



# Incumplimiento Eficiente y Restitución de Mayores Ganancias.

*Análisis de su aplicación en Chile.*

Mauricio Camus Álamos

María José Tapia Fraile

Profesora Guía: Pamela Prado López

Valparaíso, Noviembre 2016.

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

## TEMARIO

I. Resumen y palabras claves.....	3
II. Introducción.....	4
III. Nociones Fundamentales.....	6
a) Concepto de Obligación.....	6
b) Concepto de Incumplimiento Contractual.....	8
IV. Incumplimiento Eficiente.....	12
a) Obligaciones de objeto fungible y específico.....	18
b) Fuerza obligatoria del contrato y seguridad jurídica.....	20
c) Remedios frente al incumplimiento eficiente.....	22
d) Daño por intromisión o tutela aquiliana del crédito.....	25
IV. Enriquecimiento injustificado y restitución de mayores ganancias obtenidas por el deudor.....	29
V. Conclusiones.....	42
VI. Bibliografía.....	44

## **I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVES**

**Resumen:** La presente investigación aborda la teoría jurídica del incumplimiento eficiente, analizando su origen, concepto y principios inspiradores, con el objeto de determinar si es posible su aplicación en el derecho civil chileno. Al efecto, se plantea en un primer momento que en base a nuestra normativa podría aplicarse, para luego analizar qué sucede con las mayores ganancias obtenidas por el deudor, examinando si es que estas pueden ser restituidas al acreedor y que función cumple el dolo al respecto. Todo ello teniendo en consideración, que en las últimas décadas la influencia de la economía en diversas áreas sociales, entre ellas el Derecho, ha significado un cambio en la concepción del contrato que constituye el principal instrumento jurídico de intercambio.

**Palabras clave:** **Obligación, Contrato, Incumplimiento Eficiente, indemnización, Restitución, Dolo**

## **II. INTRODUCCIÓN**

Probablemente el derecho de contratos constituye una de las áreas de mayor análisis y dinamismo en el Derecho Común, dando lugar a una vasta doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de sistematizar y explicar su contenido. En esta línea es posible constatar una notable evolución desde los inicios de su regulación, elaborándose las más variadas teorías al respecto. No obstante que su concepción inicial como vínculo jurídico aún permanece.

La importancia de su estudio radica en que el contrato constituye el principal instrumento jurídico que permite a los individuos vincularse. De esta manera por medio del contrato, las partes dan nacimiento a las más variadas obligaciones con el objetivo de ver satisfecho un determinado interés. Por su parte, el reconocimiento legal del contrato como una de las fuentes de las obligaciones garantiza a las partes que la transgresión de lo pactado constituye un acto contrario a derecho que generará consecuencias jurídicas.

En este sentido, el propósito de la presente investigación consiste en situarnos en esta última posible etapa de la relación contractual, aquella que inicia una vez configurado el incumplimiento dando lugar a la responsabilidad civil contractual. Al respecto, nuestro análisis se enmarca en la teoría del incumplimiento eficiente, teoría que proviene y ha sido desarrollada particularmente en el derecho anglosajón. En lo que respecta a nuestra doctrina, si bien es cierto que algunos autores han reconocido la relevancia de estudiar el incumplimiento eficiente, no se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo sobre el tema, sobre todo en relación a la posible restitución de las mayores ganancias obtenidas por el deudor en virtud del incumplimiento.

Es por ello, que nos hemos planteado como objetivo determinar si en el derecho civil chileno es posible hablar de incumplimiento eficiente, y en dicho caso, analizar las consecuencias jurídicas que ello tendría en la práctica, en especial relacionado a las mayores ganancias obtenidas por el deudor. Para ello nos referiremos en el primer capítulo, a los conceptos de obligación e incumplimiento desde la perspectiva del Nuevo Derecho de la Contratación, y como sus postulados han determinado un cambio de enfoque al análisis de la relación contractual.

Habiendo ya contextualizado la materia, se abordará en el segundo capítulo el origen y desarrollo de la teoría del incumplimiento eficiente en el Common Law, además de los principios o pilares sobre los cuales se ha construido. Haciendo referencia necesaria a la relevancia del Análisis Económico del Derecho al respecto, pues la incorporación del razonamiento económico, y en particular al ámbito privado, ha significado un cambio en la concepción del contrato. Con ello nos proponemos analizar diversas situaciones que se pueden plantear en la práctica, para identificar las consecuencias jurídicas que pueden derivarse.

Pensemos en el siguiente caso hipotético, Pedro es dueño de un automóvil marca Audi modelo A8 y celebra un contrato de promesa de compraventa con Juan respecto de dicho vehículo, estableciendo como precio la suma de \$63.000.000. Antes de la celebración del contrato definitivo, Diego le manifiesta a Pedro su intención de comprar dicho automóvil, ofreciéndole la suma de \$105.000.000; Pedro analiza la situación y al efectuar un cálculo concluye que el pago de una eventual indemnización de perjuicios a Juan, sería menor que lo que ganaría al incumplir el contrato de promesa, por lo tanto decide celebrar el contrato de compraventa con Diego y asumir el costo de la reparación. Ante este caso, cabe preguntarse ¿se configura un caso de incumplimiento eficiente?, ¿podría Juan solicitar además de la reparación del daño las mayores ganancias obtenidas por Pedro?, ¿Bajo qué fundamentos podría solicitarse esta restitución?

Por último, se destinará el tercer capítulo para determinar que sucede con las mayores ganancias obtenidas por el deudor en virtud del incumplimiento eficiente, en particular si procede o no su restitución teniendo en consideración la existencia del principio al repudio del enriquecimiento sin causa. Explicando también el rol que cumpliría el dolo al respecto, como un agravante de la responsabilidad. Finalmente, se formularán las principales conclusiones de nuestra investigación.

## I. NOCIONES FUNDAMENTALES

### a) Concepto de obligación

Para introducirnos en el tema nos ocuparemos primeramente de la voz obligación, en relación a su etimología se señala que “Obligatio proviene del latín. Se compone de dos elementos ob, que significa ‘por’, ‘a causa de’, y ligatio, que significa ‘ligar’, ‘atar’, ‘amarrar’. Obligare significa, pues, ligar o atar alrededor”.<sup>1</sup> Es en el Derecho Romano donde se alude en un sentido genuino a una especie de cadena, donde la obligatio vendría a ser una situación de encadenamiento en que se encuentra una persona respecto de otra, que vendría a ser titular de un poder que puede ejercer directamente sobre el obligatus, ya sea vendiéndolo como esclavo o incluso matarlo.<sup>2</sup>

La importancia del origen del término radica en que, si bien ya está completamente abandonada la concepción de la obligación como un poder sobre la persona del deudor, continúa presente en la esencia de la voz obligación la idea de que estamos ante un vínculo que relaciona dos o más partes, que están en una distinta situación o posición jurídica denominados acreedor y deudor. Analizando éste vínculo desde un enfoque reduccionista pareciera ser que existe una relación bastante simple en la que encontramos dos sujetos situados prácticamente de forma antagónica, pero actualmente lejos de ello la relación obligacional presenta diversos elementos que han complejizado bastante su análisis por parte de la doctrina.

Esta evolución de la concepción de la obligación se puede ver ilustrada por la complejización de su propio concepto, añadiéndose más elementos por parte de la doctrina civilista. Al respecto, tradicionalmente se entendía por obligación un “vínculo jurídico entre dos personas determinadas –deudor y acreedor-, en virtud del cual el primero se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor del segundo”<sup>3</sup>, definición bastante simple que se centra en solo uno de los aspectos de la obligación que es la

---

<sup>1</sup> FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.15.

<sup>2</sup> DÍEZ PICAZO, Luís (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II Las Relaciones Obligatorias*, España: Editorial Civitas, sexta edición, p.66.

<sup>3</sup> RAMOS PAZOS, Rene (2008): *De Las Obligaciones*, Santiago: Editorial Legal Publishing, tercera edición, p. 4.

prestación que debe llevar a cabo el deudor, siendo por tanto lo determinante la faz pasiva de la relación obligatoria. Cabe observar que el concepto alude a un vínculo jurídico existente entre dos personas determinadas, restringiendo bastante su ámbito de aplicación pues no necesariamente nos encontraremos con dos individuos determinados, ya que es perfectamente posible la concurrencia de una pluralidad de sujetos, siendo más conveniente utilizar la voz partes.

Un concepto más contemporáneo, que demuestra una comprensión mayor de la obligación, nos señala que consiste en “una relación de derecho entre dos o más personas, en cuya virtud una parte tiene el deber jurídico de satisfacer una prestación determinada a favor de otra, a la vez que el derecho a que el poder del acreedor no se exceda en sus límites, y a ser liberada al tiempo del cumplimiento, y la otra parte la facultad de exigir tal prestación, aun coercitivamente, a la vez que el deber de no excederse en su pretensión”.<sup>4</sup> En esta definición entregada por el profesor Fernando Fueyo podemos percatarnos que ya no se alude solamente a la esfera pasiva, sino que además se describe la posición del acreedor reconociéndose límites a su facultad de exigir el crédito.

Finalmente destacamos el concepto entregado por el profesor Díez-Picazo que nos señala que “la obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es el titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por éste es debido (prestación). Al mismo tiempo, como medida complementaria, el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta o el segundo polo es la posición del deudor. El deudor es sujeto de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta”<sup>5</sup>. Luego se refiere más propiamente a la relación obligacional señala que esta “posee una indudable naturaleza orgánica. Es –como dice Larenz- un ‘organismo’ o un ‘proceso social’. Es, en suma, una situación vital institucionalizada. De ello deriva el que todos los derechos, facultades, deberes, cargas,

---

<sup>4</sup> Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n.1), p.21.

<sup>5</sup> Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis, cit. (n.2), 127.

etc., aparezcan orgánicamente agrupados en torno a la relación.”<sup>6</sup> Como podemos apreciar, si bien continúa en la esencia de la definición presente la idea de un vínculo, ahora este se describe como una verdadera relación obligacional, pues siendo una situación compleja tanto acreedor como deudor están sujetos a deberes y prerrogativas. De esta manera pasan a formar parte de la relación obligacional no solo la prestación principal, sino que además podemos encontrar deberes y cargas que deben ser observados con el fin de ver cumplido el objeto del contrato.

Constituyendo la obligación una relación compleja, al abordar la temática del incumplimiento eficiente se deben analizar todos los elementos que forman parte del respectivo contrato y a partir de su interpretación determinar si hubo o no incumplimiento por alguna de las partes. Sin embargo éste análisis dista de ser algo sencillo, y coincidimos con Álvaro Vidal en que las declaraciones de voluntad son por regla general incompletas, insuficientes, ambiguas e imperfectas<sup>7</sup>, ya que las partes se enfocan en lo que esperan obtener del contrato más que en la forma en que manifiestan su voluntad. Dicho esto pasaremos a analizar la temática del incumplimiento.

#### b) Concepto de Incumplimiento Contractual

En lo que dice relación con la noción de incumplimiento contractual es menester acudir a lo que la doctrina ha señalado, toda vez que en nuestro Código Civil no existe una regulación sistemática de la materia, sino que se construye a partir de la interpretación de variadas normas del Libro IV del Código Civil, específicamente los artículos 1489, 1546 (a contrario sensu), 1556, 1558 y aquellas normas referidas al pago como modo de extinguir las obligaciones (Art. 1567 y siguientes).

Nuestra doctrina ha definido al incumplimiento en los siguientes términos: “hecho objetivo, consistente en cualquier infracción de los contenidos de la regla contractual, y el efecto que produce en la situación del acreedor es la de lesionar su interés, obstando a su satisfacción plena. Este incumplimiento despliega sus efectos al margen de la culpa o

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, p. 42.



negligencia del deudor que lo comete”<sup>8</sup>; entender al incumplimiento en éstos términos es fecundo, toda vez que existirían múltiples situaciones que lo configurarían, en la medida que haya una desviación del plan contractual.

En lo que respecta a la doctrina foránea, Pantaleón Prieto concibe el incumplimiento contractual como toda desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no, imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, tales como: incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso.<sup>9</sup> Por otro lado, Antonio Morales Moreno señala: “En el nuevo modelo de articulación de la responsabilidad contractual el concepto de incumplimiento es un concepto fundamental. Se caracteriza por su amplitud y por su naturaleza neutra desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor. Este concepto se construye tomando en cuenta, ante todo, la insatisfacción del interés del acreedor, configurado y garantizado por el contrato (fin de protección del contrato)”<sup>10</sup>

Tradicionalmente, tanto por nuestra doctrina como jurisprudencia, el incumplimiento contractual ha sido analizado desde la perspectiva del deudor, lo que implica considerar a la responsabilidad civil de una manera subjetiva, es decir, relacionando al incumplimiento con la culpabilidad<sup>11</sup>, lo cual es un error, toda vez que ésta solamente será relevante para excluir ciertos remedios contractuales. Siguiendo ésta línea, Antonio Manuel Morales Moreno señala que en la “construcción tradicional” del Derecho de las Obligaciones contractuales, el incumplimiento se refiere a deberes de prestación, es decir, hay un énfasis en la conducta del deudor.<sup>12</sup> Éste mismo autor explica que lo anterior se debe a que tradicionalmente se ha circunscrito la responsabilidad contractual al remedio

---

<sup>8</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p.29.

<sup>9</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2014): “Responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones con objeto fungible”. En: *Estudios de derecho de contratos: Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters, p.149.

<sup>10</sup> MORALES MORENO, Antonio (2014): “Claves de la modernización del derecho de contratos”, En: *Estudios de derecho de contratos: Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters, p.86.

<sup>11</sup> Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n.1), p.256.

<sup>12</sup> Cfr. MORALES MORENO, Antonio, cit. (n.10), p.86.

indemnizatorio y a la pretensión de cumplimiento<sup>13</sup>, por ello se vincula la culpabilidad con el incumplimiento.

Sin embargo, actualmente la doctrina ha avanzado hacia una noción objetiva de incumplimiento, basando su análisis en una reinterpretación de los artículos 1556, 1568 y 1569 del Código Civil chileno, con énfasis en el interés del acreedor<sup>14</sup>, ya que el deudor contrae una obligación de garantía de resultado para con dicho interés y poca importancia tiene la diligencia que haya empleado para intentar cumplir el contrato, aquello implica dejar de concebir a los remedios contractuales como una sanción al deudor y pasar a considerar al contrato como aquel instrumento por medio del cual las partes satisfacen sus intereses y distribuyen riesgos, lo que se adecúa a las actuales necesidades del tráfico.

Entonces, a la hora de determinar si estamos ante una conducta que constituye incumplimiento contractual debemos analizar el contrato, el propósito práctico del mismo, es decir, el interés que ambas partes tuvieron al contratar y que quedó plasmado en el mismo, ergo habrá incumplimiento ante cualquier desviación del programa convenido por las partes. En cambio, habrá cumplimiento cuando el deudor desplegó toda actividad necesaria para alcanzar la satisfacción del interés del acreedor, como indica Álvaro Vidal ese interés se satisface cuando haya una coincidencia entre el objeto ideal (lo que el acreedor buscaba obtener al contratar) y el objeto real (conducta desplegada por el deudor)<sup>15</sup>. Lo señalado en éste párrafo tiene por objeto dejar de manifiesto que las discusiones relativas a cumplimiento e incumplimiento, no son más que problemas de satisfacción e insatisfacción del acreedor.

El Nuevo Derecho de la Contratación y los diversos instrumentos de derecho uniforme<sup>16</sup> nos han otorgado una noción de incumplimiento: unitaria, ya que todos los remedios contractuales se articulan en base al incumplimiento; amplia, porque admite todas

---

<sup>13</sup> MORALES MORENO, Antonio (2006): *La modernización del derecho de las obligaciones*, Madrid: Thomson Civitas, p. 32.

<sup>14</sup> PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, En: *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago: Thomson Reuters, pp.396-397; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, núm. 1, p.152.

<sup>15</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el ‘Código Civil’”, En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Primer Semestre, p.229.

<sup>16</sup> Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en sus artículos 45 y 61; Principios Unidroit en su artículo 7.3.1; Principios Europeos de Derecho de Contratos en su artículo 1:301.

las modalidades de incumplimiento, a saber: definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso (hay una actividad desplegada por el deudor, sin embargo, ella no coincide con el programa inicial dibujado por el operador jurídico al interpretar e integrar el contrato<sup>17</sup>); y objetiva, toda vez que el incumplimiento opera al margen de toda culpa o dolo del deudor.

En éste sentido es dable destacar la definición de incumplimiento otorgada por ciertos instrumentos de Derecho Uniforme. Por un lado, los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) en su artículo 1:301, donde dispone que: “denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”. En términos bastante similares se manifiestan los Principios Unidroit en su artículo 7.1.1: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”. Finalmente, los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos en su artículo 85 definen el incumplimiento en los siguientes términos: “(1) Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada; (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor; (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación; Si el incumplimiento no es imputable al deudor no habrá lugar a indemnización.”

No debemos considerar que éste cambio de paradigma implica una extrema rigurosidad para con el deudor, toda vez que sobre el acreedor también pesan ciertas obligaciones y cargas, por ejemplo, mitigar los daños, colaborar con su deudor para que éste pueda cumplir, o comunicar el remedio contractual que hará valer. En éste sentido es dable referirnos al Principio de la gestión razonable de los remedios o de los efectos del incumplimiento, respecto del cual Álvaro Vidal señaló: “En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías el principio de lo razonable, entre las distintas funciones que cumple, modela la conducta del acreedor en el ejercicio de los remedios de que dispone por el incumplimiento de su deudor, imponiéndole cargas de cuya inobservancia se siguen consecuencias adversas a su interés contractual ya lesionado. Al

---

<sup>17</sup> Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 7), p. 52.

acreedor se le impone una razonable gestión de los efectos del incumplimiento, que se traduce en cargas de comunicación y de conducta material que debe realizar, pese a ser la parte afectada por el mencionado incumplimiento”<sup>18</sup> Es decir, un sistema de responsabilidad no solo debe proteger los intereses del acreedor, sino que también al deudor.

#### **IV. INCUMPLIMIENTO EFICIENTE**

Antes de referirnos a la noción de incumplimiento eficiente es menester detenernos en la relación que existe entre la Economía y el Derecho; específicamente a partir de la disciplina del Análisis Económico del Derecho, la cual nace como aplicación de la economía a otras ciencias (como la sociología y psicología), sin embargo es en las Ciencias Jurídicas donde “se ha transformado en una poderosa herramienta de trabajo que estudia el comportamiento humano de acuerdo a nociones como el propio interés de la persona, excedente del productor o consumidor, beneficio social, máximo paretiano o teoría de los riesgos y otras elaboraciones.”<sup>19</sup>

En cuanto a la historia de esta relación, se podría decir que es más bien reciente pues “hasta hace apenas unas décadas se recurría a las enseñanzas de las ciencia económica solo con relación a aspectos muy restringidos del Derecho. Esta situación se modificó drásticamente en el mundo jurídico anglosajón a partir de comienzos de la década de 1960, cuando el razonamiento económico comenzó a expandirse, aceleradamente, hacia todas las áreas del pensamiento jurídico”<sup>20</sup>. Se señala que “el nuevo derecho y economía surgió con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los daños y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social. Estos fueron los primeros intentos modernos por, aplicar sistemáticamente el análisis económico a áreas del derecho que no regulan expresamente

---

<sup>18</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2005): “La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional”, En: *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. XVIII, N°2, p.56.

<sup>19</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo (1998): “Los contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, En: *Revista Ius et Praxis*, Año 4, N°2, p.149.

<sup>20</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2012): “La economía de los contratos”, En: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Santiago: Legal Publishing, primera edición, p.1.

relaciones económicas.<sup>21</sup> Por otro lado, en relación a los derechos continentales se señala que este proceso no se reprodujo con la misma velocidad, y que se trata aún de un área insuficientemente integrada a la educación jurídica de la región.<sup>22</sup>

Actualmente esta relación entre derecho y economía es innegable, sosteniéndose que “muchas áreas del derecho, sobre todo pero no exclusivamente los grandes campos del derecho común de la propiedad, los daños, los delitos y los contratos, tienen el sello del razonamiento económico”.<sup>23</sup> Para efectos de la presente investigación nos situaremos en este último campo del derecho, con el objeto de identificar cuáles son los aportes de la economía a la actual comprensión del contrato; y en particular bajo qué principios económicos es que se ha construido y desarrollado la teoría del incumplimiento eficiente.

Se destaca que la importancia del análisis económico de los contratos radica en que estos “están en la base y son la esencia del mercado. Son instituciones jurídicas que le dan forma a las transacciones comerciales, a los intercambios económicos”.<sup>24</sup> Cierta doctrina ha afirmado que “las personas no contratan por razones legales ni jurídicas. Las personas contratan por razones económicas. Dado que nadie puede producir todo lo que necesita para vivir, necesita que otros colaboren entregándole bienes y servicios”.<sup>25</sup> De esta manera el contrato se erige como uno de los mecanismos fundamentales para que opere el intercambio entre los individuos, y de ahí su estrecha vinculación con la economía que ha llevado a complementar el enfoque jurídico con los postulados de esta disciplina.

Teniendo en consideración que los contratos constituyen la esencia del mercado, es lógico que el incumplimiento sea uno de los temas centrales del análisis por parte de la doctrina, su significación radica en que el incumplimiento constituye “la patología más común y quizá la que más preocupa a las partes cuando negocian y celebran un acuerdo”.<sup>26</sup> No obstante ello, es a propósito de esta materia que el enfoque económico ha sentado sus bases, verificándose situaciones en las que no siempre lo conveniente es cumplir el

---

<sup>21</sup> POSNER, Richard (1998): *El análisis económico del derecho*, México DF: Fondo de cultura económica, primera edición en español, p.27.

<sup>22</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n.20), p.1.

<sup>23</sup> Cfr. POSNER, Richard, cit. (n.21), p.28.

<sup>24</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n.20), p.46.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n.20), p.68.

contrato, pasando a sostenerse derechamente que hay incumplimientos eficientes, afirmación de la cual nos ocuparemos a lo largo de esta investigación.

Alfredo Bullard define el incumplimiento eficiente en los siguientes términos: “se presenta cuando entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne menos eficiente”.<sup>27</sup> Por su parte, Rodrigo Barcia estima que: “El incumplimiento eficiente de un contrato se produce, cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costes del incumplimiento, es mayor que compensar al acreedor, con un suma igual a lo que hubiese reportado el cumplimiento y aun así, la parte que incumple obtendría beneficios”.<sup>28</sup>

Por lo tanto, para hablar de incumplimiento eficiente partimos del supuesto de que el contrato no se ejecuta coetáneamente al momento de su celebración, sino que una vez celebrado y antes del cumplimiento el deudor recibe una oferta por parte de un tercero que le propone celebrar el mismo contrato en mejores condiciones lo cual lo lleva a incumplir con su contraparte. De esta manera, se entiende que es perfectamente posible que antes de la ejecución ocurra un evento que cambie la voluntad inicial de las partes, llevando a una de ellas a no querer celebrar el contrato, todo ello considerando las actuales condiciones del mercado en el que conviven una gran cantidad de actores.

En cuanto a su origen, se ha indicado que el juez estadounidense Oliver Wendell Holmes, fue el precursor de la teoría del incumplimiento eficiente, sin embargo Renzo Saavedra Velazco sostiene que dicha conclusión es errónea y que se extrajo de un pasaje de uno los artículos del referido juez, donde afirmó que: “El deber de cumplir un contrato en el Common Law no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello”<sup>29</sup>. Podemos indicar que, sin lugar a dudas, el primero en hablar sobre ésta teoría fue Robert Birmingham quien señaló categóricamente: “Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from

---

<sup>27</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (1993): “¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños”, En: *Revista Ratio Iuris*, n°1, año 1, p. 318.

<sup>28</sup> Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, cit. (n.19), p.174.

<sup>29</sup> SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2012): “Inducción al incumplimiento contractual. Represión de la competencia desleal e incumplimiento eficiente”, En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol.9, N°35, p. 132.

his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered”<sup>30</sup>.

Volviendo a la noción de incumplimiento eficiente, Cooter y Ulen estiman que: “el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir e incumplir cuando la responsabilidad por el incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa”<sup>31</sup>. Es posible explicar ésta frase mediante un ejemplo: imaginemos que se celebra una promesa de celebrar un contrato de compraventa de un inmueble entre A (vendedor) y B (comprador) acordando como precio la suma de \$1000. Luego C se entera de la celebración de dicho contrato y le ofrece a A la suma de \$1800. La ganancia de A sería de \$800 (diferencia entre el precio de compra y el de reventa); sin embargo, a esa ganancia debemos restarle la indemnización que deberá pagar a B, por ejemplo: \$400. Hasta aquí el ejemplo no reviste mayor complejidad, sin embargo es dable cuestionarnos si B puede exigirle a A que le restituya una parte de las ganancias obtenidas (\$400), basando éste razonamiento en el repudio al enriquecimiento injustificado, toda vez que el deudor (B) se benefició a costa de la inejecución contractual.

Alfredo Bullard proporciona algunos ejemplos que consideramos ilustrativos de ésta teoría: “Por ejemplo, puede ser que entre la celebración de la compraventa de la casa de nuestro ejemplo y la entrega de la misma, se dé una disposición municipal que prohíba instalar restaurantes en el área donde se encuentra el inmueble. De ser así, puede ser que la valorización de 125,000 que hizo Jorge de la casa, caiga a 50,000 (porque ya no le interesa), y que es un valor que se encuentra por debajo del que el anterior propietario le daba. O, puede ser que el anterior propietario reciba una oferta de un tercero que ofrece por la casa un precio mayor (por ejemplo 50,000) porque puede utilizarla para instalar una galería de obras de arte que tiene un rendimiento superior al restaurante. O también puede ser que Jorge encuentre una casa mejor ubicada para los fines que persigue por el mismo

---

<sup>30</sup> BIRMINGHAM, Robert L (1970): “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, En: *Rutgers Law Review*, p. 284. [fecha de consulta: 15/08/2016], Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=facpub>

<sup>31</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1997): *Derecho y Economía*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, p.245.

precio, y que, por tanto, implique una mejor inversión para sus 100,000.”<sup>32</sup> De lo anteriormente señalado, es dable extraer que existen una serie de ejemplos que permiten comprender de mejor manera ésta teoría, pero en definitiva lo relevante es que una de las partes contratantes decide no dar cumplimiento a lo convenido porque estima que dicho incumplimiento será más eficiente, incluso considerando el eventual pago de una indemnización al acreedor.

Por lo tanto, la noción de incumplimiento eficiente se vincula con que en algunos casos (cuando se trata de contratos cuya ejecución difiere en el tiempo, es decir, el cumplimiento no se produce en el mismo momento de la celebración del mismo), será más conveniente, desde el punto de vista de la eficiencia, incumplir un contrato que cumplirlo, por lo que se debe propender al pago de una indemnización y no al cumplimiento forzado.

Para intentar justificar la aplicación de ésta teoría el análisis se ha basado en el Principio de eficiencia, el cual rige la economía, y por añadidura al Análisis Económico del Derecho, e implica “asignar los recursos productivos o asignar responsabilidades de forma de alcanzar el máximo de productividad o satisfacción”.<sup>33</sup> Es decir, desde el punto de vista de la eficiencia será aconsejable que el objeto del contrato (ya sea dar un bien o prestar un servicio) termine en manos de quien lo valora más, por lo que será más beneficiosa socialmente la inejecución del contrato.

En tal sentido, y siguiendo lo postulado por Polinsky, en cuanto a que la eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación, Alfredo Bullard sostiene que un contrato: “es eficiente cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara”.<sup>34</sup>

Otro de los principios básicos que encontramos en la teoría del incumplimiento eficiente es el denominado *indifference principle* o Principio de la indiferencia. Sobre este principio se ha señalado que “tiene como propósito específico colocar a la parte afectada en una posición semejante a la que se encontraría en caso se hubiese verificado el

---

<sup>32</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n. 27), p.319.

<sup>33</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n. 27), p.317.

<sup>34</sup> *Ibíd*, p.318.



cumplimiento, vale decir, al brindarse un remedio que logre tal objetivo la parte que soporta el incumplimiento se encontrará en una situación indiferente sobre el cumplimiento o no de la promesa de su contraparte.”<sup>35</sup> Por lo tanto, tal como su nombre nos indica lo que se busca es dejar a aquel contratante que no ve satisfecha su pretensión indiferente, ya que una vez que opere la indemnización económica no sufrirá ningún detrimento o menoscabo patrimonial. Aludimos específicamente a la indemnización como el remedio correspondiente porque básicamente es el remedio bajo el cual se construye la teoría del incumplimiento eficiente, sin perjuicio de ser además para algunos el remedio preferente en el Common Law, lo cual se analizará posteriormente.

Como se puede prever, el cumplir con el objetivo de este principio no es para nada sencillo, pues difícilmente podemos concebir que el acreedor quede indiferente ante el incumplimiento de su contraparte. Siempre hay que tener en consideración que la celebración de un contrato obedece a un interés, el cual a mayor abundamiento puede no ser solo económico pues las personas actuamos motivados por diversas razones, siendo perfectamente posible que estén involucrado intereses extra patrimoniales.

En relación a lo anterior es que se señala que “los remedios en los que se logre la plena indiferencia serán aquellos en los que se tutela con mejor y/o mayor precisión el interés creditorio; dicho en otras palabras, se satisface el principio de indiferencia cuando el remedio que sustituye la promesa incumplida imita de mejor manera el efecto que produce la ejecución de la misma en el patrimonio del acreedor.”<sup>36</sup> De esta manera entendemos que no solo se debe atender a la equivalencia en términos económicos de la prestación, sino que más ampliamente se debe buscar obtener un efecto similar al cumplimiento. Por lo que en este punto compartimos la opinión de Saavedra Velazco quien señala que “en la medida que la totalidad de los desembolsos y/o consecuencias perjudiciales que soporta la parte perjudicada por el incumplimiento no son satisfechos y/o reparados es imposible que el

---

<sup>35</sup> SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2010): “Obstáculos Jurídicos y Económicos a la Aplicación de la Teoría del Incumplimiento Eficiente. ¿Un Irritante Jurídico o una Figura de Aplicación Imposible?”. En: *Themis - Revista de Derecho*, N°58, p. 251.

<sup>36</sup> Cfr. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, cit. (n.35), p.251.

remedio otorgado sea verdaderamente compensatorio y, por ende, se alcance el objetivo enunciado por el indifference principle<sup>37</sup>.

#### a) Obligaciones de objeto fungible y específico

Una de las principales clasificaciones doctrinarias respecto a las obligaciones es aquella que distingue entre obligación de objeto específico y de objeto fungible. Esta distinción cobra especial relevancia dentro de la teoría del incumplimiento eficiente, pues como veremos dependiendo del contenido de la obligación se producirán diversas consecuencias jurídicas.

Para efectos de este análisis entenderemos que “la fungibilidad puede referir a la cosa o actividad constitutivas de su objeto y la denominación atiende a la función económica que cumple dentro del tráfico jurídico. En esta clase de obligaciones el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier cosa o actividad coincidente con el objeto ideal.”<sup>38</sup> De esta manera, tanto las obligaciones que recaen sobre cosas como hechos son objeto de esta distinción; al respecto nos interesa destacar que en una obligación de objeto fungible el acreedor puede ver satisfecho su interés con cualquier cosa o actividad equivalente en el mercado, en contraposición a una obligación de objeto específico en la cual solo las particulares características de la cosa o bien de la persona a realizar la actividad fueron las determinantes para la celebración del contrato.

Teniendo en consideración lo anterior, podemos señalar que una vez verificado el incumplimiento, el acreedor insatisfecho se puede encontrar en dos escenarios. En un primer escenario que es el apoyado por los propulsores del incumplimiento eficiente<sup>39</sup>, nos encontraremos con una obligación de objeto fungible donde una vez reparado el daño al acreedor, este último podrá encontrar en el mercado otro agente con el cual celebrar un nuevo contrato que recaiga sobre la misma prestación que le fue incumplida. De esta manera si bien el acreedor en un primer momento no vio satisfecho su interés, puede posteriormente realizar una operación de reemplazo que lo deje en una posición similar a la cual se encontraría de haberse verificado el cumplimiento anteriormente, resguardándose de

---

<sup>37</sup> Cfr. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, cit. (n.35), p. 251.

<sup>38</sup> Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n.15), p.230.

<sup>39</sup> Cfr. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, cit. (n.35), p. 264.

esta manera el principio de indiferencia, que como vimos forma parte de los conceptos básicos de la teoría del incumplimiento eficiente.

En cambio en el segundo escenario, siendo la obligación específica, ocurrirá que una vez el deudor pague la indemnización correspondiente, no obstante esta sea equivalente en términos económico-pecuniarios, el acreedor difícilmente podrá celebrar una operación de replazo en el mercado. Puesto que, se entiende que el acreedor celebró en un primer momento el contrato teniendo en consideración, ya sea las especiales características de la cosa o bien de la persona que realizaría la actividad objeto de la prestación, viéndose por tanto afectado el principio de la indiferencia. Todo ello partiendo del supuesto de que el remedio ejercido por el acreedor es la indemnización de perjuicios, pues obviamente en un caso como este difícilmente el acreedor ejercerá este remedio estando la posibilidad de ejercer la pretensión de cumplimiento.

Por otro lado, cabe añadir una observación adicional en relación a las obligaciones de objeto eminentemente fungible. Pues como ya lo señalamos, si bien estas se caracterizan por admitir tantas posibilidades de satisfacción como las disponibles en el mercado, cabe preguntarse entonces ¿por qué aparece un tercero que ofrece mejores condiciones al deudor por el bien o actividad objeto de la transacción original?, a mayor abundamiento, si estamos hablando de un bien o actividad que es fungible y homogéneo en el tráfico jurídico-económico, ¿por qué el tercero pagaría un valor que está por sobre el precio establecido en el mercado?, ¿no será que en realidad estamos ante una obligación de objeto específico y hay ciertas particularidades que explican el interés por parte del tercero?<sup>40</sup>

De esta manera, suponiendo que estamos ante un bien o actividad que por sus características es ofrecido por diversos actores en el mercado y cuenta con un precio estandarizado, difícilmente se puede plantear en la práctica que un tercero ofrezca una cantidad mayor por la misma prestación. Desde este punto de vista, no sería razonable que un tercero ofrezca al deudor celebrar el mismo negocio, pero en mejores condiciones que las estipuladas con la contraparte pudiendo acudir a otro agente del mercado, entendiendo además que estas mejores condiciones se refieren particularmente a un mayor precio del ya convenido, pues no olvidemos que en la base de la teoría el cálculo que realiza el deudor

---

<sup>40</sup> Cfr. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, cit. (n.35), p. 264.

consiste en una evaluación de las mayores ganancias que podría obtener a través del incumplimiento asumiendo los costos del mismo.

En atención a lo ya expuesto, podemos concluir que cobra suma relevancia el contenido de la obligación para efectos de sostener si estamos o no ante un incumplimiento eficiente desde el punto de vista económico. Pues, dadas las características de las obligaciones de objeto fungible, se puede sostener que estas permiten un mayor resguardo del principio de la indiferencia que aquellas obligaciones de contenido específico, dejando en manos del acreedor afectado la posibilidad de llevar a cabo una operación de remplazo. Por otro lado, si bien desde un punto de vista económico no parecen haber mayores incentivos para el eventual tercero en orden a realizar una mejor oferta al deudor, creemos que nada obsta a que en la práctica hayan otros factores que escapen de este ámbito y que expliquen el particular interés del tercero en el caso de las obligaciones de objeto eminentemente fungible.

#### b) Fuerza obligatoria del contrato y seguridad jurídica

A partir de lo previamente señalado respecto a la teoría del incumplimiento eficiente, es dable mencionar su vinculación con la fuerza obligatoria del contrato, subprincipio de la autonomía de la voluntad según la doctrina individualista del Derecho de Obligaciones<sup>41</sup>. La fuerza obligatoria del contrato tiene consagración positiva en el artículo 1545 del Código Civil, al disponer: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La citada norma surge como manifestación de la locución latina *Pacta Sunt Servanda*, que podemos comprender mejor en los siguientes términos: “los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan”<sup>42</sup>

El fundamento de este dogma jurídico que para algunos constituye la piedra angular de las obligaciones, radica en que los operadores “pueden constituir voluntariamente

---

<sup>41</sup> PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del Artículo 1545 del Código Civil chileno”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol.31, N°2, p. 225.

<sup>42</sup> LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos. Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 223.

relaciones contractuales, cuya obligatoriedad es incuestionada y jurídicamente respaldada”<sup>43</sup>, es decir, el Derecho propendería a que las partes confíen en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Para la concepción voluntarista tradicional la obligatoriedad del contrato deriva de la autoimposición de las partes, es decir, “el contrato, a fin de cuentas, sería una manifestación de la voluntad, mediante la cual el sujeto autolimita su libertad en función de una determinada causa (motivo)”<sup>44</sup>. En cambio, Gounot desconfía de la libertad individual, señalando que el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato no descansa en ella, sino que son el legislador y los jueces quienes controlan la actividad contractual y la impregnan de sentido social, determinando qué es justo.<sup>45</sup>

Sin embargo, nuestra doctrina contemporánea estima que la fuerza obligatoria del contrato no debe estudiarse en términos absolutos, de ahí el surgimiento de nuevas instituciones jurídicas como la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente<sup>46</sup>, que se destaca como principal ejemplo de aquello. En este sentido se sostiene que “puede justificarse el nacimiento de un deber de renegociación cuando la ejecución del contrato se torna en exceso perjudicial para el obligado, debido al acaecimiento de circunstancias imprevisibles al tiempo de la contratación que han modificado sustancialmente el contexto o entorno en el cual se negoció y se celebró el acuerdo entre las partes. Derivado de la buena fe aparece aquí el deber de cooperación que se deben mutuamente los contratantes y que implica que ambos deben tener en consideración no solo su propio interés en el cumplimiento del contrato, sino también el de la contraparte, de manera de alcanzar el objetivo o fin común que se buscaba al celebrar el contrato, o lo que es lo mismo, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo”.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> PEREIRA FREDES, Esteban (2014): “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado”, En: *Revista de Derecho Escuela de Posgrado de la Universidad de Chile*, N°6, p.73.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2008): “Pacta sunt servanda”, En: *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 18, p.120.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 121-122.

<sup>46</sup> MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010): “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N°1, p.43.

<sup>47</sup> Cfr. MOMBERG URIBE, Rodrigo, cit. (n.46), p.57.

Consideramos entonces que reconocer en nuestro ordenamiento jurídico a la teoría del incumplimiento eficiente no implica un debilitamiento del sistema contractual basado en la fuerza obligatoria del contrato. Tal como señala el profesor Bullard “suele creerse que los contratos deben cumplirse siempre y que es un fracaso del sistema jurídico cuando un contrato no se llega a cumplir. Pero la economía puede enseñarnos que ello no siempre es cierto y que a veces es mejor que el contrato no se cumpla, porque el costo de cumplir es mayor para la sociedad que el costo del incumplimiento. Pueden existir incumplimientos eficientes”.<sup>48</sup> Si tenemos en consideración otros principios jurídicos como la buena fe o la eficiencia económica, necesariamente llegaremos a la conclusión de que no siempre se debe tener como objetivo el cumplimiento de la obligación en los términos iniciales.

### c) Remedios frente al incumplimiento eficiente

Como hemos señalado en líneas anteriores, dentro del derecho de contratos una de las materias de mayor análisis por la doctrina moderna ha sido la temática del incumplimiento. Actualmente, mirando la relación contractual desde un punto de vista pragmático, el enfoque ya no está en sancionar al deudor por no cumplir la prestación a la cual estaba obligado en virtud del contrato, ya que para el Nuevo Derecho de la Contratación el énfasis viene a ser la satisfacción del interés del acreedor.

Es dentro de este nuevo paradigma que se ha señalado por la doctrina que el incumplimiento, “entendido como hecho amplio y objetivo, permite articular una serie de remedios en favor del acreedor, entre los cuales optará con libertad, siempre que concurren sus condiciones de aplicabilidad. Se busca que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés, pese al incumplimiento. Entre estos remedios se hallan la pretensión de cumplimiento específico, incluida la reparación y sustitución para la falta de conformidad; la reducción de precio generalizada para todos los cumplimientos imperfectos; la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños.”<sup>49</sup> Como podemos apreciar la indemnización de perjuicios, que se encuentra en la base de la teoría del Incumplimiento

---

<sup>48</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, cit. (n.20), p.68.

<sup>49</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011): “El Incumplimiento y los Remedios del Acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos Español”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, pp. 269-270.

Eficiente, constituye solo uno de los remedios con los que cuenta el acreedor según nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, dependerá en gran medida del acreedor que se dé el supuesto del incumplimiento eficiente, pues él es quien decide qué remedio ejercerá con el fin de ver satisfecho su interés.

Cabe señalar que esta decisión se encuentra además sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezca el ordenamiento jurídico correspondiente, en este sentido se señala por la doctrina que la “concepción de la relación contractual en los sistemas continentales, suele reconocerse al acreedor, como primer remedio ante el incumplimiento de su deudor, el derecho a exigirle el cumplimiento “in natura”, con la posibilidad de imponerle la ejecución forzosa de la prestación si no cumple voluntariamente. Y ello en contraposición con el sistema de Common Law, donde ante la contravención del derecho de crédito, el acreedor dispone, por regla general, de una pretensión de daños y perjuicios.”<sup>50</sup> De esta manera, pareciera ser que en el Common Law la teoría del Incumplimiento Eficiente es perfectamente concordante con la preeminencia del remedio indemnizatorio, en contraposición a los ordenamientos del sistema continental que contemplan a la pretensión de cumplimiento como el remedio principal.

Lo anterior se fundamenta según Palazón Garrido en que “la tendencia dominante en el Derecho Continental es considerar que el principio de obligatoriedad de los contratos desemboca en forma prioritaria en un derecho al cumplimiento específico”, siendo por tanto una manifestación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Mientras que por el contrario “las consideraciones de eficiencia económica tienen una marcada influencia en la regulación de la disponibilidad de los remedios en Derecho anglo-americano, de manera que se estima pertinente que una parte contratante pueda liberarse del contrato si se le presenta una oportunidad mejor, siempre que indemnice de forma adecuada a la parte perjudicada por ese incumplimiento.”<sup>51</sup>

Sin embargo, sobre este punto queremos destacar la opinión de Gonzalo Severin que haciendo alusión a los sistemas de remedios señala que “más que hablar de un sistema jerarquizado de remedios, en los que la indemnización tenga un lugar preferente, el sistema

---

<sup>50</sup> PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2014): *Los Remedios Frente al Incumplimiento en el Derecho Comparado*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, p.23.

<sup>51</sup> *Ibíd*, p.24.

de remedios frente al incumplimiento contractual en el Common Law puede ser descrito como un sistema diferenciado de remedios”<sup>52</sup>. Al respecto el autor hace referencia a la tradicional clasificación de las obligaciones según su objeto, señalando que en el caso de las obligaciones de no hacer suele concederse el cumplimiento específico; tratándose de las obligaciones de dar, hay que distinguir si la entrega recae sobre una cosa específica o bien genérica, dado que la preferencia por el remedio de damages se presenta, en la práctica, en aquellos contratos relativos a cosas genéricas. Por último, tratándose de obligaciones de hacer se entiende que no es posible obtener el cumplimiento específico del contrato si la prestación consiste en un servicio personal, y en caso contrario solo procederá el cumplimiento específico si se dan ciertos requisitos, ocupando claramente el remedio de damages un lugar preferente.<sup>53</sup> De esta manera, creemos que si bien existe una brecha entre los ordenamientos pertenecientes al Common Law y aquellos que forman parte del derecho continental en la regulación de los remedios, ello no significa que la teoría del incumplimiento eficiente solo pueda desarrollarse en un ordenamiento que contemple como remedio primario a la indemnización de perjuicios. Pues como vimos, en la práctica más que hablar de una preferencia por uno u otro remedio en cada tradición jurídica, pareciera ser más propio hablar de un sistema diferenciado de remedios.

En este sentido, creemos que el objetivo consiste en analizar qué remedio es el más eficiente frente a un incumplimiento, pero teniendo siempre en consideración el objeto del contrato. Así, tratándose por ejemplo de una obligación de dar genérica, la indemnización de perjuicios logra satisfactoriamente cumplir con el objetivo de compensar al acreedor, pues este último podrá realizar posteriormente una operación de remplazo en el mercado. Si lo miramos desde esta perspectiva la teoría del incumplimiento eficiente no tendría mayores inconvenientes para ser aplicada en un ordenamiento como el nuestro.

#### d) Daño por intromisión o tutela aquiliana al crédito

---

<sup>52</sup> SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2016): “Sobre el Carácter Secundario y Discrecional del Remedio del Cumplimiento Específico en el Common Law. Perspectiva Histórica y Aproximación Actual”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol.43, N°1, p.31.

<sup>53</sup> *Ibíd*, pp.31-32.



Como podemos apreciar la teoría del incumplimiento eficiente supone necesariamente la intervención de un tercero, pues es precisamente la mejor oferta proveniente de este último la que genera que el deudor incumpla el contrato celebrado con su acreedor. Es por ello que consideramos pertinente analizar qué sucede con este tercero cuya intromisión motivó el incumplimiento, y en definitiva determinar si es posible que su conducta conlleve algún grado de responsabilidad civil.

Dada la inexistencia de vínculo jurídico previo entre el primer acreedor perjudicado y el tercer oferente necesariamente nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Tal como nos señala el profesor Barros “existe una diferencia de grado entre la obligación indemnizatoria que surge del contrato y del ilícito extracontractual. En efecto, mientras en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada, en sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad”.<sup>54</sup> De esta manera, para reprochar cualquier tipo de responsabilidad al tercero debemos determinar primeramente cómo es que este lesiona el crédito del acreedor y en seguida cómo calcular el monto de la indemnización.

Ahora bien, tradicionalmente se ha señalado en la doctrina que “si los derechos de crédito no afectan a los terceros, estos pueden desconocer su existencia, ya que no existe ningún deber negativo de abstención. Es más, se sostiene que los derechos de crédito son indiferentes para los terceros, ya que no existe el deber de reconocerlos ni de respetarlos”.<sup>55</sup> En este sentido se entiende que los derechos personales “son tan solo oponibles a persona determinada, el deudor, el cual puede ser una o muchas personas; ellos son derechos relativos, su sujeto pasivo está determinado y la determinación del mismo se produce antes del cumplimiento de la obligación”.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p.19.

<sup>55</sup> BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (2007): “La Tutela Aquiliana del Derecho de Crédito y la Revocación por Acción Pauliana”, En: *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, N°3, pp.169-170.

<sup>56</sup> FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2010): *Curso de Derecho Civil. Tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p.219.

Sin embargo, tal como nos señala el profesor Vidal Olivares “hoy, nadie discute la posibilidad de que un contrato cree derechos u obligaciones con relación a terceros ajenos a su celebración, siempre, claro está, que la ley así lo disponga; ni tampoco que el contrato constituye un hecho que se inserta en la realidad jurídica y que como tal es oponible a los terceros, quienes no pueden ignorarle y le deben respeto, pudiendo éstos beneficiarse, en algunos casos, y, en otros, verse perjudicados o desfavorecidos. En esto último se resuelve el efecto absoluto de los contratos.”<sup>57</sup> Como podemos apreciar, la tendencia actual es ver al contrato como un hecho que forma parte de la vida jurídica, en este sentido es muy probable que la celebración de un contrato repercuta de modo favorable o desfavorable sobre un tercero, más aun cuando hablamos de la temática del incumplimiento. En doctrina se señala incluso que “el incumplimiento contractual, asimismo, puede conceptuarse como un hecho –en tanto que tiene existencia susceptible de ser verificada–, de modo tal que es, asimismo, susceptible de ser invocado por un tercero como causa de un daño en sede extracontractual.”<sup>58</sup> Y de igual manera creemos que el acreedor puede imputar responsabilidad a un tercero por el incumplimiento de su contraparte, más aun si tenemos en consideración lo establecido en los artículos 2314 y 2320 de nuestro Código Civil, normas que a propósito de la función resarcitoria consagran con bastante amplitud la regulación del daño extracontractual.

En la misma línea, el profesor Díez-Picazo señala que “se ha observado que la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos Aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (v. gr.: violación del derecho derivado de un contrato con cláusula de exclusiva, de un derecho de opción, etc.), el acreedor puede

---

<sup>57</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): “El Efecto Absoluto de los Contratos”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°6, p.52.

<sup>58</sup> HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (2012): “Para una Delimitación del Efecto Expansivo de los Contratos. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de enero de 2011 Casación en el Fondo Rol N°3738-2009”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol.39, N°2, p.517.

dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho”.<sup>59</sup> De esta manera, se reconoce actualmente que tanto los derechos de crédito como los derechos reales pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos y como tales son dignos de protección por el Derecho ante ataques o violaciones ilícitas de los terceros.<sup>60</sup>

En consecuencia, podemos afirmar que los derechos personales son merecedores de protección, y que por tanto es perfectamente posible que un tercero sea responsable por los daños y perjuicios que genere en el titular de un crédito. Todo ello teniendo en consideración además la amplitud con que se regula el daño en materia de responsabilidad extracontractual, pues tal como nos señala el profesor Barros “en el derecho chileno se acepta que todo tipo de daño resulta reparable, basta que el hecho del tercero haya producido una alteración negativa en cualquiera de los intereses legítimos y relevantes (bienes jurídicos) de otra persona para que haya un daño susceptible de ser indemnizado o reparado en naturaleza”<sup>61</sup>.

Admitido lo anterior, cabe referirse ahora al supuesto del incumplimiento eficiente, considerar si puede subsumirse el comportamiento del tercer oferente en la teoría aquiliana del crédito. Sobre el particular, consideramos que previo a sostener si constituye o no un supuesto de esta teoría, es necesario referirse a los casos que se dan en la materia tanto en doctrina como en la jurisprudencia. Se afirma que “en cuanto a las hipótesis de lesión del derecho de crédito, éstas son heterogéneas y, por lo tanto, no susceptibles de recibir un tratamiento conjunto”<sup>62</sup>, señalándose casos como “a) lesión del derecho de crédito imputable a tercero consistente en la pérdida de la cosa debida; b) lesión del derecho de crédito imputable a un tercero consistente en la insatisfacción por muerte o lesiones producidas a la persona del deudor (obligaciones personalísimas y aquellas en que no concurre el *intuitus personae*); c) lesión del derecho de crédito consecuencia de un acto o

---

<sup>59</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I*, Madrid: Editorial Thomson Civitas, 6a edición, p.80.

<sup>60</sup> Cfr. BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, cit. (n.55), p.170.

<sup>61</sup> Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n.54), p.230.

<sup>62</sup> Cfr. BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, cit. (n.55), p.180.

contrato del tercero que incide en la posición jurídica del acreedor; y d) lesión del derecho de crédito con la concurrencia de responsabilidades del deudor y del tercero.”<sup>63</sup>

Por su parte el profesor Santa María refiriéndose a esta institución en derecho foráneo, señala que “se trata de la responsabilidad civil extracontractual del *tercero cómplice de la violación de un contrato*. Así, los tribunales franceses han acogido la demanda del promitente comprador contra el comprador que incitó al promitente vendedor a dejar incumplido el contrato de promesa, vendiéndole al demandado en lugar de hacerlo al demandante. También la acción de reparación extracontractual en contra del nuevo empleador que incitó al trabajador a violar un anterior contrato laboral, con cláusula de exclusividad, que el trabajador había concluido con el demandante.”<sup>64</sup>

Como podemos apreciar los supuestos de lesión de un crédito por parte de un tercero son bastante variados, dejando un amplio campo de posibilidades en cuanto al hecho generador de responsabilidad. Teniendo ello en cuenta, es factible concluir que en el caso del incumplimiento eficiente, es posible para el acreedor accionar en contra del tercero para que por la vía extracontractual responda por los daños que se derivaron de su intervención. Sin embargo, dado que necesariamente debe estar presente la culpa o el dolo en el sujeto que realiza el hecho para configurar el ilícito civil, aquellos casos en que el tercero no tuvo conocimiento de la existencia del contrato previo quedan fuera, pues no es posible que se configure responsabilidad extracontractual si falta la culpabilidad.

---

<sup>63</sup> Cfr. BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, cit. (n.55), p.180.

<sup>64</sup> Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, cit. (n.42), p.372.

## **V. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y RESTITUCIÓN DE MAYORES GANANCIAS OBTENIDAS POR EL DEUDOR.**

A la hora de celebrar un contrato el incumplimiento de las obligaciones contraídas forma parte de los riesgos del mismo, en ese sentido se ha señalado por la doctrina moderna que el contrato es un instrumento de distribución de riesgos<sup>65</sup>, es decir, las ganancias que consiga una de las partes en virtud de un negocio jurídico que le fue ventajoso es legítimo, aunque eso conlleve a una pérdida en la contraparte. Sin embargo, se abre una arista en el marco de la temática del incumplimiento eficiente, ya que puede ocurrir que a propósito de dicho incumplimiento el deudor obtenga una ganancia (luego de indemnizar a su acreedor) y es dable cuestionarnos si es posible que el acreedor ejerza acción in rem verso (o de enriquecimiento injustificado) con el objeto de que se le restituya aquello que su deudor obtuvo en virtud de incumplir el contrato. Para intentar responder este problema debemos analizar dos instituciones jurídicas: por un lado el enriquecimiento injustificado, y por otro la restitución de ganancias.

En lo que dice relación con el enriquecimiento injustificado la doctrina ha analizado ésta institución jurídica desde dos puntos de vista, por un lado, como principio general del derecho; y por otro, como fuente de las obligaciones. Para Daniel Peñailillo los principios del derecho sirven como elemento integrador de vacíos legales, como elemento interpretativo de normas oscuras, y como criterios orientadores en la permanente construcción y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico<sup>66</sup>. Para éste mismo autor un concepto adecuado de enriquecimiento sin causa en cuanto principio consiste en que “el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique”<sup>67</sup>, mientras que desde el punto de vista de las fuentes de las obligaciones consistiría en “una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir”<sup>68</sup>. Es decir, no podría calificarse como enriquecimiento injustificado aquella situación en que alguien se enriquece a costa de otro si es que este

---

<sup>65</sup> Cfr. MORALES MORENO, Antonio, cit. (n.13), p.337.

<sup>66</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1996): “El enriquecimiento sin causa. Principio de Derecho y fuentes de las obligaciones”, En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°200, p. 8.

<sup>67</sup> Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.66), p. 9.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

fenómeno se encuentra dotado de una causa legítima, sino que existirá reproche cuando sin una razón jurídica o causa el patrimonio de alguien se enriquece a raíz del empobrecimiento de otro.

En cuanto al origen de la institución en comento, éste se remonta a la época del Derecho Romano, ya que Pomponio fue el primero en referirse a aquella en el Digesto<sup>69</sup> en los siguientes términos: “iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletariem”, es decir, es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro.<sup>70</sup> Sin embargo, el Derecho Romano no le dio un tratamiento de fuente de las obligaciones al enriquecimiento injustificado, sino que lo reguló a propósito de las *condictio*.

El código civil francés, al igual que el nuestro, no regula un principio que prohíba enriquecerse a costa de los demás, sino que consagra a la causa como requisito de validez de todo contrato, asignándole así a la nulidad el control de los desplazamientos patrimoniales acaecidos a propósito de un contrato ilícito, supliendo las restituciones que realizaba la *condictio romana*.<sup>71</sup> Sin embargo, hay quienes han sostenido que con dicha actitud “se deja un tanto abandonado el control de aquellos otros ‘desequilibrios’ patrimoniales que no derivan de contrato”.<sup>72</sup>

En Francia la primera sentencia que se pronunció sobre esta materia data del 15 de junio de 1892, donde la Corte de Casación estimó que “el mencionado principio, como principio de equidad no consagrado positivamente, carece de otros límites que no sean los constituidos por la existencia de un enriquecimiento del demandado y de un perjuicio del demandante”<sup>73</sup> De esto es posible extraer que el primer acercamiento a esta temática fue tangencial, al punto que cierta doctrina ha estimado que se intentó encubrir una resolución

---

<sup>69</sup> POMPONIO, Sexto: *Digesto*: de reguli iuris, 50,17.

<sup>70</sup> Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.66), p.10.

<sup>71</sup> DIEZ PICAZO, Luis (1988): “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, En: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Editorial Civitas, p.90

<sup>72</sup> BASOZABAL ARRUE, Xabier (1998): *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Editorial Civitas, p. 22.

<sup>73</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, Xabier, cit. (n. 72), p.24.

adoptada para el caso concreto sin interés en construir una teoría general del enriquecimiento sin causa.<sup>74</sup>

En el derecho alemán se reconoce la restitución derivada de un enriquecimiento injustificado, específicamente en el §812 BGB, en los siguientes términos “Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet”<sup>75</sup>, es decir, lleva a cabo un planteamiento general en el que se incluyen supuestos de enriquecimiento injustificado por prestación (relación obligacional) y además supuestos de enriquecimiento injustificado causados por cualquier otro motivo.

Con el transcurso del tiempo y debido a la influencia del derecho alemán de principios del siglo XX, se comenzó a limitar la acción in rem verso por medio de ciertos requisitos, a saber: “existencia de un enriquecimiento y de un empobrecimiento correlativos (idea de desplazamiento patrimonial inmediato por el que el enriquecido adquiere a costa del empobrecido), ausencia de causa jurídica que los justifique y ausencia de cualquier otra acción concedida por el derecho para obtener el reequilibrio deseado”<sup>76</sup>

En cuanto a los requisitos para la procedencia de la acción in rem verso, la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de fecha 14 de septiembre de 1984 señaló: “a) Que de parte de una persona haya un enriquecimiento sin causa; b) Que de parte de la otra persona exista un empobrecimiento, y c) Que el enriquecimiento sea ilegítimo, ilícito, injustificado, sin causa. A los anteriores requisitos, la doctrina ha ido agregando dos condiciones, que son: que la persona que sufre el empobrecimiento no tenga otro medio legal para, obtener la reparación del perjuicio, y que la acción no viole un texto legislativo expreso”.<sup>77</sup> Rodrigo Céspedes coincide con estos requisitos y agrega que en el Common

---

<sup>74</sup> ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio (1989): *El enriquecimiento sin causa*, Granada: Editorial Comares, p. 13-14.

<sup>75</sup> “Aquellos que obtengan algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma, sin causa legal, está obligado a su restitución” [La traducción es nuestra]

<sup>76</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, cit. (n.72), p.25-26

<sup>77</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2010): *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil, tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica, p. 1062.

Law el *unjust enrichment* corresponde a un *non-compensatory damages*, es decir, no tiene por objeto remediar un daño, sino que corregir un desequilibrio.<sup>78</sup>

Al reflexionar respecto a los requisitos para estar ante un enriquecimiento injustificado nos encontramos con que al analizar ésta institución a propósito del incumplimiento eficiente, faltarían, en principio, dos de sus requisitos: por un lado el empobrecimiento y por otro que el enriquecimiento sea injustificado o sin una causa. En cuanto al primero, cuando el deudor no cumple con su prestación porque es más eficiente celebrar un contrato con un tercero, obteniendo una ganancia incluso al pagar la indemnización a su acreedor, no estamos técnicamente ante un empobrecimiento de ese acreedor, ya que la ganancia obtenida por el deudor nunca ingresó a su patrimonio, sino que era una mera expectativa. Incluso si señalamos que el acreedor sufrió un perjuicio derivado de ése incumplimiento, aquél se encuentra resarcido como rubro de la indemnización de perjuicios. Sin embargo, respecto a éste requisito es menester referirnos a la opinión de Daniel Peñailillo, quien discrepa con la doctrina tradicional al estimar que el empobrecimiento de la parte afectada no es un requisito, y en tal sentido señala: “estamos en presencia de una atribución patrimonial y de ventajas conforme al ordenamiento jurídico y de un goce indebido de las mismas. Por lo mismo, no se trata de cubrir un empobrecimiento (el cual fija el límite de la acción indemnizatoria por daños), sino que se trata de una obligación de restituir por quien no tiene causa para retener”<sup>79</sup>, por lo tanto podría haber ganancias posibles de ser restituidas aunque no haya una pérdida correlativa.

Respecto al otro requisito que estimamos no concurre en materia de incumplimiento eficiente, esto es, que el enriquecimiento sea injustificado o sin causa, Messineo señaló que ausencia de causa significa que no existe una relación patrimonial que lo justifique.<sup>80</sup> Además hablar de injusticia en el plano contractual es complejo, toda vez que los resultados o la forma en que se distribuyen las ganancias viene dada por la autonomía privada, por lo que dichos resultados nunca serán injustos, en la medida que el contrato esté dotado de una

---

<sup>78</sup> CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2004): “El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, n°3, p. 15-16.

<sup>79</sup> Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.66), p.15.

<sup>80</sup> MESSINEO, Francesco (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 466.



causa lícita.<sup>81</sup> Coincidente es la opinión de Daniel Peñailillo, quien al analizar las ventajas que obtiene una parte a costa de la otra en virtud de un contrato considera que “en tales situaciones el enriquecimiento ha surgido por obra de un mecanismo jurídico, en que el contrato y sus normas regulan la situación (...), de modo que en tales casos podrá surgir un deber de conciencia, pero no una obligación civil de restituir”<sup>82</sup>. Es decir, si el enriquecimiento emana de un acto jurídico válido, el enriquecimiento tiene causa.

En lo que dice relación al tratamiento de la restitución de mayores ganancias nos encontramos con que en el Common Law éstas se estudian de la mano con el enriquecimiento injustificado, por lo que si no concurren los requisitos de ésta institución mal podríamos señalar que surge la obligación de restituir. El análisis del derecho de obligaciones se ha dividido en contratos, ilícitos y restituciones; sin embargo, la doctrina ha señalado que “esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidos como fuentes de las obligaciones, la restitución es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento injustificado”.<sup>83</sup> De esa misma manera ha ocurrido en el derecho germánico, tal como señalamos en párrafos previos al referirnos al §812 del BGB, donde la restitución también se enmarca legalmente en la figura del enriquecimiento injustificado.

En el derecho anglosajón la restitución tiene el carácter de excepcional, a tal punto que uno de los casos donde se aceptó surge como paradigma, se trata de *Attorney-General v. Blake*<sup>84</sup>, donde un ex agente del Servicio Secreto Británico actuó como doble agente ruso, revelando información confidencial obtenida durante el ejercicio de sus labores al publicar una autobiografía, incumpliendo así el contrato de trabajo, su juramento a la Corona Británica y violando la Official Secret Act de 1989. La controversia jurídica se centró en si la Corona había sufrido o no una pérdida patrimonial, y si podía obtener la

---

<sup>81</sup> DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1992): *Sistema de Derecho Civil, vol. II*, Madrid: Editorial Tecnos, p.575.

<sup>82</sup> Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.66), p.18.

<sup>83</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2009): “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, En: *Derecho de Daños*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p.35.

<sup>84</sup> House of Lords, *Attorney General v. Blake and Another* (2000) UKHL 45, 27 de Julio del 2000. [fecha de consulta: 21/10/2016], Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html>

restitución de lo que Blake había obtenido. Finalmente la Cámara de los Lores, dictaminó que el gobierno británico tenía derecho a obtener la restitución de todas las ganancias obtenidas del incumplimiento contractual; sin embargo no aplicó la figura de disgorgement damages, es decir, no la denominó restitución, sino que account of profit (repartición de las ganancias).

En la doctrina también existe un cierto escepticismo respecto a la admisibilidad de la restitución de ganancias obtenidas del incumplimiento contractual. Enrique Barros señala varios argumentos para justificar aquella postura, los cuales enumeraremos de la siguiente manera: 1) Ante un incumplimiento contractual la tarea del derecho es corregir el injusto y satisfacer el interés del acreedor, y para aquello son apropiados los remedios de ejecución en naturaleza, resolución e indemnización; 2) La acción restitutoria opera como incentivo en la dirección inversa a la doctrina del incumplimiento eficiente, ya que la acción restitutoria de los beneficios es un incentivo formidable a la observancia del contrato; 3) Problema probatorio del beneficio y su relación con el incumplimiento, ya que el beneficio está usualmente dado por circunstancias muy diversas, incluyendo la propia habilidad del deudor; 4) Si se atiende al derecho del acreedor, en vez del ilícito contractual, resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor.<sup>85</sup>

De lo señalado anteriormente, consideramos relevante detenernos en el segundo y cuarto punto. Por un lado, coincidimos con Enrique Barros en que la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor a partir de su incumplimiento que consideró eficiente operaría como un incentivo a la observancia del contrato en relaciones de otros operadores jurídicos, es decir, al cumplimiento contractual, ya que los contratantes no tendrán ningún motivo por el cual considerar que un eventual incumplimiento será eficiente, toda vez que deberá pagar la indemnización y además restituir al acreedor.

Por otro lado, coincidimos con el referido autor, en lo que dice relación con el interés que puede tener el acreedor (tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo) en la ganancia que obtuvo el deudor; es decir, cuál sería la naturaleza del interés que el

---

<sup>85</sup> Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n.83), pp. 39-40.

acreedor al demandar debería demostrar para ejercer la acción y que permitan justificar la privación al deudor (demandado) de las ganancias que obtuvo. En el referido caso *Attorney-General v. Blake*<sup>86</sup>, Lord Nicholls señaló que: “The law recognised that the innocent party to the breach of contract had a legitimate interest in having the contract performed even though he himself would suffer no financial loss from its breach”, es decir, para que proceda la restitución derivada de un incumplimiento contractual, la parte inocente debe tener un interés legítimo en el cumplimiento de la cláusula que ha sido incumplida. En nuestra opinión, una solución a ésta interrogante sería acudir al interés del acreedor, el cual está contenido en el contrato, por lo tanto se circunscribe a lo que esperaba obtener a la hora de contratar, más no con las ganancias que posteriormente obtuvo el deudor a partir de su incumplimiento.

Otra arista interesante respecto a ésta institución, dice relación con cuál es el fundamento de la acción, es decir, si tiene un fin preventivo, correctivo, sancionatorio o restitutorio. Alberto Pino considera que en principio es posible vincular ésta figura con la concepción de justicia correctiva, ya que desde el punto de vista aristotélico éste tipo de justicia busca remediar o corregir las desigualdades que se producen entre las partes involucradas, suponiendo la existencia de una situación de igualdad previa<sup>87</sup>, es decir, quien obtiene una ganancia a partir del incumplimiento contractual perturbó esa situación de igualdad. Sin embargo, posteriormente el mismo autor agrega que “determinados actos jurídicos permiten a los sujetos intervinientes enriquecerse, incluso a expensas de otro”<sup>88</sup>, señalando como ejemplo que en materia de compraventa nuestro ordenamiento permite que las prestaciones no sean matemáticamente equivalentes o incluso en materia de competencia desleal; es decir, de lo que señala la doctrina es posible señalar que la justicia correctiva no nos permite justificar el fundamento de la acción. Por su parte, cierta doctrina anglosajona ha señalado que el fundamento de la restitución de ganancias obtenidas en

---

<sup>86</sup> House of Lords, *Attorney General v. Blake and Another* (2000) UKHL 45, 27 de Julio del 2000. [fecha de consulta: 21/10/2016], Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html>

<sup>87</sup> PINO EMHART, Alberto (2016): “La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno”, En: *Revista Ius et Praxis*, año 22, N°1, p.233.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

virtud de un ilícito, o como se denomina en el common law: disgorgement damages, es la disuasión (prevenir que vuelvan a ocurrir situaciones como aquellas) y la retribución.<sup>89</sup>

Por otro lado, es menester señalar que la restitución y los remedios contractuales derivados del incumplimiento corren por cuerdas separadas, es decir, la primera se dirige contra los beneficios que el deudor haya obtenido a consecuencia de su propio incumplimiento contractual, con prescindencia de si el acreedor ha sufrido perjuicios.<sup>90</sup> E incluso más, el daño no opera como requisito de la acción restitutoria por provecho del dolo ajeno (acción a la que nos referiremos más adelante), destacando en éste sentido la opinión de Carlos Pizarro, quien señaló que “el daño no importa a efectos de fijar la cuantía del provecho, ni tampoco corresponde imputarlo”<sup>91</sup>. Lo anterior lleva a que el acreedor incluso pueda preferir la restitución por razones muy diversas, a saber: 1) porque el daño que se sigue del incumplimiento puede ser inferior al beneficio obtenido por el deudor; 2) En un caso más extremo, si del incumplimiento no se sigue daño o los perjuicios son puramente nominales; 3) Porque en materia indemnizatoria surgen los problemas probatorios en relación al lucro cesante.<sup>92</sup> En términos similares razona Alberto Pino, quien estima que ante un incumplimiento contractual podría solicitarse la restitución de lo obtenido por el deudor, cuando se trate de “aquellos casos en los cuales el incumplimiento contractual no ha provocado perjuicios para la parte diligente, o en aquellos casos en los cuales la parte incumplidora ha obtenido ganancias que superan los perjuicios ocasionados a la parte diligente”<sup>93</sup>.

Pese a que tanto en el derecho anglosajón como alemán la acción restitutoria de las ganancias del deudor es excepcional, ésta regla admite ciertos matices, es decir, casos en los cuales sería procedente la restitución. Enrique Barros los clasifica en tres grupos de casos: a) Los incumplimientos cínicos o inescrupulosos; 2) Casos en que los jueces niegan lugar a la acción de ejecución en naturaleza; 3) Casos en que el acreedor sufre perjuicios

---

<sup>89</sup> BARNETT, Katy (2012): *Accounting for Profit for Breach of Contract*, Oxford: Hart Publishing, p.46.

<sup>90</sup> Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n.83), p. 35.

<sup>91</sup> PIZARRO WILSON, Carlos (2009): “La acción de restitución por provecho del dolo ajeno”, En: *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago: Editorial LegalPublishing, p.682.

<sup>92</sup> Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n.83), pp. 35-36

<sup>93</sup> Cfr. PINO EMHART, Alberto, cit. (n.87), p. 245.

puramente nominales y se estima de equidad darle una satisfacción con cargo a los beneficios que el deudor ha obtenido de su incumplimiento.<sup>94</sup>

Para el tema central de ésta investigación, es decir, la procedencia de la restitución a propósito de un incumplimiento eficiente, resuelta relevante detenernos en el primer grupo de casos, es decir, en los incumplimientos cínicos o inescrupulosos, ya que en nuestra opinión se trata de incumplimientos dolosos. Consideramos que el fundamento radica en que sería injusto que el deudor reciba una ganancia derivada de una conducta impropia y contraria a derecho, ya que implicaría violar el adagio jurídico en orden a que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. Incluso a partir de lo que dispone el artículo 1558<sup>95</sup> del Código Civil chileno podemos extraer que el incumplimiento contractual meramente negligente no produce las mismas consecuencias jurídicas que un incumplimiento doloso, y en tal sentido cierta doctrina ha sido de la idea de que “Solo cuando estamos en presencia de un incumplimiento doloso debiera ser procedente la restitución de ganancias obtenidas como consecuencia del incumplimiento contractual.”<sup>96</sup>

Sin embargo surge una nueva interrogante, en orden a que, ¿Acaso no son todos los incumplimientos eficientes dolosos? Para ello debemos especificar en cuál de todas las acepciones de dolo estamos razonando. Hay autores como Tomás Chadwick, quienes al referirse al dolo en la ejecución del contrato estiman que “jamás se identifica con el simple incumplimiento de la obligación, que éste no era sino un medio para causar la injuria del acreedor”<sup>97</sup>, es decir, éste autor considera que el deudor se vale de la existencia del contrato para inferir injuria al acreedor. Sin embargo, entender al dolo en los términos del artículo 44 del Código Civil, como intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro restringiría la posibilidad de aplicar la restitución de mayores ganancias obtenidas en

---

<sup>94</sup> Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n.83), p. 42.

<sup>95</sup> Artículo 1558 Código Civil chileno: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

<sup>96</sup> Cfr. PINO EMHART, Alberto, cit. (n.87), p. 254.

<sup>97</sup> CHADWICK VALDÉS, Tomás (2010): “De la naturaleza jurídica del dolo (V)”, En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, Doctrinas esenciales: Derecho Civil*, Santiago: Editorial PuntoLex, p. 497.

virtud del incumplimiento, ya que en la generalidad de los casos nos encontraremos con que el deudor solo buscaba obtener un beneficio, más no causar daño a su acreedor.

En lo que respecto a los instrumentos de derecho uniforme, éstos contemplan ciertas consecuencias jurídicas a los incumplimientos intencionados en el ámbito del incumplimiento esencial o resolutorio. Antes de mencionar las normas relevantes es necesario precisar que para que opere el remedio resolutorio se requiere que el incumplimiento sea esencial, es decir, de cierta entidad o gravedad, toda vez que tiene como consecuencia algo tan drástico como aniquilar las obligaciones derivadas de aquel contrato, permitiéndole buscar una operación de reemplazo; en ese sentido Enrique Barros estima que la exigencia de que el incumplimiento en la resolución debe ser grave cuida los intereses del deudor, porque impide que la resolución sea un instrumento de mala fe por parte del acreedor, ya que obsta que los acreedores se deshagan de contratos inconvenientes, y permite evitar la desnaturalización de éste remedio que protege el interés del acreedor.<sup>98</sup>

Respecto a las normas que consagran los incumplimientos intencionados destacamos: el artículo 8:103 de los Principios Europeos de Derechos de Contratos<sup>99</sup>, artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT<sup>100</sup> y el artículo 3:502 del Marco Común de Referencia<sup>101</sup>. Para Álvaro Vidal ésta hipótesis de incumplimiento esencial, el

---

<sup>98</sup> BARROS, Enrique (2008): “Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales”, En: *Estudios de derecho civil III*, Santiago: LegalPublishing, pp. 422 - 423

<sup>99</sup> “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forme parte de la esencia del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever razonablemente ese resultado. (c) **O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte**”. [Lo destacado es nuestro]

<sup>100</sup> “Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) **el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro**; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”. [Lo destacado es nuestro]

<sup>101</sup> “A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not

intencionado, envuelve dos casos, a saber: incumplimientos dolosos o con fraude del deudor; y aquel en que el acreedor otorga un plazo adicional para que el deudor cumpla o corrija la prestación defectuosa, y éste no cumple o declara que no cumplirá.<sup>102</sup> El primer grupo de casos, los de incumplimiento doloso o fraudulento implican analizar desde un punto de vista subjetivo la conducta premeditada y reacia a cumplir desplegada por el deudor, es decir, valorarla al tiempo del incumplimiento; a diferencia de la primera hipótesis, incumplimientos que privan al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, que es objetiva, ya que se basa netamente en el interés del acreedor.

En lo que respecta a los comentaristas de los PECL, éstos son de la idea de que pese a que la obligación incumplida sea de escasa importancia o que las consecuencias del incumplimiento no priven sustancialmente al acreedor de lo que esperaba obtener del contrato, si el incumplimiento es intencionado debe ser considerado como esencial.<sup>103</sup> Para Claudia Mejías, en los casos en que ha existido un comportamiento doloso o deliberado por parte del deudor, e incluso cometido con culpa grave, no resulta razonable exigirle al acreedor que mantenga la confianza en que su deudor ejecutará la prestación en los términos pactados, y allí radica el fundamento de ponerle término al contrato, sumado al principio de la buena fe objetiva consagrado en el artículo 1546.<sup>104</sup>

Volviendo a la restitución, consideramos que en nuestro derecho es posible encontrar una manifestación de acción restitutoria, en el ámbito de la acción de provecho por dolo ajeno consagrada en los artículos 1458 y 2316 del Código Civil. La primera disposición en su inciso segundo, a propósito de la responsabilidad contractual señala: “En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.” Mientras que el artículo 2316 inciso segundo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual establece: “El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser

---

reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on”. [Lo destacado es nuestro]

<sup>102</sup> Cfr. VIDAL, Álvaro, cit. (n.15), p.243.

<sup>103</sup> MEJÍAS ALONSO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago: LegalPublishing, p.187.

<sup>104</sup> Cfr. MEJÍAS ALONSO, Claudia, cit. (n.103), pp. 265-266

cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho.” Ambas disposiciones “establecen una acción en beneficio de quien ha sido víctima de un acto doloso para obtener la restitución de las ganancias que ha obtenido un tercero que no ha participado en la comisión del dolo”<sup>105</sup>. En cuanto a la naturaleza jurídica de éstas disposiciones, Tomás Chadwick estima que “el legislador, con ella, no ha hecho sino conformar su dictamen a una regla de equidad que repudia el enriquecimiento injusto, que tenga una causa ilícita, y a una regla de buena organización jurídica que impide producir efectos al hecho ilícito que, por definición, se alza contra el orden legal y atenta contra su estabilidad”<sup>106</sup>

A propósito de la aplicación del artículo 2316 y la restitución por provecho del dolo ajeno es menester mencionar que nuestra jurisprudencia ha dictado una serie de fallos<sup>107</sup> que se enmarcan en el escándalo financiero denominado “Caso Inverlink”, donde incluso la Corte Suprema señaló que no se trata de una acción indemnizatoria “porque la obligación de restituir no está determinada por el monto de los perjuicios sufridos”<sup>108</sup>. Respecto a los hechos que motivaron éstas demandas, lo que ocurrió fue que el Grupo Inverlink mediante acciones constitutivas de delitos se apropió de ciertos instrumentos financieros de largo plazo que pertenecían a la Corporación Nacional de Fomento (CORFO), los que luego fueron transados en el mercado financiero con el objeto de pagar el rescate de ciertas inversiones de corto plazo que ciertas instituciones mantenían dentro del referido holding. Lo curioso de éste caso es la estrategia seguida por CORFO, ya que no dirige sus acciones contra el Grupo Inverlink, sino que a las empresas e instituciones que recibieron los pagos de Inverlink con los instrumentos obtenidos de manera ilícita, mediando dolo, por lo que fundan su acción en el artículo 2316 del Código Civil.

En atención a lo ya expuesto, consideramos relevante para concluir ésta investigación preguntarnos si es posible extender la aplicación de la acción restitutoria del provecho por dolo ajeno contemplada en los ya mencionados artículos a otros casos, con el

---

<sup>105</sup> Cfr. PINO EMHART, Alberto, cit. (n.87), p.229.

<sup>106</sup> Cfr. CHADWICK VALDÉS, Tomás, cit. (n.73), p. 501.

<sup>107</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-6302-2010, de fecha 30 de enero de 2013; Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-11723-2011, de fecha 13 de Septiembre de 2013; Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-4871-2012, de fecha 30 de Septiembre de 2013; Sentencia del 14° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-1057-2007, de fecha 26 de Junio de 2015.

<sup>108</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-4871-2012, de fecha 30 de Septiembre de 2013, considerando 22°.



objeto de que el acreedor cuyo deudor incumplió el contrato eficientemente pueda obtener la restitución de las ganancias obtenidas por su contraparte. Un argumento para sostener aquello lo extraemos de una interpretación a contrario sensu de las normas contenidas en los artículos 1458 y 2316 del Código Civil, es decir, si el tercero que se aprovechó del dolo ajeno debe restituir lo obtenido (hasta el monto del provecho), con mayor razón debería poder aplicarse dicha consecuencia jurídica en el deudor que fraguó el dolo.

## **VI. CONCLUSIONES**

1. La influencia que la Economía ha desarrollado en las últimas décadas en diversas áreas de las ciencias sociales, entre ellas el Derecho, es algo innegable. Además el hecho de que los operadores jurídicos busquen operaciones de reemplazo más beneficiosas luego de incumplir sus obligaciones, es una realidad, por dichos motivos es que consideramos que cuestionar a priori la posible aplicación de la teoría del Incumplimiento Eficiente en nuestro país carecería de sustento fáctico.

2. Estimamos plenamente aplicable en nuestra realidad jurídica la teoría del Incumplimiento Eficiente, aunque es posible cuestionar aquella en virtud de tres argumentos. Por un lado, pese a que las obligaciones de objeto fungible en atención a sus características resguardan de mejor manera el principio de indiferencia que las obligaciones de objeto específico, de todas formas las segundas permitirán al acreedor ver satisfecho su interés por la vía de la indemnización de perjuicios. Por otro lado, sostener que desde el punto de vista económico pareciera que no hay mayores incentivos para que el tercero realice una mayor oferta al deudor, estimamos que dicha premisa es falaz, ya que pueden existir casos en que influyan otros factores que permitan fundamentar el interés del tercero. Finalmente, consideramos que reconocer en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de la teoría en comento no implica un debilitamiento del sistema contractual basado en la fuerza obligatoria del contrato, es decir, el no cumplimiento de un contrato no debe verse como un fracaso, toda vez que tomando en consideración otros principios jurídicos como la buena fe o la eficiencia económica, es posible concluir que no siempre se debe tener como objetivo el cumplimiento de la obligación en los términos iniciales.

3. Tampoco coincidimos con que la teoría del Incumplimiento Eficiente debe aplicarse sólo en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al Common Law, porque en estos sistemas la indemnización operaría como remedio contractual preferente. Estimamos que más que hablar de una preferencia por uno u otro remedio en cada tradición jurídica, pareciera ser más propio hablar de un sistema diferenciado de remedios, lo cual no sería suficiente para obstar la aplicación de ésta teoría, ya que el énfasis debe ser determinar cuál es el remedio más eficiente frente al incumplimiento.

4. En lo que respecta a la arista que se abre a propósito de la intervención del tercero que le formuló una mejor oferta al deudor y la aplicación del daño por intromisión o tutela aquiliana al crédito, consideramos que en virtud de que el contrato forma parte de la realidad jurídica, lo que conlleva a que los terceros deben respetarlo, el acreedor puede perseguir la responsabilidad del tercero que motivó el incumplimiento a partir de ésta institución, y en lo que respecta a nuestro Ordenamiento Jurídico, los operadores pueden acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual para poder aplicarla (Artículo 2314 y 2320 del Código Civil).

5. En cuanto al análisis, por la vía del enriquecimiento injustificado, de la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor a propósito del incumplimiento, estimamos que no sería posible, toda vez que faltaría uno de los requisitos que la doctrina ha señalado para la procedencia de ésta fuente de las obligaciones, esto es, la causa ilegítima e injustificada. En nuestra opinión, el contrato es el antecedente del incumplimiento, y como tal siempre tendrá una causa justificada, ya que a partir de la autonomía privada es posible distribuir las ganancias que surjan en virtud del contrato.

6. Respecto a la posibilidad de que el acreedor demande la restitución de las mayores ganancias obtenidas por el deudor, consideramos que ésta institución debe analizarse de manera excepcional y circunscribirse a los incumplimientos dolosos, cínicos o inescrupulosos, ya que de lo contrario actuaría como un desincentivo a la propia teoría del Incumplimiento Eficiente.

7. Por otro lado, en lo que dice relación con la acción de restitución por provecho del dolo ajeno consagrada en nuestro Ordenamiento Jurídico, en cuanto no haya modificación legal, creemos que los operadores jurídicos pueden interpretarla de manera extensiva, es decir, que pueda aplicarse no solo contra el tercero que se aprovecha del dolo, sino que también respecto al deudor.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

### a) Doctrina

- ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio (1989): *El enriquecimiento sin causa*, Granada: Editorial Comares.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, Núm. 1.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (1998): “Los contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, En: *Revista Ius et Praxis*, Año 4, N°2.
- BARNETT, Katy (2012): *Accounting for Profit for Breach of Contract*, Oxford: Hart Publishing.
- BARROS, Enrique (2008): “Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales”, En: *Estudios de derecho civil III*, Santiago: LegalPublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009): “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, En: *Derecho de Daños*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, primera edición.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier (1998): *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Editorial Civitas.

- BIRMINGHAM, Robert L (1970): “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, En: *Rutgers Law Review*, p. 284. [fecha de consulta: 15/08/2016], Disponible en:  
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=acpub>
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (1993): “¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños”, En: *Revista Ratio Iuris*, N°1, año 1.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2012): “La economía de los contratos”, En: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Santiago: Legal Publishing, primera edición.
- BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (2007): “La Tutela Aquiliana del Derecho de Crédito y la Revocación por Acción Pauliana”, En: *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, N°3.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2004): “El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N°3.
- CHADWICK VALDÉS, Tomás (2010): “De la naturaleza jurídica del dolo (V)”, En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, Doctrinas esenciales: Derecho Civil*, Santiago: Editorial PuntoLex.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1997): *Derecho y Economía*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- DIEZ PICAZO, Luis (1988): “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, En: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Editorial Civitas.

- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1992): *Sistema de Derecho Civil, vol. II*, Madrid: Editorial Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I*, Madrid: Editorial Thomson Civitas, 6a edición.
- DÍEZ PICAZO, Luís (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II Las Relaciones Obligatorias*, España: Editorial Civitas, sexta edición.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2010): *Curso de Derecho Civil. Tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, primera edición.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (2012): “Para una Delimitación del Efecto Expansivo de los Contratos. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de enero de 2011 Casación en el Fondo Rol N°3738-2009”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol.39, N°2.
- LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos. Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago: LegalPublishing.
- MESSINEO, Francesco (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010): “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N°1.
- MORALES MORENO, Antonio (2006): *La modernización del derecho de las obligaciones*, Madrid: Thomson Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio (2014): “Claves de la modernización del derecho de contratos”, En: *Estudios de derecho de contratos: Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2014): *Los Remedios Frente al Incumplimiento en el Derecho Comparado*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, primera edición.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1996): “El enriquecimiento sin causa. Principio de Derecho y fuentes de las obligaciones”, En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°200.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2014): “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado”, En: *Revista de Derecho Escuela de Posgrado de la Universidad de Chile*, N°6.
- PINO EMHART, Alberto (2016): “La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno”, En: *Revista Ius et Praxis*, año 22, N°1.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del Artículo 1545 del Código Civil chileno”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol.31, N°2.

- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, En: *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2009): “La acción de restitución por provecho del dolo ajeno”, En: *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago: Editorial LegalPublishing.
- POMPONIO, Sexto: *Digesto: de reguli iuris*, 50,17.
- POSNER, Richard (1998): *El análisis económico del derecho*, México DF: Fondo de cultura económica, primera edición en español.
- RAMOS PAZOS, Rene (2008): *De Las Obligaciones*, Santiago: Editorial Legal Publishing, tercera edición.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2008): “Pacta sunt servanda”, En: *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 18.
- SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2010): “Obstáculos Jurídicos y Económicos a la Aplicación de la Teoría del Incumplimiento Eficiente. ¿Un Irritante Jurídico o una Figura de Aplicación Imposible?”. En: *Themis - Revista de Derecho*, N°58.
- SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2012): “Inducción al incumplimiento contractual. Represión de la competencia desleal e incumplimiento eficiente”, En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol.9, N°35.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2016): “Sobre el Carácter Secundario y Discrecional del Remedio del Cumplimiento Específico en el Common Law. Perspectiva Histórica y Aproximación Actual”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol.43, N°1



- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2005): “La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional”, En: *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. XVIII, N°2.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): “El Efecto Absoluto de los Contratos”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°6.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el ‘Código Civil’”, En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Primer Semestre.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2010): *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil, tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011): “El Incumplimiento y los Remedios del Acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos Español”, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, pp. 269-270.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2014): “Responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones con objeto fungible”. En: *Estudios de derecho de contratos: Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters.

## b) Jurisprudencia

- House of Lords, Attorney General v. Blake and Another (2000) UKHL 45, 27 de Julio del 2000. [fecha de consulta: 21/10/2016], Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html>
  
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-6302-2010, de fecha 30 de enero de 2013
  
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-11723-2011, de fecha 13 de Septiembre de 2013
  
- Sentencia de la Corte Suprema, Rol C-4871-2012, de fecha 30 de Septiembre de 2013
  
- Sentencia del 14° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-1057-2007, de fecha 26 de Junio de 2015.