

**Barnett, Katy (2012).** *Accounting for Profit for Breach of Contract*. Oxford: Hart Publishing. 232 pp.

Imagine que Augusto vende una máquina a Bernardo por 100, pero después la vende a Carlos por 180, incumpliendo su deber de entrega al primer comprador. Imagine ahora que el valor de mercado de la máquina es de 120, por tanto Bernardo la hubiese comprado a un precio beneficioso. Como se puede observar, con ocasión del incumplimiento del deber de entrega de la cosa el deudor, Augusto obtiene una ventaja económica de la que pudo ser privado el comprador, la que podría consistir en la diferencia entre el precio de compra y de reventa (80) o, incluso, entre el precio de mercado y de reventa (60). Fuere cual fuere la solución, lo cierto es que el deudor se benefició de su incumplimiento contractual. ¿Podría el acreedor demandar al deudor por el beneficio que obtuvo con ocasión de la inejecución contractual?

Frente a esta situación, podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿se trata de una pérdida del acreedor o de

una ganancia del deudor?, tal como ya lo planteaba Allan Farnsworth, hacia 1970<sup>1</sup>.

Si la respuesta fuera que el acreedor sufre un daño, entonces, es posible sostener que esa ganancia podría ser indemnizable. Sin embargo, otra forma de ver la cuestión es a través del enriquecimiento injusto, ¿es posible que el deudor se enriquezca a costa del acreedor por el incumplimiento contractual? Si la respuesta a esto es negativa, no sería necesario probar la existencia del daño, sino acudir de manera directa al enriquecimiento injusto. Por el contrario, si se estima que es lícito que el deudor se aproveche de su incumplimiento cabría estimar que el acreedor no podría recobrar esta cantidad. Como se ve, la cuestión puede ser planteada desde dos maneras: desde el daño contractual o, bien, desde el punto de vista del enriquecimiento injusto.

Al problema enunciado se le denomina genéricamente restitución de ganancias o provechos por incumplimiento contractual (lo hay también en material extracontractual, pero el problema se plantea con algunas diferencias); y en su fórmula anglosajona se

<sup>1</sup> FARNSWORTH (1985), pp. 1339-1393.

le llama de varias maneras: *disgorgement damages*, *account for profits for breach of contract*, o *restitutory damages*.

Esta problemática ha sido de especial preocupación de los autores en la órbita del *Common Law*. También, ha sido tratado por autores que se enmarcan dentro de las teorías del análisis económico del Derecho. Sin embargo, aunque no con tanta fuerza, hay algunos autores que se han preocupado de ella en el Derecho Continental<sup>2</sup>.

La obra que nos proponemos comentar constituye una monografía sobre la materia, que, precisamente se enmarca dentro de la órbita anglosajona. En efecto, se trata de una tesis de doctorado defendida en la Universidad de Melbourne que intenta generar una teoría general sobre la restitución de provechos por incumplimiento contractual para todo el *Common Law*.

Según plantea la autora, dos son las situaciones que pueden plantearse a partir de la restitución de ganancias por incumplimiento contractual (pp. 3-4):

- (a) los casos de “reventa” y
- (b) los denominados “problemas de agencia”.

Los casos de “reventa” (a) corresponden a situaciones similares al ejemplo con que se da inicio a este comentario. Se trata de circunstancias en que el deudor ofrece a un tercero la prestación prometida a un precio mayor, prestación que luego de la inejecución no puede obtener el acreedor por el ejercicio de la pretensión de cumplimiento (en un sentido amplio se habla de “reventa”, pero no es limitativo a la

compraventa, pueden ser extendidos a otros contratos a cambio de un precio).

Los “problemas de agencia” (b), por su parte, designan situaciones en que el deudor se obliga a no hacer algo, para luego incumplir la promesa, obteniendo una ventaja de ello. Son típicos los casos de incumplimiento de obligaciones de no competencia, en que con ocasión a la inejecución el deudor e obtiene una ventaja, rédito que podría ser esperable que la hubiese obtenido el acreedor.

Como se puede observar (a) y (b) no sólo pueden presentarse en los países de la tradición de la autora sino que, también, en la nuestra<sup>3</sup>. De ahí el interés de la obra para el estudio de la problemática en los países de tradición europeo-continental.

La procedencia de la restitución de ganancias por incumplimiento contractual en el *Common Law*, tiene lógica bajo su especial configuración del sistema de remedios. Debe tenerse en consideración que el principal remedio en la órbita anglosajona es la indemnización de perjuicios bajo el prisma del interés positivo o de expectativa, y en subsidio, la pretensión de cumplimiento. Pues bien,

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, los daños reclamados en XX Ltda. con Sociedad Inmobiliaria ZZ S.A., arbitro arbitrador Guillermo Bruna Contreras, 12 de agosto de 2003 (acción indemnizatoria), Registro de Sentencias de la CAM, rol 345. Disponible en [www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral\\_2011/345.pdf](http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/345.pdf). [Fecha de consulta: 11 de abril de 2014]; XX con ZZ1 S.A. y ZZ2 Limitada, arbitro arbitrador Raúl Lecaros Zegers, 20 de octubre de 2004 (acción de cobro de pesos e indemnización de perjuicios), Registro de Sentencias de la CAM, rol 354. Disponible en [www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral\\_2011/354.pdf](http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/354.pdf). [Fecha de consulta: 11 de abril de 2014].

<sup>2</sup> Sobre el particular, puede verse: PINNA (2007), pp. 121-129; BARROS (2009), pp. 11-78.

cuando los daños no son una medida adecuada que reconozca el interés de cumplimiento del actor (*expectation interest*), y no sea posible el cumplimiento en naturaleza, y el deudor ha obtenido una ventaja por su incumplimiento, la restitución de provechos aparece como el siguiente “mejor remedio” para reivindicar, de alguna manera, el interés de cumplimiento del actor.

Según Katy Barnett, esta reivindicación del derecho a su interés de cumplimiento frustrado por la inejecución contractual podría justificarse a través de tres vías: la compensación (*compensation*), la disuasión (*deterrence*) y el castigo (*punishment*). Sin embargo, la autora afirma que sólo la disuasión y el castigo son fundamentos para conceder la restitución de provechos por incumplimiento contractual, no la compensación.

Al analizar la jurisprudencia del *Common Law* sobre la materia, la autora sostiene que los tribunales separan la ganancia obtenida por el deudor y la redistribuyen al acreedor afectado. Esta redistribución escapa la lógica propia de la compensación puesto que envuelve, en realidad, la decisión sobre quien merece un recurso en particular (la ganancia del deudor) y no propiamente sobre el daño sufrido por el acreedor.

Por esta razón, Katy Barnett es de la opinión que la disuasión (*deterrence*) es una justificación suficiente, pero no completa para el otorgamiento de la restitución de provechos. La disuasión es un fin que permite evitar que en el futuro otros contratantes en circunstancias análogas realicen la acción que constituye la ganancia por incumplimiento de contrato. Una lógica di-

suasiva implica sostener que en ciertos casos el Derecho consideraría especialmente importante que los contratos se cumplan (*pacta sunt servanda*). Y esto se daría en aquellas situaciones cuando los daños por incumplimiento contractual que equivalgan al cumplimiento de la obligación (lo que nosotros llamamos “cumplimiento por equivalencia” o “sustituto dinerario de la prestación”) sean inferiores al provecho que pueda obtener el deudor por su incumplimiento. Por lo tanto, desde el punto de vista del ejercicio de los remedios, la restitución de provechos puede sustituir más eficazmente a los daños contractuales, protegiendo de esta manera el interés de cumplimiento del actor. Al ser los *restitution damages* de mayor entidad que los daños que se generan por incumplimiento de contrato, entonces se coloca el incentivo en el cumplimiento de los contratos y, por lo tanto, pueden ser considerados como una medida preventiva al incumplimiento que generaría provechos al deudor. A través de este argumento, además, se le otorga eficiencia económica al remedio, con lo que se contesta a parte de la doctrina del *law and economics* que justifica la ganancia del deudor por su incumplimiento, ya que éste puede ser considerado como eficiente (algunos, incluso, lo han considerado como un óptimo de Pareto, ya que no podría aumentarse el bienestar de ninguna de las partes sino a costa de la otra<sup>4</sup>).

La segunda justificación que otorga la autora a la restitución de provechos es el castigo. Contraria a la opinión de un sector de la doctrina (Ernest J. Wein-

<sup>4</sup> En este sentido POSNER (2007), pp. 114 y 119.

rib, por ejemplo), opina que en el Derecho Privado es posible encontrar ciertas instituciones basadas en el castigo. Y este castigo se justificaría en aquellos casos en que el deudor incumple su obligación conscientemente (lo que denomina como *advertent breach*) para buscar una ventaja económica a partir del mismo (con dolo, diríamos en nuestra tradición).

Empero, en opinión de la autora, el análisis debe ser más exhaustivo. No basta solamente con el incumplimiento “oportunista” (como lo ha llamado Richard Posner, quien lo defiende), sino, además, se hace necesario que no exista posibilidad al acreedor de satisfacer su interés de cumplimiento en el mercado. Frente a esta situación, entonces, se justificaría la imposición de una suerte de castigo al deudor, la restitución, ya que conscientemente incumplió el contrato aprovechándose de su posición.

Por estas razones, la tesis sostenida en la obra es que los daños por *disgorgement* dependen de dos factores:

- en primer lugar, de la naturaleza del interés de cumplimiento del actor y
- en segundo lugar de la posibilidad de sustituir la prestación ya sea a través de los daños compensatorios o, bien, a través del cumplimiento específico.

A través del exhaustivo análisis de la jurisprudencia del *Common Law* (la obra tiene referencia a más de cuatrocientos fallos), la autora concluye que la condena por restitución de provechos tiene lugar cuando los daños por el interés positivo son inadecuados para satisfacer el interés de cumpli-

miento del demandante, de tal suerte que el remedio de los *restitutory damages* puedan ser considerados como sustituto adecuado de la prestación en naturaleza. De esta manera, la condena a través de este remedio se configura como alternativa a las acciones “principales” (aunque la pretensión de cumplimiento específico no la tenga en el *Common Law* respecto de los daños), y, por otro lado, permite analizar debidamente la función que cumple el principio de la fuerza obligatoria de los contratos en el plano de los remedios.

A pesar de que la obra se enmarca dentro de un remedio no consagrado en nuestra tradición, sino que es propio del *Common Law*, nos hace cuestionarnos sobre la posibilidad de que el acreedor pueda recobrar de alguna manera los provechos que obtiene el deudor a partir del incumplimiento contractual. La ausencia de desarrollo del remedio del *restitution* en la tradición europea continental heredada por nuestro *Código Civil* impone la necesidad de determinar si en definitiva es lícito al deudor mantener esa ganancia obtenida, o si, por el contrario, debe ser reintegrada de alguna manera al acreedor.

Creemos que cabe explorar los supuestos propuestos por la autora, los casos de “reventa” y “problemas de agencia”, ya que pueden presentarse perfectamente en la práctica (en efecto, véase la n. 3 del presente comentario en la que se da cuenta de un par de casos en que se ha planteado la cuestión). Y, en especial, analizar la situación de acumulación de la resolución por incumplimiento con el resarcimiento de daños. Lo normal será, frente a las

situaciones descritas, que el acreedor inste por la resolución contractual con perjuicios. Y, por lo tanto, cabe cuestionarse si este provecho se encuentra incluido dentro de la partida restitutoria de la resolución o, bien, si debe resarcirse a través de la indemnización de perjuicios. Incluso, no cabe descartarse de plano, el ejercicio de la acción de *in rem verso* y su posible acumulación a los demás remedios.

Sin embargo, fuera de las discusiones que podrían plantearse sobre la aplicación de este remedio en el Derecho nacional bajo las categorías existentes y reconociendo los problemas de justicia que aparejaría adaptarla (o no), este trabajo nos obliga a cuestionarnos algo más.

El estudio de una obra de este carácter, impone la necesidad de analizar los remedios contractuales que disponemos en nuestro medio desde una doble perspectiva (la que no siempre se tiene en consideración). La primera, es desde el punto de vista de la coordinación que debe existir entre los remedios entre sí (*v.gr.*, cumplimiento e indemnización, cumplimiento y resolución, resolución y daños). Es decir, la aspiración del establecimiento de un sistema armónico y balanceado de remedios. En efecto, la obra en comentario intenta coordinar el problema del *disgorgement* con el ejercicio de los demás remedios contractuales, pero en el sistema de remedios general al *common law*. Y lo segundo que es necesario analizar con mayor detalle es la relación que debe existir entre la aspiración de la fuerza obligatoria del contrato y los intereses del acreedor a través del ejercicio de las acciones y remedios contractuales.

Muchas veces el estudio de los principios contractuales no está en estricta coordinación de lo que se espera del sistema de remedios, lo que en cierta medida puede producir un desajuste entre la teoría de la formación del contrato y la protección del acreedor y las excusas del deudor. Así, basta con observar que la teoría más clásica insiste que la resolución es una excepción a la fuerza obligatoria del contrato, en circunstancias que la resolución permite una satisfacción alternativa al interés de cumplimiento a través de la operación de reemplazo en el derecho moderno de las obligaciones (arts. 75 y 76 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías). Y, en consecuencia, exige revisar la teoría general o a reevaluar el régimen de remedios del *Código Civil*, para una debida coherencia.

Por estas razones, aunque la obra se refiere a una institución un tanto ajena a nuestra tradición, su lectura constituye, a lo menos, un excelente pretexto para reevaluar en nuestro sistema el plexo de remedios contractuales y su coordinación con la teoría general del contrato.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOURIE, Enrique (2009). "Restitución por ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual", en Enrique BARROS BOURIE, M<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO y Antonio M. MORALES MORENO, *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- FARNSWORTH, Allan (1985). "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract". *The Yale Law Journal*, vol. 94. New Heaven.
- PINNA, Andrea (2007). *La mesure du préjudicecontractuel*. Paris: LGDJ.
- POSNER, Richard (2007). *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers.

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ