

De espías y contratos

-

A pesar de la imperiosa actualidad que impone la pandemia, su evolución y las medidas para atajarla, la noticia del fallecimiento de George Blake (1922-2020) el pasado 26 de diciembre fue noticia en los medios de comunicación de medio mundo. Su vida, ciertamente poco convencional, lo justificaba.

George Blake, cuyo apellido era, en realidad, Behart, nació el 11 de noviembre de 1922 en Rotterdam (Países Bajos). Hijo de un turco de origen egipcio y de una holandesa, tras el temprano fallecimiento de su padre se trasladó a Egipto, donde se educó en un internado inglés. Volvería, sin embargo, a su tierra natal pocos años después para luchar con los grupos de resistencia a la ocupación nazi. Antes del fin de la Segunda Guerra Mundial, se trasladó a Londres y empezó a colaborar con los servicios secretos británicos. Finalizada la contienda, fue enviado a la Alemania ocupada y, desde allí, a la embajada británica en Seúl (Corea), donde a los pocos meses se declararían la guerra entre el norte y el sur de aquel país. Ese destino cambiaría su vida. Allí fue apresado, junto a otros empleados de la legación británica, por las tropas del ejército de Corea del Norte, que no le liberarían hasta 1953. De vuelta a Londres, mantuvo su colaboración con los servicios secretos británicos, que le enviaron a Berlín, capital del espionaje mundial durante los años de la guerra fría. Desde allí, Blake, que reconocería años después que había abrazado los postulados marxistas durante su cautiverio coreano, inició una colaboración clandestina con el KGB soviético, al que informó regularmente de planes y operaciones de las potencias occidentales en la Alemania oriental y de la identidad de muchos de los agentes secretos occidentales que actuaban en la zona.

En el año 1961, los británicos descubrieron que Blake era un agente doble. Lo juzgaron, le condenaron a 42 años de prisión por delitos de alta traición e ingresó en la prisión de Wormwood Scrubs (Londres). Cinco años después, Blake conseguiría huir de esa cárcel, salir del Reino Unido, llegar al Berlín oriental y, desde allí, a Moscú, donde fue recibido con honores. Se le concedió la nacionalidad rusa y allí residió hasta su fallecimiento, comprensiblemente destacado por los medios de comunicación.

Traidor para unos, héroe para otros, la biografía de Blake parece sacada de alguna de las novelas sobre espionaje que abundaron durante los años de la guerra fría. Podría pensarse, de hecho, que su historia es uno de los vestigios de un mundo que estuvo dividido en bloques antagónicos. No es así, al menos para los juristas, pues George Blake fue además el protagonista más destacado de [Attorney General v. Blake and another \[2001\] 1 A.C. 268](#), uno de los procesos judiciales más controvertidos en el derecho privado de las últimas décadas. Un caso por el que, antes de la noticia de su fallecimiento, ya daban cuenta de su nombre y de su vida muchos de los mejores y más influyentes manuales de derecho de contratos (por todos, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 15th edition by Edwin Peel, Sweet&Maxwell, 2020, págs. 1115 a 1119).

En el año 1989, casi tres décadas después de su condena, George Blake decidió escribir y publicar sus memorias. Contactó para ello con la editorial Jonathan Cape Ltd., que acordó pagarle 50.000£ a la firma del contrato de edición, 50.000£ a la entrega del original y otro tanto en el momento de la publicación. El libro, titulado *No Other Choice*, y descatalogado en el momento de escribir estas líneas, llegó a las librerías británicas en el mes de septiembre del año 1990.

La publicación no pasó desapercibida. Blake ya había sido noticia en varias ocasiones. El descubrimiento de su condición de doble agente, la gravedad de su condena y su espectacular fuga explican el interés que generó la publicación de sus memorias y que motivó la reacción de la Corona británica, que demandó a George Blake y a la editorial ante los tribunales ordinarios.

La pretensión ejercida tenía su fundamento en el incumplimiento del contrato que George Blake había firmado con el servicio británico de inteligencia en el año 1944, al inicio de sus actividades como agente secreto. En el contrato, Blake asumió un deber de confidencialidad cuyos términos eran los siguientes:

«I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased.»

George Blake, al vulnerar ese deber de secreto, había incumplido el contrato que firmó en su día con el demandante. La infracción era evidente. Lo que no era tan evidente eran los daños que la Corona británica podía reclamar. El libro no contenía información clasificada como confidencial o concerniente a la seguridad nacional y aunque la Corona explicó en el procedimiento que la historia de Blake había sido muy perjudicial para los intereses británicos, lo cierto es que en el año 1990, tras la caída del muro de Berlín, la disgregación de la Unión Soviética y el inexorable paso del tiempo, las memorias de Blake eran solo eso: las memorias de un personaje con una vida tan intensa como controvertida. Acaso por eso, o por el inveterado respeto de la cultura británica por la libertad de expresión, la Corona no planteó una acción de cesación (*injunction*) de la publicación, sino una de reclamación de los daños causados por el incumplimiento contractual, que la demandante cuantificó en las 90.000£ que, en el momento de interposición de la demanda, la editorial tenía pendiente de ingresar en la cuenta del autor. Una reclamación que era una reacción frente al escarnio, en ningún caso una petición fundada en una genuina pretensión compensatoria, pues la publicación no causó un daño cuantificable a las arcas públicas británicas, ni aumentó sus gastos ni redujo sus ingresos. Se trataba sencillamente de evitar que Blake, un incumplidor doloso de sus obligaciones contractuales (aunque a estas alturas de la

historia probablemente lo de menos para la Corona era el dolo contractual), obtuviera ingresos adicionales por su afrenta.

La reclamación de la Corona británica situaba el caso en una encrucijada que ningún ordenamiento legal ha resuelto de manera satisfactoria y que se refiere a la compensación de los incumplimientos contractuales que, pese a su realidad, no causan perjuicios cuantificables en el acreedor que los padece. Un problema que se plantea también con motivo de algunas reclamaciones por daños extracontractuales cuando estos tienen su origen en la infracción de determinadas normas protectoras de derechos cuya infracción, a pesar de su evidencia, no genera pérdidas económicas o perjuicios cuantificables en el sujeto protegido.

Quien incumple un contrato ha de pagar por ello. También, en general, quien causa un daño. Pero una y otra compensación deben buscar la protección del interés, positivo o negativo que, respectivamente, el acreedor o la víctima han dejado de percibir o disfrutar a resultas de la actuación negligente o dolosa de su contrario. Un interés que no tiene por qué corresponderse, es más habitualmente no se corresponderá, con el beneficio obtenido por el infractor del contrato o el causante del daño. Tanto las normas de responsabilidad contractual como las específicas de la responsabilidad extracontractual tienen por objeto la compensación de los daños causados, no la expropiación o el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas. La medida de la compensación es, precisamente, lo necesario para indemnizar el perjuicio causado, dentro de los límites de lo imputable a su responsable.

El remedio de derecho privado consistente en la pérdida de ingresos ilícitamente obtenidos (*disgorging profits* o *accounting of profits*, en la tradición anglosajona, *Gewinnherausgabe*, en la alemana) es más propio de los mecanismos de tutela de derechos que conceden a su titular una exclusiva en la explotación económica de determinados activos. Una exclusiva de explotación que habilita a su titular a exigir lo que otros obtengan al aprovecharse sin su consentimiento de tales activos, pues tales rendimientos corresponden a su titular. Es una lógica cercana al derecho de propiedad, que evoca la malquerencia que merece el poseedor de mala fe, pero que es ajena a la dinámica de los derechos de crédito.

A medio camino entre los remedios contractuales y los extracontractuales, los estrictamente restitutorios, como los derivados de las pretensiones por enriquecimiento injusto, tampoco dan una respuesta cabal al problema. Su aplicación exige salvar el obstáculo -habitual en casos como el de referencia- que supone que el enriquecimiento del infractor no se corresponde con un correlativo empobrecimiento del titular de la posición infringida que, de hecho, no habrá padecido ningún perjuicio cuantificable económicamente.

La *House of Lords* (todavía mantenía entonces esa denominación) resolvió el caso el 27 de julio de 2000 y decidió, en contra del parecer de la sentencia de apelación, estimar la pretensión de la Corona y condenó a la editorial a ingresar en el erario público las cantidades que debía a George Blake. La decisión no fue unánime. Lord Nicholls of Birkenhead escribió la opinión a la que se adhirió la mayoría del tribunal. Entre ellos, Lord Goff of Chieveley, autor junto con Gareth H. Jones del influyente *The Law of Restitution*, uno de los trabajos de referencia sobre la materia en derecho inglés (desde el año 2011, las sucesivas ediciones del trabajo incorporan al título *The Law of Unjust Enrichment*. La última edición es la novena del año 2016, The Common Law Library, Sweet&Maxwell).

Lord Hobhouse of Woddborough lideró la posición minoritaria, contraria a la pretensión que ejercía la Corona. Al inicio de su opinión, hace suya la frase de la defensa de Blake: «*When he opened this appeal, Mr. Clayton, to whose pro bono services on behalf of the appellant George Blake I too would wish to pay tribute, warned your Lordships against being drawn into making bad law in order to enable an intuitively just decision to be given against a traitor.*» Y eso es lo que, a juicio del magistrado disidente, hacía la mayoría. Su lectura es muy recomendable.

Hay que reconocer que si la decisión del tribunal británico fue «bad law», no es al único colegio de jueces de un tribunal supremo al que pueda achacarse el error en supuestos similares. El caso Blake se decidió veinte años después de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso [Snepp v. United States, 444 U.S. 507 \(1980\).](#)

Aunque con una vida menos cinematográfica que Blake, Frank Snepp fue protagonista de una historia en parte similar y que dio lugar al mismo debate jurídico. Snepp fue uno de los últimos agentes de la CIA (*Central Intelligence Agency*) en abandonar la embajada de los Estados Unidos de América en Saigón en el mes de abril de 1975, poco antes de que la ciudad, con todo el sur del país, cayeran bajo el dominio de las tropas comunistas del norte. En 1977, de vuelta a los Estados Unidos, y poco antes de abandonar voluntariamente la Agencia, Snepp publicó *Decent Interval: An Insider's Account of Saigon's Indecent End Told by the Cia's Chief Strategy Analyst in Vietnam*. Una feroz crítica al modo en que se produjo la retirada americana de la zona y al abandono de colaboradores locales, a los que se dejó a merced de las tropas enemigas. El libro, a diferencia de lo que sucede con el de George Blake, está disponible en los catálogos de los principales distribuidores y, de hecho, se reeditó con motivo de los 25 años de su publicación.

La CIA demandó a Frank Snepp. Y, como en el caso Blake, lo hizo por incumplimiento de contrato. En el que Snepp había firmado con la Agencia en 1968, asumió la obligación de someter a su autorización previa cualquier publicación sobre las actividades en las que fuera empleado:

«not (...) publish (...)any information or material relating to the Agency, its activities or intelligence activities generally, either during or after the term of [his] employment (...) without specific prior approval by the Agency.»

Frank Snepp no había pedido esa autorización y la CIA le demandó. Solicitaba que se declarara el incumplimiento contractual de su antiguo agente, que se le obligara a someter a revisión y autorización previas futuras publicaciones relacionadas con las tareas que se le habían encomendado durante sus años de servicio y que se atribuyeran a la CIA los derechos económicos de la obra.

La Agencia mantuvo que entre ella y Snepp existía una especial relación de confianza que su antiguo agente había defraudado al incumplir sus obligaciones contractuales y que, aunque el libro no contenía información confidencial ni relativa a la seguridad nacional, su publicación había causado un grave perjuicio a los intereses de la inteligencia estadounidense, pues el libro menoscababa la confianza en la Agencia de sus propios colaboradores y de sus contactos en las agencias de otros países.

La primera y segunda instancias (*District Court* y *Court of Appeals*) estimaron en parte las pretensiones de la CIA. Declararon el incumplimiento contractual y la obligación de Snepp de someter futuros escritos al control de la Agencia antes de su publicación, pero no estimaron que la Agencia tuviera una pretensión económica sobre los ingresos por las ventas del libro. El 19 de febrero de 1980, la corte suprema de los Estados Unidos de América, en la decisión ya referida, estimó lo contrario y, además de confirmar las condenas de las instancias, sumó la obligación de Snepp de derivar a la CIA los ingresos por la explotación del libro.

La decisión destila un principio tan elemental como necesitado de matices conforme al cual la infracción nunca puede beneficiar al infractor. Y, aunque la CIA no había sufrido ningún perjuicio cuantificable económicamente, la Corte estimó su pretensión sobre los beneficios de la publicación. En lugar de imponer *punitive damages*, el tribunal supremo norteamericano, con un grado de abstracción y formalismo jurídicos poco frecuentes en sus decisiones, acudió a la figura del *constructive trust*, un remedio restitutorio desarrollado por la *equity* para compensar daños causados por la infracción de deberes fiduciarios.

La decisión no fue unánime. El magistrado John Paul Stevens redactó una *dissenting opinion* a la que se sumaron sus colegas William J. Brennan y Thurgood Marshall y que es tan extensa como la ponencia que mereció el voto favorable de la mayoría. La crítica a la opinión de la mayoría se centraba en lo que esta añadía al caso: el derecho de la CIA a hacer suyos los beneficios de la publicación: «*In order to justify the imposition of a constructive trust, the majority attempts to equate this contractual duty with Snepp's duty not to disclose, labeling them both as "fiduciary." I find nothing in the common law to support such an approach.*» Para más adelante afirmar que: «*But even assuming that Snepp's covenant to submit to prepublication review should be enforced, the constructive trust imposed by the Court is not an appropriate remedy. If an employee has used his employer's confidential information for his own personal profit, a constructive trust over those profits is obviously an appropriate remedy because the profits are the direct result of the breach. But Snepp admittedly did not use confidential information in his book; nor were the profits from his book in any sense a product of his failure to submit the book for prepublication review.*»

Carlos Gómez Ligüerre