

- Why do English lawyers get agitated about indemnities? Isn't it just another word for "I'll compensate you"...?
- Any indemnity under English law is a distinct legal concept – **it is not another expression for "compensation for breach a contract"**, and the amount payable could be higher than under a breach of contract claim alone
- An indemnity is generally understood to mean a **promise to pay another party an amount, if a trigger event occurs**. Some principles limiting the sum which can be recovered for contract breach don't apply to such indemnities



### Derecho español

- Se trata de un concepto que proviene de derecho inglés y no es equiparable **al de indemnización**.
- Las "indemnities" regulan supuestos a los que generalmente **no aplicarán el clausulado de limitación de responsabilidad estipulado para el resto de disposiciones**.
- **Artículo 1101 CC.** *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"*

06

**Liquidated damages**



**Clausulas penales**

# Liquidated damages

- ▶ Where payment of a fixed sum is triggered by a contract breach (such as delay by the supplier) the clause may either be **liquidated damages** (which are recoverable), or a **penalty** (which is not recoverable).
- ▶ For 100 years, the test under English law has been that a payment would be enforceable as valid liquidated damages if it was a "***genuine attempt to estimate the losses which could result from the breach***".
- ▶ Otherwise it was treated as a **penalty**, and it was unenforceable.
- ▶ If liquidated damages are held to be a penalty (and it can still happen, e.g. for extremely high interest rates under a loan, or harsh consequences for late payment of rent) then the "innocent" party can still claim damages but it cannot rely on the Liquidated Damages clause.



In a case in 2015 called *El-Makdessi v Cavendish*, the Supreme Court reformulated the test of valid liquidated damages. What needs to be considered now is:

- ▶ Is the payment a so-called "payment adjustment"? If so, then the law on liquidated damages is irrelevant (e.g. service level agreements).
- ▶ If the clause is liquidated damages, does it protect a "**legitimate interest**" of the innocent party in the performance of the contract? The legitimate interest could be financial or it could be **non-financial** (e.g. protection of goodwill or reputation).
- ▶ If it does protect such an interest, but the amount is "**out of all proportion**" to the protection of that legitimate interest by the innocent party, only then could it be a penalty.

# Cláusulas penales

## Art. 1152.1 CC

"En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado".

## Art. 1153 CC

"El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada".

## Art. 1154 CC

"El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

## STS Pleno 30/09/2016

"No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los **límites generales de la autonomía privada** que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya **cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse** que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «**opresivas**», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las «**usurarias**», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla".

## STS 30/04/2013

"La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida **para un determinado incumplimiento**, aunque fuera parcial o irregular, **no puede aplicarse la facultad moderadora** del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que **la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció**, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente una pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido".

07

**Disruption /  
impossibility /  
force majeure**

# Impossibility of performance...

Parties to IT contracts (especially long-term agreements) are likely to be affected by disruptive events which are out of their control.

An English law doctrine called "**frustration**" entitles a party to set aside a contract, but only where the contract is permanently and radically impacted; not where there is a temporary change of circumstances. Frustration is not a very helpful doctrine as it is "black-and-White" in its logic.

A "force majeure" clause is a way to deal with disruption and change in the contract, and is more flexible and adaptable than "frustration". Under English law there is no statute of Force Majeure, and Force Majeure will not be implied either.

Draft Force Majeure clauses with care: and remember that other clauses can be very valuable too in allocating risk arising from disruptive change: e.g. "change of law" clause, a material adverse change ("MAC") clause, or the right to appoint second supplier, etc.

## Fuerza Mayor

vs

## Rebus sic stantibus

Sucesos imprevisibles o inevitables

Imposibilidad sobrevenida de la prestación (total o parcial). Física o legal, objetiva, absoluta y duradera.

No imputabilidad del suceso al deudor.

Deben intentar agotarse las posibilidades de cumplimiento por el deudor.

No aplica a obligaciones pecuniarias.

Exime al deudor de responder por su incumplimiento.

Alteración extraordinaria de las circunstancias (comparación momento de celebración y momento en que ocurre el suceso).

Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes.

No imputabilidad de la excesiva onerosidad al deudor.

Prestación no es totalmente imposible, pero se ha convertido en más onerosa.

Aplicable de ordinario a los contratos de larga duración.

Persigue un reequilibrio de las prestaciones, no la resolución del contrato.

Acogida favorable en jurisprudencia española (ej. IT contratos de suscripción, SAS, etc.)

08

# Ley aplicable, jurisdicción y arbitraje



# What happened after **BREXIT**



## 1 **Jurisdiction**

- Brussels I is not applicable anymore.
- UK joined the Hague Choice of Court Agreements Convention 2005.
- The parties of this Treaty are the EU itself, Denmark, Mexico and Singapore.
- Limited scope: Jurisdiction clauses
- Requested access to the Lugano Convention that was denied by the EU.

## 2 **Applicable law**

- Remains the same.
- UK transposed Rome I and Rome II into its law via the instrument "*Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019*".

## 3 **Recognition and enforcement**

- UK cannot benefit from the provisions set forth in Brussels I and Lugano on recognition and enforcement of judgments.
- The Hague Convention 2005 includes provisions on recognition and enforcement.
- Judgments that do not fall under the scope of this instrument will be subject to the laws of each country

## 4 **Arbitration**

- It is not impacted by Brexit.
- New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.



Pablo Berenguer

Partner

[pablo.berenguer@twobirds.com](mailto:pablo.berenguer@twobirds.com)

# Gracias

twobirds.com

Abu Dabi • Amsterdam • Bratislava • Bruselas • Budapest • Casablanca • Copenhague • Dubái • Dublin • Dusseldorf  
• Estocolmo • Frankfurt • La Haya • Hamburgo • Helsinki • Hong Kong • Londres • Luxemburgo • Lyon • Madrid  
• Milán • Múnich • París • Pekín • Praga • Roma • San Francisco • Shanghái • Singapur • Sídney • Varsovia

Bird & Bird (International) LLP es una sociedad de responsabilidad limitada, registrada en Inglaterra y Gales con número de registro OC340726, y está autorizada y regulada por la Solicitors Regulation Authority (SRA) con SRA ID 497341, y opera en España a través de su Establecimiento Permanente con NIF W0068301A. Su domicilio social y principal centro de actividad en el Reino Unido se encuentra en 12 New Fetter Lane, Londres EC4A 1JP.

La palabra socio se utiliza para referirse a un miembro de Bird & Bird International LLP o a un empleado o consultor o a un socio, miembro, director, empleado o consultor de cualquiera de sus empresas afiliadas o asociadas, que tenga una posición y cualificación equivalentes. La lista de los miembros de Bird & Bird (International) LLP y de los no miembros designados como socios, así como sus respectivas