

KRAMER, Adam (2017). *The Law of Contract Damages* (Oxford, Hart Publishing), segunda edición, 616 pp.

La indemnización de perjuicios —una de las principales respuestas ante un incumplimiento contractual— parece haber despertado escaso interés en nuestra doctrina. De lo anterior serían muestra tanto la cantidad de obras monográficas que la abordan, como los temas que en ellas se estudian. Recordemos que la clásica obra de Sergio Gatica Pacheco (*Aspectos de la indemnización de perjuicios...*) es del año 1959; y que hasta hace un tiempo, descontando, entre otros, los valiosos trabajos de Patricia López Díaz (*La autonomía de la indemnización de daños [...]*, 2015) y Juan Ignacio Contardo González (*Indemnización y resolución por incumplimiento [...]*, 2015), los manuales y obras que abordaban la materia indemnizatoria, lo hacían con ocasión de derecho de las obligaciones.

Considerando lo anterior, parecen existir buenos motivos para que el título en comentario ocupe importante tiempo de nuestro estudio y atención. En este sentido, a modo meramente ilustrativo, quisiera destacar dos cuestiones. De una parte, si bien alguno podría pensar que el estudio de una obra como esta resulta poco atingente a nuestra tradición por tratarse de una obra nacida en el *common law*, hay que señalar que si existe un ámbito sobre el cual se ha logrado consenso acerca de las influencias comunes en cuanto a su origen —tanto para el *common law* como para nuestra tradición continental— es en relación a la regla de la previsibilidad (Morales, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, 2010, p. 93 y ss., y Corral, Contratos y daños por incumplimiento, 2010, p. 141 y ss.). De otra, que aquel escaso interés que advertimos en parte de nuestra doctrina, con las excepciones mencionadas, parece estarse revirtiendo en al menos uno de los principales temas que se suscitan con ocasión de este remedio, el de la determinación y limitación del daño indemnizable.

Lo anterior nos permite adelantar desde ya que, a nuestro parecer, el principal interés en un libro como este para los actores de nuestra comunidad jurídica, estriba en que por lo asimilables que son tanto en el derecho continental como en el *common law* ciertas nociones e instituciones clave al momento de estudiar la determinación y limitación de la indemnización de perjuicios —y que son analizadas en *The Law of Contract Damages*— pueden servir como punto de comparación entre ambas tradiciones, o como guía y referencia para nuevos desarrollos sobre la materia en nuestro medio nacional.

A fin de evidenciar lo anterior, destacaré a continuación ciertos aspectos relativos al contenido del libro y otros sobre su estructura. Así, sobre su contenido, lo primero que podemos mencionar es que la obra de Kramer ha sido descrita como uno de los primeros trabajos en concentrarse única y detalladamente en los daños por incumplimiento de contrato, a diferencia, por ejemplo, de *McGregor on Damages* y *Chitty on Contracts*, clásicas obras que también se refieren a la materia de manera reconocidamente incisiva, pero más general que lo hecho por Kramer. Esto le ha permitido a *The Law of Contract Damages* proporcionar uno de los más completos y detallados tratamientos del tema hasta la fecha. Lo anterior es aquello que parece haber cautivado a *Lord Hoffman* y al *Lord Justice of Appeal George Leggatt*, quienes se detienen a comentar aspectos capitales en la obra de Kramer, a

saber, respectivamente: la forma en que se debe aplicar el *test* de la previsibilidad, y la relación entre el principio general del daño y la aplicación del *test* de causalidad.

En este sentido, sobre el primer aspecto mencionado, Lord Hoffman, al presentar el libro en su primera edición (KRAMER (2017), p. vi.), señala que fue con inspiración en un artículo del propio Kramer que lo resolvió en *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilles)* permitió liberar a los jueces de las dificultades de tener que decidir si las pérdidas resultantes de una violación de los contratos eran o no “demasiado remotas” (*too remote*) por el solo criterio de si eran previsibles en el momento del contrato, entendiéndose en *The Achilles* que la cuestión no se trataba de un simple *test* de revisión acerca de si las partes se habían representado ciertos daños como indemnizables, sino sobre si estas pudieron razonablemente asumirlo en ese contrato particular (para un detenido análisis del caso, GREGORACI, Beatriz (2011): “*The Achilles*: la ‘remoteness rule’ sometida a debate en la ‘House of Lords’). Por su parte, sobre el segundo aspecto, George Leggatt, en el prefacio para la segunda edición destaca un fenómeno que también resulta aplicable al derecho chileno de contratos (KRAMER (2017), p. ix), señalando que: “El principio general por el cual se otorgan daños por incumplimiento de contrato en la legislación inglesa es simple: el reclamante tiene derecho a que se le pague una suma de dinero equivalente a la pérdida causada por el incumplimiento del demandado”: (KRAMER (2017), p. 9. Traducción libre), declaración que —como dijimos— hace sentido para nuestra realidad, así como también lo hace la prevención que posteriormente efectúa: “Donde las cosas pueden ponerse difíciles es identificar y aplicar la *test* de la causalidad”: (KRAMER (2017), p. 9. Traducción libre). Vemos que tanto en el *common law* como en el derecho continental, el asunto se torna difícil no al momento de describir en abstracto qué daños son indemnizables, sino al momento de determinar en concreto, *ex test* de causalidad, qué daños se indemnizan. Las voces de Lord Hoffman y Lord Justice of Appeal George Leggatt, nos evidencian las importantes coordenadas entre las que se desarrolla *The Law of Contract Damages*.

De esta manera, según podemos advertir, al igual que para nuestra realidad continental, la previsibilidad, la mitigación del daño, el ámbito de protección (*scope of duty*), se entrelazan en torno a la idea de causalidad. La gran virtud de este libro es que realiza un análisis sistemático de cada una y las organiza aportando luces sobre el rol que cada una juega en relación a la determinación de la indemnización de perjuicios. En este sentido, Kramer distingue en su estudio la causalidad entendida en clave de *conditio sine qua non*, de los factores objetivos de imputación objetiva de responsabilidad, o, en sus propios términos, la causalidad de hecho (*factual causation*) y la causalidad legal (*legal causation*), respectivamente. Asimismo, se caracteriza con detalle el principio de la lejanía (*principle of remoteness*), y, en base a este análisis, se avanza en determinar el rol que estos factores mencionados cumplen a la hora de determinar qué se debe indemnizar.

En un segundo plano, ahora como comentario sobre la estructura de la obra, lo primero que podemos destacar es que su organización no resulta extraña si atendemos a la principal ocupación del autor: el ejercicio de la profesión. Con seis partes, la obra comienza y termina con aspectos prácticos, relativos a los tipos de pretensiones indemnizatorias (II. *Types of complaint*), y ciertos tipos de daños que requirieron de su parte un examen por separado (V. *Particular types of loss requiring separate examination* y VI. *Other matters*). Cabe

destacar que el autor no solo dedica espacio de su obra a estos temas con enfoque práctico, sino que en las centrales partes III. y IV., aborda aspectos generales de la determinación del daño indemnizable y que son precisamente los que captaron nuestra atención a efectos de este comentario.

En detalle, la parte III del libro está dividida en tres capítulos. En el capítulo 11 el autor realiza una introducción al concepto de causalidad de hecho, describiéndola como una ecuación de dos partes. La primera, abordada en el capítulo 12, sobre la necesidad de probar lo que efectivamente le acontece al acreedor (*the breach position*); y la segunda, en el capítulo 13, sobre la necesidad de probar lo que hubiese sucedido de no mediar el incumplimiento (*the non-breach position*). Posteriormente, en la parte IV, el autor desarrolla la distinción y caracterización del principio legal de la lejanía de los daños, la mitigación y la causalidad legal. En esta parte, comienza el capítulo 14 vinculando la idea de asunción del riesgo contenida en el ámbito de protección del contrato (*scope of duty*) con el principio de la lejanía de los daños causados, señalando que la lejanía y el *scope of duty*, lo que hacen es enfocarse en si las pérdidas eran previsibles en el momento de la contratación y si estaban dentro de la asunción implícita de la responsabilidad o el *scope of duty* del demandado.

En el capítulo 15, se aborda la causalidad legal, y, dentro de esta, la idea de mitigación. En virtud de esta noción de causalidad, actos no conectados (*unconnected acts*), actos no razonables (*unreasonable acts*), omisiones del demandante o eventos sobrevenidos, quiebran la cadena causal, de modo tal que las consecuencias de estos no son consideradas al momento de calcular los daños. Consiguientemente, en el capítulo 16, se encarga de analizar una serie de casos que podrían ser calificados como intervinientes en la cadena causal o son demasiado remotos (*too remote*). Finalmente, en el capítulo 17, se abordan dos cuestiones, la primera, que para efectos del cálculo de la indemnización que debiese otorgarse, el autor analiza la fecha en la cual deben evaluarse tanto el valor de mercado (*market value*) como los costos de subsanación, en tanto métricas objetivas con las cuales se debe contrastar el comportamiento del demandado respecto a su carga de mitigar el daño; y, por último, analiza qué pasa en los casos en que no hay un mercado al cual recurrir para una posible operación de reemplazo.

Dicho lo anterior, vemos que la particularidad de esta segunda edición de *The Law of Contract Damages*, es que resulta ser una consolidación de las ideas expuestas en la edición anterior. El libro ha tenido una gran recepción en el mundo jurídico del *common law*, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia. Una de las principales características de esta edición, es la adición de más de 150 fallos recientes sobre las materias en él estudiadas, y que recogen las ideas en este libro propuestas. Junto a lo anterior, es posible detectar mayor abundamiento en temas como la inflación, en el contexto de los tipos de pretensiones (*types of complaint*), y, en particular en relación las pérdidas por uso del dinero (7.8), como asimismo, se incluye un tratamiento a la regla del “mejoramiento” (15.4 *Betterment*), descrita como la contracara de la mitigación, la cual viene a hacerse cargo tanto de los supuestos en que son o no recuperables los costos en que se incurre por la conducta mitigatoria (también conocidos como daños incidentales), como de los casos en que se generan beneficios por las operaciones realizadas con cargo a la misma. Por último, se advierten mayores

desarrollos respecto a la carga de la prueba (15.5), tanto en materia de la aplicación del principio de lejanía como de la mitigación.

A modo de conclusión, el título que aquí se presenta resulta especialmente recomendable para todo quien desee realizar un estudio en materia de indemnización de perjuicios contractuales, en asuntos tales como la causalidad, la previsibilidad, la mitigación del daño y otros elementos que permiten delimitar el monto indemnizable. Para el medio nacional, aun quien no vea puntos de contacto entre la tradición continental y del *common law*, se podrá servir de las reflexiones que son logradas en esta obra como un punto de comparación sobre la materia en la experiencia del sistema del *common law*. Quien, por su parte, sí advierta aquellos puntos de contacto y lo homologable de las discusiones que se han suscitado en una u otra tradición, se podrá valer con mayor provecho de este título, encontrando guía y claridad sobre asuntos que aún nos resultan poco explorados.

PABLO ULLOA VALENZUELA
Universidad Diego Portales