

Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano¹

JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL²

RESUMEN

La teoría de incumplimiento eficiente de contratos, que surgió en Estados Unidos en la década de los 70, ha tenido allí amplia difusión y aplicación. Su éxito, sin embargo, ha sido mucho menor en los países del *civil law*, al parecer por la existencia de obstáculos legales y culturales. A pesar de que la literatura registra ya estos obstáculos de manera genérica, queda restando un análisis que haga énfasis en el derecho colombiano y que determine, teniendo en cuenta las particularidades de este sistema jurídico, si la teoría del incumplimiento eficiente puede o no tener éxito allí. Para tal fin, el presente artículo analiza los aspectos que facilitan, de una parte, y que impiden, de otro lado, la aplicación de esta teoría en nuestro sistema jurídico contractual.

Palabras clave: cumplimiento específico, contratos, incumplimiento eficiente, remedios.

THE THEORY OF EFFICIENT BREACH OF CONTRACTS IN COLOMBIAN LAW

ABSTRACT

The theory of efficient breach of contracts, which arose in the United States in the seventies, has had a wide diffusion and application there. Its success, however, has been much lower in civil law countries, perhaps because of legal and cultural hurdles. While

1 Para citar el artículo: GAVIRIA, J. (2015). Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano, en *Revista Con-texto*, n.º 44, pp. 37-57.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n44.03>

2 Profesor de cátedra de American University (Washington College of Law), profesor de tiempo completo de la Universidad Pontificia Bolivariana, candidato al título de doctor en American University (Washington College of Law), magíster en Derecho (ll.m.) de la misma universidad, magíster en Economía de la Universidad Eafit y abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo-e: juangaviria@une.net.co

the literature reports these hurdles generically, there is no yet a legal analysis focusing on Colombian law that establishes, taking into account the particularities of this system, whether the theory of efficient breach might or might not thrive there. For that purpose, this paper analyses the Colombian legal rules that facilitates, on the one hand, or that impedes, on the other hand, the application of the theory of efficient breach in our legal system.

Key words: Specific Performance, Efficient Breach, Remedies.

INTRODUCCIÓN

La teoría del incumplimiento eficiente del contrato (en inglés: *efficient breach theory*) es la más conocida y la más criticada en el derecho de contratos estadounidense³. Como su nombre lo indica, esta teoría sostiene que es rentable, en términos económicos, que una parte de un contrato incumpla su obligación principal. Por ejemplo, vender un bien o prestar un servicio, si esa misma venta la puede hacer a un tercero a un mejor precio de tal manera que, aun después de compensar a su contraparte por los perjuicios causados, obtenga una utilidad. En ese caso, se dice que el incumplimiento es eficiente desde el punto de vista de Pareto⁴, porque: (i) la víctima recibió una compensación por los perjuicios sufridos que la dejó tan bien como si el contrato se hubiera cumplido (es decir, en una situación de indiferencia entre cumplimiento e incumplimiento)⁵; (ii) quien incumplió el contrato obtuvo una utilidad aun después de pagar esos perjuicios (es decir, le fue mejor incumpliendo que cumpliendo con sus obligaciones); y (iii) el tercero que terminó siendo el beneficiario del bien o servicio inicialmente contratado es quien más valora ese producto, al haber pagado más por él, y por lo tanto, quien le podrá dar un mejor uso productivo.

3 Véase KASS, GREGORY. "Efficient breach", en 362 *The philosophical foundations of contract law* (G. KASS, G. LETSAS & P. SPRAYS, eds.). Oxford University Press, 2015. Véase también BROOKS, RICHARD R.W. "The efficient performance hypothesis", en 116 *Yale L. J.* 568, 568, 2006 (categorizando la teoría de incumplimiento eficiente como la más controversial del análisis económico del derecho).

4 Es decir que todas las partes involucradas están mejor o igual que si el contrato se hubiera cumplido. Véase, generalmente, POLINSKY, A. MITCHEL. *An introduction to law and economics*, 2003, n.º 4.

5 Aunque, en la práctica, los perjuicios que una víctima recibe nunca son completos. Es decir, nunca se compensan todas sus pérdidas e incluso los pagos que se hacen solo ocurren después de un tiempo considerable. Véase KRONMAN, ANTHONY T. "Specific performance", en 45 *U. Chi. L. Rev.* 351, 351. 1978. Así, por ejemplo, quien contrata la renovación de la cocina de su casa quiere que ello ocurra y no tener que conformarse con su cocina original más un pago de perjuicios. Véase KASS. Op. cit., p. 362. Como otro ejemplo, suponga que un fotógrafo que ha sido contratado para una boda decide no asistir, yendo a otra recepción donde le pagan más honorarios, suficientes para devolver lo recibido en la primera boda y quedar con una utilidad. En tal caso, la pareja defraudada podrá recuperar el valor de los honorarios del fotógrafo, pero los verdaderos perjuicios, quedarse sin fotos de la boda, difícilmente se repondrán. Véase SHAVELL, STEVEN. "Specific performance versus damages for breach of contract: An economic analysis", en 84 *Tex. L. Rev.* 831, 831, 2006.

En la primera sección de este artículo se explicará con más detalle esta teoría. Por ahora, basta decir que ella ha tenido bastante éxito en la literatura jurídica y económica de Estados Unidos, país en donde el tema es hoy relativamente pacífico. Otra es la situación en cuanto a la recepción de esta teoría en los países del *civil law*. Aunque sobre el tema se profundizara con más detalle en otra sección, basta decir por ahora que algunos autores afirman que las características de esta familia jurídica hacen imposible que la teoría del incumplimiento eficiente del contrato se aplique allí⁶. Como tales análisis se han hecho de manera general o, cuando se han analizado países en particular, estos han sido naciones desarrolladas como Francia y Alemania,⁷ el objetivo de este artículo es determinar si la teoría del incumplimiento eficiente: (i) se puede aplicar en Colombia sin restricciones, (ii) no se puede aplicar o (iii) se puede aplicar de manera limitada.

Este artículo se estructura de la siguiente manera: La primera sección resume la teoría del incumplimiento eficiente del contrato. La segunda sección analiza si los obstáculos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente del contrato se presentan en Colombia, mediante el estudio de nuestras principales normas de contratación. La tercera y última sección concluye sobre el particular.

I. LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE DEL CONTRATO

Una noción económica subyacente a la teoría eficiente del contrato es que una economía solo operará adecuadamente si los bienes y recursos disponibles son utilizados de la manera más productiva posible⁸. Así, y al menos idealmente, cada bien debe ser consumido por quien más lo valora, y cada factor de producción debe ser empleado de manera que se maximice la fabricación de bienes⁹. Esto se puede lograr a través de contratos, por medio de los cuales las personas y compañías intercambian sus activos por otros bienes y servicios que valoran más¹⁰. De esta manera, el contrato se convierte en un vehículo para que la economía funcione de manera eficiente.

Con todo, un contrato que una parte pensó inicialmente que sería rentable puede terminar generando pérdidas. Asumiendo que el contrato sigue siendo rentable para la otra parte, la pregunta que surge es si este debe o no cumplirse¹¹. La respuesta de la teoría del incumplimiento eficiente es negativa. El contrato debe incumplirse, pagándose los perjuicios a la víctima.

Hay dos casos en los cuales el incumplimiento de un contrato puede ser eficiente. El primero de ellos ocurre cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del acuerdo hacen que el cumplimiento genere una gran pérdida, siendo preferible para

6 Véase, *e.g.*, SCALISE, RONALD J. "Why no "efficient breach" in the civil law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract", en *55 AM. J. COMP. L.* 724, 721, 2007.

7 Véase, *e.g.*, SCALISE. *Op. cit.*, p. 721.

8 Véase FARNSWORTH, E. ALLAN. *Contracts* 736, 2008.

9 Véase *Id.*

10 Véase *Id.*

11 Véase *Id.*

una de las partes incumplir y pagar daños¹². Como ilustración, suponga que la compañía A se obliga a fabricar y vender 10.000 unidades de un producto a la compañía B por un precio unitario de un dólar. Las primeras 1.000 unidades se fabrican, entregan y pagan sin complicaciones. Con todo, y luego de esa primera entrega, la compañía compradora (B) se da cuenta de que ya no tiene mercado para las restantes 9.000 unidades que ya se obligó a adquirir, pero que A aún no ha empezado a fabricar. Es decir, si como el contrato lo estipula, la mercancía se fabrica y entrega, esta terminará convertida en chatarra, con un valor de salvamento de prácticamente cero. Ante tal situación, el gerente de B llama a su par de A para rescindir el contrato, pero este no acepta e indica que va a fabricar las restantes 9.000 unidades y a cobrar su precio, tal como se acordó. En medio de esta encrucijada, B puede decidir incumplir el contrato, anunciando que así se fabriquen las restantes unidades, su compañía no las va a pagar. Ante tal situación, la carga de mitigar daños por parte de A hace que su conducta razonable sea abstenerse de fabricar la mercancía restante¹³.

Este primer caso de incumplimiento es eficiente, porque evitó utilizar capital y recurso humano en la fabricación de un recurso que carece de utilidad económica, es decir, que no es productivo. Como segunda característica, este incumplimiento eficiente, que involucra malas noticias¹⁴, se debió a una circunstancia extraordinaria y posiblemente imprevisible: la pérdida repentina de mercado para las unidades adquiridas, que hizo inútil su compra. Por cierto, el ejemplo anterior podría presentarse en sentido contrario: un vendedor que inicialmente pensaba cumplir pero que ya no es capaz de hacerlo, luego de que sus costos de producción se dispararon como resultado de un accidente en su fábrica¹⁵.

Existe un segundo tipo de incumplimiento eficiente, más común, de mejores noticias para quien pretende incumplir y en el cual la razón de hacerlo no es una circunstancia que afecte la capacidad de cumplimiento de quien va a deshonorar su promesa, sino la aparición de un tercero que ofrece mejores términos. En particular, tal tercero hace una mejor oferta a la parte contratante inicial. La pregunta en este caso es en qué circunstancias tal oferta de un tercero puede surgir y cuándo puede darse el incumplimiento eficiente. Posiblemente esta situación sea escasa en el caso de bienes puramente fungibles, porque en tales casos el tercero podría buscar otro vendedor en un mercado de competencia perfecta al precio de equilibrio, y aun si le hace una oferta al vendedor que ya tenía un compromiso con su comprador, este podría buscar fácilmente un reemplazo de los bienes a los precios de mercado actuales¹⁶. Un ejemplo permite reforzar esta conclusión: suponga que una venta de 10 sacos de trigo de referencia X a \$4 el saco se debe entregar el 1 de marzo y asuma que el 15 de febrero un tercero ofrece comprar estos sacos a \$5,

12 Véase MACKAAY, EJAN. *Law and economics for civil law systems*. 123, 2013.

13 Véase Restatement (Second) of Contracte, Sección 350.

14 Véase KLASS. *supra* nota 1, p. 362.

15 Véase *Id.*

16 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123.

el nuevo precio de mercado. El vendedor se los entregará a él y no a su parte inicial, quien recibirá como daños la diferencia entre \$5, el precio al que ahora debe comprar en el mercado, y \$4, el precio del contrato. La ganancia del vendedor (\$1 por saco) será entonces igual al pago en perjuicios para el primer comprador, con lo cual carece de incentivos para un incumplimiento eficiente¹⁷. Debido a lo anterior, la aplicación de la teoría de incumplimiento eficiente y la aparición de un tercero suelen ser más comunes cuando los bienes o servicios son muy especializados o idiosincráticos, no existiendo un amplio mercado para ellos.

Volviendo a un ejemplo anterior, recuérdese que A ofreció vender 10.000 unidades a B a un precio unitario de \$1. Asuma que B ya no tiene inconvenientes para recibir la mercancía, pero, al mismo tiempo, suponga que antes de la entrega aparece una tercera persona (C) que ofrece \$3 por cada unidad y que restricciones en la capacidad del vendedor hacen imposible para esta empresa cumplir con los dos pedidos en el corto plazo. Suponga también que B pensaba revender las unidades adquiridas a otra compañía en \$2. En tal situación, el incumplimiento eficiente consiste en que A no le entrega las unidades a B, como lo había prometido, sino a C, incumpliendo el contrato de forma deliberada y debiendo pagar los perjuicios causados. Como B iba a comprar cada unidad a \$1 y a venderla a \$2, sus perjuicios son de \$1 por unidad, que multiplicados por 10.000 unidades, dan un total de \$10.000. Ahora bien, A vende las 10.000 unidades a C a un valor unitario de \$3, con lo que recibe una suma de \$30.000, cifra más que suficiente para pagar perjuicios de \$10.000 a B y quedar con una utilidad, antes de cubrir costos, de \$20.000, que es mayor a la que habría obtenido en el contrato original.

Se concluye, entonces, que este incumplimiento es eficiente, porque todas las partes están igual de bien o mejor que si el contrato original se hubiera cumplido. El vendedor incumple el contrato, porque la utilidad de esta conducta es mayor a la derivada de cumplir su obligación, mientras que el comprador, al recibir el pago de los perjuicios sufridos, estará tan bien como si el contrato se hubiera cumplido. Cumplir el contrato, por lo tanto, es menos rentable que incumplirlo¹⁸. En tal caso, se dice que el incumplimiento es socialmente deseable, y la teoría económica no sólo no critica esta conducta, sino que la estimula, razón por la cual la cataloga como eficiente¹⁹.

Varios factores hacen que la teoría de incumplimiento eficiente haya florecido en Estados Unidos. En primer lugar, si el contratante incumplido pudiera exigir el cumplimiento específico de la obligación (en inglés: *specific performance*) en vez de simplemente recibir una compensación en daños, quien incumple tendría que venderle el bien o pres-

17 Véase EISENBERG, MELVIN A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law", en 93 *Cal. L. Rev.* 975, 975, 2005.

18 Véase *Id.*

19 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736. Véase también *Patton v. Mid-Continent Sys.* 841 F.2d 752 (7th Cir. 1988) (J. POSNER) (afirmando que no todo incumplimiento deliberado es necesariamente sancionable o moralmente malo, toda vez que quien incumple puede simplemente haber descubierto que su cumplimiento es más valioso para un tercero. En tal caso, la eficiencia es promovida al permitírsele a esta parte romper su promesa, siempre y cuando pague los daños causados).

tarle el servicio a su contratante original y no al mejor postor (el tercero), razón por la cual no podría haber incumplimiento eficiente.

El remedio de cumplimiento específico, sin embargo, es de escasa ocurrencia en Estados Unidos. En efecto, este remedio solo se otorga en circunstancias especiales, como cuando el bien es único o no tiene reemplazo (por ejemplo, un carro antiguo, un terreno²⁰ o en contratos de suministro de cuantía abierta de largo plazo)²¹. Además, y aun si el bien es único, una corte puede denegar el remedio de cumplimiento específico, por razones como la dificultad de supervisión de la orden judicial²². De tal manera, si una corte no decreta el remedio de cumplimiento específico, quien incumple un contrato no tendrá que ejecutar de manera forzada su obligación, sino que podrá limitarse a pagar en dinero los daños causados.

Aun si el cumplimiento específico fuera el remedio aplicable, ello no necesariamente significa que los bienes no terminen en poder de quien puede darles un uso más productivo. En nuestro ejemplo, y bajo el remedio del cumplimiento específico, A se vería obligado a entregar las unidades a B, pero este, al saber que C ofrece un mejor precio, las podría revender a aquel. En tal caso, y en contraste con el pago de daños monetarios, hay un efecto redistributivo, toda vez que la mayor utilidad queda en cabeza del contratante que sufre el incumplimiento y no en quien lo causa. Para entender este efecto redistributivo, miremos otro ejemplo, mencionado por Robert Cooter y Thomas Ulen en su obra²³. Asuma que A ofrece vender una casa a B por \$100.000, que el costo para A es de \$90.000, que B valora la casa en \$110.000, que antes de la entrega, C ofrece comprar la casa por \$118.000, y que esta persona valora la casa en \$126.000. La tabla muestra las diferencias entre los dos remedios. Como se observa, el valor de los excedentes en total es el mismo (no hay creación de riqueza), pero el remedio de cumplimiento específico genera un efecto redistributivo de quien incumple el contrato a la víctima, quien podrá estar mejor que si el contrato se hubiera cumplido²⁴.

TABLA. EFECTOS REDISTRIBUTIVOS DEL REMEDIO DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

	A		B		C	
Cumplimiento específico	Costo	90.000	Costo	100.000	Costo	118.000
	Valor	100.000	Valor	110.000	Valor	126.000
	Utilidad	10.000	Utilidad	10.000	Utilidad	18.000

20 Véase UCC Sección 2-718.

21 Véase SCHWARTZ, ALAN. "The case for specific performance", en 89 *Yale L.J.* 271, 271, 1979.

22 Véase *Id.* Véase también UCC, Sección 2-716 y Restatement (Second) of Contracts, Sección 366.

23 Véase COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Law & economics*. 3.ª ed. 216, 2000.

24 Véase MACKAAY, *supra* nota 10, p. 123.

	A		B		C	
Daños monetarios	Costo	90.000	Costo	100.000	Costo	118.000
	Valor	118.000	Valor	118.000	Valor	126.000
	Utilidad	18.000 ^[25]	Utilidad	18.000	Utilidad	8.000

Un segundo facilitador de la teoría de incumplimiento eficiente de un contrato en Estados Unidos es el concepto de daños de expectativa²⁶, los cuales son los perjuicios que ponen a la víctima en la situación en la que habría estado si el contrato se hubiera cumplido. Quien incumple un contrato debe pagar tales daños de expectativa a su víctima, pero ni un centavo más, con lo cual es factible conocer el tope de la indemnización y si, además, se conoce la utilidad del contrato con el tercero, se puede determinar oportunamente si el incumplimiento es eficiente o no. El que los daños de expectativa sean el remedio por naturaleza en el derecho de contratos estadounidense hace que otro tipo de remedio, el de restitución, solo se aplique ocasionalmente²⁷. Este tipo de remedio haría imposible el incumplimiento eficiente, al consistir en la devolución por parte de aquel que incumple de las ganancias derivadas de tal conducta, es decir, de la utilidad derivada del contrato con el tercero²⁸.

El tercer factor que facilita la teoría de incumplimiento eficiente de un contrato estadounidense consiste en que allí, y salvo excepciones, la responsabilidad contractual es objetiva (en inglés: *strict liability*), es decir, no está basada en la culpa²⁹. Como lo dijo hace ya muchos años el juez Oliver Wendell Holmes, "si un contrato se incumple, la medida de daños es la misma sin importar la causa del incumplimiento"³⁰. En otras palabras, los daños que paga una persona que incumple un contrato involuntariamente son los mismos que paga quien deliberadamente rompe su promesa. El hecho de que una conducta dolosa no incremente el monto de daños hace que se incremente la probabilidad de que un incumplimiento sea eficiente. Esta es una gran diferencia con el derecho colombiano y, en general, con los países del *civil law*, donde el incumplimiento doloso (y todo incumplimiento eficiente lo es) genera la obligación de pagar no solo daños previsibles, sino también imprevisibles³¹. De este tema se hablará más adelante en la sección sobre derecho colombiano³².

Un cuarto factor que favorece la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente del contrato es el hecho de que las cláusulas penales sean ineficaces en Estados Unidos. En este país, cláusulas penales son aquellas que estipulan una suma a pagar en caso de

25 28.000 menos los daños de 10.000.

26 Véase Restatement (Second) of Contracts, Sección 344.

27 Véase Id.

28 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736.

29 Véase POSNER, ERIC A. "Fault in contract law", en *Fault in american contract law* 69, 2010.

30 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736.

31 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721 y Código Civil de Colombia artículo 1616. Véase también *infra* Sección III.

32 Véase *infra* Sección III.

incumplimiento que es superior al valor anticipado o probado de daños y perjuicios³³. Es decir, las cláusulas *in terrorem* no son permitidas. En contraste, sí son eficaces las cláusulas de daños liquidados, aquellas que estiman razonablemente el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento. Las cláusulas penales, al igual que los daños punitivos³⁴, están prohibidas en el derecho estadounidense, porque el objetivo del derecho de contratos de este país es la compensación de los daños que sufre la víctima, a través de los perjuicios de expectativa, pero no la compulsión ni el castigo ejemplar del victimario, sin importar cuán reprochable haya sido el incumplimiento³⁵.

Si fueran eficaces, las cláusulas penales impedirían la mayoría de incumplimientos eficientes, al estipular el pago de una suma alta y mayor al monto de perjuicios en caso de incumplimiento³⁶. En contraste, y al estar prohibidas, quien planea un incumplimiento eficiente sabe que el tope de perjuicios que debe pagar está limitado a los daños de expectativa, ya sea que estos sean probados o que estén estipulados en una cláusula de daños liquidados. La situación en Colombia, como pronto se verá, es la opuesta³⁷.

A pesar de su éxito en un sector de la academia, la teoría del incumplimiento eficiente de un contrato ha sido objeto de varias críticas en Estados Unidos, algunas de ellas aplicables al análisis que se hará para el caso colombiano. Para empezar, la teoría va en contra del concepto sacro de las obligaciones contractuales, lo que además hace moralmente reprochable al incumplimiento eficiente³⁸. Así, se dice que la teoría olvida que un contrato crea una obligación moral de cumplir, y que si eso no se hace, así se paguen perjuicios, se hizo lo incorrecto³⁹. También se dice que un contrato se celebra para ser honrado, sin que una determinada suma de dinero permita desligarse de él⁴⁰, y que es inmoral aprovecharse de la posibilidad de incumplir un contrato para lucrarse⁴¹⁻⁴². Claro está, el concepto de obligación moral de cumplimiento no es tan arraigado en Estados Unidos como en los países del *civil law*, donde son tan importantes los conceptos de buena fe y de *pacta sunt servanda*.

Segundo, se dice que un incumplimiento que en teoría es eficiente, como el mencionado en el ejemplo de la venta de 10.000 unidades, al final podría no serlo, si se tienen en cuenta varios tipos de costos. De una parte, no es fácil valorar los daños de expectativa de la parte que sufre el incumplimiento, pudiendo ello solo ser posible luego de un largo proceso de negociación o litigio, cuyas expensas podrían consumir la utilidad esperada del

33 Véase UCC 2-718.

34 Aquellos que son superiores a los perjuicios probados y que sí son válidos en acciones de responsabilidad extracontractual (en inglés: *torts*).

35 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 760.

36 Véase *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F. 2d 1284, 1290 (7th Cir. 1985).

37 Véase *infra* Sección III.

38 Véase FRIED, CHARLES. *Contract as promise (a theory of contractual obligation)*. 1. 2015. Véase también KLASS. *supra* nota 1, p. 362 y FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736.

39 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123.

40 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

41 Véase BROOKS. *supra* nota 1, p. 568.

42 Véase SHAVELL. *supra* nota 3, p. 831.

incumplimiento⁴³. Tal valor, además, dependerá del uso que la víctima pensaba darle a los bienes que recibiría; por ejemplo, los perjuicios serán diferentes si pensaba revenderlos, en comparación con su utilización como materia prima para fabricar otros bienes⁴⁴. Se resalta que conocer estas pérdidas es fundamental para que quien piensa incumplir sepa si esta conducta generará o no una utilidad. De hecho, la sola incertidumbre sobre la longitud y resultado de este proceso puede hacer que no exista la certeza necesaria para un incumplimiento eficiente⁴⁵. Adicionalmente, también puede incurrirse en costos de transacción en la búsqueda del tercero que hará una mejor oferta⁴⁶.

De otro lado, quien incumple debe tener en cuenta los costos de reputación que sufre⁴⁷. Aun si la utilidad derivada de vender un bien o prestar un servicio a un tercero es mayor que los perjuicios que debe pagar a su víctima, el saldo neto positivo podrá no compensar una manchada reputación que hará más difícil a quien incumple hacer negocios en el futuro. De hecho, la parte que sufre el incumplimiento lo pensará dos veces antes de volver a hacer negocios con su contraparte o con compañías vinculadas, y lo propio harán quienes se enteren del incumplimiento⁴⁸. Por esa misma razón, la reputación es uno de los activos más valiosos que puede tener cualquier comerciante, quien podría preferir cumplir todos sus contratos honestamente y conservarla, antes que incumplir algún acuerdo por ganar cierta suma de dinero y perderla⁴⁹.

Tercero, la teoría del incumplimiento eficiente asume que las partes se comportan de manera racional, lo que no sucede siempre. Una parte puede tener la oportunidad de un incumplimiento eficiente y aun así abstenerse de hacerlo, por razones morales o reputacionales, tal como lo ha demostrado la economía del comportamiento⁵⁰. En este mismo sentido, un ejemplo del profesor Eisenberg permite entender que la teoría del incumplimiento eficiente no es tan lógica para los hombres de negocios. Suponga que la compañía A decide vender una máquina adaptada a las necesidades de la compañía B para su fábrica. Antes de firmar el contrato, el vendedor le dice al comprador: "Con toda honestidad, le digo que aunque no tengo intención de romper este contrato, tampoco lo cumpliré si me llega una mejor oferta por la máquina, caso en el cual le pagaré sus perjuicios. De hecho, voy a empezar a buscar esa mejor oferta. Incluyamos incluso una cláusula en el contrato que me reconozca ese derecho". El comprador, bajo la teoría del incumplimiento eficiente, le daría la razón al vendedor, ya que sería indiferente entre el cumplimiento y el incumplimiento más perjuicios. Sin embargo, en la vida real, la ex-

43 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736.

44 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123.

45 Véase KLASS. *supra* nota 1, p. 362.

46 Véase *Id.*

47 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123. Véase también ULEN, THOMAS. "The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies", en 83 *Mich. L. Rev.* 344, 341. 1984 (afirmando que hay una fuerte relación entre la consideración que uno tiene por su reputación y la decisión de romper o no un contrato).

48 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123.

49 Véase ULEN. *supra* nota 42, p. 341.

50 Véase KLASS. *supra* nota 1, p. 362.

perencia sugiere que la mayoría de compradores, si no todos, estarían desconcertados por tal comportamiento y preferirían no firmar el contrato⁵¹.

De manera similar, David Baumer y Patricia Marschall entrevistaron a ciento diecinueve comerciantes en Carolina del Norte en 1990 y les preguntaron acerca de sus actitudes hacia el incumplimiento. Una de las preguntas formuladas fue: ¿Si su contraparte deliberadamente incumple un contrato porque consiguió un mejor negocio, cree que tal conducta es contraria a la ética? Ciento cinco de los ciento diecinueve entrevistados dijeron que sí, lo que indica que las partes ven un contrato como un compromiso de cumplimiento y no como una opción de cumplir o pagar daños, a elección de quien incumple⁵². En términos más generales, la perspectiva de un incumplimiento de contrato, así sea eficiente, genera incertidumbre y falta de confianza entre las partes, además de enrarecer el clima de negocios⁵³.

III. PROS Y CONTRAS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE DE UN CONTRATO EN COLOMBIA

En esta sección se indican las razones normativas que permiten indicar, primero, por qué la teoría del incumplimiento eficiente sí se podría aplicar en nuestro país y, segundo, los motivos que pueden llevar a pensar lo contrario. Como se observará, las normas que limitan la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente son mayores en número y en efecto que las que la favorecen, con lo cual, en conclusión, la teoría del incumplimiento eficiente tiene pocas condiciones propicias para florecer en Colombia.

A. Normas que favorecen la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente

1. *Quien incumple un contrato no tiene que pagar daños de restitución*

Anteriormente, se explicó que no podría existir incumplimiento eficiente si quien deshonra su promesa de vender un bien o servicio a su contraparte para entregar este a un tercero tuviese que devolver la utilidad obtenida a la víctima. En números, suponga que A se había obligado a entregarle a B un bien por \$50 que este revendería por \$70. En tal caso, de qué le sirve a A entregarle el bien a un tercero por \$100 si un juez lo puede condenar a pagar como perjuicios a B no la utilidad que este esperaba obtener ($\$70 - \$50 = \$20$), sino el lucro resultante de la venta del bien al tercero ($\$100 - \$50 = \$50$). Afortunadamente para quien planea un incumplimiento eficiente, los perjuicios que se deben pagar son el lucro cesante de la víctima ($\$20$ en nuestro ejemplo), sin que exista la obligación de restituir la ganancia derivada de la transacción con el tercero. Tal restitución solo es obligatoria cuando hay un enriquecimiento sin justa causa, y si bien en

51 Véase EISENBERG. *supra* nota 15, p. 975.

52 Véase *Id.*

53 Véase MACKAAY. *supra* nota 10, p. 123.

nuestro ejemplo el enriquecimiento existe, este tiene justa causa⁵⁴. En síntesis, que la ley ordene a quien incumple un contrato pagar daños de expectativa, aquellos que ponen a la víctima en una situación tan buena como si el contrato se hubiera cumplido, y que en Colombia corresponden al daño emergente y lucro cesante, pero no de restitución, incrementa el número de incumplimientos eficientes⁵⁵.

2. La carga de mitigar daños

En Colombia no existe ninguna norma jurídica que obligue expresamente a una víctima de un incumplimiento de contrato a mitigar daños. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y arbitral han sido claras en señalar que esta carga sí existe⁵⁶ y, por lo tanto, la víctima no se puede quedar en un estado de inacción permitiendo que los daños se acrecienten. Mitigar daños puede consistir en evitar que unos productos se dañen, hacer una compra sustituta (a menos que no sea posible hacerlo porque el bien es único), almacenar una mercancía, etc. Si los daños se mitigan, estos se mantienen en un nivel bajo, y si no sucede así, de todas maneras la parte que incumple no tiene por qué compensar a la víctima por los daños mitigables, con lo cual, en este caso, los perjuicios también se mantienen en un nivel moderado que, por supuesto, facilita el incumplimiento eficiente de un contrato, al ser probable que su cuantía sea inferior a la utilidad que se espera obtener de la venta del bien o servicio a un tercero.

3. La poca importancia del remedio de cumplimiento específico, a pesar de su disponibilidad teórica

En principio, la víctima de un contrato regido por el derecho colombiano puede escoger entre demandar el cumplimiento específico de la obligación incumplida (por ejemplo, que se le entregue el bien o se le preste el servicio prometido más el pago de los perjuicios causados) o simplemente resignarse a rescindir el negocio jurídico, recibiendo una compensación por daño emergente y lucro cesante⁵⁷. Esta elección favorece a la víctima

54 Véase Código de Comercio de Colombia artículo 831.

55 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721 y BROOKS. *supra* nota 1, p. 568.

56 Véase, *e.g.*, Sentencia 11001-3103-008-1989-00042-01 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez y laudo arbitral del 1 de septiembre de 2011 de la Cámara de Comercio de Bogotá. Véase también JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. *Los deberes de evitar y mitigar el daño, funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de prevención*. 232, 2013. Algo similar ocurre en el derecho francés, donde a pesar de que el Código Civil no incluye una norma que obligue a una víctima de incumplimiento de contrato a mitigar daños, la jurisprudencia ha considerado que esta carga sí existe, con base en principios como la buena fe y la causalidad. Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

57 Ver Código de Comercio de Colombia artículo 870. Cfr. Código Civil de Colombia artículo 1546 (norma que es casi idéntica). La posibilidad de la víctima de escoger entre el cumplimiento específico y los daños monetarios existe en la mayoría de países del *civil law*. Véase, *e.g.*, Código Civil Francés artículo 1184.

y es, en principio, un obstáculo para el incumplimiento eficiente. En efecto, si la víctima exige el cumplimiento específico de la obligación prometida, quien había incumplido se ve forzado a entregarle el bien o a prestar el servicio a su contraparte y no al tercero que le ofrece una mayor cantidad de dinero.

Parece ser, sin embargo, que el remedio de cumplimiento específico no es tan importante en la práctica. Primero, este remedio puede ser imposible por razones fácticas, como sucede cuando quien incumple entregó el bien a un tercero, quien es entonces un propietario de buena fe que no puede ser obligado a restituir el bien⁵⁸, o cuando el servicio ya no puede prestarse, como ocurre en el caso del alquiler de un salón para un evento en una fecha determinada (recordando que a lo imposible nadie está obligado).

Segundo, y en tratándose de prestación de servicios, el remedio de cumplimiento específico puede estar disponible teóricamente pero no ser la mejor opción práctica, cuando no hay forma de asegurar que quien inicialmente ha incumplido vaya luego, y por orden de un juez, a honrar su promesa de manera diligente y profesional (por ejemplo, fabricar bienes de buena calidad⁵⁹ o dar un buen concierto). Como dicen dos conocidos refranes, se puede llevar el caballo al agua, pero no se le puede obligar a beber, no siendo tampoco posible obligar a cantar a un canario.

Tercero, es posible que la víctima no pueda esperar a que un juez ordene el cumplimiento específico, lo que puede tardar años, y que, si el bien o servicio no es único, prefiera entonces mitigar daños haciendo una compra o una venta sustituta, cobrando luego como perjuicios el mayor o menor precio pagado por los bienes en el mercado⁶⁰.

Cuarto, una solicitud de cumplimiento específico podría ser abusiva y desestimada por un juez. Piénsese en el famoso caso estadounidense *Jacob & Youngs vs. Kent*, en el cual el constructor de una mansión cometió el error de instalar una tubería de cobre de una marca diferente a la indicada por el dueño de la obra⁶¹. Con todo, la tubería instalada era de una calidad igual a la tubería de la marca que no se compró. El demandante y dueño de la obra quería el cambio de la tubería, lo que habría implicado demoler parte de la obra y reconstruirla, a un costo altísimo. El juez Benjamín Cardozo denegó esta solicitud, afirmando que cuando la disminución en el valor comercial del bien era míni-

58 Puede suceder, incluso, que el tercero ya haya transferido el bien a otra persona o compañía. Véase el caso *Grummel v. Hollenstein*, 90 Ariz. 356, 367. 1962. En este caso, Grummel aceptó hacer arreglos en un lote de Hollenstein, a cambio de que este le cediera parte de la propiedad. Grummel hizo los arreglos, pero Hollenstein se rehusó a transferir el terreno prometido, parte del cual se le había transferido a un tercero antes de iniciar el litigio. GRUMMEL buscó el cumplimiento específico de la obligación, pero como parte del terreno había sido vendido a un tercero, el juez sólo concedió daños monetarios. Véase también SCALISE. *supra* nota 4, p. 721 y KRONMAN. *supra* nota 3, p. 351.

59 Comprobar que la calidad es la acordada en el contrato, labor para la que el juez posiblemente no esté preparado. Véase SHAVELL. *supra* nota 3, p. 831.

60 Véase SCHWARTZ, ALAN. "The myth that promisees prefer supracompensatory remedies", en *100 Yale L.J.* 369, 370. 1990 y SHAVELL. *supra* nota 3, p. 831.

61 Véase *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239, 1921.

ma, el remedio de cumplimiento específico no podía estar disponible, y otorgando, en su lugar, daños monetarios que, al ser las dos tuberías de igual calidad, eran inexistentes⁶².

Quinto, y así se obtenga una orden judicial de cumplimiento específico de la obligación, lograr que esta se cumpla puede ser complejo, tomar mucho tiempo e involucrar procesos judiciales adicionales⁶³. Es una doctrina pacífica que el remedio de cumplimiento específico implica mucho mayor activismo judicial en la supervisión del cumplimiento forzado de la orden, en comparación con el remedio de daños monetarios⁶⁴.

Sexto, y como prueba de la poca importancia práctica del remedio de cumplimiento específico en los países del *civil law*, los profesores Henri Lando y Caspar Rose realizaron un estudio sobre la aplicación de este remedio en Dinamarca, Francia y Alemania, países en los que, de manera similar a Colombia, la parte que sufre el incumplimiento puede escoger entre exigir el cumplimiento forzado del contrato o su rescisión, con perjuicios en ambos casos⁶⁵. Los profesores Lando y Rose encontraron que, por lo menos en lo que se refiere a obligaciones de hacer, el remedio de cumplimiento específico casi nunca se solicitaba y mucho menos se otorgaba, por las dificultades prácticas ya mencionadas⁶⁶. De hecho, prácticamente no encontraron casos de cumplimiento específico en Dinamarca (solo dos casos en los últimos cincuenta años, en los que el comprador solicitó ese remedio), muy pocos en Francia y algunos en Alemania, aunque en número menor al esperado. Los autores especulan que la poca utilización del remedio de cumplimiento específico puede deberse a los altos costos de obligar a la parte incumplida a realizar la acción prometida⁶⁷. El artículo también afirma que, hasta la fecha de su publicación, solo en un caso de más de doscientos gobernados por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y en los cuales se podía haber pedido el remedio de cumplimiento específico, el demandante había buscado este remedio (una empresa rusa que vendió aluminio a un grupo de compradores en Argentina y Hungría) sin que el tribunal lo otorgara⁶⁸.

Otros autores confirman lo anterior. Hace más de cincuenta años, el profesor John Dawson recordaba que el remedio de daños monetarios era el más común, especialmente en venta de bienes, al ser más rápido y práctico que el remedio de cumplimiento específico⁶⁹. El profesor Alan Schwartz, en épocas más recientes, arriba a una conclusión similar, al afirmar que si bien el remedio de cumplimiento específico está disponible con mayor facilidad en Alemania que en Estados Unidos, las víctimas de un incumplimiento

62 Véase Id. Véase también SCHWARTZ (myth). *supra* nota 56, p. 831.

63 Véase SCHWARTZ (case). *supra* nota 19, p. 277.

64 Véase KRONMAN. *supra* nota 3, p. 351.

65 Véase LANDO, HENRIK y ROSE, CASPAR. "On the enforcement of specific performance in civil law countries", en 24 *Int'l Rev. L. & Econ.* 473, 473, 2004.

66 Véase Id.

67 Véase Id.

68 Véase Id. Véase también SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

69 Véase DAWSON, JOHN P. "Specific performance in France and Germany", en 57 *Mich. L. Rev.* 495, 495, 1959.

buscan daños monetarios en la mayoría de los casos en aquel país⁷⁰. En el mismo sentido, el profesor Ronald Scalise Jr. recuerda que no se debe sobreestimar la importancia del remedio de cumplimiento específico en los países del *civil law* y que la supuesta preferencia de esta familia jurídica por este remedio es exagerada⁷¹.

Por todo lo anterior, y si bien en teoría el remedio de cumplimiento específico es una tanquera al incumplimiento eficiente, su poca utilización en la práctica hace que se ubique en esta sección, la de normas que favorecen o por lo menos no impiden la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente, y no en la siguiente. Las razones por las que las partes parecen no preferir el remedio de cumplimiento específico se relacionan con que este es un remedio más costoso que el de daños monetarios, que los demandantes prefieren recibir un dinero a continuar una relación con una parte que ya incumplió y que si honra su promesa, será de manera forzada, y porque puede pasar mucho tiempo hasta que el juez dé la orden del cumplimiento específico, cuando ya este no sea útil⁷².

B. Normas que impiden la aplicación de la teoría de incumplimiento eficiente

1. La inducción a la ruptura contractual como causal de competencia desleal

El alcance de la responsabilidad de una tercera parte por interferencia contractual influye en la probabilidad de que un incumplimiento eficiente sea posible⁷³. Es decir, no es lo mismo que un tercero inocentemente haga una mejor oferta por un bien o servicio ya contratado por otro, sin conocer este hecho, a que la haga a sabiendas y con la intención de quitarle a su competidor un proveedor o un cliente⁷⁴. En particular, un incumplimiento eficiente de un contrato motivado por un tercero que ofrece una mayor suma de dinero por un bien o servicio podría tipificarse como una inducción a la ruptura contractual bajo las normas del derecho de la competencia colombiano, aunque para ello se requerirán unos requisitos que más adelante se mencionan.

La norma aplicable en Colombia es el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, que reza: "*Inducción a la ruptura contractual. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica como desleal cuando siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos*".

Hay incumplimientos eficientes en los cuales el tercero induce la ruptura contractual y otros en los que ello no sucede, por cuanto no se cumplen los requisitos del artículo 17

70 Véase SCHWARTZ (case). *supra* nota 19, p. 277.

71 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

72 Véase LANDO y ROSE. *supra* nota 62, p. 473.

73 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

74 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

de la Ley 256 de 1996. Por supuesto, si efectivamente hay inducción a la ruptura contractual y, por lo tanto, un acto de competencia desleal, el monto de perjuicios por pagar se incrementa y la probabilidad de que un incumplimiento eficiente se presente se reduce.

Los elementos esenciales de la inducción a la ruptura contractual son los siguientes⁷⁵. Primero, debe haber un contrato de naturaleza comercial o laboral cuyo rompimiento se busca⁷⁶. En el incumplimiento eficiente, este contrato siempre existirá y, para el alcance de este artículo, será de naturaleza comercial. Segundo, debe haber un tercero, el inductor, quien debe ser un competidor de la empresa cuyo contrato quiere romper; es decir, debe participar en el mismo mercado. Así, si el inductor no es un competidor, la probabilidad de incumplimiento eficiente no se disminuye. Si lo es, sí podría incurrir en esta conducta. Tercero, el inductor debe obtener un provecho del rompimiento del contrato, como por ejemplo un aumento de su participación en el mercado o la eliminación de un competidor. Si el bien o servicio que había sido contratado es fungible o tiene reemplazo, el competidor podrá conseguir fácilmente un sustituto en el mercado a un precio similar al que había contratado, con lo cual no reducirá su participación en el mercado ni desaparecerá. Diferente será el caso si el bien es idiosincrático o único y además es indispensable para la víctima del incumplimiento, que no tiene cómo conseguir un bien similar de manera oportuna y, en consecuencia, puede implicar un aumento en la participación de mercado para el victimario.

En cuanto al derecho comparado, la sola aparición de un tercero que ofrece más dinero por un bien o servicio no es motivo suficiente para que se tipifique la denominada *tortious interference* o interferencia ilegal en un contrato en el derecho estadounidense. La interferencia del tercero debe ser demasiado evidente para que un juez considere que además del incumplimiento del contrato hubo un *tort* (daño) y que, por lo tanto, hay lugar a daños punitivos, que son sumas que se deben pagar en adición a los perjuicios causados y que, por su magnitud, harían ineficiente cualquier incumplimiento contractual⁷⁷. En particular, el *Restatement (Second) of Torts* requiere que la interferencia sea intencional o impropia y menciona siete factores que pueden hacer que ello suceda⁷⁸. Los casos de *tortious interference* han ocurrido principalmente en casos de derecho del consumo y en relación con contratos de seguro. En otros casos, las cortes rara vez han encontrado evidencia de un *tort*, respetando la libertad de las partes y sin importar si el incumplimiento fue de mala fe⁷⁹.

75 Véase Ley 256 de 1996, artículo 17.

76 Véase DE LA CRUZ, DIONISIO. *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. 205, 2014.

77 Como en el célebre caso *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W. 2d 768 (Tex. App. 1987). En este caso, Pennzoil había llegado a un acuerdo con los accionistas de una compañía petrolera, Getty Oil, para comprar sus acciones. Cuando el contrato definitivo se estaba redactando, Texaco hizo una mejor oferta que hizo que los accionistas de Getty Oil incumplieran el contrato original y vendieran sus acciones a aquella compañía. Un jurado condenó a Texaco por *tortious interference* y le obligó a pagar varios miles de millones de dólares en daños punitivos.

78 *Restatement (Second) of Torts*, Sección 766, 1979.

79 Véase FARNSWORTH. *supra* nota 6, p. 736.

2. Las normas sobre derecho del consumo

Este artículo se refiere tanto a contratos entre comerciantes como a negocios jurídicos entre comerciantes y consumidores. Con todo, el incumplimiento eficiente de un contrato es más escaso en este último tipo de contratos. En efecto, si hay competencia perfecta en el mercado, es difícil que un consumidor ofrezca más por un producto que otro, con lo cual la situación de incumplimiento eficiente se reduciría a contratos en mercados monopólicos u oligopólicos (por ejemplo, venta de aviones privados o de carros de colección)⁸⁰.

No solo los factores económicos, sino también los jurídicos hacen que el incumplimiento eficiente sea escaso en relaciones jurídicas de consumo. En primer lugar, el comerciante tiene que cumplir con la garantía legal de su producto,⁸¹ y esta puede consistir en entregar el producto prometido, es decir, se puede exigir un cumplimiento específico de la obligación⁸². En particular, el consumidor que reclama por la garantía legal de un bien es quien escoge si se le devuelve el dinero, se repara el bien o se cambia el bien por otro⁸³. En materia de servicios, la situación es similar. El consumidor puede elegir entre que le presten el servicio, es decir, el cumplimiento específico o que le devuelvan el dinero⁸⁴. En segundo lugar, la solidaridad entre productores y proveedores hace que quien incumple ponga en riesgo no solo su propio patrimonio, sino el de quienes lo antecedieron y siguieron en la cadena de producción y distribución⁸⁵. En tercer lugar, un incumplimiento del comerciante con un consumidor, si el proceso le es desfavorable, le puede implicar unas multas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio o de un juez, de hasta ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, las cuales desestimularían el incumplimiento eficiente⁸⁶.

3. La teoría de la imprevisión

Al principio de este artículo se indicó que había dos tipos de incumplimiento eficiente de un contrato. El más común es el que consiste en que un tercero ofrece más dinero por un bien o servicio, y eso motiva a un vendedor a incumplirle a su comprador inicial. En estos casos, por supuesto, quien recibe una mejor oferta no puede alegar circunstancias imprevisibles que le impidan incumplir el contrato con su contraparte inicial.

El otro tipo de incumplimiento eficiente es el que ocurre cuando un comprador se obliga a adquirir bienes para los cuales no tiene mercado por circunstancias sobrevinientes o cuando un vendedor observa cómo sus costos se han incrementado astronómicamente.

80 Véase KRONMAN. *supra* nota 3, p. 351.

81 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 7.

82 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 11, numeral 6.

83 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 58.3.

84 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 11.3.

85 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 10.

86 Véase Ley 1480 de 2011, artículo 58.3.

En tales situaciones, adquirir los bienes sería casi idéntico a comprar chatarra, mientras que fabricar el producto podría conllevar la quiebra del vendedor.

El incumplimiento, sin embargo, no es la única opción para la parte perjudicada por las circunstancias sobrevinientes. El artículo 868 del Código de Comercio permite solicitar al juez la modificación, y si esta no es posible, la terminación del contrato, ante la ocurrencia de "circunstancias imprevisibles o imprevistas, extraordinarias y que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato". Así pues, lo correcto es que quien se vea afectado por circunstancias que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato solicite a un juez su modificación, antes que incumplir el contrato⁸⁷.

La norma citada, sin embargo, puede ser injusta. Con la lentitud de la justicia, puede pasar mucho tiempo antes de que un juez acepte modificar o terminar el contrato en cuestión, y en ese momento ya muy posiblemente se habrán fabricado bienes que carecen de utilidad para un comprador o que han llevado a la bancarrota a un vendedor, con el consiguiente perjuicio para la economía.

4. La obligación de compensar perjuicios imprevisibles cuando la parte que incumple actúa con dolo

Como ya se afirmó, en Estados Unidos la responsabilidad contractual es objetiva, es decir, no depende de la culpa⁸⁸. En este país, además, y según la regla derivada del caso *Hadley vs. Baxendale*⁸⁹, quien incumple un contrato sólo responde por los perjuicios previsibles, que son aquellos contemplados por ambas partes. Si la potencial víctima quiere que su contraparte también responda por otro tipo de perjuicios, debe informar estos, con lo cual dejan de ser imprevisibles⁹⁰. El hecho de que solo se responda por el pago de perjuicios previsibles hace más probable que la oferta de un tercero conlleve un incumplimiento eficiente del contrato⁹¹.

En los sistemas del *civil law*, por el contrario, la responsabilidad contractual se basa en la culpa⁹². Una de las consecuencias de este tipo de régimen es que la parte que incumple dolosamente un contrato debe responder por todos los perjuicios directos, sean previsibles o imprevisibles⁹³.

87 Véase Código de Comercio, artículo 868 ("Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato").

88 Véase *supra* Sección I.

89 Véase *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145. 1854.

90 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

91 Véase *Id.*

92 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721. Véase también, *e.g.*, Código Civil Francés, artículo 1151.

93 Véase Código Civil, artículo 1616.

Este es un obstáculo muy grande para la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente en Colombia. En efecto, cuando quien quiere incumplir un contrato conoce los perjuicios previsibles y sabe su monto, puede estimar si romper su promesa es rentable. La situación, sin embargo, cambia cuando se deben pagar perjuicios imprevisibles. Ello, por cierto, sucede en todo incumplimiento eficiente, que por definición es doloso⁹⁴. Como su nombre lo sugiere, los perjuicios imprevisibles son difíciles de conocer y cuantificar por parte de quien piensa incumplir. Mientras la posible víctima los conoce, su contraparte no tiene como enterarse de ellos, a menos que sea informado por esta, situación improbable. Por ejemplo, la posible víctima puede mandar a fabricar una máquina que es indispensable para su proceso de producción, careciendo de un repuesto y omitiendo esta circunstancia a su contraparte. Lo propio puede suceder si el contrato tiene como objeto la compraventa de un insumo vital para el comprador, pero sin que el vendedor sepa esto⁹⁵. En síntesis, es muy difícil para quien quiere incumplir eficientemente un contrato indagar por los perjuicios imprevisibles, cuantificarlos y que, aun después de ello, el incumplimiento siga siendo rentable.

A modo de ilustración, suponga un contrato de venta de un activo fijo por un precio de \$1.000 que el comprador valora en \$1.500. Asuma además que el comprador hizo inversiones idiosincráticas por \$800. Inversiones idiosincráticas significa que estas solo le sirven al comprador y solo son útiles si el bien contratado se recibe. En tal caso, el costo de incumplimiento ya no solo es la diferencia entre el valor del bien para el comprador y su precio de adquisición (\$500), sino también los \$800 correspondientes a la inversión idiosincrática que el comprador hizo y que el vendedor no conocía⁹⁶.

5. Cláusulas penales

Ya se observó cómo una cláusula penal que es verdaderamente punitiva, es decir, que exige un pago de una suma de dinero superior al valor de los perjuicios causados, no solo disuade incumplimientos ineficientes, sino también eficientes. En efecto, suponga que A celebra un contrato con B cuyo objeto es entregar mercancía por un precio de \$50, la cual el comprador piensa revender por \$70 (para una utilidad esperada de \$20). Si un tercero ofrece \$200 por esa misma mercancía, el incumplimiento será eficiente, toda vez que el mayor pago de \$150 genera una utilidad de \$130, luego de pagar perjuicios por una suma de \$20. El incumplimiento no será posible, sin embargo, si el contrato estipula una cláusula penal cuyo monto es \$500. Así, en términos generales, si el monto de una cláusula penal es suficientemente alto, y a menos que aparezca un tercero que ofrezca una suma exorbitante, el incumplimiento no será eficiente⁹⁷.

94 Código Civil, artículo 1511. Véase también SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

95 Véase Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145. 1854.

96 Véase KLASS. *supra* nota 1, p. 362.

97 Véase BROOKS. *supra* nota 1, p. 568.

Sin embargo, hay varios elementos que hacen que las cláusulas penales no siempre puedan disuadir un incumplimiento eficiente. Primero, las partes pudieron haber pactado una cláusula penal cuyo monto es bajo. En el ejemplo del párrafo anterior, una cláusula penal de \$100 no es suficiente para disuadir el incumplimiento eficiente. También puede suceder que el monto de la cláusula penal no sea suficiente cuando esta se pacta como estimativa de perjuicios y no en adición a estos⁹⁸. Segundo, cláusulas penales muy altas pueden ser ilegales, ya que según el artículo 867 del Código de Comercio, su valor no puede ser superior al monto de la obligación principal, si esta es determinada en dinero, o en caso contrario, el juez puede reducir su monto teniendo en cuenta la equidad. Tercero, una parte podría arriesgarse a incumplir un contrato aceptando esta conducta, así como el pago de los perjuicios que se prueben, pero alegando algún vicio en la negociación de la cláusula penal y negándose a pagar esta.

6. Obstáculo cultural

Además de las normas, razones culturales pueden hacer más difícil el incumplimiento eficiente en el *civil law* en comparación con el *common law*. En efecto, el incumplimiento eficiente se puede ver como algo inmoral en el *civil law*, donde además puede haber un mayor respeto al principio de *pacta sunt servanda*. En tal sentido, el juez y las partes pueden ser menos propensos a ver un contrato como algo que se pueda romper fácilmente simplemente aceptando pagar los daños que se causen⁹⁹.

IV. CONCLUSIONES

El análisis central del presente artículo recae sobre la teoría del incumplimiento eficiente de contratos, mencionando su desarrollo en Estados Unidos y sus características, constatando cómo ha sido su desarrollo en los países del *civil law* y, específicamente, explicando los pros y contras de su aplicación en Colombia. Como se advirtió desde la introducción de este texto, hay unas normas del derecho colombiano que incentivan el incumplimiento eficiente de contratos, pero también hay otras, de mayor número y calado, que lo desincentivan. En síntesis, se evidencia que nuestro sistema jurídico parece poco propicio para el florecimiento de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos.

REFERENCIAS

Libros

COOTER, ROBERT & ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 216, 3.ª ed., 2000.

DE LA CRUZ, DIONISIO. *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la Ley 205*, 2014.

98 Ver Código Civil, artículo 1600.

99 Véase SCALISE. *supra* nota 4, p. 721.

- FARNSWORTH, E. ALLAN. *Contracts*, 736, 2008.
- FRIED, CHARLES. Contract as promise (a theory of contractual obligation).
- JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. *Los deberes de evitar y mitigar el daño, funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de prevención*, 232, 2013.
- MACKAAY, E.JAN. *Law and economics for civil law systems*, 123, 2013.
- POLINKSY, A. MITCHEL. *An introduction to law and economics* 7, n.º 4, 2003.

Capítulos de libro

- KLASS, GREGORY. "Efficient breach", en 362 *The philosophical foundations of contract law* (G. KLASS, G. LETSAS & P. SPRAYS, eds.). Oxford University Press, 2015.

Artículos de revista

- BROOKSAL, RICHARD R. W. "The efficient performance hypothesis", en 116 *Yale L. J.* 568, 2006.
- DAWSON, JOHN P. "Specific performance in France and Germany", en 57 *Mich. L. Rev.* 495, 1959.
- EISENBERG, MELVIN A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law", en 93 *Cal. L. Rev.* 975, 2005.
- KRONMAN, ANTHONY T. "Specific performance", en 45 *U. Chi. L. Rev.* 351, 351, 1978.
- LANDO, HENRIK y ROSE, CASPAR. "On the enforcement of specific performance in civil law countries", en 24 *Int'l Rev. L. & Econ.* 473, 2004.
- POSNER, ERIC A. "Fault in contract law", en *Fault in american contract law* 69, 2010.
- SCALISE, RONALD J. "Why no "efficient breach" in the civil law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract", en 55 *Am. J. Comp. L.*, 2007.
- SCHWARTZ, ALAN. "The case for specific performance", en 89 *Yale L.J.* 271, 1979.
- SCHWARTZ, ALAN. "The myth that promisees prefer supracompensatory remedies", en 100 *Yale L.J.* 369, 1990.
- SHAVELL, STEVEN. "Specific performance versus damages for breach of contract: An economic analysis", en 84 *Tex. L. Rev.* 831, 2006.
- ULEN, THOMAS. "The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies", en 83 *Mich. L. Rev.* 341, 1984.

Normas

- Restatement (Second) of Contracts (Estados Unidos).
- Uniform Commercial Code (Estados Unidos).
- Código Civil (Colombia).
- Código de Comercio (Colombia).
- Ley 256 de 1996.
- Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor – Colombia).
- Código Civil (Francia).

Casos

Estados Unidos

Grummel v. Hollenstein, 90 Ariz. 356, 367. 1962.

Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145. 1854.

Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 230 N.Y. 239. 1921.

Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F. 2d 1284, 1290 (7th Cir. 1985).

Patton v. Mid-Continent Sys. 841 F. 2d 752 (7th Cir. 1988).

Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., 729 S.W. 2d 768 (Tex. App. 1987).

Colombia

Sentencia 11001-3103-008-1989-00042-01 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Laudo arbitral del 1 de septiembre de 2011 de la Cámara de Comercio de Bogotá.